

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

### **DIREITOS ECONÔMICOS, SOCIAIS E CULTURAIS E DISCRIMINAÇÃO**

- **Cinco Aposentados Vs. Peru**
- **Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana**
- **Ximenes Lopes Vs. Brasil**
- **Acevedo Buendía e Outros Vs. Peru**
- **González e Outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México**
- **Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai**
- **Atala Riffo e Crianças Vs. Chile**
- **Fornerón e Filha Vs. Argentina**
- **Furlan e Familiares Vs. Argentina**
- **Artavia Murillo e Outros Vs. Costa Rica**

**JURISPRUDÊNCIA DA  
CORTE INTERAMERICANA  
DE DIREITOS HUMANOS**

**DIREITOS ECONÔMICOS,  
SOCIAIS E CULTURAIS E DISCRIMINAÇÃO**



MINISTÉRIO DA  
**JUSTIÇA**

*Comissão de Anistia*

*Secretaria Nacional de Justiça*

## EXPEDIENTE

---

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

Dilma Rousseff

### **MINISTRO DA JUSTIÇA**

José Eduardo Cardozo

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

Marivaldo de Castro Pereira

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

Paulo Abrão

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

Amarilis Busch Tavares

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

João Guilherme Granja

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

Ricardo Andrade Saadi

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

Fernanda Alves dos Anjos

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

Larissa Nacif Fonseca, Chefe de Gabinete

Marleide Ferreira Rocha, Assessora

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

Frederico de Moraes Andrade Coutinho, Chefe de Gabinete

Cristina Timponi Cambiaghi, Assessora

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

Humberto Antonio Sierra Porto, Presidente

Roberto F. Caldas, Vice-Presidente

Manuel E. Ventura Robles, Juiz

Diego García Sayán, Juiz

Alberto Pérez Pérez, Juiz

Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot, Juiz

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário

Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta

341.27

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

7 v.

ISBN : 978-85-85820-81-7

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

CDD

**Capa e Projeto Gráfico:** Alex Furini

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

**Revisão:** Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (PUC-Rio)

**Tiragem:** 2.000 exemplares

**Impresso por:** Prol Editora Gráfica Ltda

## **SUMÁRIO**

---

<b>APRESENTAÇÃO</b>	<b>5</b>
<b>CASO “CINCO APOSENTADOS” VS. PERU</b>	<b>7</b>
<b>CASO DAS CRIANÇAS YEAN E BOSICO VS. REPÚBLICA DOMINICANA</b>	<b>69</b>
<b>CASO XIMENES LOPES VS. BRASIL</b>	<b>135</b>
<b>CASO ACEVEDO BUENDÍA E OUTROS VS. PERU</b>	<b>215</b>
<b>CASO GONZÁLEZ E OUTRAS (“CAMPO ALGODOEIRO”) VS. MÉXICO</b>	<b>255</b>
<b>CASO DA COMUNIDADE INDÍGENA XÁKMOK KÁSEK VS. PARAGUAI</b>	<b>371</b>
<b>CASO ATALA RIFFO E CRIANÇAS VS. CHILE</b>	<b>439</b>
<b>CASO FORNERÓN E FILHA VS. ARGENTINA</b>	<b>511</b>
<b>CASO CASO FURLAN E FAMILIARES VS. ARGENTINA</b>	<b>555</b>
<b>CASO ARTAVIA MURILLO E OUTROS VS. COSTA RICA</b>	<b>633</b>



## APRESENTAÇÃO

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

José Eduardo Cardozo  
Ministro da Justiça

Humberto Sierra Porto  
Presidente  
Corte Interamericana de  
Direitos Humanos

Paulo Abrão  
Secretário Nacional de Justiça  
Presidente da Comissão de Anistia

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

\*\*\*

**CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**  
**CASO “CINCO APOSENTADOS” VS. PERU**  
**SENTENÇA DE 28 DE FEVEREIRO DE 2003**  
*(Mérito, Reparações e Custas)*

No caso “*Cinco Aposentados*”,

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Corte”, “a Corte Interamericana” ou “o Tribunal”), integrada pelos seguintes juizes:\*

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

presentes, ademais,

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

em conformidade com os artigos 29, 55, 56 e 57 do Regulamento da Corte (doravante denominado “o Regulamento”)\*\* e com o artigo 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “a Convenção” ou “a Convenção Americana”), profere a presente Sentença.

**I**  
**Introdução da Causa**

1. Em 4 de dezembro de 2001, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Comissão” ou “a Comissão Interamericana”) submeteu à Corte uma demanda contra o Estado do Peru (doravante denominado “o Estado” ou “o Peru”), a qual teve origem na denúncia nº 12.034, recebida na Secretaria da Comissão em 1º de fevereiro de 1998.
2. A Comissão apresentou a demanda com base no artigo 51 da Convenção Americana, com o fim de que a Corte decidisse se o Estado violou os artigos 21 (Direito à Propriedade Privada), 25 (Proteção Judicial) e 26 (Desenvolvimento Progressivo) da Convenção Americana, em relação às obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) e 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno) deste tratado, devido à modificação no regime de pensões que os senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez e Maximiliano Gamarra Ferreyra (doravante denominados “as supostas vítimas”, “os cinco aposentados” ou “os aposentados”) vinham desfrutando conforme a legislação peruana até 1992, e pelo descumprimento das sentenças da Corte Suprema de Justiça e do Tribunal Constitucional do Peru “que ordenaram aos órgãos do Estado peruano pagar aos aposentados uma pensão calculada da maneira estabelecida na legislação vigente no momento em que eles começaram a desfrutar de um determinado regime de aposentadoria”.
3. Além disso, a Comissão solicitou à Corte que ordenasse ao Estado a concessão de uma compensação pelo dano moral causado às supostas vítimas, e que cumprisse o disposto nas sentenças da Corte Suprema de Justiça do

---

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

\*\*De acordo com a Resolução da Corte de 13 de março de 2001, sobre Disposições Transitórias ao Regulamento da Corte adotado por meio da Resolução de 24 de novembro de 2000, a presente Sentença é proferida nos termos do Regulamento de 2000, o qual entrou em vigor em 1º de junho de 2001.



Peru de 2 de maio, 28 de junho, 1º e 19 de setembro, e 10 de outubro, todas de 1994, e também as proferidas pelo Tribunal Constitucional do Peru em 9 de julho de 1998, 3 de agosto e 21 de dezembro, ambas de 2000, de maneira que as supostas vítimas e seus familiares recebessem as diferenças que foram deixadas de pagar no valor de suas aposentadorias a partir de novembro de 1992 e acrescidos dos respectivos juros, bem como que o Estado continuasse pagando um montante nivelado de suas aposentadorias. Ademais, a Comissão solicitou à Corte que ordenasse ao Estado que derogue e faça cessar, de maneira retroativa, os efeitos do artigo 5 do Decreto-Lei nº 25.792, de 23 de outubro de 1992. Finalmente, a Comissão solicitou à Corte que ordenasse ao Estado que investigue os fatos, estabeleça as responsabilidades pela violação dos direitos humanos cometida no presente caso, e condene o Estado a pagar as custas e os gastos produzidos na tramitação do caso na jurisdição interna e perante o Sistema Interamericano.

## II Competência

4. O Peru é Estado Parte na Convenção Americana desde 28 de julho de 1978 e reconheceu a competência contenciosa da Corte em 21 de janeiro de 1981. Portanto, a Corte é competente para conhecer do presente caso, nos termos dos artigos 62 e 63.1 da Convenção.

## III Procedimento perante a Comissão

5. Em 1º de fevereiro de 1998, os senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez, e Sara Castro, viúva do senhor Gamarra, bem como o Programa de Direitos Humanos do Centro de Assessoria Laboral do Peru (doravante denominado “CEDAL”) e a Associação Pró Direitos Humanos (doravante denominada “APRODEH”), apresentaram uma denúncia perante a Comissão Interamericana. Esta denúncia foi ampliada em 3 de junho de 1998 por estas últimas duas organizações.
6. Em 16 de julho de 1998, a Comissão procedeu a abrir o caso sob o nº 12.034.
7. Em 27 de setembro de 1999, a Comissão aprovou o Relatório nº 89/99, mediante o qual declarou admissível o caso e, em 18 de outubro de 1999, colocou-se à disposição das partes com o objetivo de alcançar uma solução amistosa.
8. Em 5 de março de 2001, a Comissão, de acordo com o artigo 50 da Convenção, aprovou o Relatório nº 23/01, mediante o qual recomendou ao Estado:
  1. Reparar adequadamente os senhores Torres Benvenuto, Mujica Ruiz-Huidobro, Álvarez Hernández, Bartra Vásquez, e os familiares do senhor Gamarra Ferreyra, nos termos do artigo 63 da Convenção Americana, incluindo tanto o aspecto moral como o material, pelas violações de seus direitos humanos e, em particular,
  2. Pagar imediatamente aos senhores Torres Benvenuto, Mujica Ruiz-Huidobro, Álvarez Hernández, Bartra Vásquez, e aos familiares do senhor Gamarra Ferreyra, a diferença no valor das aposentadorias niveladas que foram deixadas de pagar a partir de novembro de 1992 até a presente data. Para calcular esta diferença o Estado deverá tomar em conta o valor das aposentadorias que havia pago, em comparação com o valor das aposentadorias que lhes deveria pagar, com base, como explicado anteriormente, no direito adquirido das vítimas a receber uma pensão de aposentadoria nivelada progressivamente à remuneração do titular em atividade da Superintendência de Bancos e Seguros que tenha ocupado o mesmo posto, ou função análoga, à que desempenhavam os mencionados senhores na data de sua aposentadoria.
  3. Em seguida, pagar aos senhores Torres Benvenuto, Mujica Ruiz-Huidobro, Álvarez Hernández, Bartra Vásquez, e aos familiares do senhor Gamarra Ferreyra uma aposentadoria nivelada, calculada de acordo com os parâmetros com os quais vinha fazendo até agosto de 1992, isto é, de maneira nivelada progressivamente à remuneração do titular em atividade da Superintendência de Bancos e Seguros que tenha ocupado o mesmo posto, ou função análoga, à que desempenhavam os mencionados senhores na data de sua aposentadoria.
  4. Derrogar e fazer cessar, de maneira retroativa, os efeitos do artigo 5º do Decreto Lei nº 25.792, de 23 de outubro de 1992.

5. Realizar uma investigação completa, imparcial e efetiva dos fatos com o objetivo de estabelecer as responsabilidades pelo descumprimento das mencionadas sentenças proferidas em 1994 pela Corte Suprema de Justiça do Peru e em julho de 1998 pelo Tribunal Constitucional, e que pela via dos processos penais, administrativos e de outra índole que venham a ser realizados, sejam aplicadas aos responsáveis as sanções pertinentes, adequadas à gravidade das violações mencionadas.
9. Em 9 de março de 2001, a Comissão transmitiu o relatório anteriormente indicado ao Estado e concedeu um prazo de dois meses para cumprir as recomendações realizadas. Em 31 de maio de 2001, o Estado solicitou uma prorrogação de prazo de quatro meses, contada a partir desse mesmo dia, com o objetivo de cumprir as recomendações formuladas; esta foi concedida. Em 14 de maio e em 10 e 27 de setembro de 2001, o Estado informou à Comissão sobre as ações que estava efetuando com o propósito de cumprir as referidas recomendações.
10. Em 1º de outubro de 2001, o Estado solicitou à Comissão uma nova prorrogação de dois meses para cumprir as recomendações, a qual foi concedida no dia seguinte, contada a partir de 1º de outubro de 2001.
11. Mediante escrito de 11 de outubro de 2001, o CEDAL afirmou que incorporava o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (doravante denominado "CEJIL") como co-peticionário neste caso.
12. Em 3 de dezembro de 2001, a Comissão decidiu submeter o caso à jurisdição da Corte.

#### IV

#### Procedimento perante a Corte

13. A Comissão apresentou a demanda perante a Corte em 4 de dezembro de 2001.
14. De acordo com o artigo 22 do Regulamento, a Comissão designou como delegados os senhores Hélio Bicudo e Santiago Cantón, e como assessores jurídicos os senhores Ignacio Álvarez e Ariel Dulitzky. Assim mesmo, de acordo com o artigo 33 do Regulamento, a Comissão indicou o nome e o endereço das supostas vítimas e informou que estas seriam representadas pelo senhor Javier Mujica Petit, do CEDAL, e pela senhora María Clara Galvis, do CEJIL.
15. Em 11 de janeiro de 2002, a Secretaria da Corte (doravante denominada "a Secretaria"), seguindo instruções do Presidente da Corte (doravante denominado "o Presidente"), e de acordo com o artigo 34 do Regulamento, solicitou à Comissão que remetesse, no prazo de 20 dias, determinados anexos da demanda que se encontravam incompletos ou ilegíveis. Em 4 de fevereiro de 2002, a Comissão apresentou os anexos indicados.
16. Em 17 de janeiro de 2002, a Secretaria, depois de um exame preliminar da demanda realizado pelo Presidente, a notificou ao Estado juntamente com seus anexos, e lhe informou sobre os prazos para contestá-la e nomear sua representação no processo. Ademais, nesse mesmo dia a Secretaria, seguindo instruções do Presidente e de acordo com o disposto no artigo 18 do Regulamento e no artigo 10 do Estatuto da Corte, informou ao Estado sobre seu direito a designar um juiz *ad hoc* para que participasse na consideração do presente caso. Igualmente, nessa mesma data, de acordo com o disposto nos artigos 35.4 e 35.1.e) do Regulamento, a demanda foi notificada aos representantes das supostas vítimas e seus familiares, CEDAL e CEJIL, nas pessoas de Javier Mujica Petit e María Clara Galvis, respectivamente, para que apresentassem o escrito de petições, argumentos e provas. Finalmente, de acordo com o artigo 35.1.d) do Regulamento, a demanda foi notificada ao primeiro peticionário, senhor Francisco Soberón, Diretor Geral da Associação Pró Direitos Humanos (APRODEH).
17. Em 14 de fevereiro de 2002, o Estado apresentou uma comunicação, mediante a qual informou que havia designado o senhor Javier de Belaunde López de Romaña como Juiz *ad hoc* e o senhor Fernando Elías Mantero como Agente.
18. Em 14 de fevereiro de 2002, os representantes das supostas vítimas e seus familiares remeteram um escrito, no qual solicitaram uma prorrogação de 20 dias para a apresentação do escrito de petições, argumentos e provas (art. 35.4 do Regulamento). No dia seguinte, a Secretaria, seguindo instruções do Presidente, informou aos representantes que a prorrogação de prazo havia sido concedida até 4 de março de 2002.
19. Em 1º de março de 2002, a Secretaria, seguindo instruções do Presidente, informou às partes que havia procedido a mudar o nome do caso "Torres Benvenuto e outros" para "Cinco Aposentados".
20. Em 5 de março de 2002, os representantes das supostas vítimas e seus familiares remeteram, via fax, o escrito

de petições, argumentos e provas. Do mesmo modo, no dia 8 de março do mesmo ano, apresentaram o escrito original, ao qual incorporaram seus anexos, exceto o primeiro e o quinto.

21. Em 15 de março de 2002, o Peru apresentou seu escrito de contestação à demanda, e em 18 de abril de 2002 remeteu os anexos correspondentes a este escrito. Entretanto, algumas folhas dos anexos 8 e 9 da mencionada contestação se encontravam ilegíveis.
22. Em 20 de março de 2002, a Secretaria transmitiu o escrito de petições, argumentos e provas ao Estado e à Comissão e indicou que quando os anexos pendentes (par. 20 *supra*) fossem recebidos na Secretaria, seriam então transmitidos às outras partes. Ademais, seguindo instruções do Presidente, foi concedido um prazo improrrogável de 30 dias para que apresentassem as observações que considerassem pertinentes.
23. Em 18 de abril de 2002, a Secretaria remeteu a contestação da demanda à Comissão, aos representantes das supostas vítimas e seus familiares e ao peticionário original, e lhes indicou que quando as folhas pendentes (par. 21 *supra*) fossem recebidas na Secretaria, lhes seriam transmitidas.
24. Em 22 de abril de 2002, o Estado apresentou suas observações ao escrito de petições, argumentos e provas apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares. Posteriormente, no dia 30 de abril de 2002, o Peru apresentou o escrito original com seus respectivos anexos.
25. Em 22 de abril de 2002, os representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentaram cópia das procurações no processo perante a Corte, outorgadas pelos senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez e Sara Castro, viúva do senhor Gamarra, a favor de Viviana Krsticevic, Javier Mujica Petit e María Clara Galvis.
26. Em 22 de abril de 2002, a Comissão remeteu suas observações ao escrito de petições, argumentos e provas dos representantes das supostas vítimas e seus familiares. Assim mesmo, a Comissão informou que a Comissária Marta Altolaquirre também atuaria como delegada no presente caso, e assinalou que recebeu informação segundo a qual o Estado havia “derrogado os efeitos do artigo 5º do Decreto Lei nº 25.792” e havia dado cumprimento ao ordenado nas sentenças proferidas pela Corte Suprema de Justiça e pelo Tribunal Constitucional do Peru, e acrescentou que “[e]ste cumprimento [era] um dos pontos fundamentais do objeto da [...] demanda”.
27. Em 3 de maio de 2002, o CEDAL apresentou um escrito mediante o qual solicitou a substituição do testemunho do senhor Jorge Santistevan de Noriega pela declaração testemunhal do senhor Walter Albán Peralta; remeteu cópia do anexo quinto do escrito de petições, argumentos e provas, o qual havia sido solicitado pela Secretaria por encontrar-se ilegível (par. 20 *supra*), e anexou as procurações originais outorgadas pelas supostas vítimas a favor de Viviana Krsticevic, Javier Mujica Petit e María Clara Galvis (par. 25 *supra*). Seguindo instruções do Presidente, em 6 de maio de 2002, a Secretaria informou ao Estado e à Comissão que lhes concedia um prazo até 24 de maio de 2002 para que formulassem as observações que considerassem pertinentes em relação ao pedido de substituição da testemunha Jorge Santistevan de Noriega.
28. Em 21 de maio de 2002, a Comissão, de acordo com o artigo 36.4 do Regulamento, apresentou um escrito de alegações “sobre a eventual exceção preliminar que poderia ser considerada como interposta pelo Ilustre Estado do Peru [...] em seu escrito de contestação à demanda”. Neste mesmo dia os representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentaram um escrito sobre esse mesmo assunto. Em 28 de maio de 2002, os representantes das supostas vítimas e seus familiares remeteram o escrito original, ao qual incorporaram o anexo indicado neste documento.
29. Em 22 de maio de 2002, o Estado apresentou suas observações sobre o pedido de substituição da testemunha Jorge Santistevan de Noriega (par. 27 *supra*) e sobre as procurações apresentadas pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (pars. 25 e 27 *supra*), nas quais afirmou certas irregularidades. Neste mesmo dia o Peru apresentou outro escrito, por meio do qual se referiu à informação exposta pela Comissão (par. 26 *supra*) em relação ao cumprimento das sentenças proferidas pela Corte Suprema de Justiça e pelo Tribunal Constitucional do Peru e a derrogação do artigo 5º do Decreto-Lei nº 25.792. Em 1º de julho de 2002, o Peru apresentou as versões originais dos escritos anteriores.
30. Em 24 de maio de 2002, a Secretaria concedeu ao Estado um prazo de 30 dias para que, em atenção ao solicitado pela Comissão em seu escrito de demanda, apresentasse informação sobre o valor da pensão mensal que havia pago aos senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez e Maximiliano Gamarra Ferreyra, ou a seus familiares, a partir de novembro de 1992; e o valor do salário recebido, a partir de novembro de 1992, pelas pessoas que ocupavam os seguintes cargos, ou

cargos com funções similares, na Superintendência de Bancos e Seguros (doravante denominada "a SBS" ou "a Superintendência"):

- a) Diretor Geral de Comunicações (último cargo ocupado na SBS pelo senhor Carlos Torres Benvenuto);
- b) Gerente Geral de Créditos da Superintendência de Bancos e Seguros (último cargo ocupado na SBS pelo senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro);
- c) Assessor Administrativo da Alta Diretoria (último cargo ocupado na SBS pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández);
- d) Assessor Técnico da Superintendência Adjunta de Entidades Especializadas em Seguros (último cargo ocupado na SBS pelo senhor Reymert Bartra Vásquez); e
- e) Superintendente de Bancos e Seguros (último cargo ocupado na SBS pelo senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra).

31. Em 24 de maio de 2002, a Secretaria, seguindo instruções do Presidente, solicitou aos representantes das supostas vítimas e seus familiares que esclarecessem a informação do Estado em relação às procurações outorgadas pelos senhores Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Carlos Torres Benvenuto e Reymert Bartra Vásquez perante o notário Alfredo Aparicio Valdez (pars. 25, 27 e 29 *supra*).
32. Em 3 de junho de 2002, o Estado apresentou os documentos correspondentes aos anexos 8 e 9 do escrito de contestação à demanda (par. 21 *supra*).
33. Em 14 de junho de 2002, os representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentaram um escrito no qual informaram sobre a situação das procurações outorgadas pelos senhores Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Carlos Torres Benvenuto e Reymert Bartra Vásquez perante o notário Alfredo Aparicio Valdez (pars. 25, 27, 29 e 31 *supra*). Além disso, apresentaram as procurações originais de representação no processo perante a Corte conferidas em 3 e 4 de junho de 2002 pelos senhores Javier Mujica Ruiz-Huidobro e Reymert Bartra Vásquez a favor de Viviana Krsticevic, Javier Mujica Petit e María Clara Galvis.
34. Em 1º de julho de 2002, o Peru apresentou um escrito, mediante o qual remeteu parte da informação solicitada pela Secretaria (par. 30 *supra*) em relação aos salários recebidos pelas pessoas que haviam ocupado cargos ou funções similares aos ocupados pelas supostas vítimas na SBS. Posteriormente, em 17 de julho de 2002, o Estado apresentou documentos relativos à informação solicitada pela Secretaria (par. 30 *supra*) em relação ao valor da pensão mensal que havia pago às supostas vítimas ou a seus familiares a partir de novembro de 1992 e em relação aos valores dos salários pagos às pessoas que haviam ocupado cargos ou funções similares aos que as supostas vítimas ocuparam na SBS.
35. Em 2 de julho de 2002, o senhor Carlos Torres Benvenuto apresentou cópia da procuração no processo perante a Corte, por ele conferida em 14 de junho de 2002 a favor de Viviana Krsticevic, Javier Mujica Petit e María Clara Galvis.
36. Em 8 de julho de 2002, a Comissão remeteu a lista definitiva das testemunhas e peritos oferecidos para a celebração da audiência pública sobre o mérito e as eventuais reparações neste caso. No dia seguinte os representantes das supostas vítimas e seus familiares remeteram sua lista definitiva, e fizeram suas as provas testemunhais e periciais oferecidas na demanda da Comissão.
37. Em 16 de julho de 2002, o Presidente emitiu uma Resolução mediante a qual rejeitou as objeções expostas pelo Estado sobre a prova testemunhal e pericial e admitiu as declarações testemunhais e periciais oferecidas pela Comissão e pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares. Além disso, convocou as partes a uma audiência pública que seria celebrada na sede da Corte, a partir das 10:00 horas do dia 3 de setembro de 2002, para receber seus argumentos sobre as eventuais exceções preliminares, o mérito e as eventuais reparações, bem como as declarações das testemunhas e peritos propostos pela Comissão e pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares.
38. Em 22 de julho de 2002, os representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentaram um escrito informando sobre o "estado atual do caso". Posteriormente, em 21 de agosto de 2002, remeteram os anexos indicados neste escrito.
39. Em 1 e 5 de agosto de 2002, a Secretaria, seguindo instruções do Presidente e de acordo com o artigo 44 do Regulamento, solicitou aos representantes das supostas vítimas e seus familiares que apresentassem os seguintes documentos: cópia da proposta de solução amistosa apresentada por eles à Secretaria Executiva do

Conselho Nacional de Direitos Humanos do Ministério de Justiça do Peru; cópia da resolução da Defensoria do Povo do Peru nº 026-97/DP, e cópia do *amicus curiae* apresentado pela Defensoria do Povo durante a tramitação do caso perante a Comissão. Para a apresentação dos referidos documentos foi concedido um prazo até 16 de agosto de 2002.

40. Em 9 de agosto de 2002, a senhora Delia Revoredo Marsano de Mur, convocada pelo Presidente da Corte para apresentar um parecer pericial na audiência pública (par. 37 *supra*), informou que por motivos laborais não poderia comparecer à mencionada audiência.
41. Em 21 de agosto de 2002, os representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentaram um escrito ao qual anexaram, *inter alia*, os documentos requeridos pela Secretaria em 1º e 5 de agosto de 2002 (par. 39 *supra*), e o documento intitulado “Constância” da 5ª Promotoria Provincial Penal de Lima, referente ao caso 506010105-2002-7-0, a qual indica como acusado o senhor Oscar Oitosa Rivera, pelo delito de falsificação documental e como vítima o senhor Martín Gregorio Oré Guerrero, com o fim de provar que “perante esta dependência se tramita uma investigação referente à falsificação das assinaturas” das procurações de três das supostas vítimas.
42. Em 21 de agosto de 2002, os representantes das supostas vítimas e seus familiares enviaram um escrito, mediante o qual solicitaram à Corte que autorizasse que o senhor Walter Albán Peralta participasse na audiência pública na qualidade de perito e não de testemunha. A Secretaria, mediante nota de 22 de agosto de 2002, requereu que apresentassem o *curriculum vitae* do senhor Walter Albán Peralta com o propósito de que a Corte pudesse resolver o pedido apresentado. Em 23 de agosto de 2002, os representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentaram o *curriculum vitae* indicado.
43. Em 23 de agosto de 2002, a Secretaria, seguindo instruções do Presidente, concedeu prazo até 27 de agosto de 2002 para que a Comissão e o Estado apresentassem suas observações ao pedido dos representantes das supostas vítimas e seus familiares indicado no parágrafo anterior.
44. Em 27 de agosto de 2002, o Estado apresentou um escrito, mediante o qual formulou sua oposição ao pedido dos representantes das supostas vítimas e seus familiares de considerar a declaração do senhor Walter Albán Peralta como prova pericial e não como prova testemunhal. Nesse mesmo escrito, o Peru comunicou que, de acordo com o disposto no artigo 21.1 do Regulamento, havia designado o senhor Mario Pasco Cosmópolis como Agente Assistente no presente caso. No dia seguinte, a Comissão enviou um escrito através do qual comunicou que não tinha objeção ao pedido dos representantes antes indicado.
45. Em 27 e 28 de agosto de 2002, os representantes das supostas vítimas e seus familiares informaram que o senhor Walter Albán Peralta não poderia participar na audiência pública e, em seu lugar, solicitaram que fosse convocado, na qualidade de perito, o senhor Daniel Soria Luján, para o que apresentaram seu *curriculum vitae*.
46. Em 29 de agosto de 2002, a Secretaria, seguindo instruções do Pleno da Corte, informou às partes que o Tribunal havia rechaçado o pedido dos representantes das supostas vítimas e seus familiares de que o senhor Daniel Soria Luján fosse convocado a prestar declaração pericial na audiência pública.
47. Em 30 de agosto de 2002, o senhor Carlos Rafael Urquilla Bonilla, representante da organização Direitos Humanos nas Américas, apresentou um escrito em qualidade de *amicus curiae*.
48. Em 2 de setembro de 2002, o Estado apresentou um escrito no qual se referiu à alegação de falta de esgotamento dos recursos internos exposta na contestação da demanda. A este respeito, afirmou que “no presente caso qualquer questionamento à procedência da demanda por não ter sido esgotada a via indicada na jurisdição interna do Peru deve ser resolvida conjuntamente com a sentença e com vista da totalidade dos elementos probatórios apresentados pelas partes”.
49. Nesse mesmo dia o Peru apresentou um escrito no qual expôs suas considerações sobre a proposta de solução amistosa apresentada pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares perante a Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Direitos Humanos do Ministério de Justiça do Peru e sobre o *amicus curiae* apresentado pela Defensoria do Povo durante a tramitação do caso perante a Comissão (pars. 39 e 41 *supra*).
50. Nos dias 3 e 4 de setembro de 2002, a Corte recebeu, em audiência pública sobre o mérito e as eventuais reparações, as declarações das testemunhas e o parecer do perito, propostos pela Comissão e pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, respectivamente. A Corte também escutou as alegações finais orais das partes.

Compareceram perante a Corte:

pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

Marta Altolaguirre, Delegada; e  
Ignacio Álvarez, Assessor.

pelas supostas vítimas e seus familiares:

María Clara Galvis Patiño, Advogada do CEJIL; e  
Javier Mujica Petit, Representante do CEDAL.

pelo Estado do Peru:

Fernando Elías Mantero, Agente; e  
Mario Pasco Cosmópolis, Agente Assistente.

Testemunhas propostas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos:

Carlos Torres Benvenuto; e  
Guillermo Álvarez Hernández.

Perito proposto pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares:

Máximo Jesús Atauje Montes.

51. Durante a audiência pública sobre o mérito e as eventuais reparações o Presidente concedeu às partes o prazo de 30 dias para que apresentassem suas alegações finais escritas.
52. Em 3 de setembro 2002, durante a audiência pública sobre o mérito e as eventuais reparações, o senhor Máximo Jesús Atauje Montes também apresentou seu relatório pericial por escrito.
53. Em 4 de setembro de 2002, durante a exposição das alegações finais das partes na audiência pública sobre o mérito e as eventuais reparações, os representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentaram um documento intitulado "A previdência social e os sistemas de pensões no Peru".
54. Em 5 de setembro de 2002, os representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentaram alguns documentos que haviam oferecido durante a audiência pública sobre o mérito e as eventuais reparações.
55. Em 2 de outubro de 2002, os representantes das supostas vítimas e seus familiares solicitaram uma prorrogação de 30 dias para a apresentação de suas alegações finais escritas. Nesse mesmo dia a Secretaria informou às partes que, seguindo instruções do Presidente, o prazo que havia sido concedido era improrrogável até 30 de outubro de 2002 para que os representantes das supostas vítimas e seus familiares, a Comissão e o Estado apresentassem suas alegações finais escritas.
56. Em 3 de outubro de 2002, o senhor Juan Álvarez Vita, proposto pela Comissão para prestar declaração pericial na audiência pública sobre o mérito e as eventuais reparações,<sup>1</sup> enviou uma comunicação eletrônica, mediante a qual apresentou seu relatório pericial escrito sobre este caso. No dia seguinte, a Comissão enviou uma comunicação à qual anexou cópia do relatório pericial escrito do senhor Álvarez Vita. Em 25 de outubro de 2002, o senhor Álvarez Vita remeteu o original do referido relatório pericial escrito.
57. Em 25 de outubro de 2002, a Comissão apresentou suas alegações finais escritas.
58. Em 29 de outubro de 2002, o Peru remeteu suas alegações finais escritas, juntamente com seus anexos. Nesse mesmo dia o Estado também apresentou um documento intitulado "Explicação dos regimes trabalhistas e de aposentadoria que se aplicam na República do Peru e análise específica da situação de cada um dos aposentados", ao qual incorporou um anexo.
59. Em 30 de outubro de 2002, os representantes das supostas vítimas e seus familiares remeteram suas alegações finais escritas. Em 6 de novembro de 2002 apresentaram os anexos a este escrito.

---

1. O senhor Juan Álvarez Vita não prestou declaração pericial na audiência pública celebrada nos dias 3 e 4 de setembro de 2002, devido a que a Comissão Interamericana desistiu de apresentar de maneira oral a sua perícia. A Corte aprovou que, em seu lugar, fosse apresentado o relatório deste perito de forma escrita.

60. Em 7 de novembro de 2002, o Estado remeteu um escrito no qual fez referência à perícia apresentada pelo senhor Máximo Jesús Atauje Montes no caso.
61. Em 18 de novembro de 2002, os senhores Víctor Abramovich, Julieta Rossi, Andrea Pochak e Jimena Garrote, todos eles do Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS), e Christian Courtis, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, apresentaram um escrito em qualidade de *amicus curiae*.
62. Em 24 de fevereiro de 2003, o Estado apresentou um escrito extemporaneamente.

## V A Prova

63. Antes do exame das provas recebidas, a Corte realizará, à luz do estabelecido nos artigos 43 e 44 do Regulamento, algumas considerações aplicáveis ao caso específico, a maioria das quais foram desenvolvidas na própria jurisprudência do Tribunal.
64. Em primeiro lugar, é importante indicar que em matéria probatória rege o princípio do contraditório, no qual se respeita o direito de defesa das partes, sendo este princípio um dos fundamentos do artigo 43 do Regulamento, no que se refere à oportunidade em que se deve oferecer a prova com o fim de que exista igualdade entre as partes.<sup>2</sup>
65. Ademais, a Corte indicou anteriormente, quanto à recepção e à apreciação da prova, que os procedimentos seguidos ante si não estão sujeitos às mesmas formalidades dos atos judiciais internos e que a incorporação de determinados elementos ao acervo probatório deve ser efetuada prestando particular atenção às circunstâncias do caso concreto, e tendo presentes os limites traçados pelo respeito à segurança jurídica e ao equilíbrio processual das partes.<sup>3</sup> Assim mesmo, a Corte teve em conta que a jurisprudência internacional, ao considerar que os tribunais internacionais têm a possibilidade de apreciar e avaliar as provas segundo as regras da crítica *sã*, sempre evitou adotar uma determinação rígida do *quantum* da prova necessária para fundamentar uma decisão.<sup>4</sup> Este critério é especialmente válido em relação aos tribunais internacionais de direitos humanos, os quais dispõem, para efeitos da determinação da responsabilidade internacional de um Estado por violação de direitos da pessoa, de uma ampla flexibilidade na apreciação da prova oferecida perante eles sobre os fatos pertinentes, de acordo com as regras da lógica e com base na experiência.<sup>5</sup>
66. Com base nisso, a Corte procederá a examinar e avaliar o conjunto dos elementos que conformam o acervo probatório deste caso, segundo a regra da crítica *sã*, dentro do marco jurídico em estudo.

### A) Prova Documental

67. Ao apresentar seu escrito de demanda (pars. 1 e 13 *supra*), a Comissão incorporou como prova 69 anexos que continham 87 documentos.<sup>6</sup>
68. Os representantes das supostas vítimas e seus familiares anexaram ao escrito de petições, argumentos e provas (pars. 20, 25 e 27 *supra*) sete anexos que continham 13 documentos.<sup>7</sup>
69. O Estado, por sua vez, anexou como prova a seu escrito de contestação à demanda (pars. 21 e 32 *supra*) 60 documentos contidos em nove anexos.<sup>8</sup>

2. Cf. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awast Tingni*. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C Nº 79, par. 86.

3. Cf. *Caso Cantos*. Sentença de 28 de novembro de 2002. Série C Nº 97, par. 27; *Caso Las Palmeras. Reparaciones* (art. 63.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 26 de novembro de 2002. Série C Nº 96, par. 18; e *Caso do Caracazo. Reparaciones* (art. 63.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 29 de agosto de 2002. Série C Nº 95, par. 38.

4. Cf. *Caso Cantos*, nota 3 *supra*; *Caso do Caracazo. Reparaciones*, nota 3 *supra*; *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros*. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C Nº 94, par. 65; e *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones* (art. 63.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 27 de fevereiro de 2002. Série C Nº 92, par. 37.

5. Cf. *Caso Cantos*, nota 3 *supra*; *Caso do Caracazo. Reparaciones*, nota 3 *supra*, par. 39; e *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones*, nota 4 *supra*, par. 38.

6. Cf. anexos 1 a 69 do escrito de demanda apresentado pela Comissão em 4 de dezembro de 2001 (folhas 1 a 356 do expediente de anexos à demanda).

7. Cf. anexos 2 a 7 do escrito de 5 de março de 2002 de petições, argumentos e provas dos representantes das supostas vítimas e seus familiares, apresentados em 8 de março de 2002 (folhas 216 a 255 do tomo I do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações); anexo 1 do referido escrito apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares em 22 de abril de 2002 (folhas 530 a 535 do tomo III do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações); e uma cópia mais legível do anexo 5 apresentada pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares em 3 de maio de 2002 (folho 576 bis do tomo III do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações).

8. Cf. anexos 1 a 7 do escrito de contestação à demanda de 15 de março de 2002, apresentados pelo Estado em 18 de abril de 2002 (folhas

70. Ao apresentar suas observações ao escrito de petições, argumentos e provas dos representantes das supostas vítimas e seus familiares (par. 24 *supra*) o Estado remeteu seis documentos.<sup>9</sup>
71. Os representantes das supostas vítimas e seus familiares anexaram ao escrito de alegações em relação a uma eventual exceção preliminar apresentada pelo Estado na contestação à demanda (pars. 21 e 28), dois documentos contidos em um anexo.<sup>10</sup>
72. Ao apresentar seu escrito de observações sobre as procurações apresentadas pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (pars. 25, 27 e 29 *supra*) o Estado anexou dois documentos.<sup>11</sup> Outrossim, os representantes das supostas vítimas e seus familiares anexaram ao escrito de esclarecimento sobre as procurações (par. 33 *supra*) dois anexos contendo 21 documentos.<sup>12</sup> Em 2 de julho de 2002, o senhor Carlos Torres Benvenuto remeteu cópia da procuração no processo perante a Corte.<sup>13</sup>
73. O Peru remeteu vários documentos (pars. 30 e 34 *supra*),<sup>14</sup> como prova para melhor resolver, em relação aos salários pagos às pessoas que haviam ocupado cargos ou funções similares aos que ocuparam as supostas vítimas na SBS e sobre o valor da pensão mensal que havia pago às supostas vítimas ou seus familiares a partir de novembro de 1992.
74. Os representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentaram um escrito sobre o “estado atual do caso” (par. 38 *supra*), ao qual anexaram 12 documentos contidos em seis anexos.<sup>15</sup>
75. Os representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentaram como prova para melhor resolver (pars. 39 e 41 *supra*) três documentos<sup>16</sup> e uma constância da Promotoria Provincial Penal de Lima com o objetivo de provar que “perante esta dependência se tramita uma investigação referente à falsificação das assinaturas” das procurações das supostas vítimas (par. 41 *supra*).<sup>17</sup>
76. Em 3 de setembro de 2002, durante a perícia oferecida na audiência pública (par. 52 *supra*), o perito Máximo Jesús Atauje Montes também apresentou seu relatório pericial por escrito, o qual consta de 151 folhas, e ao qual incorporou 10 documentos como anexos.<sup>18</sup>
77. Em 4 de setembro de 2002, durante a exposição das alegações finais das partes na audiência pública (par. 53 *supra*), os representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentaram um documento intitulado “A previdência social e os sistemas de aposentadorias no Peru”, o qual consta de 25 folhas.<sup>19</sup>
78. Os representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentaram oito documentos, os quais haviam sido oferecidos durante a audiência pública (par. 54 *supra*).<sup>20</sup>
79. O senhor Juan Álvarez Vita, proposto pela Comissão para prestar uma declaração pericial na audiência pública sobre o mérito e as eventuais reparações (par. 56 *supra*), remeteu seu relatório pericial escrito sobre este caso.<sup>21</sup> Outrossim, a Comissão remeteu, via fax, uma cópia do referido documento.<sup>22</sup> Neste relatório se analisam os direitos econômicos, sociais e culturais.

314 a 470 do tomo II do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações) e anexos 8 e 9 do referido escrito apresentados em 3 de junho de 2002 (folhas 649 a 667 do tomo III do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações).

9. Cf. anexos 1 e 2 do escrito apresentado em 22 de abril de 2002 pelo Estado, em relação às suas observações ao escrito de petições, argumentos e provas dos representantes das supostas vítimas e seus familiares, remetidos pelo Estado em 30 de abril de 2002 (folhas 558 a 571 do tomo III do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações).

10. Cf. anexo 1 do escrito de 21 de maio de 2002 de alegações dos representantes das supostas vítimas e seus familiares em relação com uma eventual exceção preliminar apresentada pelo Estado na contestação da demanda, apresentado em 28 de maio de 2002 (folhas 639 a 644 do tomo III do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações).

11. Cf. anexos 1 e 2 do escrito de 22 de maio de 2002 do Estado (folhas 614 e 615 do tomo III do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações).

12. Cf. anexos 1 e 2 do escrito apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares em 14 de junho de 2002 (folhas 676 a 706 do tomo IV do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações).

13. Cf. folhas 786 e 787 do tomo IV do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações.

14. Cf. folhas 752 a 771 e 842 a 888 do tomo IV do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações.

15. Cf. anexos 1 a 6 do escrito de 22 de julho de 2002 dos representantes das supostas vítimas e seus familiares, apresentados em 21 de agosto de 2002 (folhas 959 a 995 do tomo IV do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações).

16. Cf. folhas 936 a 956 do tomo IV do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações.

17. Cf. folha 935 do tomo IV do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações.

18. Cf. folhas 1108 a 1258 do tomo V do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações.

19. Cf. folhas 1263 a 1287 do tomo V do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações.

20. Cf. folhas 1292 a 1350 do tomo V do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações.

21. Cf. folhas 1364 a 1406 do tomo VI do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações.

22. Cf. folhas 1408 a 1449 do tomo VI do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações.



80. Ao apresentar seu escrito de alegações finais (par. 58 *supra*) o Estado incorporou como prova dois anexos que continham cinco documentos.<sup>23</sup>
81. O Estado apresentou (par. 58 *supra*) um documento intitulado “Explicação dos Regimes Trabalhistas e de Aposentadoria que se aplicam na República do Peru e análise específica da situação de cada um dos aposentados”, ao qual incorporou um anexo.<sup>24</sup>
82. Ao apresentarem seu escrito de alegações finais (par. 59 *supra*) os representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentaram como prova 11 anexos que continham 13 documentos.<sup>25</sup>

*B) Prova Testemunhal e Pericial*

83. Nos dias 3 e 4 de setembro de 2002, a Corte recebeu as declarações das testemunhas e o parecer do perito, propostos, respectivamente, pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (par. 50 *supra*). A seguir, o Tribunal resume as partes relevantes destas declarações.

**a. Declaração de Carlos Torres Benvenuto, suposta vítima**

Começou a trabalhar na SBS em janeiro de 1950 e deixou de trabalhar para esta instituição em 31 de dezembro de 1986. Ocupava o cargo de Diretor Geral; no total, trabalhou 37 anos, 11 meses e 15 dias na SBS. Deixou de trabalhar para a SBS porque tinha mais de 37 anos de serviço e por razões familiares.

Com sua pensão cobria os gastos de seu lar, a manutenção, alimentação, educação e saúde de toda sua família, a qual está conformada por seus seis filhos, dos quais um deles ainda depende economicamente dele. Pensava em continuar mantendo a sua família recebendo a pensão do regime do Decreto-Lei nº 20.530, o qual lhe permite ter uma pensão conhecida no Peru como a “célula viva”, a qual consiste em receber o que ganha a pessoa que desempenha esse cargo em atividade; isso significa uma aposentadoria nivelada. A testemunha efetuou contribuições sobre seu salário para receber uma aposentadoria ao encerrar sua vida laboral. A SBS criou um fundo de pensões no ano de 1943, com o qual eram cobertas as pensões dos trabalhadores dessa instituição. Em 1982 a SBS mudou seu regime trabalhista, o qual naquele momento era público, e passou a um regime privado. Entretanto, não houve modificação no regime trabalhista de todos os empregados; houve um dispositivo que estipulava que os que quisessem aceitar a mudança, poderiam fazê-lo e os que não queriam permaneceriam no regime vigente. Foi dada uma opção de mudar de regime ou de permanecer naquele do Decreto-Lei nº 20.530. A testemunha permaneceu no regime antigo com um salário reduzido. Permanecer no regime antigo significava conservar o direito de aposentadoria com a remuneração do pessoal ativo.

A SBS começou a realizar os pagamentos de sua pensão a partir do dia em que concluiu seu trabalho na instituição, em 31 de dezembro de 1986. O valor que recebia variava a cada ano, de acordo com as regulamentações feitas pela SBS. Os ajustes se realizavam quando aumentava o salário da pessoa que estava em atividade no cargo que o funcionário exercia antes de se aposentar; este reajuste era feito uma ou duas vezes por ano, segundo as necessidades econômicas que atravessava o país naqueles momentos. Essa pensão era paga com o fundo de pensões da SBS. A pensão foi paga por seis anos e meio, até setembro de 1992, quando os pagamentos foram abruptamente cortados sem nenhum aviso, não houve comunicação alguma a respeito, a SBS não realizou nenhum processo para diminuir as pensões, mas de forma abrupta diminuiu a uma sexta parte a pensão que recebia. Ficou sabendo que a pensão havia diminuído quando foi recebê-la em setembro de 1992; seu salário diminuiu a um valor bruto de S/. 504,00 (quinhentos e quatro soles), menos os descontos do seguro e S/. 100,00 (cem soles) de serviços médicos, de maneira que o valor líquido recebido era de S/. 308,00 (trezentos e oito soles), ao passo que em agosto daquele ano recebeu S/. 2.450,00 (dois mil quatrocentos e cinquenta soles). Esta aposentadoria era sua principal e única renda. Pensava que seu valor aumentaria já que, de acordo com seu regime de pensão, sua aposentadoria se ajustaria a cada vez que fosse modificado o salário do funcionário ativo; jamais pensou que o valor recebido de aposentadoria seria diminuído, já que isso “atropela” os direitos que os trabalhadores têm; não se pode diminuir a aposentadoria.

23. Cf. anexos 1 e 2 do escrito de alegações finais do Estado apresentado em 29 de outubro de 2002 (folhas 1507 a 1530 do tomo VI do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações).

24. Cf. folhas 1552 a 1582 do tomo VI do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações.

25. Cf. anexos 1 a 11 do escrito de 30 de outubro de 2002 dos representantes das supostas vítimas e seus familiares, apresentados em 6 de novembro de 2002 (folhas 1643 a 1724 do tomo VI do expediente sobre o mérito e as eventuais reparações).

As consequências econômicas que lhe causou a redução de sua aposentadoria foram grandes, já que teve de vender seu carro, pedir empréstimos a amigos e ao final teve até de vender sua casa e mudar-se a um apartamento. Reduziu gastos, alimentos, medicamentos, colégio de seus filhos, foi uma situação catastrófica. Com respeito aos colégios de seus filhos, nessa época, a aposentadoria que recebia era menor do que o valor que pagava no Colégio San Agustín de Lima, Peru, que é o colégio onde se educaram seus filhos.

Esta situação não apenas o afetou economicamente, mas também nos aspectos psicológico e social.

Quanto às repercussões na saúde, a testemunha teve um infarto, e esteve internado dois meses e teve de ser atendido em um hospital público do Peru porque o seguro médico que tinha havia sido cancelado pela SBS. Nessa instituição ele contava com um seguro médico que pagava mensalmente um valor aproximado de S/. 89,00 a S/. 100,00 (oitenta e nove a cem soles). Esse seguro deveria continuar enquanto recebesse a aposentadoria, mas desgraçadamente foi impossibilitado disso também.

A partir da redução das pensões foram tentadas várias ações legais. Foram impetrados mandados de segurança, os quais foram ganhos, mas a SBS não cumpriu o pagamento; foram interpostas ações penais, devido a que a SBS emitiu resoluções que não cumpriu. Apelou-se ao Tribunal Constitucional, o qual decidiu a seu favor; recorreu-se à Defensoria do Povo, a qual exigiu do Superintendente o cumprimento das sentenças, mas este tampouco as cumpriu. Foi consultada a Ordem de Advogados se o que estava ocorrendo era permitido e esta deu razão aos aposentados, inclusive o próprio Ministro de Economia e Finanças enviou uma carta ao Superintendente, Dr. Porta Barrea, ordenando-o a cumprir as sentenças para evitar ações penais. A testemunha falou diretamente com os diferentes Superintendentes, enviou cartas autenticadas para chegar a um acordo, e ainda perdendo alguns direitos, mas tudo foi nulo. Também realizaram denúncias perante a imprensa e fizeram manifestações ou "plantões" na entrada da SBS reclamando, mas não obtiveram nenhuma resposta. Em 1992, iniciaram ações legais contra a SBS, a qual nesse momento era o organismo encarregado do pagamento das aposentadorias. Poucos meses depois, em outubro de 1992, foi sancionado o Decreto-Lei nº 25.792. A partir dessa data a SBS já não pagava as pensões. A testemunha e os demais aposentados não "constavam" para o Tesouro Público, porque tinham seus ingressos provenientes do fundo de pensões da SBS. Então, a partir de novembro de 1992, o Ministério de Economia e Finanças (doravante "o MEF") pagou as pensões até março do ano de 2002, quando foi derogado o artigo quinto do mencionado decreto-lei. As ações de garantia (ou mandados de segurança) foram propostas contra a SBS, que era a entidade que devia pagar-lhes; o MEF não foi demandado no processo, já que houve um jogo entre este Ministério e a SBS, pois a SBS dizia que de acordo com o artigo quinto do Decreto-Lei nº 25.792 o MEF devia pagar-lhes a pensão, e este último alegava que o artigo quinto indicado não criava nenhuma obrigação de pagamento em face dos aposentados da SBS, e que esta devia transferir os valores, com recursos próprios, para atender o pagamento dos aposentados. A sentença do Tribunal Constitucional que resolveu a ação de mandado de segurança e foi proferida com posterioridade ao ano de 1994, e a sentença da Corte Suprema de Justiça, ordenaram que fossem restituídos os direitos dos aposentados pagando-lhes a pensão que vinham recebendo de acordo com o Decreto-Lei nº 20.530. A testemunha nunca esteve incorporada ao regime da iniciativa privada. Atualmente recebe uma aposentadoria nivelada aos salários de um trabalhador do regime trabalhista privado.

Em março de 2002, a SBS emitiu resoluções nas quais anexou um pagamento, o qual os cinco aposentados acataram, de modo que foram pagas as pensões devidas durante os 10 anos nos quais a SBS havia deixado de pagar; com posterioridade a este fato a aposentadoria lhes foi paga mensalmente. Depois de uma luta de dez anos, durante os quais houve tanta penúria, a testemunha afirmou que se sente um pouco confortado. O valor que lhe foi pago como reembolso é de mais ou menos S/. 1.400.000,00 (um milhão e quatrocentos mil soles), que convertendo em dólares seria de aproximadamente US\$ 400.000,00 (quatrocentos mil dólares dos Estados Unidos da América), quantia à qual não foram somados nenhum tipo de juros legais. Os salários da SBS não aumentam os dos aposentados e, de acordo ao regime trabalhista do Decreto-Lei nº 20.530, a testemunha deve receber o salário da pessoa que está em seu cargo, salário que chegaria a S/. 21.000,00 (vinte e um mil soles), o que representaria cerca de US\$ 6.000,00 (seis mil dólares dos Estados Unidos da América). Este pagamento está sujeito a uma condição que é mortificante para os aposentados, já que no último parágrafo do artigo terceiro da resolução da SBS se diz que tudo isso está sujeito à decisão da Corte Interamericana, o que quer dizer que ainda os estão ameaçando.

A testemunha pediu ao Tribunal que emitisse seu pronunciamento o mais rapidamente possível para poder ter tranquilidade.

**b. Declaração de Guillermo Álvarez Hernández, suposta vítima**

Aposentou-se da SBS com 55 anos em 1984; o último cargo que ocupou foi o de Assessor Administrativo. Até 1992, a SBS manteve o regime trabalhista público do Decreto nº 11.377 e do Decreto-Lei nº 20.530, e então mudou de regime trabalhista, passando de um regime estatutário público a um regime de direito trabalhista privado. Ao pessoal que vinha trabalhando sob o regime público foi dada a opção de permanecer nesse regime, com suas remunerações e sua expectativa de aposentadoria, ou a opção de mudar de regime trabalhista e passar ao regime privado. A testemunha e os demais aposentados supostas vítimas permaneceram no regime do Decreto-Lei nº 20.530, o que significa que não mudaram de regime. Durante os 36 anos trabalhados na SBS a testemunha contribuiu com o fundo de pensões. O percentual de salário de contribuição variava entre 8%, 12% e 15% para os cargos mais altos da SBS. O cargo da testemunha era um dos mais altos desta instituição. Enquanto ocupava seu cargo pensava que, quando se aposentasse, se manteria com a pensão que lhe correspondia de acordo com a lei.

Desvinculou-se da SBS por razões de enfermidade e porque já tinha o tempo suficiente para se aposentar.

Depois da desvinculação da SBS, recebeu sua aposentadoria completa durante oito anos. Em 1984, o valor aproximado de sua pensão era de S/. 2.400,00 (dois mil e quatrocentos soles) sem incluir as gratificações, o que, em dólares, representava a quantia aproximada de US\$ 1.400,00 (mil e quatrocentos dólares dos Estados Unidos da América). Em setembro de 1992, ocorreu um corte bastante significativo, o qual consistia em 80% da pensão. Este corte se efetuou de uma maneira arbitrária, sem que avisassem nada aos aposentados e sem nenhuma base legal para fazê-lo. A testemunha tomou conhecimento da redução quando foi retirar seu cheque e em lugar de receber os aproximadamente S/. 2.500,00 (dois mil e quinhentos soles) que recebia, lhe entregaram um cheque de S/. 504,00 (quinhentos e quatro soles). Em nenhum momento pensou que o valor destas pensões pudesse ser reduzido, já que na lei de aposentadoria se estabelecia como deveriam ser niveladas. A Constituição Política estabelece que as aposentadorias devem ser niveladas com os cargos que desempenham os funcionários de igual nível aos aposentados e também há outras leis, tais como o Decreto-Lei nº 20.530 e a Lei 23.495 e seu regulamento, que estabelecem as mesmas disposições a este respeito.

As ações legais interpostas para que o Estado efetivamente cumprisse o pagamento das pensões foram várias: foi interposto um mandado de segurança (recurso de amparo) perante o Juízo de primeira instância, que era um juízo de plantão naquele momento. Esta ação foi interposta contra a SBS e nunca se incorporou o MEF, já que o Decreto-Lei nº 25.792 foi emitido com posterioridade à impetração do mandado de segurança, e as leis posteriores não possuem caráter retroativo. Com este Decreto-Lei nº 25.792 começou a receber sua pensão do MEF. Este mandado de segurança foi denegado, de maneira que apelaram à Corte Superior onde deram a razão aos aposentados; posteriormente, a SBS apelou desta última decisão e a Corte Suprema de Justiça, em 1994, lhes deu a razão e ordenou que a pensão devia ser paga integralmente conforme a resolução que fixava essa soma, mas também assinalou que deviam nivelar as pensões; estas sentenças não foram cumpridas. Foram realizadas outras ações através dos juizados provisórios, os quais também lhes deram a razão. No ano 2000, o Tribunal Constitucional, ao resolver as ações de cumprimento, deu razão aos aposentados e ordenou que fossem cumpridas as sentenças da Corte Suprema de Justiça do Peru. O Estado não respondia em face do descumprimento das resoluções e os aposentados tentavam buscar respostas, mas não as recebiam; mandaram cartas autenticadas ao Estado para tentar chegar a um acordo, mas nunca conseguiram. Além destas ações, foram interpostas ações penais com o propósito de que fossem cumpridas as sentenças da Corte Suprema de Justiça e, como consequência destas, a SBS emitiu resoluções administrativas no caso dos cinco aposentados, ordenando que lhes reintegrassem a pensão, mas estas resoluções em nenhum momento foram cumpridas.

Tudo isso causava à testemunha e à sua família um sentimento de impotência ao não poder obter resultado algum. Seu grupo familiar se compõe de sua esposa e dois filhos, que atualmente possuem 40 e 32 anos. Com a pensão, a testemunha efetuava os pagamentos de manutenção de sua casa, o estudo de seus filhos, o seguro médico familiar e outros gastos e situações. Além da pensão, não tinha outra renda para se manter porque na sua idade é difícil conseguir outra fonte de renda. A diminuição da pensão lhe trouxe como consequência danos econômicos, psicológicos e morais. Sua família teve de reduzir o orçamento mensal. Seu filho estudava na Universidade do Pacífico, que é uma universidade privada, e teve de mudar para a Universidade Garcilazo de la Vega, que é uma universidade estatal. Ele e sua família sofreram consequências emocionais por causa da diminuição na aposentadoria.

Diante das recomendações da Comissão e da derrogação do Decreto-Lei nº 25.792, o Estado chegou a pagar aos cinco aposentados as quantias que lhes eram devidas pelos dez anos de redução da aposentadoria. As sentenças não continham nenhum pagamento, este foi elaborado pela SBS. Os aposentados acataram as quantias que lhes foram pagas, mas em um artigo das resoluções da SBS se diz que estes pagamentos estão sujeitos à sentença da Corte Interamericana. Isto é uma ameaça de que poderia haver alguma devolução dos valores.

O valor da pensão da testemunha, em dólares, atualmente é de aproximadamente US\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) sem incluir as gratificações, e recebeu como reembolso pelos dez anos nos quais deixaram de lhe pagar corretamente suas pensões e com as níveis correspondentes, aproximadamente US\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) ou US\$ 380.000,00 (trezentos e oitenta mil dólares dos Estados Unidos da América). Esta pensão atualmente não está vinculada ao imposto de renda, mas está vinculada ao imposto "previal". O salário do funcionário ativo sim está vinculado ao imposto de renda.

Em uma entrevista recente na televisão, na qual lhe perguntaram se considerava justo que havendo tido um salário de US\$ 1.200,00 (mil e duzentos dólares dos Estados Unidos da América), sua pensão hoje pudesse ser de US\$ 3.600,00 (três mil e seiscentos dólares dos Estados Unidos da América) e que lhe tivessem pago um reembolso de US\$ 380.000,00 (trezentos e oitenta mil dólares dos Estados Unidos da América), respondeu à entrevistadora que efetivamente "eram altas as pensões, eram altas as somas recebidas, mas [que] lamentavelmente essa era a lei, o que estabelecia a lei".

Agradeceria se o Tribunal se pronunciasse no sentido de eliminar o artigo que está incluído na resolução administrativa da SBS de 2002 que se refere à decisão da Corte, para poder estar tranquilo.

### **c. Perícia de Máximo Jesús Atauje Montes, economista e perito judicial**

O perito se referiu ao lucro cessante, ao dano emergente e aos juros legais que, em seu entender, correspondem às supostas vítimas.

#### *C) Apreciação da Prova*

##### *Apreciação de Prova Documental*

84. Neste caso, como em outros,<sup>26</sup> o Tribunal admite o valor probatório dos documentos apresentados pelas partes em sua oportunidade processual ou como prova para melhor resolver, que não foram controvertidos ou objetados, ou cuja autenticidade foi colocada em dúvida. Por outro lado, a Corte admite, de acordo com o artigo 43 do Regulamento, a prova apresentada pelas partes em relação aos fatos supervenientes ocorridos com posterioridade à apresentação da demanda.

##### *Apreciação da Prova Testemunhal e Pericial*

85. Em relação às declarações oferecidas por duas das supostas vítimas no presente caso (par. 50 *supra*), a Corte as admite na medida em que concordem com o objeto do interrogatório proposto pela Comissão. A esse respeito, este Tribunal considera que por tratar-se de supostas vítimas e terem um interesse direto neste caso, suas manifestações não podem ser apreciadas isoladamente, mas dentro do conjunto das provas do processo. Em matéria tanto de mérito como de reparações, as declarações das supostas vítimas são úteis na medida em que podem proporcionar maior informação sobre as consequências das violações que podem ter sido perpetradas.<sup>27</sup>

86. A respeito dos pareceres dos peritos oferecidos (pars. 50 e 56 *supra*), os quais não foram objetados nem controvertidos, o Tribunal os admite e lhes concede valor probatório. Além disso, a Corte levou em conta as observações formuladas pelo Estado, em 7 de novembro de 2002 (par. 60 *supra*), a respeito da perícia do senhor Máximo Jesús Atauje Montes.

26. Cf. *Caso Cantos*, nota 3 *supra*, par. 41; *Caso Las Palmeras. Reparaciones*, nota 3 *supra*, par. 28; e *Caso do Caracazo. Reparaciones*, nota 3 *supra*, par. 57.

27. Cf. *Caso Cantos*, nota 3 *supra*, par. 42; *Caso do Caracazo. Reparaciones*, nota 3 *supra*, par. 59; e *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones*, nota 4 *supra*, par. 52.

## VI Fatos Provados

87. Efetuado o exame dos documentos, das declarações das testemunhas, dos pareceres dos peritos, e das manifestações da Comissão, dos representantes das supostas vítimas e seus familiares e do Estado, no curso do presente processo, esta Corte considera provados os seguintes fatos:
88. *Fatos Gerais*
- 88.a) Em 26 de fevereiro de 1974, foi sancionado o Decreto-Lei nº 20.530, intitulado “Regime de Aposentadorias e Compensações por Serviços Cívicos Prestados ao Estado não incluídos no Decreto-Lei 19.990”.<sup>28</sup>
- 88.b) As supostas vítimas trabalharam na SBS e se aposentaram depois de terem prestado mais de 20 anos de serviços na Administração Pública.<sup>29</sup> Os cinco aposentados começaram a trabalhar na Administração Pública entre 1940 e 1964, e se aposentaram da SBS entre 1975 e 1990.<sup>30</sup>
- 88.c) Segundo estabelece a lei orgânica da SBS, emitida em 1981, esta entidade “é uma Instituição Pública com personalidade jurídica de direito público, com autonomia funcional, administrativa e econômica”. O pessoal da SBS se encontrava dentro de um regime trabalhista da atividade pública, até que nesta lei orgânica de 1981 se dispôs que seu pessoal “se enc[ontraria] incluído no regime trabalhista correspondente à atividade privada, exceto no caso dos trabalhadores incluídos no regime da Lei nº 11.377 e no de aposentadorias estabelecido pelo Decreto Lei 20.530, ou que, por sua própria escolha, pod[iam] continuar neste regime”.<sup>31</sup>
- 88.d) As supostas vítimas escolheram continuar com o regime do Decreto-Lei nº 20.530.<sup>32</sup> Conforme o referido decreto-lei e suas normas conexas e complementares, o Estado reconheceu às supostas vítimas o direito a uma aposentadoria nivelada progressivamente, de acordo com a remuneração “dos servidores públicos em atividade nas respectivas categorias”, que ocuparam o mesmo posto ou função análoga à que desempenhavam os aposentados no momento em que se aposentaram da SBS.<sup>33</sup>
- 88.e) As nivelações das aposentadorias das supostas vítimas se realizaram de maneira sucessiva e periódica, “cada vez que se produzia um incremento por escala nas remunerações dos trabalhadores e funcionários ativos da Superintendência de Bancos e Seguros”,<sup>34</sup> desde o momento da aposentadoria de cada um dos cinco aposentados até que, em abril de 1992, a SBS suspendeu o pagamento da pensão do senhor Reymert Bartra Vásquez e, em setembro daquele mesmo ano, reduziu o valor da pensão dos senhores

28. Cf. Decreto-Lei nº 20.530 “Regime de Aposentadorias e Compensações por Serviços Cívicos Prestados ao Estado não Incluídos no Decreto-Lei nº 19.990” de 26 de fevereiro de 1974 (expediente de anexos à demanda, anexo 19, folhas 78 a 85).

29. Cf. resolução administrativa SBS nº 003-87 de 6 de janeiro de 1987, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 10, folha 66); resolução administrativa SBS nº 376-83-EFC/97-10 de 2 de agosto de 1983, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 12, folha 68); resolução administrativa SBS nº 330-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 51, folhas 194 e 195); resolução administrativa SBS nº 228-84 de 16 de agosto de 1984, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 14, folhas 70 e 71); resolução administrativa SBS nº 412-90 de 4 de julho de 1990, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 16, folha 73); e resolução administrativa SBS nº 398-75-EF/97-10 de 21 de outubro de 1975, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente de anexos à demanda, anexo 18, folhas 76 e 77).

30. Cf. nota 29 *supra*.

31. Cf. Decreto Legislativo nº 197 “Lei Orgânica da Superintendência de Bancos e Seguros” de 12 de junho de 1981, publicado em julho de 1981 no Diário Oficial El Peruano, artigos 1 e 35 (expediente de anexos à demanda, anexo 9, folhas 60 a 65).

32. Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; resolução administrativa SBS nº 003-87 de 6 de janeiro de 1987, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 10, folha 66); resolução administrativa SBS nº 330-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 51, folhas 194 e 195); resolução administrativa SBS nº 228-84 de 16 de agosto de 1984, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 14, folhas 70 e 71); resolução administrativa SBS nº 412-90 de 4 de julho de 1990, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 16, folha 73); e resolução administrativa SBS nº 398-75-EF/97-10 de 21 de outubro de 1975, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente de anexos à demanda, anexo 18, folhas 76 e 77).

33. Cf. Lei nº 23.495 “Nivelación Progressiva das Pensões dos Desempregados e dos Aposentados da Administração Pública não submetidos ao Regime do Seguro Social ou a outros Regimes Especiais” de 19 de novembro de 1982 (expediente de anexos à demanda, anexo 21, folhas 133 e 134); e Decreto-Lei nº 20.530 “Regime de Aposentadorias e Compensações por Serviços Cívicos Prestados ao Estado não Incluídos no Decreto-Lei nº 19.990” de 26 de fevereiro de 1974 (expediente de anexos à demanda, anexo 19, folhas 78 a 85).

34. Cf. resolução administrativa SBS nº 283-95 de 7 de abril de 1995, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 50, folhas 192 e 193); resolução administrativa SBS nº 330-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 51, folhas 194 e 195); resolução administrativa SBS nº 331-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 52, folhas 196 a 198); resolução administrativa SBS nº 332-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente de anexos à demanda, anexo 53 folhas 199 a 201); e resolução administrativa SBS nº 254-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 991 a 994).

Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández e Maximiliano Gamarra Ferreyra, em aproximadamente 78%, sem prévio aviso nem explicação alguma.<sup>35</sup>

- 88.f) Em 14 de outubro de 1992 foi promulgado o Decreto-Lei nº 25.792,<sup>36</sup> o qual "Autoriza a Superintendência de Bancos e Seguros-SBS a estabelecer um Programa de Incentivos para a Demissão Voluntária de seus Funcionários" e, de acordo com o artigo 5º, "[t]ransferiu ao Orçamento do Ministério de Economia e Finanças a arrecadação das contribuições e a atenção das pensões, remunerações ou similares que a Superintendência de Bancos e Seguros deveria pagar a seus aposentados, pensionistas e desempregados incluídos no regime do Decreto Lei nº 20.530". Outrossim, estipulou-se que "[e]stas pensões, remunerações ou similares ter[iam] como referência, inclusive para sua homologação, as que este Ministério paga a seus trabalhadores e funcionários, conforme o Decreto Legislativo No. 276" e, acrescentou-se que "[e]m nenhum caso serão homologadas ou se referirão às remunerações pagas pela Superintendência de Bancos e Seguros ao pessoal sujeito à atividade privada".
- 88.g) A partir de novembro de 1992 e enquanto esteve vigente o Decreto-Lei nº 25.792, o MEF continuou pagando às supostas vítimas uma pensão calculada nos termos desta norma.<sup>37</sup>
- 88.h) Cada uma das supostas vítimas interpôs um mandado de segurança contra a SBS e durante 1994 todos foram declarados com mérito pela Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça do

35. Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; escrito do Diretor de Relações Trabalhistas da SBS de 20 de fevereiro de 1992, mediante o qual se notifica ao senhor Carlos Torres Benvenuto a resolução administrativa SBS nº 050-92 (expediente de anexos à demanda, anexo 23, folhas 138 e 139); planilha de pagamento da SBS de agosto a respeito do senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 24, folha 140); planilha de pagamento da SBS de setembro de 1992, a respeito do senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 32, folha 154); planilha de pagamento da SBS de outubro de 1992, a respeito do senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 32, folha 155); escrito do Diretor Geral de Recursos Humanos da SBS de 10 de julho de 1990, mediante o qual se notifica ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro a resolução administrativa SBS nº 480-90 (expediente de anexos à demanda, anexo 25, folhas 143 e 144); escrito do Diretor Geral de Recursos Humanos da SBS de 16 de agosto de 1990, mediante o qual se notifica ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro a resolução administrativa SBS nº 583-90 (expediente de anexos à demanda, anexo 25, folha 144); escrito do Diretor Geral de Recursos Humanos da SBS de 14 de setembro de 1990, mediante o qual se notifica ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro a resolução administrativa SBS nº 637-90 (expediente de anexos à demanda, anexo 25, folha 145); resolução administrativa SBS nº 115-91 de 14 de março de 1991, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 26, folhas 146 e 147); planilhas de pagamento da SBS de março e abril de 1992, a respeito do senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 25, folhas 141 e 142); planilha de pagamento da SBS de junho de 1992, a respeito do senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 27, folha 148); mandado de segurança de 6 de outubro de 1992 interposto pelo senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro perante o Juiz de Primeira Instância Civil (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 8 do escrito de contestação à demanda, folhas 343 a 358); escrito do Diretor de Relações Trabalhistas de 20 de fevereiro de 1992, mediante o qual se notifica ao senhor Guillermo Álvarez Hernández a resolução administrativa SBS nº 050-92 (expediente de anexos à demanda, anexo 28, folhas 149 e 150); planilha de pagamento da SBS de junho de 1992, a respeito do senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 29, folha 151); planilha de pagamento da SBS de junho de 1992, a respeito do senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 29, folha 151); planilha de pagamento da SBS de julho de 1992, a respeito do senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 30, folha 152); planilha de pagamento da SBS de setembro de 1992, a respeito do senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 33, folha 156); mandado de segurança de 6 de outubro de 1992 interposto pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández perante o Juiz de Primeira Instância Civil (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 8 do escrito de contestação à demanda, folhas 362 a 371); planilha de pagamento da SBS de fevereiro de 1992, a respeito do senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 31, folha 153); mandado de segurança de 30 de junho de 1992 interposto pelo senhor Reymert Bartra Vásquez em 1º de julho de 1992 ante o Vigésimo Sexto Juízo Civil (expediente de anexos à demanda, anexo 42, folhas 173 a 175); planilha de pagamento do MEF de fevereiro de 1993, a respeito do senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 34, folha 157); e mandado de segurança de 6 de outubro de 1992 interposto pelo senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra perante o Juiz de Primeira Instância Civil (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 8 do escrito de contestação à demanda, folhas 372 a 381).

36. Cf. Decreto-Lei nº 25.792 "Autoriza a Superintendência de Bancos e Seguros-SBS- a estabelecer um Programa de Incentivos para a Demissão Voluntária de seus Funcionários" de 14 de outubro de 1992 (expediente de anexos à demanda, anexo 35, folha 159).

37. Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; planilha de pagamento do MEF de fevereiro de 1993, a respeito do senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 34, folha 157); sentença do Tribunal Constitucional do Peru emitida em 3 de agosto de 2000, em relação à ação de cumprimento interposta pelo senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 54, folhas 202 a 205); resolução administrativa SBS nº 250-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 975 a 978); resolução administrativa SBS nº 251-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 979 a 982); resolução administrativa SBS nº 252-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 983 a 986); resolução administrativa SBS nº 253-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 987 a 990); e resolução administrativa SBS nº 254-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 991 a 994).

Peru por meio de sentenças definitivas.<sup>38</sup> As sentenças foram publicadas no Diário Oficial El Peruano.<sup>39</sup> Na fase de execução de sentença os correspondentes Juízos Especializados Cíveis de Lima emitiram decisões através das quais ordenaram à SBS e ao MEF que cumprissem o disposto nas sentenças definitivas que declararam com mérito os mandados de segurança interpostos pelas supostas vítimas.<sup>40</sup>

- 88.i) A SBS apenas cumpriu a devolução às supostas vítimas das diferenças entre a pensão recebida e a que vinham recebendo de forma nivelada, correspondente aos meses de abril a outubro de 1992 –no caso do senhor Reymert Bartra Vásquez –e correspondente aos meses de setembro e outubro de 1992, no caso das outras quatro supostas vítimas.<sup>41</sup>
- 88.j) Algumas das supostas vítimas apresentaram denúncias penais contra quem consideravam responsáveis pelo descumprimento das sentenças.<sup>42</sup>
- 88.k) Em 1995, a SBS emitiu cinco resoluções com o propósito de que fosse cumprido o disposto nas sentenças definitivas que decidiram os referidos mandados de segurança. Nestas resoluções, a SBS ordenou que fossem niveladas as aposentadorias das supostas vítimas com base nas remunerações que recebiam os servidores ativos da SBS da mesma categoria ou equivalente na oportunidade em que se deram os reajustes de salários, bem como que fossem realizadas as devoluções correspondentes, de acordo com os cálculos dispostos nestas resoluções.<sup>43</sup> Outrossim, no artigo 2º destas resoluções se dispôs que as mesmas deveriam ser transmitidas ao MEF “para os fins pertinentes”. Tais resoluções não foram cumpridas.<sup>44</sup>

38. Cf. sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 2 de maio de 1994, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Carlos Torres Benvenuto contra a SBS (expediente de anexos à demanda, anexo 36, folha 160); sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 1º de setembro de 1994, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro contra a SBS (expediente de anexos à demanda, anexo 38, folha 165); sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 19 de setembro de 1994, publicada no Diário Oficial El Peruano de 25 de julho de 1995, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 41, folha 172); sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 28 de junho de 1994, publicada no Diário Oficial El Peruano de 14 de setembro de 1994, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 46, folhas 183 e 184); e sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 10 de outubro de 1994, publicada no Diário Oficial El Peruano de 2 de dezembro de 1994, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente de anexos à demanda, anexo 48, folhas 187 e 188).

39. Cf. sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 19 de setembro de 1994, publicada no Diário Oficial El Peruano de 25 de julho de 1995, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 41, folha 172); sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 28 de junho de 1994, publicada no Diário Oficial El Peruano de 14 de setembro de 1994, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 46, folhas 183 e 184); e sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 10 de outubro de 1994, publicada no Diário Oficial El Peruano de 2 de dezembro de 1994, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente de anexos à demanda, anexo 48, folhas 187 e 188).

40. Cf. ofício nº 914-94-DNJCL/JNLA de 16 de janeiro de 1995 do Juiz Titular do 19º Juízo Especializado Civil de Lima dirigido ao Superintendente de Bancos e Seguros, mediante o qual lhe solicita que dê cumprimento à resolução de 3 de novembro de 1994 emitida por este Juízo (expediente de anexos à demanda, anexo 37, folhas 161 a 164); ofício de 19 de dezembro de 1994 do Juiz Titular do 19º Juízo Especializado Civil de Lima dirigido ao Chefe da Superintendência de Bancos e Seguros, mediante o qual se refere à resolução de 22 de novembro de 1994 emitida por este Juízo (expediente de anexos à demanda, anexo 49, folha 190); resolução administrativa SBS nº 330-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 51, folhas 194 e 195); e resolução administrativa SBS nº 331-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 52, folhas 196 a 198).

41. Cf. escrito de demanda apresentado pela Comissão Interamericana (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo I, folha 21, par. 60); e escrito de petições, argumentos e provas apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo I, folha 176).

42. Cf. resolução do Promotor Superior Penal do Ministério Público emitida em 2 de dezembro de 1996, a respeito da queixa nº 34-96 (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo I, anexo 3 do escrito de petições, argumentos e provas, folha 228); resolução do Promotor da Nação emitida em 27 de junho de 1997, a respeito do expediente nº 001-97-D-SBS (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo I, anexo 4 do escrito de petições, argumentos e provas, folhas 229 a 234); resolução do Juiz do Trigésimo Juízo Penal de Lima emitida em 2 de fevereiro de 1996 (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo I, anexo 5 do escrito de petições, argumentos e provas, folhas 235 a 237); denúncia de 4 de julho de 1995 interposto pelo senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro perante o Controlador Geral da República (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo I, anexo 6 do escrito de petições, argumentos e provas, folhas 238 a 242); e testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002.

43. Cf. resolução administrativa SBS nº 283-95 de 7 de abril de 1995, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 50, folhas 192 e 193); resolução administrativa SBS nº 330-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 51, folhas 194 e 195); resolução administrativa SBS nº 331-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 52, folhas 196 a 198); resolução administrativa SBS nº 332-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente de anexos à demanda, anexo 53, folhas 199 a 201); e resolução administrativa SBS nº 254-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 991 a 994).

44. Cf. resolução administrativa SBS nº 250-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 975 a 978); resolução administrativa SBS nº 251-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 979 a 982); resolução administrativa SBS nº 252-2002 de 12 de março de 2002,

- 88.l) Três das supostas vítimas interpuseram ações de execução contra o Superintendente de Bancos e Seguros. Ao pronunciar-se sobre tais ações nos anos 1998 e 2000, o Tribunal Constitucional do Peru resolveu que a SBS devia cumprir o disposto em suas resoluções administrativas de 1995. As sentenças do Tribunal Constitucional indicadas foram publicadas no Diário Oficial El Peruano.<sup>45</sup>
- 88.m) Em 21 de janeiro de 2002, o Congresso da República do Peru promulgou a Lei nº 27.650, mediante a qual derogou o artigo 5º do Decreto-Lei nº 25.792 e a segunda disposição transitória do Decreto Legislativo nº 680. A referida lei foi publicada no Diário Oficial El Peruano em 23 de janeiro de 2002.<sup>46</sup>
- 88.n) Em 12 de março de 2002, a SBS emitiu cinco resoluções na quais, *inter alia*, resolveu dar cumprimento às resoluções da SBS expedidas em 1995, “deduzindo da soma a pagar a[os cinco aposentados] as quantias que o Ministério de Economia e Finanças lhe[s tivesse] depositado, em aplicação do Art. 5º do Decreto Lei nº 25.792, entre 1º de novembro de 1992 e 23 de janeiro de 2002”. No artigo terceiro destas resoluções de 2002, a SBS “[deixou] à salvo o direito [...] de deduzir, de acordo à decisão que emita a Corte Interamericana de Direitos Humanos [...], o valor que possa resultar excessivo ao dar-se cumprimento às [resoluções de 1995], caso no qual se terá em conta o previsto expressamente no Art. 53 do Decreto Lei nº 20.530, que autoriza a penhorar o valor das pensões para pagar dívidas”.<sup>47</sup>
- 88.o) Em 18 de março de 2002, a SBS pagou aos cinco aposentados as quantias determinadas nas mencionadas resoluções, correspondentes aos reembolsos dos valores das pensões niveláveis deixados de receber desde novembro de 1992 até fevereiro de 2002, o que não incluía o pagamento de juros.<sup>48</sup> Em março de 2002, as pensões niveladas foram reestabelecidas e, a partir de abril de 2002, os senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez e a viúva de Maximiliano Gamarra Ferreyra passaram a receber periodicamente o pagamento nivelado de suas pensões.<sup>49</sup>
- 88.p) As supostas vítimas e seus familiares sofreram danos materiais e imateriais pela dedução de suas pensões e pela falta de cumprimento das sentenças a seu favor; a qualidade de vida das supostas vítimas se viu diminuída.<sup>50</sup>
- 88.q) Os cinco aposentados realizaram gastos nos processos no âmbito interno e no âmbito internacional perante a

---

em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 983 a 986); resolução administrativa SBS nº 253-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 987 a 990); e resolução administrativa SBS nº 254-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 991 a 994).

45. Cf. sentença do Tribunal Constitucional do Peru emitida em 3 de agosto de 2000, em relação à ação de cumprimento interposta pelo senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 54, folhas 202 a 205); sentença do Tribunal Constitucional do Peru emitida em 21 de dezembro de 2000, publicada no Diário Oficial El Peruano de 25 de abril de 2001, em relação à ação de cumprimento interposta pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández contra o Superintendente de Bancos e Seguros (expediente de anexos à demanda, anexo 58, folhas 214 e 215); e sentença do Tribunal Constitucional do Peru emitida em 9 de julho de 1998, publicada no Diário Oficial El Peruano de 16 de outubro de 1998, em relação à ação de cumprimento interposta pelo senhor Javier Mujica Petit (expediente de anexos à demanda, anexo 55, folhas 206 a 208 e expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 9 da contestação à demanda, folha 412).

46. Cf. Lei nº 27.650 de 21 de janeiro de 2002, publicada no Diário Oficial El Peruano de 23 de janeiro de 2002 (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 1 da contestação à demanda, folha 314).

47. Cf. resolução administrativa SBS nº 250-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 975 a 978); resolução administrativa SBS nº 251-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 979 a 982); resolução administrativa SBS nº 252-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 983 a 986); resolução administrativa SBS nº 253-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 987 a 990); e resolução administrativa SBS nº 254-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 991 a 994).

48. Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; e escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, folha 898).

49. Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; e escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, folha 899).

50. Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; e perícia do senhor Máximo Jesús Atauje Montes prestada perante a Corte em 3 de setembro de 2002.



Comissão e a Corte.<sup>51</sup> Além disso, os representantes das supostas vítimas e seus familiares, CEJIL e CEDAL, realizaram diversos gastos na jurisdição interamericana.<sup>52</sup>

89. *Fatos específicos em relação a cada aposentado*

**Carlos Torres Benvenuto**

- 89.a) O senhor Torres Benvenuto começou a trabalhar na SBS em 1950, e em 29 de dezembro de 1986 parou de trabalhar nesta instituição.<sup>53</sup> O último cargo que ocupou na SBS foi o de Diretor Geral de Comunicações.<sup>54</sup> No momento de sua aposentadoria foram reconhecidos 36 anos, 11 meses e 13 dias de serviços prestados à Administração Pública.<sup>55</sup> Encontra-se submetido ao regime de pensões estabelecido no Decreto-Lei nº 20.530.<sup>56</sup>
- 89.b) Mediante resolução administrativa da SBS de 13 de fevereiro de 1992, a pensão de aposentadoria do senhor Torres Benvenuto foi reajustada em um valor total de S/. 2.086,00 (dois mil e oitenta e seis soles), valor este que recebeu mensalmente até agosto de 1992.<sup>57</sup> A partir de setembro de 1992, a pensão foi reduzida em aproximadamente 75%, a um valor de S/. 504,00 (quinhentos e quatro soles), sem aviso prévio nem qualquer procedimento.<sup>58</sup>
- 89.c) Em 6 de outubro de 1992, o senhor Torres Benvenuto impetrou um mandado de segurança contra a SBS.<sup>59</sup> Em 7 de janeiro de 1993, o 11º Juízo Civil de Lima declarou sem fundamento o mandado de segurança impetrado.<sup>60</sup> Em 22 de setembro de 1993, a Primeira Sala Civil da Corte Superior de Lima revogou a decisão anterior e declarou com mérito a ação impetrada.<sup>61</sup> Em 2 de maio de 1994, a Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça “declar[ou] ganho de causa à ação de mandado de segurança impetrada pelo senhor Carlos Torres Benvenuto contra a Superintendência de Bancos e Seguros; em consequência, [ordenou] que a Superintendência de Bancos e Seguros cumpr[isse] o pagamento ao autor a pensão que vinha recebendo conforme a lei”.<sup>62</sup> Na fase de Execução de sentença o 19º Juízo Especializado Civil de Lima

51. Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Alvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; relatório pericial escrito apresentado pelo senhor Máximo Jesús Atauje Montes (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo V, folha 1143); cópia do “documento de cobrança” de 9 de novembro de 2001 de um bilhete aéreo do senhor Javier Mujica (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo V, anexo do relatório pericial escrito apresentado pelo senhor Máximo Jesús Atauje Montes, folha 1246); cópia de um bilhete aéreo do senhor Javier Mujica de 21 de fevereiro de 2000 (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo V, anexo do relatório pericial escrito apresentado pelo senhor Máximo Jesús Atauje Montes, folha 1249); e recibo do Hotel *Confort Inn Gunston Corner* do senhor Javier Mujica pelos dias 4 a 8 de março de 2000 (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo V, anexo do relatório pericial escrito apresentado pelo senhor Máximo Jesús Atauje Montes, folha 1250).

52. Cf. relatório pericial escrito apresentado pelo senhor Máximo Jesús Atauje Montes (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo V, folhas 1143 a 1146); cópia do “documento de cobrança” de 9 de novembro de 2001 de um bilhete aéreo do senhor Javier Mujica (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo V, anexo do relatório pericial escrito apresentado pelo senhor Máximo Jesús Atauje Montes, folha 1246); cópia de um bilhete aéreo do senhor Javier Mujica de 21 de fevereiro de 2000 (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo V, anexo do relatório pericial escrito apresentado pelo senhor Máximo Jesús Atauje Montes, folha 1249); recibo do Hotel *Confort Inn Gunston Corner* do senhor Javier Mujica pelos dias 4 a 8 de março de 2000 (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo V, anexo do relatório pericial escrito apresentado pelo senhor Máximo Jesús Atauje Montes, folha 1250); recibo de “Panorama Viagens/Turismo S.A.” a respeito dos gastos de alojamento da senhora María C. Galvis pelos dias 21, 22 e de 24 a 27 de abril de 2002 (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo V, anexo do relatório pericial escrito apresentado pelo senhor Máximo Jesús Atauje Montes, folha 1251); e cópia de um bilhete aéreo da senhora María Clara Galvis de 8 de agosto de 2002 (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo V, anexo do relatório pericial escrito apresentado pelo senhor Máximo Jesús Atauje Montes, folha 1252).

53. Cf. resolução administrativa SBS nº 003-87 de 6 de janeiro de 1987, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 10, folha 66); e testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002.

54. Cf. resolução administrativa SBS nº 003-87 de 6 de janeiro de 1987, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 10, folha 66).

55. Cf. nota 54 *supra*.

56. Cf. sentença do Tribunal Constitucional do Peru emitida em 3 de agosto de 2000, em relação à ação de cumprimento interposta pelo senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 54, folhas 202 a 205).

57. Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; e escrito do Diretor de Relações Trabalhistas da SBS de 20 de fevereiro de 1992, mediante o qual se notifica ao senhor Carlos Torres Benvenuto a resolução administrativa SBS nº 050-92 (expediente de anexos à demanda, anexo 23, folhas 138 e 139).

58. Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; planilha de pagamento da SBS de agosto de 1992, a respeito do senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 24, folha 140); planilha de pagamento da SBS de setembro de 1992, a respeito do senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 32, folha 154); e planilha de pagamento da SBS de outubro de 1992, a respeito do senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 32, folha 155).

59. Cf. mandado de segurança de 6 de outubro de 1992 interposto pelo senhor Carlos Torres Benvenuto perante o Juiz de Primeira Instância Civil (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 8 do escrito de contestação à demanda, folhas 327 a 342).

60. Cf. decisão do 11º Juízo Civil de Lima emitida em 7 de janeiro de 1993, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Carlos Torres Benvenuto contra a SBS (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 9 do escrito de contestação à demanda, folhas 389 a 391).

61. Cf. sentença da Primeira Sala Civil da Corte Superior de Lima emitida em 22 de setembro de 1993, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Carlos Torres Benvenuto contra a SBS (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 9 do escrito de contestação à demanda, folhas 387 e 388).

62. Cf. sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 2 de maio de 1994, em relação ao mandado

emitiu uma resolução em 3 de novembro de 1994, na qual ordenou que “a Superintendência de Bancos e Seguros exped[isse] a Resolução ou Resoluções Administrativas que [fossem] requeridas, dirigidas a restituir o direito do demandante de receber as remunerações e reembolsos conforme a Ordem de Execução Suprema antes referida e que o Ministério de Economia e Finanças através de seu Escritório Geral de Administração cumpr[isse] a efetuar os pagamentos requeridos”.<sup>63</sup>

- 89.d) Em 7 de abril de 1995, a SBS, mediante resolução administrativa nº 283-95, resolveu “[n]ivelar, em cumprimento ao disposto na Ordem de Execução Suprema de data 94.05.02, e em fase de execução de sentença ao ordenado pelo Juiz do Décimo Nono Juízo Civil de Lima, mediante Resolução de data 94.11.03, o valor de pensão que corresponde receber o senhor Carlos Torres Benvenuto com as remunerações que recebiam os servidores ativos desta Superintendência da mesma categoria ou equivalente na oportunidade em que se deram os reajustes de salários; bem como realizar os reembolsos correspondentes, na forma e modo que se indica no anexo [...] que forma parte integrante da [...] Resolução”.<sup>64</sup>
- 89.e) O senhor Torres Benvenuto interpôs uma ação de execução contra o Superintendente de Bancos e Seguros e o Superintendente Adjunto de Administração Geral da SBS.<sup>65</sup> Em 10 de agosto de 1999, a Vara Empresarial Transitória Especializada em Direito Público de Lima declarou com mérito a referida ação de cumprimento.<sup>66</sup> Em 29 de fevereiro de 2000, a Vara Empresarial Transitória Especializada em Direito Público da Corte Superior de Justiça de Lima revogou a decisão anterior e declarou improcedente a demanda de ação de cumprimento.<sup>67</sup> Por último, em 3 de agosto de 2000, o Tribunal Constitucional do Peru declarou com mérito a ação de cumprimento “na parte que dispõe que o Superintendente de Bancos e Seguros cumpra o disposto na Resolução SBS nº 283-95 de sete de abril de 1995; e improcedente no extremo referido ao pagamento das devoluções e juros acumulados.”<sup>68</sup>
- 89.f) Em 12 de março de 2002, a SBS emitiu a resolução administrativa nº 250-2002, na qual, *inter alia*, resolveu “[d]ar cumprimento à Resolução SBS nº 283-95, de 7 de abril de 1995, deduzindo-se da soma a pagar ao senhor Carlos Torres Benvenuto, as quantias que o Ministério de Economia e Finanças lhe [tiver] depositado, em aplicação do Art. 5º do Decreto Lei nº 25.792, entre 1º de novembro de 1992 e 23 de janeiro de 2002”. No artigo terceiro desta resolução de 2002, a SBS “[deixou] a salvo o direito [...] a deduzir, de acordo com a decisão que venha a emitir a Corte Interamericana de Direitos Humanos [...], o valor que possa resultar excessivo ao dar-se cumprimento à Resolução SBS nº 283-95, de 7 de abril de 1995, caso no qual se terá em conta o previsto expressamente no Art. 53 do Decreto Lei nº 20.530, que autoriza a penhorar o valor das pensões para pagar dívidas.”<sup>69</sup>
- 89.g) Em 18 de março de 2002, a SBS pagou ao senhor Torres Benvenuto a quantia determinada na resolução administrativa nº 250-2002, correspondente à devolução dos valores das pensões niveláveis deixados de receber desde novembro de 1992 até fevereiro de 2002, o que não incluía o pagamento de juros.<sup>70</sup> Em março de 2002, a pensão nivelada foi restabelecida e, a partir de abril de 2002, o senhor Torres Benvenuto recebeu o pagamento nivelado de suas pensões; atualmente recebe uma pensão mensal de aproximadamente S/. 22.552,80 (vinte e dois mil, quinhentos e cinquenta e dois soles e oitenta centavos).<sup>71</sup>

de segurança interposto pelo senhor Carlos Torres Benvenuto contra a SBS (expediente de anexos à demanda, anexo 36, folha 160).

63. Cf. ofício nº 914-94-DNJCL/JNLA de 16 de janeiro de 1995 do Juiz Titular do 19º Juízo Especializado Civil de Lima dirigido ao Superintendente de Bancos e Seguros, mediante o qual lhe solicita que dê cumprimento à resolução de 3 de novembro de 1994 emitida por este Juízo (expediente de anexos à demanda, anexo 37, folhas 161 a 164).

64. Cf. resolução administrativa SBS nº 283-95 de 7 de abril de 1995, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 50, folhas 192 e 193).

65. Cf. nota 68 *infra*.

66. Cf. nota 68 *infra*.

67. Cf. nota 68 *infra*.

68. Cf. sentença do Tribunal Constitucional do Peru de 3 de agosto de 2000, em relação à ação de cumprimento interposta pelo senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente de anexos à demanda, anexo 54, folhas 202 a 205).

69. Cf. resolução administrativa SBS nº 250-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 975 a 978).

70. Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Alvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; resolução administrativa SBS nº 250-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 975 a 978); e escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, folha 898).

71. Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Alvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, folha 899); e resolução administrativa SBS

**Javier Mujica Ruiz-Huidobro**

- 89.h) O senhor Mujica Ruiz-Huidobro começou a trabalhar na SBS em 1940, e em 1º de agosto de 1983 parou de trabalhar nesta instituição.<sup>72</sup> O último cargo que ocupou na SBS foi o de Gerente Geral de Créditos da Área Bancária.<sup>73</sup> No momento de sua aposentadoria foram reconhecidos 43 anos e 15 dias de serviços prestados à Administração Pública.<sup>74</sup> Encontra-se submetido ao regime de pensões estabelecido no Decreto-Lei nº 20.530.<sup>75</sup>
- 89.i) O valor da pensão de aposentadoria que lhe foi pago em junho de 1992 foi de S/. 2.258,67 (dois mil duzentos e cinquenta e oito soles e sessenta e sete centavos).<sup>76</sup> A partir de setembro de 1992, a pensão foi reduzida em aproximadamente 77%, a um valor de S/. 504,00 (quinhentos e quatro soles), sem aviso prévio ou qualquer procedimento.<sup>77</sup>
- 89.j) Em 6 de outubro de 1992, o senhor Mujica Ruiz-Huidobro interpôs um mandado de segurança contra a SBS.<sup>78</sup> Em 7 de janeiro de 1993, a ação de mandado de segurança impetrada foi rejeitada.<sup>79</sup> Em 12 de novembro de 1993, a Primeira Turma Civil da Corte Superior de Justiça de Lima revogou a sentença anterior e declarou com mérito a ação interposta.<sup>80</sup> Em 1º de setembro de 1994, a Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça “declar[ou] com mérito o mandado de segurança impetrado[...] pelo senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro contra a Superintendência de Bancos e Seguros e, em consequência, orden[ou] que a demandada devolve[sse] a pensão ao autor de acordo com o Decreto Lei 20.530”.<sup>81</sup> Na fase de execução de sentença o 19º Juízo Civil de Lima emitiu uma resolução em 3 de janeiro de 1995, na qual “orden[ou] que a Superintendência de Bancos e Seguros bem como o Ministério de Economia e Finanças, d[essem] cumprimento ao disposto na Ordem de Execução Suprema de data 94-09-01 e pag[assem] ao aposentado senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro, sua renda mensal que recebia, bem como a devolução correspondente ao que deixou de receber”.<sup>82</sup>
- 89.k) Em 4 de maio de 1995, a SBS, mediante resolução administrativa nº 330-95, resolveu “[n]ivelar, em cumprimento ao disposto pela Ordem de Execução Suprema de 94.09.01, e em fase de execução de sentença a ordem do juiz do Décimo Juízo Civil mediante Resolução nº 1, de data 95.01.03, o valor da pensão que corresponde ser paga ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro com as remunerações que recebiam os servidores ativos desta Superintendência da mesma categoria ou equivalente na oportunidade em que se deram os reajustes de salários; bem como realizar as devoluções correspondentes, na forma e modo que se indica no anexo [...], o qual forma parte integrante da [...] Resolução”.<sup>83</sup>
- 89.l) O senhor Javier Mujica Petit interpôs, em representação do senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro, uma

nº 250-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 975 a 978).

72. Cf. escrito de 15 de julho de 1940, mediante o qual foi transmitida ao senhor Javier Mujica a Resolução da SBS nº 325 de 15 de julho de 1940 (expediente de anexos à demanda, anexo 11, folha 67); e resolução administrativa SBS nº 376-83-EFC/97-10 de 2 de agosto de 1983, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 12, folha 68).

73. Cf. resolução administrativa SBS nº 376-83-EFC/97-10 de 2 de agosto de 1983, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 12, folha 68).

74. Cf. resolução administrativa SBS nº 330-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 51, folhas 194 e 195).

75. Cf. resolução administrativa SBS nº 253-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 987 a 990).

76. Cf. planilha de pagamento da SBS de junho de 1992, a respeito do senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 27, folha 148).

77. Cf. nota 78 *infra*.

78. Cf. mandado de segurança de 6 de outubro de 1992 interposto pelo senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro perante o Juiz de Primeira Instância Civil (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 8 do escrito de contestação à demanda, folhas 343 a 358).

79. Cf. sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 1º de setembro de 1994, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro contra a SBS (expediente de anexos à demanda, anexo 38, folha 165); escrito de demanda apresentado pela Comissão Interamericana (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo I, folha 19); e escrito de petições, argumentos e provas apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo I, folha 173).

80. Cf. nota 79 *supra*.

81. Cf. sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 1º de setembro de 1994, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro contra a SBS (expediente de anexos à demanda, anexo 38, folha 165).

82. Cf. nota 83 *infra*.

83. Cf. resolução administrativa SBS nº 330-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 51, folhas 194 e 195).

ação de execução contra o Superintendente de Bancos e Seguros da SBS.<sup>84</sup> Em 13 de maio de 1997, o Segundo Juízo Especializado em Direito Público de Lima declarou com mérito a ação de cumprimento.<sup>85</sup> Foi apresentado um recurso de apelação contra a decisão anterior e, em 13 de outubro de 1997, a Vara Empresarial Transitória Especializada em Direito Público da Corte Superior de Justiça de Lima “revogou a [decisão] apelada e a reformou declarando-a improcedente”.<sup>86</sup> Por último, em 9 de julho de 1998, o Tribunal Constitucional do Peru revogou a resolução expedida pela mencionada Vara Empresarial e declarou com mérito a ação de cumprimento, de maneira que dispôs “que o Superintendente de Bancos e Seguros cumpra o disposto na Resolução SBS n° 330-95 de data quatro de maio de 1995”.<sup>87</sup>

89.m) Em 12 de março de 2002, a SBS emitiu a resolução administrativa n° 253-2002, na qual, *inter alia*, ordenou “[d]ar cumprimento à Resolução SBS n° 330-95, de 4 de maio de 1995, deduzindo-se da soma a pagar ao senhor Javier Mujica Ruiz Huidobro, as quantias que o Ministério de Economia e Finanças lhe tenha depositado, em aplicação do Art. 5° do Decreto Lei n° 25.792, entre 1° de novembro de 1992 e 23 de janeiro de 2002”. No artigo terceiro desta resolução de 2002, a SBS “[deixou] a salvo o direito [...] de deduzir, de acordo com a decisão que venha a emitir a Corte Interamericana de Direitos Humanos [...], o valor que possa resultar excessivo ao dar-se cumprimento à Resolução SBS n° 330-95, de 4 de maio de 1995, caso no qual se terá em conta o previsto expressamente no Art. 53 do Decreto Lei n° 20.530, que autoriza a penhorar o valor das pensões para pagar dívidas.”<sup>88</sup>

89.n) Em 18 de março de 2002, a SBS pagou ao senhor Mujica Ruiz-Huidobro a quantia determinada na resolução administrativa n° 253-2002, correspondente à devolução dos valores das pensões niveláveis deixados de receber desde novembro de 1992 até fevereiro de 2002, o que não incluía o pagamento de juros.<sup>89</sup> Em março de 2002, a pensão nivelada foi restabelecida e, a partir de abril de 2002, o senhor Mujica Ruiz-Huidobro recebeu periodicamente o pagamento nivelado de suas pensões; atualmente recebe uma pensão mensal de aproximadamente S/. 23.391,20 (vinte e três mil trezentos e noventa e um soles e vinte centavos).<sup>90</sup>

### Guillermo Álvarez Hernández

89.o) O senhor Álvarez Hernández começou a trabalhar na Administração Pública em 1948 e parou de trabalhar na SBS em 1° de agosto de 1984.<sup>91</sup> O último cargo que ocupou em tal instituição foi o de Assessor Administrativo da Alta Direção.<sup>92</sup> No momento de sua aposentadoria, foram reconhecidos 36 anos e 4 meses de serviços prestados à Administração Pública.<sup>93</sup> Encontra-se submetido ao regime de pensões estabelecido no Decreto-Lei n° 20.530.<sup>94</sup>

89.p) Mediante resolução administrativa da SBS de 13 de fevereiro de 1992, foi reajustada a pensão de aposentadoria do senhor Álvarez Hernández em um valor total de S/. 2.047,26 (dois mil e quarenta e sete

84. Cf. nota 87 *infra*.

85. Cf. sentença n° 10 do Segundo Juízo Especializado em Direito Público de Lima, emitida em 13 de maio de 1997, em relação à ação de cumprimento interposta pelo senhor Javier Mujica Petit em representação do senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 9 do escrito de contestação à demanda, folhas 464 a 467).

86. Cf. nota 87 *infra*.

87. Cf. sentença do Tribunal Constitucional do Peru emitida em 9 de julho de 1998, publicada no Diário Oficial El Peruano de 16 de outubro de 1998, em relação à ação de cumprimento interposta pelo senhor Javier Mujica Petit em representação do senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente de anexos à demanda, anexo 55, folhas 206 a 208 e expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 9 da contestação à demanda, folha 412).

88. Cf. resolução administrativa SBS n° 253-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 987 a 990).

89. Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; e escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, folha 898).

90. Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, folha 899); e resolução administrativa SBS n° 253-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 987 a 990).

91. Cf. resolução administrativa SBS n° 228-84 de 16 de agosto de 1984, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 14, folhas 70 e 71).

92. Cf. nota 91 *supra*.

93. Cf. nota 91 *supra*.

94. Cf. testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; e resolução administrativa SBS n° 252-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 983 a 986).

soles e vinte e seis centavos).<sup>95</sup> Em 18 de junho de 1992 a SBS lhe pagou a título de pensão S/. 2.047,26 (dois mil e quarenta e sete soles e vinte e seis centavos).<sup>96</sup> A partir de setembro de 1992, a pensão foi reduzida em aproximadamente 75%, a um valor de S/. 504,00 (quinhentos e quatro soles), sem aviso prévio ou qualquer procedimento.<sup>97</sup>

- 89.q) Em 6 de outubro de 1992, o senhor Álvarez Hernández impetrou um mandado de segurança contra a SBS.<sup>98</sup> Em 6 de janeiro de 1993, o 11º Juízo Civil de Lima declarou sem fundamento a ação de mandado de segurança impetrada.<sup>99</sup> Em 12 de novembro de 1993, a Primeira Turma Civil da Corte Superior de Lima revogou a decisão anterior e declarou com mérito a ação impetrada.<sup>100</sup> Foi interposto um recurso de nulidade contra a sentença anterior e, em 19 de setembro de 1994, a Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça resolveu que não havia nulidade na referida sentença e “declar[ou] com mérito o mandado de segurança interposto pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández contra a Superintendência de Bancos e Seguros, e, em consequência, [ordenou] que a entidade demandada deposit[asse] ao ator o valor integral de sua pensão estabelecida na Resolução Administrativa SBS nº 200-804”.<sup>101</sup> Na fase de execução de sentença o 19º Juízo Especializado Civil de Lima emitiu uma resolução em 19 de dezembro de 1994, na qual “orden[ou] que a Superintendência de Bancos e Seguros, bem como o Ministério de Economia e Finanças d[essem] cumprimento ao disposto na Ordem de Execução Suprema de 94.09.19 e pag[assem] ao aposentado senhor Guillermo Álvarez Hernández sua aposentadoria mensal que recebia, bem como as devoluções correspondentes aos meses deixados de receber”.<sup>102</sup>
- 89.r) Em 4 de maio de 1995, a SBS, mediante resolução administrativa nº 331-95, resolveu “[n]ivelar, em cumprimento ao disposto na Ordem Executória Suprema de data 94.09.19 e, em fase de execução de sentença, à ordem do Juiz do Décimo Nono Juízo Civil de Lima, mediante Resolução nº 1, de 94.12.19, o valor da pensão que corresponde ser pago ao senhor Guillermo Álvarez Hernández com as remunerações que recebiam os trabalhadores desta Superintendência da mesma categoria ou equivalente na oportunidade em que se deram os reajustes de salários; bem como realizar as devoluções correspondentes, na forma e modo que se indica no anexo [...], o qual forma parte integrante da [...] Resolução”.<sup>103</sup>
- 89.s) O senhor Álvarez Hernández interpôs uma ação de execução contra o Superintendente de Bancos e Seguros.<sup>104</sup> Em 22 de dezembro de 1999, a Primeira Vara Empresarial Transitória Especializada em Direito Público de Lima declarou com mérito a ação de cumprimento.<sup>105</sup> Foi interposta uma apelação contra a sentença anterior e, em 8 de setembro de 2000, a Vara Empresarial Transitória Especializada em Direito Público da Corte Superior de Justiça de Lima revogou a sentença apelada e declarou improcedente a demanda.<sup>106</sup> Em 21 de dezembro de 2000, o Tribunal Constitucional do Peru revogou a decisão expedida

95. Cf. escrito do Diretor de Relações Trabalhistas de 20 de fevereiro de 1992, mediante o qual se notifica ao senhor Guillermo Álvarez Hernández a resolução administrativa SBS nº 050-92 (expediente de anexos à demanda, anexo 28, folhas 149 e 150).

96. Cf. planilha de pagamento da SBS de junho de 1992, a respeito do senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 29, folha 151).

97. Cf. testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; planilha de pagamento da SBS de setembro de 1992, a respeito do senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 33, folha 156); e mandado de segurança de 6 de outubro de 1992 interposto pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández perante o Juiz de Primeira Instância Civil (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 8 do escrito de contestação à demanda, folhas 362 a 371).

98. Mandado de segurança de 6 de outubro de 1992 interposto pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández perante o Juiz de Primeira Instância Civil (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 8 do escrito de contestação à demanda, folhas 362 a 371).

99. Cf. sentença do 11º Juízo Civil de Lima emitida em 6 de janeiro de 1993, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 39, folhas 166 a 168).

100. Cf. sentença da Primeira Sala Civil da Corte Superior de Lima emitida em 12 de novembro de 1993, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 40, folhas 169 e 170).

101. Cf. sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 19 de setembro de 1994, publicada no Diário Oficial El Peruano de 25 de julho de 1995, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 41, folha 172).

102. Cf. nota 103 *infra*.

103. Cf. resolução administrativa SBS nº 331-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 52, folhas 196 a 198).

104. Cf. sentença do Tribunal Constitucional do Peru emitida em 21 de dezembro de 2000, publicada no Diário Oficial El Peruano de 25 de abril de 2001, em relação à ação de cumprimento interposta pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 58, folhas 214 e 215).

105. Cf. sentença nº 27 do Primeira Vara Empresarial Transitória Especializada em Direito Público de Lima emitida em 22 de dezembro de 1999, em relação à ação de cumprimento interposta pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 56, folhas 209 a 211).

106. Cf. sentença da Vara Empresarial Transitória Especializada em Direito Público da Corte Superior de Justiça de Lima emitida em 8 de setembro de 2000, em relação à ação de cumprimento interposta pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 57, folhas 212 e 213).

pela mencionada Vara Empresarial e “declar[ou] com mérito a Ação de Cumprimento e, em consequência, disp[ôs] que o Superintendente de Bancos e Seguros cumpr[isse] o ordenado pela resolução SBS nº 331-95 de 4 de maio de 1995, descontando os pagamentos que demonstre ter efetuado”.<sup>107</sup> O Procurador Público da SBS formulou uma oposição ao requerimento do Tribunal Constitucional. Por último, em 27 de dezembro de 2001, o Segundo Juízo Especializado em Direito Público da Corte Superior de Justiça de Lima declarou improcedente a oposição formulada e ordenou que, “encontrando-se a causa em estado de execução de sentença, o acatamento da decisão constitucional é de obrigatório cumprimento por parte da entidade demandada, que administrativamente realize a nivelção do valor da pensão que corresponde ser paga ao demandante em relação àquela que recebem os trabalhadores da Superintendência de Bancos e Seguros da mesma categoria ou equivalente na oportunidade em que se deram os reajustes de salários, bem como realizar as devoluções correspondentes”.<sup>108</sup>

- 89.t) Em 12 de março de 2002, a SBS emitiu a resolução administrativa nº 252-2002, na qual, *inter alia*, ordenou “[d]ar cumprimento à Resolução SBS nº 331-95, de 4 de maio de 1995, deduzindo-se da soma a pagar ao senhor Guillermo Álvarez Hernández, as quantias que o Ministério de Economia e Finanzas lhe tenha depositado, em aplicação do Art. 5º do Decreto Lei nº 25.792, entre 1º de novembro de 1992 e 23 de janeiro de 2002”. No artigo terceiro desta resolução de 2002, a SBS “[deixou] a salvo o direito [...] de deduzir, de acordo com a decisão que venha a emitir a Corte Interamericana de Direitos Humanos [...], o valor que possa resultar excessivo ao dar-se cumprimento à Resolução SBS nº 331-95, de 4 de maio de 1995, caso no qual se terá em conta o previsto expressamente no Art. 53 do Decreto Lei nº 20.530, que autoriza a penhorar o valor das pensões para pagar dívidas.”<sup>109</sup>
- 89.u) Em 18 de março de 2002, a SBS pagou ao senhor Álvarez Hernández a quantia determinada na resolução administrativa nº 252-2002, correspondente à devolução dos valores das pensões niveláveis deixados de receber desde novembro de 1992 até fevereiro de 2002, o que não incluía o pagamento de juros.<sup>110</sup> Em março de 2002, a pensão nivelada foi reestabelecida e, a partir de abril de 2002, o senhor Álvarez Hernández recebeu o pagamento nivelado de suas pensões; atualmente recebe uma pensão mensal de aproximadamente S/. 22.547,34 (vinte e dois mil quinhentos e quarenta e sete soles e trinta e quatro centavos).<sup>111</sup>

### Maximiliano Gamarra Ferreyra

- 89.v) O senhor Gamarra Ferreyra começou a trabalhar na Administração Pública em 1954 e parou de trabalhar na SBS em 18 de setembro de 1975.<sup>112</sup> O último cargo que ocupou nesta instituição foi o de Superintendente de Bancos e Seguros.<sup>113</sup> No momento de sua aposentadoria foram reconhecidos 20 anos, 10 meses e 20 dias de serviços prestados à Administração Pública.<sup>114</sup> O senhor Gamarra Ferreyra se aposentou sob o regime de pensões estabelecido no Decreto-Lei nº 20.530 e sua viúva se encontra submetida ao regime de pensão de viuvez estabelecido neste decreto-lei.<sup>115</sup>

107. Cf. sentença do Tribunal Constitucional do Peru emitida em 21 de dezembro de 2000, publicada no Diário Oficial El Peruano de 25 de abril de 2001, em relação à ação de cumprimento interposta pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 58, folhas 214 e 215).

108. Cf. sentença nº 14 do Segundo Juízo Especializado em Direito Público da Corte Superior de Justiça de Lima emitida em 27 de dezembro de 2001, em relação à ação de cumprimento interposta pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 9 do escrito de contestação à demanda, folhas 422 e 423).

109. Cf. resolução administrativa SBS nº 252-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 983 a 986).

110. Cf. testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; resolução administrativa SBS nº 252-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 983 a 986); e escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, folha 898).

111. Cf. testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, folha 899); e resolução administrativa SBS nº 252-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 983 a 986).

112. Cf. resolução administrativa SBS nº 398-75-EF/97-10 de 21 de outubro de 1975, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente de anexos à demanda, anexo 18, folhas 76 e 77).

113. Cf. nota 112 *supra*.

114. Cf. nota 112 *supra*.

115. Cf. resolução administrativa SBS nº 251-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 979 a 982); e Decreto-Lei nº 20.530 “Regime de Aposentadorias e Compensações por Serviços Cívicos Prestados

- 89.w) Em agosto de 1992, a SBS pagou a título de pensão de aposentadoria S/. 2.680,33 (dois mil, seiscentos e oitenta soles e trinta e três centavos).<sup>116</sup> A partir de setembro de 1992 a pensão foi reduzida em aproximadamente 81%, a um valor de S/. 504,00 (quinhentos e quatro soles), sem aviso prévio ou qualquer procedimento.<sup>117</sup>
- 89.x) Em 6 de outubro de 1992, o senhor Gamarra Ferreyra impetrou um mandado de segurança contra a SBS.<sup>118</sup> Em 6 de janeiro de 1993, o Juízo Civil de Lima declarou improcedente a ação de mandado de segurança impetrada.<sup>119</sup> Em 30 de dezembro de 1993, a Primeira Turma Civil da Corte Superior de Justiça de Lima revogou a decisão anterior e declarou com mérito o mandado de segurança.<sup>120</sup> Em 10 de outubro de 1994, a Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça declarou que não havia nulidade na sentença emitida pela Primeira Turma Civil da Corte Superior de Justiça de Lima que declarou com mérito o mandado de segurança impetrado; e “em consequência dispôs que a Superintendência de Bancos e Seguros cumpr[isse] em pagar ao autor a pensão de aposentadoria no valor que vinha recebendo até o mês de agosto de 1992”.<sup>121</sup> Na fase de execução de sentença, em 19 de dezembro de 1994, o 19º Juízo Especializado Civil de Lima remeteu à SBS a resolução adotada por este Juízo, na qual assinalou que “as autoridades [...] estão obrigadas a acatar e dar cumprimento às decisões judiciais, sem poder qualificar seu conteúdo e seus fundamentos” e dispôs que “[fosse dado trâmite do] ofício à Superintendência de Bancos e Seguros; bem como ao Ministério de Economia e Finanças, para que proced[essem] a dar cumprimento ao ordenado na Ordem de Execução Suprema de dez de outubro de 1994 e cumpr[issem] em pagar ao demandante sua aposentadoria mensal que recebia, bem como as devoluções correspondentes aos meses deixados de receber a que tem direito”.<sup>122</sup>
- 89.y) Em 4 de maio de 1995, a SBS, mediante resolução administrativa nº 332-95, resolveu “[n]ivelar, em cumprimento ao disposto na Ordem Executória Suprema de 94.10.10 e, em fase de execução de sentença, à ordem do Juiz do Décimo Nono Juízo Civil de Lima, mediante Resolução nº 1, de 94.11.22, o valor da pensão que corresponde ser paga ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra com as remunerações que recebiam os trabalhadores desta Superintendência da mesma categoria ou equivalente na oportunidade em que se deram os reajustes de salários; bem como realizar as devoluções correspondentes, na forma e modo que se indica no anexo [...], o qual forma parte integrante da [...] Resolução”.<sup>123</sup>
- 89.z) O senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra faleceu em 6 de agosto de 1997.<sup>124</sup> Sua viúva é a senhora Sara Elena Castro Remy<sup>125</sup> e suas filhas são Patricia Elena e Sara Esther Gamarra Castro.<sup>126</sup>
- 89.aa) Em 12 de março de 2002, a SBS emitiu a resolução administrativa nº 251-2002, na qual, *inter alia*, ordenou “[d]ar cumprimento à Resolução SBS nº 332-95, de 4 de maio de 1995, deduzindo-se da soma a pagar ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra, as quantias que o Ministério de Economia e Finanças lhe [tivesse] depositado, em aplicação do Art. 5º do Decreto Lei nº 25.792, entre 1º de novembro de 1992 e 23 de janeiro

ao Estado não incluídos no Decreto-Lei nº 19.990” de 26 de fevereiro de 1974 (expediente de anexos à demanda, anexo 19, folhas 78 a 85).

116. Cf. sentença nº 3023 da Primeira Sala Civil da Corte Superior de Justiça de Lima emitida em 30 de dezembro de 1993, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente de anexos à demanda, anexo 47, folhas 185 e 186).

117. Cf. nota 116 *supra*.

118. Cf. mandado de segurança de 6 de outubro de 1992 interposto pelo senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra perante o Juiz de Primeira Instância Civil (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo II, anexo 8 da contestação à demanda, folhas 372 a 381).

119. Cf. nota 120 *infra*.

120. Cf. sentença da Primeira Sala Civil da Corte Superior de Lima emitida em 30 de dezembro de 1993, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente de anexos à demanda, anexo 47, folhas 185 e 186).

121. Cf. sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 10 de outubro de 1994, publicada no Diário Oficial El Peruano de 2 de dezembro de 1994, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente de anexos à demanda, anexo 48, folhas 187 e 188).

122. Cf. ofício de 19 de dezembro de 1994 do Juiz Titular do 19º Juízo Especializado Civil de Lima dirigido ao Chefe da Superintendência de Bancos e Seguros, mediante o qual profere a resolução de 22 de novembro de 1994 emitida por este Juízo (expediente de anexos à demanda, anexo 49, folha 190).

123. Cf. resolução administrativa SBS nº 332-95 de 4 de maio de 1995, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente de anexos à demanda, anexo 53, folhas 199 a 201).

124. Cf. certidão de óbito emitida pelo Registro Nacional de Identificação e Estado Civil do Peru, a respeito do senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente de anexos à demanda, anexo 59, folha 216).

125. Cf. certidão de casamento nº 591 de 1º de setembro de 1962, celebrado entre o senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra e a senhora Sara Elena Castro Remy (expediente de anexos à demanda, anexo 60, folha 217).

126. Cf. certidão de nascimento nº 1752 de 1º de março de 1967, emitida pelo Conselho Provincial de Lima, Seção de Nascimentos do Registro do Estado Civil, a respeito da senhora Patricia Elena Gamarra Castro (expediente de anexos à demanda, anexo 61, folha 218); e certidão de nascimento nº 3927 de 26 de junho de 1963, emitida pelo Conselho Provincial de Lima, Seção de Nascimentos do Registro do Estado Civil, a respeito da senhora Sara Esther Gamarra Castro (expediente de anexos à demanda, anexo 62, folha 219).

de 2002". No artigo terceiro desta resolução de 2002, a SBS "[deixou] a salvo o direito [...] de deduzir, de acordo com a decisão que venha a emitir a Corte Interamericana de Direitos Humanos [...], o valor que possa resultar excessivo ao dar-se cumprimento à Resolução SBS nº 332-95, de 4 de maio de 1995, caso no qual se terá em conta o previsto expressamente no Art. 53 do Decreto Lei nº 20.530, que autoriza a penhorar o valor das pensões para pagar dívidas."<sup>127</sup>

89.bb) Em 18 de março de 2002, a SBS pagou à viúva do senhor Gamarra Ferreyra a quantia determinada na resolução administrativa nº 251-2002, correspondente aos valores das pensões de aposentadoria niveláveis deixados de receber pelo senhor Gamarra Ferreyra desde novembro de 1992 até outubro de 1997, e aos valores das pensões de viuvez deixadas de receber pela senhora Sara Elena Castro Remy desde novembro de 1997 até fevereiro de 2002, o que não incluía o pagamento de juros.<sup>128</sup> Em março de 2002 a pensão nivelada foi reestabelecida e, a partir de abril de 2002, a viúva do senhor Gamarra Ferreyra recebeu periodicamente o pagamento nivelado das pensões; atualmente recebe uma pensão mensal de viuvez de aproximadamente S/. 25.762,50 (vinte e cinco mil setecentos e sessenta e dois soles e cinquenta centavos).<sup>129</sup>

### Reymert Bartra Vásquez

89.cc) O senhor Bartra Vásquez começou a trabalhar na Administração Pública em 1964 e em 13 de junho de 1990 parou de trabalhar na SBS.<sup>130</sup> O último cargo que ocupou em tal instituição foi o de Assessor Técnico da Superintendência Adjunta de Entidades Especializadas.<sup>131</sup> No momento de sua aposentadoria lhe foram reconhecidos 25 anos, 10 meses e 26 dias de serviços prestados à Administração Pública.<sup>132</sup> Encontra-se submetido ao regime de pensões estabelecido no Decreto-Lei nº 20.530.<sup>133</sup>

89.dd) O valor da pensão por aposentadoria que lhe foi pago em 21 de fevereiro de 1992 foi de S/. 2.700,74 (dois mil e setecentos soles e setenta e quatro centavos).<sup>134</sup> De abril a outubro de 1992, foi suspenso o pagamento a título de pensão, sem prévio aviso nem procedimento algum e, a partir de novembro daquele ano, a pensão foi reduzida em aproximadamente 81%, a um valor de S/. 504,00 (quinhentos e quatro soles).<sup>135</sup>

89.ee) Em 1º de julho de 1992, o senhor Bartra Vásquez impetrou um mandado de segurança contra a SBS.<sup>136</sup> Em 7 de agosto de 1992, o 26º Juízo Civil de Lima ordenou, como medida cautelar que a SBS pagasse a pensão de aposentadoria a que tinha direito o demandante.<sup>137</sup> A decisão anterior foi apelada e, em 14

127. Cf. resolução administrativa SBS nº 251-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 979 a 982).

128. Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, folha 898); e resolução administrativa SBS nº 251-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 979 a 982).

129. Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, folha 899); e resolução administrativa SBS nº 251-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 979 a 982).

130. Cf. resolução administrativa SBS nº 412-90 de 4 de julho de 1990, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 16, folha 73).

131. Cf. nota 130 *supra*.

132. Cf. nota 130 *supra*.

133. Cf. resolução administrativa SBS nº 254-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 991 a 994).

134. Cf. planilha de pagamento da SBS de fevereiro de 1992, a respeito do senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 31, folha 153).

135. Cf. mandado de segurança de 30 de junho de 1992 interposto pelo senhor Reymert Bartra Vásquez em 1º de julho de 1992 perante o Vigésimo Sexto Juízo Civil (expediente de anexos à demanda, anexo 42, folhas 173 a 175); resolução do Juízo Civil de Lima de primeira instância emitida em 7 de janeiro de 1993, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 44, folhas 178 a 180); planilha de pagamento do MEF de fevereiro de 1993, a respeito do senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 34, folha 157); e resolução administrativa SBS nº 254-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 991 a 994).

136. Cf. mandado de segurança de 30 de junho de 1992 interposto pelo senhor Reymert Bartra Vásquez em 1º de julho de 1992 perante o Vigésimo Sexto Juízo Civil (expediente de anexos à demanda, anexo 42, folhas 173 a 175).

137. Cf. escrito de demanda apresentado pela Comissão Interamericana (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo I, folha



de setembro de 1992, a Segunda Turma Civil da Corte Superior de Justiça de Lima confirmou a medida cautelar ordenada.<sup>138</sup> A SBS pagou ao senhor Bartra Vásquez as pensões correspondentes aos meses em que havia suspenso os pagamentos, mas reduzindo o montante a S/. 504,00 (quinhentos e quatro soles).<sup>139</sup> Em 7 de janeiro de 1993, o Juízo Civil de Lima de primeira instância declarou com mérito o mandado de segurança impetrado e ordenou à SBS que “cumpr[isse] em restituir ao demandante Reymert Bartra Vásquez a pensão de aposentadoria que lhe corresponde legalmente”.<sup>140</sup> A referida sentença emitida pelo Juízo Civil de Lima de primeira instância foi apelada e, em 29 de outubro de 1993, a Segunda Turma Civil da Corte Superior de Justiça de Lima confirmou a decisão que declarou com mérito o mandado de segurança.<sup>141</sup> Em 28 de junho de 1994, a Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça declarou que não havia nulidade na sentença emitida pela Segunda Sala Civil da Corte Superior de Lima, declarou com mérito o mandado de segurança impetrado e, em consequência, ordenou que a SBS “cumpr[isse] em restituir ao autor a pensão de aposentadoria que lhe correspond[ia] legalmente”.<sup>142</sup>

- 89.ff) Em 14 de junho de 1995, a SBS, mediante resolução administrativa nº 391-95, resolveu nivelar o valor da pensão do senhor Bartra Vásquez, “tomando em conta para tanto as remunerações que se pagam aos trabalhadores da Superintendência, ordenando pagar ao beneficiário as devoluções correspondentes, na forma que se detalha no anexo que [...] forma parte integrante do mesmo ato administrativo”.<sup>143</sup>
- 89.gg) Em 12 de março de 2002, a SBS emitiu a resolução administrativa nº 254-2002, na qual, *inter alia*, ordenou “[d]ar cumprimento à Resolução SBS nº 391-95, de 14 de junho de 1995, deduzindo-se da soma a pagar ao senhor Reymert Bartra Vásquez, as quantias que o Ministério de Economia e Finanças lhe tenha depositado, em aplicação do Art. 5º do Decreto Lei nº 25.792, entre 1º de novembro de 1992 e 23 de janeiro de 2002”. No artigo terceiro desta resolução de 2002, a SBS “[deixou] a salvo o direito [...] de deduzir, de acordo com a decisão que venha a emitir a Corte Interamericana de Direitos Humanos [...], o valor que possa resultar excessivo ao dar-se cumprimento à Resolução SBS nº 391-95, de 14 de junho de 1995, caso no qual se terá em conta o previsto expressamente no Art. 53 do Decreto Lei nº 20.530, que autoriza a penhorar o valor das pensões para pagar dívidas.”<sup>144</sup>
- 89.hh) Em 18 de março de 2002, a SBS pagou ao senhor Bartra Vásquez a quantia determinada na resolução administrativa nº 254-2002, correspondente à devolução dos valores das pensões niveláveis deixados de receber desde novembro de 1992 até fevereiro de 2002, o que não incluía o pagamento de juros.<sup>145</sup> Em março de 2002, foi restabelecida a pensão nivelada e, a partir de abril de 2002, o senhor Bartra Vásquez recebeu periodicamente o pagamento nivelado de suas pensões; atualmente recebe uma pensão de aproximadamente S/. 13.281,24 (treze mil duzentos e oitenta e um soles e vinte e quatro centavos).<sup>146</sup>

20); e escrito de petições, argumentos e provas apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo I, folhas 170 e 174).

138. Cf. nota 137 *supra*.

139. Cf. nota 137 *supra*.

140. Cf. sentença do Juízo Civil de Lima de primeira instância emitida em 7 de janeiro de 1993, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 44, folhas 178 a 180).

141. Cf. sentença da Segunda Sala Civil da Corte Superior de Lima emitida em 29 de outubro de 1993, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 45, folhas 181 e 182).

142. Cf. sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 28 de junho de 1994, publicada no Diário Oficial El Peruano de 14 de setembro de 1994, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente de anexos à demanda, anexo 46, folhas 183 e 184).

143. Cf. nota 144 *infra*.

144. Cf. resolução administrativa SBS nº 254-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 991 a 994).

145. Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, folha 898); e resolução administrativa SBS nº 254-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 991 a 994).

146. Cf. testemunho do senhor Carlos Torres Benvenuto prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; testemunho do senhor Guillermo Álvarez Hernández prestado perante a Corte em 3 de setembro de 2002; escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, folha 899); e resolução administrativa SBS nº 254-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 991 a 994).

**VII**  
**Violação do artigo 21**  
**(Direito à Propriedade Privada)**

*Alegações da Comissão*

90. Quanto ao artigo 21 da Convenção, a Comissão argumentou que:

- a) o Estado violou esta norma ao diminuir, em detrimento das supostas vítimas, mediante uma lei, o valor das pensões niveladas que recebiam como aposentadoria. No presente caso, o direito a receber uma pensão por aposentadoria calculada de acordo com o Decreto-Lei nº 20.530 e suas normas conexas, é um bem que ingressou ao patrimônio das supostas vítimas e por isso gozavam de todas as garantias estabelecidas no artigo 21 da Convenção;
- b) quando as supostas vítimas deixaram de trabalhar na SBS, optaram pelo regime de aposentadorias previsto no Decreto-Lei nº 20.530, e a referida instituição reconheceu o direito a receberem uma pensão de aposentadoria nivelada progressivamente com a remuneração do titular em atividade da SBS que ocupasse o mesmo posto ou função análoga à que eles desempenhavam na data de sua aposentadoria. Tal direito adquirido apenas podia ser modificado pelo Estado, em prejuízo dos cinco aposentados, com respeito aos parâmetros estabelecidos no artigo 21 da Convenção. Segundo esta norma, uma redução será violatória do direito à propriedade se for substancial, tal como ocorreu no presente caso, no qual a redução foi de aproximadamente 80% do valor das pensões; e
- c) para interpretar o alcance do conteúdo do direito à propriedade estabelecido no artigo 21 da Convenção, é relevante tomar em consideração o que estabelece o artigo 29.b) deste tratado. A Primeira Disposição Final e Transitória da Constituição Política do Peru de 1993 reconheceu o caráter de direito adquirido às pensões dos trabalhadores públicos, e o Tribunal Constitucional estabeleceu que o direito a uma pensão nivelável estabelecido no Decreto-Lei nº 20.530 constitui um direito adquirido.

*Alegações dos representantes das supostas vítimas e seus familiares*

91. Em relação ao artigo 21 da Convenção, os representantes das supostas vítimas e seus familiares afirmaram que:

- a) as pensões das supostas vítimas foram niveladas de acordo com o regime do Decreto-Lei nº 20.530, cada vez que se modificava a escala de remunerações de seus homólogos em atividade na SBS, até que, em setembro de 1992, as supostas vítimas foram privadas de forma ilegal e inconstitucional dos recursos econômicos que representavam suas pensões completas, niveladas. A redução das pensões se realizou primeiro como uma “retenção de fato” e depois foi supostamente “legalizada” através da aplicação retroativa de “limites máximos de aposentadorias”, estabelecidos em novembro de 1992 pelo Decreto-Lei nº 25.792, o que significou uma diminuição substantiva no patrimônio dos cinco aposentados e teve “conotações de confisco”;
- b) a redução das pensões não se baseou em uma decisão estatal fundamentada em razões de utilidade pública ou de interesse social e, “ainda na hipótese negada de que assim houvesse sido, a decisão estatal orientada a este fim não se tramitou conforme as formas estabelecidas na lei e nas regras do devido processo legal”. Tampouco existe constância de que tal limitação tenha sido baseada em “algum critério de razoabilidade”, isto é, que respondesse a um fim legítimo, “que representasse os interesses da sociedade e não alterasse a substância dos direitos temporariamente lesados”. A afetação do direito à propriedade privada se realizou fora do âmbito de permissividade contemplado na Convenção;
- c) o Estado se obrigou a administrar adequadamente o Fundo de Pensões administrado pela SBS -ao qual os cinco aposentados realizaram suas contribuições- e garantir o pagamento futuro de suas pensões dentro do regime previdenciário regulamentado pelo Decreto-Lei nº 20.530. Ao se aposentarem da SBS e optarem por usufruir da pensão nivelada, as supostas vítimas assumiram a condição de credores do Estado, que -através da SBS- assumiu a condição de devedor destes, de modo que se encontrava obrigado a pagar-lhes mensalmente uma pensão nivelada “com a remuneração de seus homólogos em atividade, que desempenhassem a mesma ou análoga função à que tais aposentados realizaram enquanto se encontravam em atividade”. A “redução unilateral” das pensões das supostas vítimas “constituiu uma expropriação ilegítima e indevida de um patrimônio do qual eram credores e legalmente era de sua propriedade”;
- d) a Primeira Disposição Final e Transitória da Constituição Política do Peru de 1993 estabeleceu que os

direitos legalmente reconhecidos em matéria previdenciária são direitos adquiridos, não suscetíveis de diminuição pelo estabelecimento de modificações adicionais nos regimes previdenciários, e o Tribunal Constitucional afirmou que o direito a uma pensão nivelada, regulamentado no Decreto-Lei nº 20.530, constitui um direito adquirido. Com base no critério estabelecido no artigo 29.b) da Convenção, o caráter de direito adquirido das pensões dos trabalhadores sujeitos ao regime de pensões do Decreto-Lei nº 20.530 forma parte do conteúdo do direito à propriedade privada garantido pelo artigo 21 da Convenção; e

- e) “até 1990, e de acordo com o disposto em diversas normas que reabriram o regime de pensões regulamentado pelo DL 20.530, bem como as disposições dos Tribunais Administrativos correspondentes, [a] acumulação [de serviços prestados à administração estatal sob os regimes trabalhistas dos setores público e privado] foi invariável e regularmente aplicada pela administração estatal, incluindo a própria Superintendência de Bancos e Seguros”.

#### *Alegações do Estado*

92. Com respeito ao artigo 21 da Convenção, o Estado afirmou que na demanda se solicitou à Corte que declarasse que o Peru é responsável pela violação deste artigo por ter diminuído o valor das pensões niveladas em prejuízo dos cinco aposentados, “mediante lei, (aparentemente o Decreto Lei 25.792)”. A este respeito, o Peru afirmou que o referido Decreto-Lei nº 25.792 foi derogado por meio da Lei nº 27.650, publicada em 23 de janeiro de 2002, e acrescentou as seguintes alegações:

- a) a derrogação da mencionada norma “não introduz maiores mudanças à situação dos aposentados[,] salvo no referente a que o pagamento de suas pensões se dará por conta da Superintendência de Bancos e Seguros mas sem que se produza uma alteração quanto ao valor recebido, já que a mencionada derrogação lhes outorga um direito distinto ao que lhes corresponde[,] que é receber sua pensão renovável em função de uma referência do sistema do Decreto Lei 20.530 e não a de um trabalhador que estivesse sujeito ao regime trabalhista da atividade privada”;
- b) é incorreto o afirmado na demanda, no sentido de que o Decreto-Lei nº 25.792 foi o argumento legal do Estado para desconhecer o direito adquirido pelos cinco aposentados a receber uma pensão vinculada à remuneração do titular em atividade que ocupava o mesmo posto ou função análoga à que desempenhavam os aposentados no momento em que deixaram de trabalhar para a SBS. A referida norma “é posterior à redução que se materializou por parte da Superintendência de Bancos e Seguros e que foi regularizada com o pagamento das devoluções”;
- c) as pensões concedidas às supostas vítimas “eram as que lhes correspondiam como aposentados do regime do Decreto Lei 20.530”. Por outro lado, o Decreto-Lei nº 25.792 não impôs limites máximos às pensões “já que os limites existiram desde antes desta norma legal”. A segunda parte do artigo 5º da referida norma “não continha nenhum efeito limitador que não estivesse consignado em diversas normas” e na Constituição Política; “não afetava os cinco aposentados pois não fazia nada além de ratificar que suas pensões estavam relacionadas, para efeitos de sua homologação, ao pessoal do regime de trabalhadores públicos”. Quando o Estado determinou limites máximos o fez através de disposições legais claras e precisas, nas quais se afirmaram a pensão máxima que se podia conceder, por exemplo, na Lei de Orçamento de 1991 e prorrogada no ano 1992;
- d) não existia nenhum inconveniente legal ou constitucional para que, mediante o Decreto-Lei nº 25.792, fosse ordenado que o pagamento das pensões fosse transferido ao MEF, “já que o Estado se encontra facultado a indicar qu[al] dependência paga as pensões dos aposentados e isso se [realizou] tendo em conta que a Superintendência de Bancos e Seguros tinha um regime de pessoal próprio dos trabalhadores do setor privado e seus trabalhadores e funcionários não estavam dentro dos alcances do regime previdenciário da Lei 20.530[,] como sim estavam os aposentados por ser este o regime sob o qual trabalharam e contribuíram ao correspondente fundo de pensões”. Ademais, não é certo o afirmado pela Comissão na demanda, no sentido de que o Decreto-Lei nº 25.792 foi emitido como uma reação aos mandados de segurança interpostos, já que com anterioridade à interposição destas ações foram emitidas outras normas similares ao Decreto-Lei nº 25.792, com o objetivo de corrigir as distorções que se haviam produzido no sistema previdenciário peruano;
- e) “desde certa perspectiva, po[de]-se considerar que o fato de ter ocorrido um corte nas pensões dos cinco aposentados é uma situação contrária à lógica previdenciária. Entretanto, é necessário destacar

que tais atos foram produzidos em aplicação de normas legais que foram inclusive consideradas como Constitucionais –ainda que posteriormente teria sido possível realizar uma variação de critério”;

- f) “a infração de uma norma legal não necessariamente deve ser qualificada como uma violação de direitos humanos”; “para qualificar qualquer fato como violatório de direitos humanos, requer-se que este tenha sido cometido com intencionalidade e existindo sem dúvida um *animus nocendi*. Estes requisitos não ocorreram neste caso porquanto a existência de limites máximos, tanto nas remunerações como nas pensões, foi considerada como válida desde o ponto de vista constitucional”. Somado a isso, “deve-se tomar em consideração para explicar certas situações, um estado de necessidade evidente que pudesse ter conduzido à realização de um dos atos matéria de julgamento (imposição de limites às pensões ou remunerações)[...] como seria uma crise orçamentária impossível de administrar de outra forma[; ...] toda legislação tem mecanismos de proteção diante de situações de crise como são a força maior, caso fortuito, lesão e excessiva onerosidade na prestação[, os quais] permitem alterar o cumprimento das obrigações em situações excepcionais”;
- g) “o direito de propriedade não está em discussão em um caso como este, devendo-se ter presente que tal direito pode ser subordinado pela lei ao interesse social”. A diminuição no valor da pensão “se deveu ao indicado na Lei de Orçamento da República de 1991, prorrogada para 1992, à qual as supostas vítimas não fizeram nenhuma referência”. Quando foi emitida esta lei, foi apresentado um questionamento ao Tribunal de Garantias Constitucionais, o qual declarou que os limites máximos eram constitucionalmente válidos. Naquele momento se encontrava vigente a Constituição Política de 1979, segundo a qual as pensões “são reajustadas periodicamente, tendo em conta o custo de vida e as possibilidades da economia nacional, de acordo com a lei”;
- h) “não foram devidamente esgotados os recursos da jurisdição interna”, em razão de que nem os cinco aposentados nem qualquer outra autoridade estatal questionou os efeitos, constitucionalidade ou aplicação do Decreto-Lei nº 25.792, “norma legal de cujo descumprimento se acusa ao Estado”;
- i) devido a que não foi interposta nenhuma reclamação contra as ações de pagamento de pensões realizadas pelo MEF, em aplicação do Decreto-Lei nº 25.792, “estas ações se tornaram definitivas. A melhor prova disso é que a pensão que correspondia foi assumida pelo Ministério mencionado até que se derogou o dispositivo legal, passando-se novamente a responsabilidade de pagamento à Superintendência de Bancos e Seguros”. Os cinco aposentados pretendem “projetar os efeitos de sentenças cumpridas a uma nova situação que se apresentou posteriormente, por aplicação de uma norma posterior”;
- j) os cinco aposentados trabalharam dentro do regime trabalhista público e nenhum trabalhou sujeito ao regime trabalhista da atividade privada. Por mandato legal e disposição constitucional os serviços prestados em ambos os regimes não são acumuláveis. Os cinco aposentados pretendem “que seja reconhecido um direito que não lhes corresponde”, que é a regulamentação ou atualização de suas pensões tomando como referência o salário de um funcionário em atividade da SBS, que pertence a um regime trabalhista e de pensões diferente; e
- k) o Estado pagou aos cinco aposentados a reposição das pensões que reclamavam e decidiu “continuar com este pagamento no valor que foi determinado, que não é o que lhes corresponde legalmente, na medida em que não seja revertido por um Juiz Nacional”. “[O]s mandados de segurança impetrados pelos aposentados dentro da jurisdição nacional apenas ordenaram a restituição das coisas ao estado anterior à alegada infração, mas não se pronunciaram sobre a procedência do direito reclamado”.

#### *Considerações da Corte*

93. O artigo 21 da Convenção afirma que:

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.
2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.
3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei.

94. A Corte observa que no presente caso não existe controvérsia entre as partes sobre se as supostas vítimas têm direito à pensão ou não. Todas estão de acordo em que os senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-

Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra e Reymert Bartra Vásquez, ao terminarem de trabalhar na SBS, obtiveram o direito à pensão por aposentadoria sob o regime estabelecido no Decreto-Lei nº 20.530.<sup>147</sup> A controvérsia entre as partes é a respeito de se os parâmetros utilizados pelo Estado, para reduzir ou recalcular os valores das pensões das supostas vítimas a partir de 1992 configuram uma violação do direito à propriedade delas.

95. Para dirimir a controvérsia entre as partes, a Corte analisará principalmente dois pontos, a saber: a) se o direito à pensão pode ser considerado um direito adquirido e o que isso significa; e b) quais parâmetros devem ter-se em conta para quantificar o direito à pensão, e se este direito pode ser objeto de limites.

96. a) *Primeiro Ponto*. No que se refere a se o direito à pensão é um direito adquirido ou não, esta controvérsia já foi resolvida pela Constituição Política do Peru e pelo Tribunal Constitucional peruano.

97. A este respeito, a Constituição Política do Peru de 1993 afirma em sua primeira Disposição Final e Transitória que:

Os novos regimes sociais obrigatórios, que se estabeleçam sobre matéria de pensões dos trabalhadores públicos, não afetam os direitos legalmente obtidos, em particular o correspondente aos regimes dos Decretos Leis 19.990 e 20.530 e suas modificações.<sup>148</sup>

98. Ao se referir à anterior norma da Constituição Política, o Tribunal Constitucional do Peru assinalou que:

Uma correta interpretação de tal disposição não pode ser outra que a de consagrar, no âmbito constitucional, os direitos adquiridos em matéria previdenciária pelos aposentados sujeitos aos regimes dos Decretos Leis 19.990 e 20.530, entendendo-se como direitos adquiridos “aqueles que adentraram nosso domínio, que fazem parte dele, e dos quais já não nos podem privar aquilo de quem os temos”.<sup>149</sup>

99. Além disso, o Tribunal Constitucional, mediante sentença proferida em 23 de abril de 1997, afirmou que uma vez que se cumprem os requisitos indicados no Decreto-Lei nº 20.530 e suas normas complementares, para a concessão da pensão, o trabalhador

[...] incorpora ao seu patrimônio um direito em virtude do mandato expresso da lei, que não está limitado ao reconhecimento da administração, que não é a que de modo algum concede o direito, o qual, como se recordou, nasce do cumprimento dos requisitos estabelecidos na lei. É assim que aqueles que se encontravam sob o amparo do regime do Decreto Lei 20.530, que até antes da entrada em vigência do Decreto Legislativo 817 já tivessem cumprido os requisitos indicados pela norma, isto é, ter trabalhado 20 anos ou mais de serviços; têm direito a uma pensão nivelada, conforme dispôs, em sua oportunidade, o Decreto Lei 20.530 e suas modificações.

100. De igual forma, o Tribunal Constitucional peruano assinalou, na sentença antes indicada, que:

Sendo o principal efeito da incorporação ao regime do Decreto Lei Nº 20.530, 1) ter a qualidade de aposentado do mesmo, 2) ter a faculdade de adquirir direito à pensão ao alcançar 15 anos de serviços o homem e 12 e meio a mulher, as mesmas que se regulamentam conforme o estabelecido no artigo 5º do mesmo, e 3) ter o direito a uma pensão nivelada, com os requisitos estabelecidos no Decreto Lei antes referido, todos estes constituem, então, direitos adquiridos conforme estabelece a Primeira Disposição Final e Transitória da Constituição vigente.

101. Há de se ter presente também o indicado no artigo 29.b) da Convenção Americana no sentido de que nenhuma disposição desta pode ser interpretada para “limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes...”.

102. Nesta ordem de ideias, o artigo 21 da Convenção protege o direito dos cinco aposentados a receber uma pensão de aposentadoria nivelada de acordo com o Decreto-Lei nº 20.530, no sentido de que se trata de um direito adquirido, de acordo com o disposto na normativa constitucional peruana, ou seja, de um direito que se incorporou ao patrimônio das pessoas.

103. À luz do indicado na Constituição Política do Peru, do disposto pelo Tribunal Constitucional peruano, de acordo com o artigo 29.b) da Convenção -o qual proíbe uma interpretação restritiva dos direitos-, e mediante uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos, esta Corte considera que, desde o momento em que os senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra e Reymert Bartra Vásquez pagaram suas contribuições ao Fundo de Pensões regido pelo Decreto-Lei nº 20.530, deixaram de prestar

147. O mencionado Decreto-Lei Nº 20.530, intitulado “Regime de Aposentadorias e Compensações por Serviços Civis prestados ao Estado não incluídos no Decreto-Lei 19990”, dispõe que: Art.4º.-O trabalhador adquire direito à pensão ao alcançar quinze anos de serviços reais e remunerados, se for homem; e doze e meio, se for mulher.

148. Constituição Política do Peru emitida em 29 de dezembro de 1993 (expediente de anexos à demanda, anexo 64, folhas 248 a 289).

149. Sentença do Tribunal Constitucional do Peru emitida em 23 de abril de 1997, a respeito do expediente nº 008-96-I/TC (expediente de anexos à demanda, anexo 65, folhas 290 a 322).

serviços à SBS e optaram pelo regime de aposentadoria previsto neste decreto-lei, adquiriram o direito a que suas pensões fossem regidas nos termos e condições previstas no mencionado decreto-lei e suas normas conexas. Em outras palavras, os aposentados adquiriram um direito de propriedade sobre os efeitos patrimoniais do direito à pensão, de acordo com o Decreto-Lei nº 20.530 e nos termos do artigo 21 da Convenção Americana.<sup>150</sup>

104. b) *Segundo Ponto.* Conforme o indicado anteriormente, foi estabelecido que as supostas vítimas têm um direito adquirido ao pagamento de uma pensão e, mais precisamente, a uma pensão cujo valor se nivele com a remuneração recebida pelas pessoas que estejam desempenhando os mesmos ou similares trabalhos aos que elas exerciam no momento de se aposentarem do cargo. Então, a controvérsia se refere a outro ponto. As pessoas que desempenham trabalhos iguais ou similares aos que exerciam os cinco aposentados podem estar submetidas a dois regimes distintos, o de atividade pública e o de atividade privada, e suas remunerações variam, dependendo do regime a que estejam sujeitas, sendo notoriamente mais elevada a remuneração do segundo regime que a do primeiro. Em consequência, a disposição do acordo segundo a qual os cinco aposentados receberão uma pensão equivalente à remuneração do pessoal em atividade, possui uma ambiguidade que precisa ser esclarecida para definir quais são o conteúdo e os alcances do direito adquirido à pensão.
105. A este respeito, é pertinente fazer referência à Lei nº 23.495, chamada "Nivelación Progressiva das Pensões dos Desempregados e dos Aposentados da Administração Pública não submetidos ao Regime do Seguro Social ou a outros Regimes Especiais", a qual afirma em seu artigo primeiro que:
- A nivelación progressiva das pensões dos aposentados com mais de 20 anos de serviços e dos aposentados da Administração Pública não submetidos ao regime do Seguro Social ou a outros regimes especiais, realizar-se-á com a remuneração dos servidores públicos das respectivas categorias em atividade...
106. A Comissão e os representantes das supostas vítimas e seus familiares consideram que o cálculo do valor da pensão a que têm direito os cinco aposentados deve ser feito com base no salário do funcionário ativo da SBS que ocupe o mesmo cargo ou um equivalente ao que ocupava o aposentado no momento da aposentadoria. Por sua vez, o Estado sustenta que este cálculo deve ser feito mediante uma nivelación com o salário de um servidor em atividade da mesma categoria e regime trabalhista (público), que as supostas vítimas tinham no momento de passarem à aposentadoria. O Estado sustenta que a nivelación de uma pensão com base nas remunerações recebidas por trabalhadores sujeitos ao regime trabalhista da atividade privada, não está em concordância com o disposto no Decreto-Lei nº 20.530.
107. Para a análise deste ponto a Corte considera conveniente distinguir duas etapas ou períodos diferentes:
1. Desde o fim das funções a março e agosto de 1992; e
  2. Desde a redução das pensões até março de 2002.
    - a) Primeira Etapa
108. Está provado que a interpretação do Decreto-Lei Nº 20.530 efetuada pelo Estado (através de resoluções administrativas da SBS) para realizar o cálculo das pensões desde o término das funções das supostas vítimas até agosto de 1992, com exceção do senhor Reymert Bartra, que foi desde o término de suas funções até março de 1992, nivelou-se sobre a base do salário que recebia a pessoa que desempenhava o mesmo posto ocupado por eles na SBS no momento de aposentar-se, sem importar que a partir de junho de 1981 os servidores desta instituição eram regidos pelo regime trabalhista da atividade privada. É assim como os cinco aposentados receberam uma pensão nivelada nestes termos, da seguinte maneira: o senhor Carlos Torres Benvenuto a recebeu desde janeiro de 1987 até agosto de 1992; o senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro a recebeu desde agosto de 1983 até agosto de 1992; o senhor Guillermo Álvarez Hernández a recebeu desde agosto de 1984 até agosto de 1992; o senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra a recebeu desde outubro de 1975 até agosto de 1992, e o senhor Reymert Bartra Vásquez a recebeu desde julho de 1990 até março de 1992.
- b) Segunda Etapa
109. Também está provado que a partir de abril (no caso do senhor Bartra Vásquez) e de setembro de 1992 (no caso das demais supostas vítimas), aos cinco aposentados foi reduzido de fato o valor das pensões em aproximadamente 78%. Esta redução foi arbitrária, já que quando as supostas vítimas se apresentaram a retirar

150. A Corte definiu os "bens" (*Caso Ivcher Bronstein*. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C Nº 74, par. 122) como "aquelas coisas materiais apropriáveis, bem como todo direito que possa formar parte do patrimônio de uma pessoa; este conceito compreende todos os móveis e imóveis, os elementos corporais e incorpóreos e qualquer outro objeto imaterial suscetível de valor". Além disso, ver Tribunal Europeu de Direitos Humanos, *Caso Gaygusuz Vs. Austria*, Sentença de 16 de setembro de 1996, Mérito e reparações, pars. 39, 41.

suas pensões, receberam uma quantia de dinheiro muito menor à que vinham recebendo, sem que houvesse sido emitida uma resolução ou ato jurídico que autorizasse tal redução. Ante esta situação, as supostas vítimas interpuseram os recursos judiciais correspondentes (pars. 88.h) e 88.l) *supra*).

110. Antes do proferimento das sentenças que se pronunciariam sobre os mandados de segurança impetrados, em outubro de 1992, foi emitido o Decreto-Lei nº 25.792, o qual “[a]utoriza a Superintendência de Bancos e Seguros -SBS- a estabelecer um Programa de Incentivos para a Demissão Voluntária de seus Funcionários”. No artigo 5 deste decreto-lei se afirmou o seguinte:

Transfira-se ao Orçamento do Ministério de Economia e Finanças a arrecadação das contribuições e a atenção das pensões, remunerações ou similares que corresponderia pagar por parte da Superintendência de Bancos e Seguros a seus aposentados e demitidos incluídos no regime do Decreto Lei nº 20.530.

Estas pensões, remunerações ou similares terão como referência, inclusive para sua homologação, as que este Ministério paga a seus trabalhadores e funcionários, conforme o Decreto Legislativo nº 276. Em nenhum caso se homologarão ou se referirão às remunerações pagas pela Superintendência de Bancos e Seguros ao pessoal sujeito à atividade privada.

111. A partir de novembro de 1992, à luz do artigo quinto do citado decreto-lei e das interpretações feitas do Decreto-Lei nº 20.530, continuou-se pagando aos cinco aposentados uma pensão de aproximadamente 78% inferior à que receberam nos meses de março a agosto de 1992.
112. Isto é, a partir dos meses de abril e setembro de 1992, e com posterioridade à emissão do Decreto-Lei nº 25.792, o Estado modificou os parâmetros de determinação do valor da pensão nivelada, reduzindo consideravelmente o valor dos pagamentos mensais que as supostas vítimas vinham recebendo.
113. Como resultado das ações de garantia interpostas pelos cinco aposentados (pars. 88.h) e 88.l), 89.c), 89.e), 89.j), 89.l), 89.q), 89.s), 89.x) e 89.ee) *supra*) foram proferidas cinco sentenças de mandado de segurança em 1994 e três sentenças de cumprimento, expedidas entre 1998 e 2000, que ordenavam continuar pagando a pensão que vinham recebendo antes de ocorrer as reduções já indicadas.
114. A SBS pagou apenas as quantias devidas até outubro de 1992, para o que realizou os cálculos com base no salário recebido por seus funcionários ativos. Entretanto, este foi o único pagamento de pensão nivelada que os aposentados receberam com posterioridade à emissão das sentenças judiciais, até que em março de 2002 esta situação mudou, o que será analisado mais à frente (par. 119 *infra*). Em consequência, o Estado se absteve, durante vários anos, de dar cabal aplicação a estas sentenças.
115. A Corte observa que, mesmo quando os trabalhadores da SBS passaram ao regime da atividade privada (1981) a pensão nivelada podia ter sido determinada de acordo com o salário que recebia um funcionário sujeito ao regime público de nível ou categoria similar ao das supostas vítimas, isto não foi interpretado assim pelas autoridades do Estado. Além disso, foi o próprio Estado quem, desde que estes optaram pelo regime de pensão do Decreto-Lei nº 20.530, lhes reconheceu, mediante atos administrativos, um valor de pensão nivelável de acordo com o salário de um funcionário ativo da SBS. Adicionalmente, e mais importante ainda que isso, ao resolver as ações de mandado de segurança impetradas pelos cinco aposentados, os tribunais internos ordenaram continuar pagando as pensões mensais nos termos em que se vinha fazendo, isto é, nivelando-as com a remuneração recebida pelos funcionários ativos da SBS, que pertencem ao regime de atividade privada. Isto configurou, em benefício dos aposentados, um direito amparado pelas sentenças de segurança, que ao ser desconhecido pelo Estado, os afetou patrimonialmente, violando o artigo 21 da Convenção.
116. Apesar de o direito à pensão nivelada ser um direito adquirido, de acordo com o artigo 21 da Convenção, os Estados podem impor limitações ao gozo do direito de propriedade por razões de utilidade pública ou de interesse social. No caso dos efeitos patrimoniais das pensões (valor das pensões), os Estados podem reduzi-los unicamente pela via legal adequada e pelos motivos já indicados. Por sua vez, o artigo 5 do Protocolo Adicional à Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (doravante denominado “Protocolo de San Salvador”) apenas permite aos Estados estabelecer limitações e restrições ao gozo e exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais, “mediante leis promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática, na medida em que não contrariem o propósito e razão dos mesmos”. Em toda e qualquer circunstância, se a restrição ou limitação afeta o direito à propriedade, esta deve realizar-se, ademais, de acordo com os parâmetros estabelecidos no artigo 21 da Convenção Americana.
117. Do mesmo modo, ao invés de atuar arbitrariamente, se o Estado queria dar outra interpretação ao Decreto-Lei nº 20.530 e suas normas conexas, aplicáveis aos cinco aposentados, deveria: a) realizar um procedimento administrativo com pleno respeito às garantias adequadas, e b) respeitar, em todo caso, as determinações que adotaram os tribunais de justiça em sobreposição às decisões da administração.

118. No presente caso, não se cumpriu nenhuma das duas condições antes mencionadas. A administração mudou, sem esgotar um procedimento adequado, os termos de sua interpretação das normas que regulamentavam a pensão das cinco supostas vítimas e, posteriormente, desconheceu as decisões judiciais às que se fez referência.
119. Um fato significativo ocorrido no presente caso foi a emissão da Lei nº 27.650, publicada em 23 de janeiro de 2002 no Diário Oficial El Peruano, a qual derogou o artigo 5 do Decreto-Lei nº 25.792. Posteriormente, a SBS emitiu cinco resoluções que resolveram pagar às supostas vítimas a pensão que lhes correspondia de acordo com o Decreto-Lei nº 20.530, deduzindo do cálculo os valores das pensões recebidas entre 1º de novembro de 1992 e 23 de janeiro de 2002. O pagamento feito aos cinco aposentados em março de 2002, três meses depois de apresentada a demanda à Corte, teve como base o salário dos servidores ativos da SBS. Outrossim, as mencionadas resoluções deixaram a salvo o direito da SBS de deduzir contra os cinco aposentados o montante que pudesse ser considerado excessivo, de acordo com a sentença que viesse a ser emitida pela Corte Interamericana. À luz da presente Sentença, esta ressalva das resoluções da SBS não possui nenhum efeito.
120. Este pagamento efetuado pelo Estado das pensões niveladas que correspondiam às supostas vítimas desde que suas pensões haviam diminuído, implica que as pretensões da Comissão Interamericana e dos representantes das supostas vítimas e seus familiares a este respeito já foram reconhecidas e cumpridas pelo Estado.
121. A Corte constata, com base em todo o anterior, que o Estado, ao ter mudado arbitrariamente o valor das pensões que as supostas vítimas vinham recebendo e ao não ter dado cumprimento às sentenças judiciais emitidas em razão das ações de mandado de segurança interpostas por estas (Capítulo VIII *infra*), violou o direito à propriedade consagrado no artigo 21 da Convenção, em detrimento dos senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra e Reymert Bartra Vásquez, na medida em que foram violados os direitos reconhecidos nestas sentenças.

## VIII Violação do Artigo 25 (Proteção Judicial)

### *Alegações da Comissão*

122. Quanto ao artigo 25 da Convenção, a Comissão argumentou que:

- a) quando a SBS reduziu de fato as pensões que as supostas vítimas vinham recebendo, estas estudaram com seus assessores jurídicos os diversos recursos que a legislação peruana oferecia e determinaram que o meio idôneo para defender seus direitos era impetrar mandados de segurança contra a SBS, órgão estatal que violou seus direitos. Em suas sentenças de 2 de maio, 28 de junho, 1º e 19 de setembro e 10 de outubro, todas de 1994, a Corte Suprema de Justiça do Peru ordenou que fossem pagas aos cinco aposentados pensões niveladas à remuneração do titular em atividade que ocupava o mesmo posto, ou função análoga, à que desempenhavam as supostas vítimas no momento em que deixaram de trabalhar para a SBS. “Isso corrobora que efetivamente os mandados de segurança tentados pelas vítimas eram os recursos idôneos, dentro do sistema de direito peruano, para proteger os direitos que haviam sido violados”. As supostas vítimas não tinham de esgotar nenhum recurso interno contra o Decreto-Lei nº 25.792, emitido depois de que foram impetrados os mandados de segurança. A Corte Suprema de Justiça resolveu os mandados de segurança quase dois anos depois da entrada em vigência do Decreto-Lei nº 25.792 e, tendo pleno conhecimento da existência de um novo regime previdenciário, considerou que no caso das supostas vítimas a SBS devia pagar as pensões niveladas;
- b) a SBS desconheceu as sentenças emitidas pela Corte Suprema de Justiça do Peru e apenas pagou parcialmente a diferença no valor das pensões. Além disso, a partir de novembro de 1992, o MEF pagou às supostas vítimas uma pensão substancialmente menor à que lhes correspondia. Ademais, a SBS não cumpriu as resoluções administrativas que emitiu em 1995, mediante as quais decidiu acatar as referidas sentenças da Corte Suprema de Justiça do Peru;
- c) diante do descumprimento das sentenças da Corte Suprema de Justiça do Peru, algumas das supostas vítimas interpuseram ações de execução e nas correspondentes sentenças, proferidas em 9 de julho de 1998, 3 de agosto de 2000 e 21 de dezembro de 2000, o Tribunal Constitucional ordenou que a SBS cumprisse o disposto nas sentenças da Corte Suprema de Justiça;
- d) as supostas vítimas também tentaram ações penais, sem conseguir que fossem cumpridas as sentenças da Corte Suprema de Justiça e do Tribunal Constitucional;



- e) o Estado violou o direito à tutela judicial efetiva ao descumprir o ordenado pelas referidas sentenças definitivas da Corte Suprema de Justiça do Peru e do Tribunal Constitucional do Peru. O cumprimento das sentenças não pode ficar ao arbítrio da parte que perdeu o litígio, muito menos quando quem perdeu o litígio é um órgão do Estado;
- f) ainda que o Estado, em abril de 2002, tenha cumprido as sentenças favoráveis às supostas vítimas emitidas em 1994, o fez condicionado ao que a Corte Interamericana viesse a decidir e se reservou o direito de ação contra os aposentados no suposto de que a Corte Interamericana determine que o valor devido a eles é menor ao valor que o Estado lhes pagou. Esta situação deixa as supostas vítimas em um “estado de total precariedade e incerteza jurídica, perante a vontade declarada do Estado de não acatar de maneira definitiva as sentenças proferidas por seus mais altos tribunais”;
- g) o Estado “não termina de acatar as sentenças proferidas contra si por seus mais altos tribunais. A diferença é que ao invés de ignorar agora a existência destas sentenças, realizou um pagamento condicionado às vítimas e, de acordo ao indicado na audiência oral no presente caso, pretende agora que [a] Corte determine que a Corte Suprema de Justiça e seu Tribunal Constitucional se equivocaram ao sentenciar contra o Estado, e com isso o Estado recuperar o que pagou às vítimas conforme o disposto nestas sentenças”;
- h) para que as supostas vítimas tenham segurança jurídica a respeito do cumprimento das sentenças proferidas a seu favor no âmbito interno, é necessário que a Corte Interamericana determine que o Peru deve cumprir, sem condição alguma, as sentenças definitivas passadas em julgado da Corte Suprema de Justiça e do Tribunal Constitucional peruanos;
- i) não estando em discussão o caráter de coisa julgada das sentenças favoráveis às supostas vítimas emitidas pelos tribunais internos, “nem havendo alegado a Comissão violações às garantias judiciais nos processos através dos quais foram proferidas estas sentenças”, o objeto principal do presente caso é que a Corte determine a responsabilidade internacional do Estado pelo descumprimento de sentenças transitadas em julgado e executadas, favoráveis às supostas vítimas e proferidas pelos mais altos tribunais peruanos: a Corte Suprema de Justiça do Peru e o Tribunal Constitucional peruano; e
- j) em relação ao alegado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares a respeito da ineficácia dos recursos penais que alguns dos aposentados interpuseram para tentar o cumprimento das sentenças da Corte Suprema de Justiça, o que violou o direito à tutela judicial efetiva consagrado nos artigos 8.1 e 25 da Convenção, considera que “ainda que estas alegações tenham sido feitas pelos petionários em sua petição original perante a CIDH, a Comissão não determinou a existência de tais alegadas violações nem em seu Relatório de Mérito nem em sua demanda perante a Corte. Entretanto, trata-se de qualificações jurídicas adicionais com respeito aos mesmos fatos que, com base nas provas disponíveis, foram estabelecidos pela Comissão em seu Relatório de Mérito e na demanda [ ... A] Comissão considera que tais argumentos [...] podem ser conhecidos pela Honorable Corte em virtude do princípio *iura novit curia*”.

*Alegações dos representantes das supostas vítimas e seus familiares*

123. Em relação ao artigo 25 da Convenção, os representantes das supostas vítimas e seus familiares afirmaram que:
- a) depois de que em março e setembro de 1992 a SBS reduziu de fato as pensões que as supostas vítimas vinham recebendo, estas impetraram mandados de segurança contra a SBS. Esta dedução representou “uma medida de fato, fora de um processo regular no qual a vítima poderia ter exercido seu direito de defesa”. A Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça rejeitou os argumentos da SBS e ordenou a esta que restituísse os direitos previdenciários do regime do Decreto-Lei nº 20.530, os quais haviam sido retirados inconstitucionalmente das supostas vítimas. A SBS devolveu a diferença nominal deixada de receber pelos cinco aposentados durante setembro e outubro de 1992 e se negou a responder pelos valores posteriores, baseada em que, ao ser emitido o Decreto-Lei nº 25.792, desapareceu sua responsabilidade de responder pelo pagamento de tais pensões e o MEF passou a ser o encarregado de pagá-las. Por sua vez, o MEF argumentou que a obrigação de pagar correspondia à SBS porque assim havia sido ordenado pela Corte Suprema e que, supondo que fosse sua obrigação, a SBS não havia transferido as contribuições e recursos necessários para que pudesse realizar tais pagamentos, como ordenava o Decreto-Lei nº 25.792;
  - b) os cinco aposentados denunciaram penalmente os agentes estatais responsáveis pelo descumprimento

das sentenças emitidas pela Corte Suprema de Justiça, com o objetivo de que fossem investigados e punidos pelo descumprimento. Entretanto, “os recursos penais foram ineficazes para reparar o direito dos aposentados a que fossem cumpridas as sentenças que os favoreciam, com o que se violou o direito à tutela judicial efetiva consagrado nos artigos 8.1 e 25 da Convenção”;

- c) posteriormente, “acabou, de maneira definitiva e infrutífera, o caminho processual da ação de cumprimento, com o saldo de uma Sentença do Tribunal Constitucional igualmente inútil para restituir aos petionários o gozo dos direitos humanos de que haviam sido privados”. Ademais, em 17 de junho de 1997, o Defensor do Povo do Peru emitiu uma resolução por meio da qual requereu à SBS e ao MEF que cumprissem as sentenças da Corte Suprema e do Tribunal Constitucional;
- d) a reserva estipulada pela SBS nas cinco resoluções expedidas em 12 de março de 2002, segundo a qual teria a faculdade de reaver dos aposentados os valores no caso de que a Corte Interamericana ordenasse o pagamento de quantias menores às que foram pagas, gerou incerteza nas supostas vítimas, já que não podem dispor com tranquilidade das quantias que lhes foram pagas;
- e) o Estado descumpriu durante oito anos as sentenças definitivas proferidas pela Corte Suprema de Justiça em 1994, e pelo Tribunal Constitucional entre 1998 e 2000, mediante as quais ordenou à SBS que restituísse aos cinco aposentados seu direito a desfrutar de uma pensão que se nivelasse de maneira progressiva segundo o regime de pensões regulamentado pelo Decreto-Lei nº 20.530, isto é, reajustando-se conforme a remuneração do funcionário em atividade da SBS que desempenhasse a mesma função, ou análoga à que ocupava o aposentado até sua aposentadoria;
- f) os argumentos expostos pelo Estado se orientaram a justificar o descumprimento das sentenças através da menção de suas discrepâncias com as decisões judiciais, já que, segundo o Estado, reconhecem direitos de maneira indevida e contêm interpretações errôneas e contraditórias;
- g) o descumprimento de sentenças neste caso é muito grave, devido a que “se trata de um desafio à justiça por parte do Poder Executivo peruano, que fundamentado em suas discrepâncias e desacordos com as decisões adotadas, desconhece e desconhece sentenças definitivas, dos mais altos tribunais do Peru”. As decisões dos juízes devem ser questionadas em espaços institucionais, e não mediante vias de fato, tais como a desobediência e rebeldia por parte do próprio Poder Executivo;
- e
- h) é irrelevante se a violação do direito à tutela judicial efetiva se deve à ação ou omissão de uma superintendência ou de um ministério. O Estado não pode impor aos cidadãos o ônus de dirigir-se à entidade estatal adequada para cumprir as sentenças e conhecer as funções das distintas entidades, muito menos quando o próprio Estado reconhece que suas entidades não possuem pleno conhecimento do que fazem as outras.

#### *Alegações do Estado*

124. Com respeito ao artigo 25 da Convenção, o Estado argumentou que:

- a) considera que a demanda é improcedente em virtude de que não é possível qualificar “como violação de direitos humanos atos processuais não concluídos pela própria atividade dos aposentados na jurisdição nacional antes da interposição da demanda”. No momento de recorrer à Comissão Interamericana, os cinco aposentados “estavam atuando na via interna de maneira que não existia negativa de cumprimento de resoluções judiciais”. “[Q]ualquer questionamento à procedência da demanda por não ter sido esgotada a via indicada na jurisdição interna do Peru deve resolver-se conjuntamente com a sentença e com vista da totalidade dos elementos probatórios apresentados pelas partes”;
- b) os mandados de segurança “foram impetrados contra a SBS, como consequência de uma retificação de um erro de direito no pagamento da pensão”. As resoluções da SBS, nas quais se reconheceram as pensões de aposentadoria, indicam que a aposentadoria era relativa a um grau e a um subgrau; entretanto, “em algum momento se produziu um erro de interpretação e passou-se a vincular a pensão ao que recebia um trabalhador do regime trabalhista da atividade privada [... e q]uando se detectou o erro, foi aplicada a medida corretiva do caso”;
- c) as sentenças da Corte Suprema de Justiça de 1994, emitidas em virtude dos mandados de segurança impetrados em 1992 contra a SBS pela redução das pensões, foram cumpridas oportunamente por esta dependência, a qual pagou as pensões até a data em que deixou de ser responsável pelas

mesmas por mandato legal. Não se fez referência alguma ao Decreto-Lei nº 25.792 por ser posterior aos fatos nos quais se sustentaram as demandas que motivaram as sentenças, e quando foram proferidas as referidas sentenças, a responsabilidade de pagar as pensões havia sido trasladada ao MEF por disposição do Decreto-Lei nº 25.792. Não era possível estender ao MEF as obrigações que correspondiam à SBS até a data de entrada em vigência do referido decreto-lei, “sem ter sido determinado expressamente em um processo judicial”. Quando se emitiu o Decreto-Lei nº 25.792 -depois da data de interposição dos mandados de segurança e antes de que fossem emitidas as sentenças- “os autores não questionaram o disposto nesta norma nem solicitaram incorporar o Ministério de Economia e Finanças ao processo anterior”. “Por isso não é possível afirmar que existe uma negativa de cumprir estes pronunciamentos (porque já [foram] cumpridos por parte da [SBS]) e não foi interposta nenhuma ação como consequência da Lei 25.792”. Não houve um descumprimento de sentenças porque as sentenças “foram cumpridas na medida em que fossem legalmente possíveis em razão de que não se demandou contra o Ministério de Economia e Finanças como correspondia”;

- d) “ainda que seja certo que a Superintendência de Bancos e Seguros pertence à estrutura estatal, também integrada pelo Ministério de Economia e Finanças, cada uma delas tem sua própria representação judicial autônoma, situação que obriga a demandá-las expressamente quando lhes é atribuída qualquer conduta não conforme com a lei”. “Não seria aceitável afirmar que pelo fato de ter-se interposto uma demanda contra a [...] Superintendência, todo o Estado peruano tinha conhecimento das reclamações interpostas”;
- e) os cinco aposentados “impetraram mandados de segurança contra a Superintendência de Bancos e Seguros, cujo efeito é restituir as coisas ao estado anterior à alegada violação de direitos. É neste momento que se deu por cumprida a execução do ordenado não existindo sentença que ordene o pagamento de soma líquida ou determinada”;
- f) nas sentenças correspondentes aos senhores Carlos Torres Benvenuto, Reymert Bartra Vásquez e Maximiliano Gamarra Ferreyra, não se determinaram os valores das pensões que lhes correspondiam, de maneira que o que se produziu foi “uma diferença de interpretação sobre o valor da pensão, tema que apenas pode ser discutido dentro da jurisdição interna e [n]o marco de um processo judicial no qual podem fazer uso de meios probatórios e não em um mandado de segurança”. Se o autor considerava que a pensão que lhe era paga não era a que lhe correspondia, deveria interpor a respectiva ação judicial para que fosse determinado o valor exato da pensão;
- g) as três sentenças foram proferidas pelo Tribunal Constitucional depois da denúncia apresentada contra o Peru perante a Comissão Interamericana, e não foram interpostas contra o MEF. “Ao ter-se interposto estas demandas contra quem não correspondia por mandato da lei [...] se impossibilitava sua execução, o que se viu facilitado pela derrogação da Lei 25.792 –recém ocorrida [em 2002], imediatamente depois da qual a [SBS] cumpriu a decisão apesar de que o direito não correspondia aos demandantes”. Nas três ações de cumprimento a SBS foi apresentada como ré, e omitiu-se de representar contra o MEF, “o que era impossível juridicamente já que não havia sido parte no primeiro processo”;
- h) como resultado de um erro jurídico cometido pela SBS -ao expedir uma resolução fora do âmbito de sua competência-, com fundamento em uma ação de cumprimento e a requerimento de funcionários desta dependência, produziu-se o pagamento das pensões tomando como referência o salário dos trabalhadores da SBS que se encontravam dentro do regime da atividade privada. Entretanto, a SBS se reservou “o direito de reaver os fundos, de acordo com a lei”, devido a que os cinco aposentados ou seus herdeiros receberam valores milionários a título de devolução que não lhes correspondem, devido a que, para reajustar sua pensão se aplicou uma referência remunerativa que não lhes correspondia;
- i) “como consequência dos pronunciamentos judiciais executados dentro dos mandados de segurança [, ...] os reclamantes estão recebendo uma pensão que não lhes corresponde, consideravelmente superior à dos demais aposentados do país, tendo sido isso causado por terem recorrido a uma via que não é a adequada, na qual não se emitiu um pronunciamento de mérito com respeito à procedência ou não da pensão reclamada, mas apenas que ela devia continuar por ter sido alterada por mandato de uma lei”;
- j) quanto à existência de procedimentos que permitam a reclamação de direitos fundamentais, existem

seis ações de garantia regulamentadas na Constituição. Tais recursos apenas foram utilizados eficientemente em fevereiro de 2002. Além disso, o Peru “garantiu o cumprimento das resoluções criando mecanismos para fazê-las efetivas, não tendo sido demonstrado, como corresponderia de acordo com os princípios do ônus da prova, que tenha interferido de alguma maneira na execução dos referidos pronunciamentos”;

- k) devido a que não foi iniciada nenhuma ação judicial contra o MEF nem outra dependência estatal pela aplicação do Decreto-Lei nº 25.792, “é evidente que não foi cumprido o pressuposto fundamental para iniciar uma ação perante a Honorable Corte, por não ter sido esgotada a jurisdição interna[, ...] o que implicava ter demandado o Ministério de Economia e Finanças através do Procurador Público respectivo encarregado da defesa do Estado no que se refere às ações deste Ministério”. Diante da falta de petição, o referido Ministério “atuou sob o convencimento de que o tratamento que dava às pensões dos aposentados era o correto”;
- l) as decisões judiciais emitidas nos mandados de segurança têm mecanismos especiais de execução, tais como a sanção ao funcionário obrigado e a eventual responsabilidade civil do mesmo pelo descumprimento. “O uso correto deste mecanismo processual teria assegurado, -como em efeito depois assegurou-, o cumprimento da decisão. Decorre que não se pode acusar o Estado peruano de descumprir sentenças judiciais se não se esgotaram a totalidade dos meios de execução existentes regulamentados pela legislação interna”; e
- m) “os aposentados iniciaram diversas ações, entre elas penais, que foram rejeitadas, o que não faz mais do que demonstrar que não foram propostas oportunamente”.

### Considerações da Corte

125. O artigo 25 da Convenção afirma que:

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.
2. Os Estados Partes comprometem-se:
  - a. a assegurar que a autoridade competente prevista pelo sistema legal do Estado decida sobre os direitos de toda pessoa que interpuser tal recurso;
  - b. desenvolver as possibilidades de recurso judicial; e
  - c. a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.

126. A Corte já afirmou que

[...] não basta a existência formal dos recursos, mas estes devem ser eficazes, isto é, devem dar resultados ou respostas às violações de direitos contemplados na Convenção. Este Tribunal indicou que não podem ser considerados efetivos aqueles recursos que, pelas condições gerais do país ou inclusive pelas circunstâncias particulares de um caso dado, resultem ilusórios. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando sua inutilidade tenha sido demonstrada pela prática, porque o órgão jurisdicional careça da independência necessária para decidir com imparcialidade ou porque falem os meios para executar suas decisões; por qualquer outra situação que configure um quadro de denegação de justiça, como sucede quando se incorre em atraso injustificado na decisão.<sup>151</sup>

e que

a proteção da pessoa em face do exercício arbitrário do poder público é o objetivo primordial da proteção internacional dos direitos humanos.<sup>152</sup>

127. A análise da suposta violação do artigo 25 da Convenção será realizada com base em três etapas distintas, a saber: a) o pagamento das pensões de abril a outubro de 1992 (a respeito do senhor Bartra Vásquez) e de setembro e outubro de 1992 (a respeito dos outros quatro aposentados); b) de novembro de 1992 a fevereiro de 2002, e c) a que vai de março de 2002 até a atualidade.

151. Cf. *Caso Las Palmeras*. Sentença de 6 de dezembro de 2001. Série C Nº 90, par. 58; *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awaj Tingni*, nota 2 *supra*, pars. 111-113; e *Caso do Tribunal Constitucional*. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C Nº 71, pars. 89, 90 e 93.

152. Cf. *Caso do Tribunal Constitucional*, nota 151 *supra*, par. 89; *Caso Godínez Cruz*. Sentença de 20 de janeiro de 1989. Série C Nº 5, par. 174; e *Caso Velásquez Rodríguez*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C Nº 4, par. 165.

a) *Primeira Etapa*

128. No presente caso, foi estabelecido (pars. 88.h), 89.c), 89.j), 89.q), 89.x), e 89.ee) *supra*) que os cinco aposentados interuseram diversas ações perante diferentes instâncias judiciais do Peru, com a finalidade de que lhes fossem pagas as pensões que, segundo eles, lhes correspondiam conforme o direito. Como resultado destas demandas, foram proferidas diversas sentenças que ordenaram a SBS a pagar o valor integral da pensão que as supostas vítimas vinham recebendo de acordo com a lei.
129. Por exemplo, nas sentenças foram utilizadas as frases “que a Superintendência de Bancos e Seguros cumpra o pagamento ao autor da pensão que vinha recebendo conforme a lei”<sup>153</sup> ou “que a demandada pague a pensão ao autor de acordo com o Decreto Lei vinte mil quinhentos e trinta”<sup>154</sup> ou “que a [Superintendência de Bancos e Seguros] pague ao autor o valor integral de sua pensão estabelecida por Resolução...”<sup>155</sup>, entre outras similares.
130. Posteriormente à emissão das sentenças, sucedeu a circunstância de que estas não eram cumpridas, não havia disposição de pagar os valores correspondentes ao percentual de pensões devidas. A SBS atribuía a responsabilidade ao MEF e vice-versa.
131. Entretanto, a SBS cumpriu as sentenças favoráveis aos cinco aposentados quando lhes pagou a diferença do valor das pensões que lhes correspondia da seguinte maneira: aos senhores Torres Benvenuto, Mujica Ruiz-Huidobro, Álvarez Hernández e Gamarra Ferreyra, apenas no que se refere aos meses de setembro e outubro de 1992, enquanto que ao senhor Bartra Vásquez lhe pagou a diferença relativa aos meses de abril a outubro de 1992. Estes pagamentos foram efetuados mediante a realização de depósitos judiciais a favor dos cinco aposentados.
132. À luz do anteriormente exposto, este Tribunal considera que a primeira das fases não merece consideração alguma, posto que neste período foram devolvidos os valores que correspondiam aos aposentados, de acordo com as sentenças dos tribunais internos, a título de pensão nivelada.

b) *Segunda Etapa*

133. A segunda etapa é a que merece especial atenção, já que foi a partir de novembro de 1992 que a SBS atribuía a responsabilidade pelo pagamento ao MEF e vice-versa. Ademais, o Estado diz que, em virtude da aplicação do artigo 5 do Decreto-Lei nº 25.792, o qual encarregou o MEF da “arrecadação de contribuições e do pagamento das pensões, remunerações ou similares que corresponderia serem pagos por parte da Superintendência de Bancos e Seguros a seus aposentados, pensionistas e demitidos incluídos no regime do Decreto Lei nº 20.530”, os cinco aposentados deveriam ter demandado não apenas contra a SBS mas também contra o MEF, e que, em consequência as sentenças não foram descumpridas, posto que a parte demandada, isto é, a SBS, as cumpriu no que lhe correspondia.
134. Em razão do anteriormente exposto, é importante indicar que, na fase de execução de sentença de mandado de segurança, o 1º Juízo Especializado Civil de Lima, mediante decisão de 3 de novembro de 1994, ordenou, a respeito do senhor Carlos Torres Benvenuto, que a SBS “exped[isse] a Resolução ou Resoluções Administrativas que correspondessem dirigidas a restituir o direito que assist[ia] ao demandante em receber as remunerações e devoluções conforme a Ordem de Execução Suprema [...] e que o [MEF] através de seu Escritório Geral de Administração cumpr[isse] em efetuar os pagamentos requeridos”. Além disso, nesta decisão o Juízo afirmou que não teria havido boa fé, devido a que “ambas as entidades obrigadas, de forma simultânea e recíproca, atribu[iam] mutuamente a responsabilidade de cumprir a decisão” sem contribuir com “solução alguma ao cumprimento da mesma”.
135. No que se refere à posição do Estado de que o MEF deveria ter sido demandado, este Tribunal considera este alegado improcedente e afirma que, quando a SBS, em 1995, emitiu as correspondentes resoluções que resolviam nivelar as pensões reduzidas das supostas vítimas, no artigo segundo destas decisões dispôs:

153. Sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 2 de maio de 1994, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Carlos Torres Benvenuto contra a SBS (expediente de anexos à demanda, anexo 36, folha 160).

154. Sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 1º de setembro de 1994, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro contra a SBS (expediente de anexos à demanda, anexo 38, folha 165).

155. Sentença da Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça emitida em 19 de setembro de 1994, publicada no Diário Oficial El Peruano de 25 de julho de 1995, em relação ao mandado de segurança interposto pelo senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente de anexos à demanda, anexo 41, folha 172).

“Transcreva-se a presente Resolução e anexo ao Ministério de Economia e Finanças para os fins pertinentes”. Mais ainda, as sentenças judiciais foram publicadas no Diário Oficial El Peruano, de modo que o MEF não podia alegar desconhecimento das sentenças para justificar seu descumprimento.

136. É importante indicar que:

[...] a inexistência de um recurso efetivo contra as violações aos direitos reconhecidos pela Convenção constitui uma transgressão da mesma pelo Estado Parte no qual semelhante situação tenha lugar. Nesse sentido, deve-se sublinhar que, para que tal recurso exista, não basta que esteja previsto na Constituição ou na lei ou que seja formalmente admissível, mas se requer que seja realmente idôneo para estabelecer se ocorreu uma violação aos direitos humanos e prover o necessário para remediá-la. Não podem ser considerados efetivos aqueles recursos que, pelas condições gerais do país ou inclusive pelas circunstâncias particulares de um dado caso, resultem ilusórios. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando sua inutilidade tenha sido demonstrada pela prática, porque o Poder Judiciário careça da independência necessária para decidir com imparcialidade ou porque faltem os meios para executar suas decisões; por qualquer outra situação que configure um quadro de denegação de justiça, como sucede quando se incorre em atraso injustificado na decisão; ou, por qualquer causa, não se permita ao suposto lesado o acesso ao recurso judicial.<sup>156</sup>

137. Ademais, o Defensor do Povo do Peru, no relatório intitulado “Descumprimento de Sentenças por parte da Administração Estatal”, elaborado em outubro de 1998, afirmou que:

[...] se o cumprimento das sentenças fica condicionado à discricionariedade da Administração, viola-se a própria noção do Estado de Direito e se criam condições para um regime de arbitrariedade e imprevisibilidade, contrário aos princípios constitucionais como a separação de poderes e a autonomia do Poder Judiciário. Por sua vez, rompe-se notoriamente o direito de igualdade que deve assistir às partes no processo, ao condicionar a execução da sentença judicial à vontade de uma destas, paradoxalmente a parte derrotada.

138. Por todo o anteriormente exposto, a Corte considera que nesta etapa houve um claro descumprimento das citadas sentenças proferidas pela Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça em 2 de maio, 28 de junho, 1º e 19 de setembro e 10 de outubro, todas de 1994, a favor dos cinco aposentados. Em razão de que já existem sentenças emitidas em cumprimento de mandados de segurança, que dão amparo ao *status quo*, o Estado não pode se afastar destas decisões, sob pena de incorrer em violações ao direito à propriedade e à proteção judicial, sem prejuízo do indicado nos parágrafos 116 e 117 da presente Sentença.

### c) Terceira Etapa

139. Nesta fase merece destacar-se que o Estado cumpriu as sentenças das autoridades judiciais internas. Em 18 de março de 2002, a SBS executou as resoluções administrativas nº 250-2002, nº 251-2002, nº 252-2002, nº 253-2002 e nº 254-2002, emitidas em 12 de março de 2002 por esta entidade, nas quais decidiu cumprir as sentenças judiciais; isto é, decidiu pagar as pensões a que as supostas vítimas tinham direito de acordo com a lei, deduzindo-se da soma a pagar as quantias que o MEF teria pago aos aposentados, em aplicação do artigo 5 do Decreto-Lei nº 25.792, entre 1º de novembro de 1992 e 23 de janeiro de 2002. Também foi estabelecido que “[d]eixava a salvo o direito da SBS de deduzir, de acordo com a decisão que viesse a emitir a Corte Interamericana de Direitos Humanos, [...] o valor que pudesse resultar excessivo ao dar-se cumprimento [...], caso no qual se terá em conta o previsto expressamente no [artigo] 53 do Decreto Lei 20.530, que autoriza a penhorar o valor das pensões para pagar dívidas.”<sup>157</sup>

140. Em consequência, esta etapa não merece maior análise por parte do Tribunal, já que nela foram cumpridas as sentenças emitidas a favor dos cinco aposentados.

156. Cf. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, nota 2 *supra*, par. 113; *Caso Ivcher Bronstein*, nota 150 *supra*, pars. 136 e 137; e *Garantias Judiciais em Estados de Emergência* (arts. 27.2, 25 e 8 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-9/87 do 6 de outubro de 1987. Série A Nº 9, par. 24.

157. Cf. resolução administrativa SBS nº 250-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Carlos Torres Benvenuto (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 975 a 978); resolução administrativa SBS nº 251-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Maximiliano Gamarrá Ferreyra (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 979 a 982); resolução administrativa SBS nº 252-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Guillermo Álvarez Hernández (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 983 a 986); resolução administrativa SBS nº 253-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Javier Mujica Ruiz-Huidobro (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 987 a 990); e resolução administrativa SBS nº 254-2002 de 12 de março de 2002, em relação ao senhor Reymert Bartra Vásquez (expediente sobre o mérito e as eventuais reparações, tomo IV, anexo 6 do escrito de 22 de julho de 2002 apresentado pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares, folhas 991 a 994).

\* \* \*

141. De todo o anteriormente exposto, este Tribunal considera que o Estado violou o artigo 25 da Convenção Americana, em detrimento dos senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra, e Reymert Bartra Vásquez, ao executar as sentenças proferidas pela Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça do Peru apenas depois de quase oito anos de sua emissão.

**IX**  
**Artigo 26**  
**(Desenvolvimento Progressivo dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)**

*Alegações da Comissão*

142. Em relação ao artigo 26 da Convenção, a Comissão argumentou que:

- a) o Estado violou este artigo ao promulgar o Decreto-Lei nº 25.792, o qual “constituiu um retrocesso não justificado com respeito ao grau de desenvolvimento do direito à previdência social que as vítimas haviam alcançado conforme o Decreto Lei nº 20.530 e suas normas conexas”, de maneira que se impôs um limite substancialmente inferior ao valor da pensão nivelada que as supostas vítimas recebiam. A partir da entrada em vigência do Decreto-Lei nº 25.792, os cinco aposentados passaram a receber aproximadamente uma quinta parte da pensão de aposentadoria que recebiam;
- b) a obrigação estabelecida no artigo 26 da Convenção implica que os Estados não podem adotar medidas regressivas com respeito ao grau de desenvolvimento alcançado, sem prejuízo de que em casos excepcionais e por aplicação analógica do artigo 5 do Protocolo de San Salvador, possam justificar-se leis que imponham restrições e limitações aos direitos econômicos, sociais e culturais, sempre que tenham sido promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática, e que não contradigam o propósito e a razão de tais direitos”; e
- c) o Estado não argumentou nem provou que o retrocesso representado pelo Decreto-Lei nº 25.792 tenha sido causado “com o objetivo de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática”, “nem argumentou ou provou nenhuma outra circunstância a este respeito”.

*Alegações dos representantes das supostas vítimas e seus familiares*

143. Em relação ao artigo 26 da Convenção, os representantes das supostas vítimas e seus familiares afirmaram que:

- a) de acordo com o disposto neste artigo, o Estado tem o dever de caminhar progressivamente em direção à plena efetividade do direito à previdência social. Esta obrigação implica a “correlativa proibição de regressividade em matéria de reconhecimento do direito à previdência social, salvo em circunstâncias absolutamente excepcionais, razoáveis e justificadas com base no bem comum”. A adoção de políticas regressivas, que tenham por objeto ou efeito a diminuição do estado de gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais, viola o princípio de progressividade;
- b) a determinação do alcance deste artigo deve ser feita tendo em conta a interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais e de acordo com o princípio *pro homine* estabelecido no artigo 29.b) da Convenção;
- c) o conteúdo essencial do direito à previdência social é assegurar a toda pessoa uma proteção contra as consequências da velhice ou de qualquer outra contingência alheia à sua vontade que implique uma privação dos meios de subsistência imprescindíveis, para que possa levar uma vida digna e decorosa. O Peru violou o direito à previdência social ao privar os cinco aposentados dos meios de vida que, na forma de uma pensão nivelada, lhes correspondiam no marco do regime previdenciário ao qual se encontravam legalmente inscritos, e que lhes haviam permitido sufragar até março de 1992 -em um caso- e até setembro do mesmo ano -a respeito dos outros quatro-, a cobertura de suas necessidades vitais mais imediatas e as de suas famílias;
- d) a diminuição dos valores de aposentadoria das supostas vítimas “é uma medida regressiva que não foi justificada pelo Estado no contexto do pleno aproveitamento dos direitos econômicos,

sociais e culturais". Essa medida violou o princípio de progressividade estabelecido no artigo 26 da Convenção, o qual "não pode ser debilitado sob o pretexto da falta de recursos econômicos, muito menos quando se trata de grupos vulneráveis da população como é o dos aposentados e pensionistas";

- e) desde uma perspectiva integral, é claro que as ações adotadas pelo Estado implicaram uma grave violação do direito humano à previdência social, posto que "estas ações –ainda se não tivessem tido como objetivo explícito- tiveram como efeito concreto a imposição de uma situação que os privou dos meios de subsistência que -em sua condição de aposentados e adultos idosos- eram indispensáveis para levar uma vida digna e com decoro"; e
- f) solicitam ao Tribunal que determine o conteúdo da cláusula de desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais e que estabeleça parâmetros e critérios que demonstrem aos Estados a maneira de cumprir suas obrigações jurídicas e critérios para determinar a maneira em que as medidas regressivas violam as obrigações convencionais. Outrossim, seria "muito útil" que a Corte fixe critérios que permitam ao Estado adotar uma política integral em matéria de previdência social.

#### *Alegações do Estado*

144. Com respeito ao artigo 26 da Convenção, o Estado argumentou que:

- a) não violou o desenvolvimento progressivo da pensão de aposentadoria das supostas vítimas, já que a pensão que estão recebendo, como consequência das ações judiciais interpostas, "é consideravelmente superior à que lhes corresponderia legalmente se suas pensões tivessem sido regulamentadas de acordo com o regime que lhes correspondia", isto é, em função das remunerações dos trabalhadores do regime trabalhista da atividade pública e não ao da atividade privada; e
- b) este artigo contém uma declaração genérica, que não se pode interpretar com um critério tão extensivo que pretenda sustentar que o pagamento das pensões dentro do regime previdenciário peruano seja absoluto e não possa ser limitado por lei.

#### *Considerações da Corte*

45. O artigo 26 da Convenção expressa que:

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

- 146. A Comissão Interamericana e os representantes das supostas vítimas e seus familiares alegaram o descumprimento do artigo 26 da Convenção Americana, porque o Estado, ao ter reduzido o valor das pensões das supostas vítimas, não cumpriu o dever de dar o desenvolvimento progressivo de seus direitos econômicos, sociais e culturais, particularmente não lhes garantiu o desenvolvimento progressivo ao direito à pensão.
- 147. Os direitos econômicos, sociais e culturais têm uma dimensão tanto individual como coletiva. Seu desenvolvimento progressivo, sobre o qual já se pronunciou o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas,<sup>158</sup> se deve medir, no critério deste Tribunal, em função da crescente cobertura dos direitos econômicos, sociais e culturais em geral, e do direito à previdência social e à aposentadoria em particular, sobre o conjunto da população, tendo presentes os imperativos da equidade social, e não em função das circunstâncias de um grupo muito limitado de aposentados não necessariamente representativos da situação geral prevalecente.
- 148. É evidente que isto é o que ocorre no presente caso e por isso a Corte considera procedente rejeitar o pedido de pronunciamento sobre o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais no Peru, no âmbito deste caso.

158. U.N. Doc. E/1991/23, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, Observação Geral nº 3: A natureza das obrigações dos Estados Partes (parágrafo 1 do artigo 2 do Pacto), adotada no Quinto Período de Sessões, 1990, ponto 9.



**X**  
**artigo 8**  
**(Garantias Judiciais)**

*Alegações dos representantes das supostas vítimas e seus familiares*

149. No escrito de petições, argumentos e provas os representantes das supostas vítimas e seus familiares alegaram que o Estado violou o artigo 8.1 da Convenção, o qual não foi incluído na demanda apresentada pela Comissão Interamericana. A este respeito, alegaram que:

- a) diante da violação de seus direitos, os cinco aposentados impetraram mandados de segurança perante os juízes civis de plantão, os quais eram os únicos competentes para conhecer deste tipo de demandas, de acordo com o estabelecido na Lei de Habeas Corpus e Amparo. Os referidos juízes conheceram das demandas interpostas e proferiram as respectivas sentenças. Entretanto, em 23 de abril de 1994 foi expedido o Decreto Legislativo nº 817, “Lei do regime previdenciário a cargo do Estado”, no qual se estabeleceu que a partir dessa data todos os processos sobre o regime de pensões dos servidores civis a serviço do Estado regulamentado pelo Decreto-Lei nº 20.530 -incluindo os que se encontravam em trâmite- seriam resolvidos exclusivamente pelas Varas Empresariais Transitórias de Direito Público;
- b) com a expedição do Decreto Legislativo nº 817, os juízes que vinham conhecendo dos processos de execução das sentenças emitidas pela Corte Suprema de Justiça do Peru em relação aos danos sofridos pelos cinco aposentados foram privados de competência, e essas causas foram transferidas às duas únicas Varas Empresariais Transitórias de Direito Público da cidade de Lima. Ambos os juízes se encontravam “sob responsabilidade de juízes provisórios [...] a respeito dos quais em sua oportunidade a própria Comissão Interamericana de Direitos Humanos afirmou serem funcionários questionados por suas decisões antijurídicas”;
- c) o Estado não podia designar o conhecimento das causas sobre o regime de pensões de servidores estatais a juízes provisórios. “Por meio da mudança de competência a favor deste tipo de juízes, controláveis pelo executivo (e, portanto, sem a independência exigida no artigo 8.1 da Convenção), buscava-se assegurar decisões que desestimulassem a proposição de mandados de segurança que se resolviam favoravelmente aos aposentados, como vinha sucedendo em alguns casos. Os juízes transitórios de direito público [...] mudaram a jurisprudência, e afirmaram que as ações de cumprimento não eram a via idônea para o pagamento de somas de dinheiro, pois as decisões tomadas neste tipo de processos não tinham efeitos condenatórios mas apenas declarativos e que a execução tinha de ser feita por outra via”. Estas decisões dos juízes transitórios desconhecera a natureza das ações de execução de serem recursos simples e rápidos para amparar os cidadãos em face de violações de direitos fundamentais, e com isso prejudicaram os cinco aposentados;
- d) com as referidas atuações, o Peru violou o direito dos cinco aposentados a que juízes naturais -juízes civis- determinassem seus direitos de maneira imparcial e independente, sem ingerências do Poder Executivo. “[P]ara que se entenda que um tribunal respeita a garantia do juiz natural, independente e imparcial, este tribunal deve não apenas ter sido estabelecido por uma lei, com anterioridade, mas, além disso, deve ter sido estabelecido de tal maneira que sua capacidade para conhecer do caso que se apresente se derive de que este caso seja um daqueles que de maneira geral e abstrata estão previstos pela lei a serem julgados por esse tribunal”;
- e) os cinco aposentados denunciaram penalmente os agentes estatais responsáveis pelo descumprimento das sentenças emitidas pela Corte Suprema de Justiça, com o objetivo de que fossem investigados e punidos pelo descumprimento. Entretanto, “os recursos penais foram ineficazes para reparar o direito dos aposentados a que se cumprissem as sentenças que os favoreciam, com o que se violou o direito à tutela judicial efetiva consagrada nos artigos 8.1 e 25 da Convenção”;
- f) no escrito de 22 de setembro de 2000, apresentado pelo senhor Javier Mujica no procedimento perante a Comissão, foi exposto na parte relativa à violação das garantias judiciais que a referida mudança de competência “constituiu uma grosseira violação do princípio do juiz natural e representou, ademais, uma forma encoberta de designar o caso a juízes que se sabia com antecedência, favoreceriam a posição da SBS”. Em 26 do mesmo mês e ano, a Comissão transmitiu

- ao Estado as partes pertinentes deste escrito, de maneira que este último teve a oportunidade de exercer seu direito de defesa em relação a essa alegada violação;
- g) os petionários estão facultados a estender o marco fático apresentado pela Comissão na demanda e incluir outros eventos que foram expostos durante o procedimento perante a Comissão mas que não foram incluídos na demanda;
  - h) de acordo com o novo Regulamento da Corte, as verdadeiras partes no processo contencioso são os indivíduos demandantes e o Estado e, apenas processualmente, a Comissão. Outrossim, as vítimas têm direito a participar de maneira autônoma no processo internacional, de maneira que podem incluir em sua demanda fatos que não foram incluídos na demanda da Comissão, "sempre que ao Estado tenha sido dada a oportunidade de controvertê-los, fato que pode ocorrer perante a Corte". Caso seja negada tal possibilidade às supostas vítimas se violaria o princípio de igualdade processual; e
  - i) nenhuma norma da Convenção estabelece que apenas a Comissão ou o Estado determinam o sustento fático sobre o qual deve versar o processo perante a Corte. Uma vez apresentada a demanda pela Comissão, as supostas vítimas e o Estado podem apresentar autonomamente as questões de fato e de direito que considerem necessárias para que a Corte tenha maior clareza para emitir a sentença.

#### *Alegações da Comissão*

150. Em relação à alegada violação do artigo 8.1 da Convenção, a Comissão assinalou que:

- a) ratifica que o objeto do presente caso é que a Corte determine se o Peru é responsável pela violação dos artigos 21, 25 e 26 da Convenção, em conexão com as obrigações gerais estabelecidas nos artigos 1.1 e 2 deste tratado, pelos fatos expostos na demanda apresentada pela Comissão. O petitório da demanda foi efetuado com base nos fatos estabelecidos no Relatório de Mérito emitido pela Comissão de acordo com o artigo 50 da Convenção. O processo perante a Corte deve circunscrever-se aos limites contidos no Relatório de Mérito e na demanda perante a Corte;
- b) nem na petição de 1º de fevereiro de 1998 nem em sua ampliação de 25 de maio daquele mesmo ano, os petionários alegaram a violação ao artigo 8 da Convenção, em relação a que o Peru teria mudado a designação de competência aos juízes empresariais transitórios de direito público, para conhecer dos processos relacionados ao regime de pensões dos servidores civis a serviço do Estado, regulamentado pelo Decreto-Lei nº 20.530. Em consequência, esta alegação não foi parte do procedimento perante a Comissão Interamericana, de modo que o Estado não apresentou argumentos a respeito nem a Comissão se pronunciou sobre este assunto;
- c) do artigo 61 da Convenção se deriva o princípio de que a Comissão ou os Estados partes, ao submeterem um caso perante a Corte, determinam o conteúdo jurídico do processo, isto é, os fatos que devem ser provados pelas partes e analisados pelo Tribunal, bem como os direitos que a Corte deve determinar se foram violados. "A Comissão ou eventualmente um Estado, são os que fixam o objeto do processo perante a Corte e os limites dentro dos quais o tribunal deve decidir";
- d) o pressuposto fático e jurídico que permite um exercício eficaz do direito de defesa do Estado, é que a demanda perante a Corte contenha substancialmente as mesmas conclusões jurídicas e fáticas do Relatório que emita a Comissão, de acordo com o artigo 50 da Convenção. "Caso se aceite que a jurisdição da Corte pode ir além dos fatos que foram objeto do procedimento perante a CIDH e dos artigos que a Comissão encontrou violados em seu relatório artigo 50 e em sua demanda, atentar-se-ia contra os termos de certeza jurídica, equidade processual e congruência";
- e) a prática da Corte tem consistido em indicar que o relatório da Comissão ou sua demanda são os limites das pretensões do caso. Tais limites ao âmbito de decisão do Tribunal "não foram alterados pelas recentes reformas regulamentares [que concedem] representação autônoma aos petionários". O Regulamento da Corte dispõe claramente que o processo se inicia por meio da interposição da demanda por parte da Comissão, a qual deve conter, *inter alia*, as pretensões, a exposição dos fatos, os fundamentos de direito e as conclusões pertinentes. Isso significa que na demanda apresentada pela Comissão são fixados os limites do objeto do processo;
- f) o Regulamento da Corte estabelece que na contestação à demanda o Estado deve indicar se aceita os fatos e as pretensões ou se os contradiz, e que a Corte poderá considerar como aceitos

aqueles fatos que não tenham sido expressamente negados e as pretensões que não tenham sido controvertidas. “O anterior é outro elemento que indica que são a demanda da CIDH e a contestação do Estado os escritos que determinam o objeto do processo contencioso perante a Corte”;

- g) com fundamento nas considerações anteriores, opina que os fatos que não foram alegados na petição original perante a Comissão não devem formar parte do objeto do processo perante a Corte salvo que, tendo sido alegados e provados com posterioridade, o Estado tenha tido a oportunidade de se defender e que, ademais, tais fatos tenham sido aceitos expressamente como relevantes para o processo por parte da Comissão;
- h) sem prejuízo do anteriormente exposto, a Comissão reconhece que, em virtude do princípio *iura novit curia*, a Corte possui a faculdade e inclusive o dever de aplicar as disposições jurídicas pertinentes em um caso, ainda quando as partes não as tenham invocado expressamente;
- i) em relação à alegação dos representantes das supostas vítimas e seus familiares a respeito de que os recursos penais que algumas das supostas vítimas interpuseram para tentar o cumprimento das sentenças da Corte Suprema de Justiça, foram ineficazes, razão pela qual se violou o direito à tutela judicial efetiva consagrada nos artigos 8.1 e 25 da Convenção, considera que “ainda que estas alegações tenham sido efetuadas pelos peticionários em sua petição original perante a CIDH, a Comissão não determinou a existência destas alegadas violações nem em seu Relatório de Mérito nem em sua demanda perante a Honorable Corte. Entretanto, trata-se de qualificações jurídicas adicionais com respeito aos mesmos fatos que, com base nas provas disponíveis, foram estabelecidos pela Comissão em seu Relatório de Mérito e na demanda[. ... A] Comissão considera que tais argumentos [...] podem ser conhecidos pela Honorable Corte em virtude do princípio *iura novit curia*”.

#### *Alegações do Estado*

151. Em relação ao artigo 8.1 da Convenção, o Estado argumentou que:

- a) não se violou o direito dos cinco aposentados de terem acesso a um juiz competente pelo fato de ter sido alterada a competência por razão da matéria dos juízes civis aos juízes de direito público, “já que a determinação da competência é faculdade do Estado para uma melhor distribuição da carga processual, devendo significar que em ambos os casos subsistiu o sistema de impugnações e que, ademais, os dois organismos pertencem ao Poder Judiciário e têm a mesma hierarquia normativa”. Além disso, não se demonstrou que tal mudança tenha provocado uma situação de vulnerabilidade ou prejuízo para as supostas vítimas. Este argumento não foi elaborado pelos cinco aposentados dentro da jurisdição interna, e tampouco forma parte do objeto da demanda apresentada pela Comissão; trata-se de “um argumento posterior à contestação da demanda por parte do Estado peruano e que, portanto, não pode ser objeto de debate neste caso”; e
- b) “os aposentados iniciaram diversas ações, entre elas penais, que foram rejeitadas, o que não faz mais do que demonstrar que não foram propostas oportunamente”.

#### *Considerações da Corte*

- 152. Com motivo desta controvérsia surgida entre a Comissão e os representantes das supostas vítimas e seus familiares, e por tratar-se do primeiro caso tramitado em sua totalidade com o Regulamento que entrou em vigência em 1º de junho de 2001, este Tribunal acredita ser conveniente esclarecer a questão relacionada com a possibilidade de que se aleguem outros fatos ou direitos que não estejam incluídos na demanda.
- 153. No que respeita aos fatos objeto do processo, este Tribunal considera que não é admissível alegar novos fatos distintos dos arguidos na demanda, sem prejuízo de expor aqueles que permitam explicar, esclarecer ou rejeitar os que foram mencionados na demanda, ou ainda, responder às pretensões do demandante.
- 154. Isso é distinto do caso dos fatos supervenientes. Estes se apresentam depois da apresentação de qualquer um dos seguintes escritos: demanda; petições, argumentos e provas, e contestação da demanda. Em tal hipótese, a informação poderá ser remetida ao Tribunal em qualquer estado do processo antes de proferir a sentença.
- 155. No que se refere à incorporação de outros direitos distintos aos já incluídos na demanda apresentada pela Comissão, a Corte considera que os peticionários podem invocar tais direitos. São eles os titulares de todos os direitos consagrados na Convenção Americana, e não admiti-lo seria uma restrição indevida à sua

condição de sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Entende-se que o anterior, relativo a outros direitos, se atém aos fatos já contidos na demanda.

156. O Tribunal tem a faculdade de analisar a violação ou não de artigos da Convenção não incluídos nos escritos de demanda; petições, argumentos e provas, e contestação da demanda, com base no princípio *iura novit curia*, solidamente respaldado na jurisprudência internacional, e “do qual se valeu reiteradamente a jurisprudência internacional [entendendo-o] no sentido de que o julgador possui a faculdade e inclusive o dever de aplicar as disposições jurídicas pertinentes em uma causa, ainda quando as partes não as invoquem expressamente”.<sup>159</sup>
157. Finalmente, a Corte considera que não corresponde emitir um pronunciamento sobre a alegada violação do artigo 8 da Convenção, devido a que não há suficientes elementos probatórios nos autos sobre este assunto.

## XI Descumprimento dos artigos 1.1 e 2 (Obrigação de Respeitar os Direitos e Dever de Adotar Disposições de Direito Interno)

### *Alegações da Comissão*

158. Quanto aos artigos 1.1 e 2 da Convenção, a Comissão argumentou que:

- a) as violações dos artigos 21, 25 e 26 da Convenção cometidas pelo Peru em detrimento dos cinco aposentados, implicam que este Estado não cumpriu o dever geral de respeitar os direitos e liberdades e de garantir seu livre e pleno exercício; e
- b) ao publicar e aplicar o artigo 5 do Decreto-Lei nº 25.792, o Estado violou os direitos consagrados nos artigos 21 e 26 da Convenção. O Estado não tomou as medidas adequadas de direito interno para fazer efetivos os direitos consagrados na Convenção, contravindo a obrigação geral estipulada no artigo 2 deste tratado.

### *Alegações dos representantes das supostas vítimas e seus familiares*

159. Quanto aos artigos 1.1 e 2 da Convenção, os representantes das supostas vítimas e seus familiares alegaram que:

- a) como consequência da violação dos direitos consagrados nos artigos 8.1, 21, 25 e 26 da Convenção, o Estado violou a obrigação de respeitar os direitos e liberdades reconhecidos na Convenção e o dever de garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa sujeita à sua jurisdição; e
- b) com a adoção do artigo 5º do Decreto-Lei nº 25.792 e enquanto esteve vigente, o Peru desconheceu o dever de adequar sua legislação interna à Convenção, de acordo com o estabelecido no artigo 2 da mesma.

### *Alegações do Estado*

160. O Estado não fez referência expressa ao alegado descumprimento dos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana.

### *Considerações da Corte*

161. O artigo 1.1 da Convenção estabelece que

[o]s Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de

159. Cf. *Caso Cantos*, nota 3 *supra*, par. 58; *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros*, nota 4 *supra*, par. 107; *Caso Durand e Ugarte*. Sentença de 16 de agosto de 2000. Série C Nº 68, par. 76; Tribunal Europeu de Direitos Humanos (T.E.D.H.), *Guerra e outros Vs. Itália*, Sentença de 19 de fevereiro de 1998, Reports 1998-I, p.13, par. 44; T.E.D.H., *Philis Vs. Grécia*, Sentença de 27 de agosto de 1991, Séries A No. 209, p. 19, par. 56; T.E.D.H., *Powell e Rayner Vs. Reino Unido*, Sentença de 21 de fevereiro de 1990, Séries A No. 172, p. 13, par. 29; e Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, Sentença de 19 de novembro de 1998 no Assunto C-252/96 P, pág.7, par. 23, onde se estabelece que “[o] princípio *iura novit curia* autoriza o Juiz civil a aplicar as normas jurídicas que considere convenientes, bem como a modificar o fundamento jurídico em que se baseiam as pretensões das partes, sem alterar, não obstante isso, a causa de pedir nem modificar a natureza do problema arguido.”

qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

162. Por sua vez, o artigo 2 da Convenção determina que

[s]e o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

163. A Corte estabeleceu que

[o] artigo 1.1 é fundamental para determinar se uma violação dos direitos humanos reconhecidos pela Convenção pode ser atribuída a um Estado Parte. Com efeito, este artigo põe a cargo dos Estados Partes os deveres fundamentais de respeito e de garantia, de tal modo que todo prejuízo aos direitos humanos reconhecidos na Convenção que possa ser atribuído, segundo as regras do Direito Internacional, à ação ou omissão de qualquer autoridade pública, constitui um fato imputável ao Estado que compromete sua responsabilidade nos termos previstos pela mesma Convenção.

Conforme o artigo 1.1, é ilícita toda forma de exercício do poder público que viole os direitos reconhecidos pela Convenção. Nesse sentido, em toda circunstância na qual um órgão ou funcionário do Estado ou de uma instituição de caráter público lese indevidamente um desses direitos, se está perante uma situação de inobservância do dever de respeito consagrado nesse artigo.

Essa conclusão é independente de que o órgão ou funcionário tenha atuado em contravenção de disposições do direito interno ou extrapolado os limites de sua própria competência, posto que é um princípio de Direito Internacional que o Estado responde pelos atos de seus agentes realizados ao amparo de seu caráter oficial e pelas omissões dos mesmos ainda quando atuem fora dos limites de sua competência ou em violação do direito interno.<sup>160</sup>

164. Em relação ao artigo 2 da Convenção, a Corte afirmou que:

No direito das gentes, uma regra consuetudinária prescreve que um Estado que ratificou um tratado de direitos humanos deve introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar o fiel cumprimento das obrigações assumidas. Esta regra é universalmente aceita, com respaldo jurisprudencial. A Convenção Americana estabelece a obrigação geral de cada Estado Parte de adequar seu direito interno às disposições desta Convenção para garantir os direitos nela consagrados. Este dever geral do Estado Parte implica que as medidas de direito interno têm de ser efetivas (princípio do *effet utile*). Isto significa que o Estado deve adotar todas as medidas para que o estabelecido na Convenção seja efetivamente cumprido em seu ordenamento jurídico interno, tal como requer o artigo 2 da Convenção. Estas medidas apenas são efetivas quando o Estado adapta sua atuação à normativa de proteção da Convenção.<sup>161</sup>

165. No mesmo sentido, o Tribunal manifestou que

[o] dever geral do artigo 2 da Convenção Americana implica a adoção de medidas em duas vertentes. Por uma parte, a supressão das normas e práticas de qualquer natureza que impliquem violação às garantias previstas na Convenção. Pela outra, a expedição de normas e o desenvolvimento de práticas dirigidas à efetiva observância destas garantias.<sup>162</sup>

166. A Corte nota que, como já afirmou na presente Sentença, o Estado violou os direitos humanos consagrados nos artigos 21 e 25 da Convenção, em detrimento dos senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra, e Reymert Bartra Vásquez, razão pela qual descumpriu o dever geral, estabelecido no artigo 1.1 da Convenção, de respeitar os direitos e liberdades consagrados na Convenção e de garantir seu livre e pleno exercício.

167. A Corte observa que o Estado, ao abster-se de adotar por um longo período de tempo o conjunto de medidas necessárias para dar pleno cumprimento às sentenças de seus órgãos judiciais e conseqüentemente fazer efetivos os direitos consagrados na Convenção Americana (artigos 21 e 25), descumpriu a obrigação estipulada no artigo 2 deste tratado.

168. Em razão das considerações anteriores, a Corte conclui que o Estado descumpriu as obrigações gerais dos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana.

160. Cf. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, nota 2 *supra*, par. 154; *Caso Baena Ricardo e outros*. Sentença de 2 de fevereiro de 2001. Série C Nº 72, par. 178; e *Caso Caballero Delgado e Santana*. Sentença de 8 de dezembro de 1995. Série C Nº 22, par. 56.

161. Cf. *Caso "A Última Tentação de Cristo" (Olmedo Bustos e outros)*. Sentença de 5 de fevereiro de 2001. Série C Nº 73, par. 87; *Caso Baena Ricardo e outros*, nota 160 *supra*, par. 179; *Caso Durand e Ugarte*, nota 159 *supra*, par. 136; e Cf. também "princípio *allant de soi*"; *Echange des populations grecques et turques, avis consultatif*, 1925, C.P.J.I., Série B, no. 10, p. 20.

162. Cf. *Caso Baena Ricardo e outros*, nota 160 *supra*, par. 180; *Caso Cantoral Benavides*. Sentença de 18 de agosto de 2000. Série C Nº 69, par. 178; e *Caso Castillo Petrucci e outros*. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C Nº 52, par. 207.

## XII

### Aplicação do artigo 63.1

#### *Alegações da Comissão*

169. A Comissão manifestou que corresponde aos representantes das supostas vítimas e seus familiares apresentar a “concretude de suas pretensões” em matéria de reparações e custas. A este respeito, solicitou à Corte que:

- a) disponha que se garanta às supostas vítimas e seus familiares o gozo de seus direitos violados, mediante o cumprimento das sentenças emitidas pela Corte Suprema de Justiça do Peru em 2 de maio, 28 de junho, 1º e 19 de setembro, e 10 de outubro, todas de 1994, e das proferidas pelo Tribunal Constitucional do Peru em 9 de julho de 1998, 3 de agosto de 2000 e 21 de dezembro de 2000. A este respeito, afirmou que “[o] cumprimento de tais sentenças implica que o [E]stado peruano pague aos senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández e Reymert Bartra Vásquez e aos familiares do senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra a diferença que foi deixada de pagar no valor de suas pensões desde novembro de 1992, acrescida dos respectivos juros, e que lhes pague igualmente suas pensões por um valor nivelado no futuro”;
- b) ordene ao Estado que compense os senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández e Reymert Bartra Vásquez e os familiares do senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra “por todo dano adicional que [...] demonstrem devidamente e que seja consequência das alegadas violações aos direitos humanos das vítimas, incluindo o dano moral pelo sofrimento gerado pela diminuição no valor de suas pensões e pelo descumprimento, por parte do Estado, das sentenças da Corte Suprema de Justiça do Peru e do Tribunal Constitucional”. Com respeito aos titulares das medidas de reparação, a Comissão afirmou que a parte lesada são os senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Reymert Bartra Vásquez e Maximiliano Gamarra Ferreyra, e que, como este último faleceu, “o pagamento de suas pensões assim como as indenizações que disponha a Honorável Corte devem ser pagas a suas herdeiras únicas e universais: sua cônjuge, senhora Sara Elena Castro Remy, e suas filhas, senhoritas Sara Esther Gamarra Castro e Patricia Elena Gamarra Castro”;
- c) com respeito a outras formas de reparação, ordene ao Estado que derogue e faça cessar, de maneira retroativa, os efeitos do artigo 5 do Decreto-Lei nº 25.792 de 23 de outubro de 1992, devido à sua incompatibilidade com a Convenção Americana. Além disso, solicitou ao Tribunal que ordene ao Peru que realize uma investigação completa, imparcial e efetiva dos fatos, com o objetivo de estabelecer responsabilidades pelo descumprimento das mencionadas sentenças proferidas pela Corte Suprema de Justiça e pelo Tribunal Constitucional, “e que pela via dos processos penais, administrativos e de outro caráter que tenham lugar, se apliquem aos responsáveis as punições pertinentes, adequadas à gravidade das violações mencionadas”; e
- d) ordene ao Estado que pague as custas originadas na tramitação dos processos judiciais no âmbito interno, bem como as originadas no âmbito internacional na tramitação do caso perante a Comissão e a Corte.

#### *Alegações dos representantes das supostas vítimas e seus familiares*

170. Os representantes das supostas vítimas e seus familiares realizaram as seguintes considerações relativas às reparações, custas e gastos:

- a) quanto aos beneficiários das reparações, indicaram que “tanto os cinco aposentados como seus familiares sofreram as consequências de não terem recebido, durante cerca de dez anos, os valores que lhes correspondiam a título da pensão nivelada a que têm direito”. Além dos cinco aposentados, os representantes das supostas vítimas e seus familiares indicaram o nome de seus familiares que consideram que também são beneficiários das reparações;
- b) o Estado deve restabelecer o direito dos cinco aposentados à pensão nivelada nos mesmos termos e condições em que foi estabelecida no momento de sua aposentadoria, mediante a expedição de resoluções administrativas da SBS, as quais devem ser publicadas no Diário Oficial El Peruano e em outro jornal de ampla circulação nacional;
- c) como segunda medida para alcançar o restabelecimento da situação anterior à violação, indicaram que o Estado deve pagar as diferenças entre os valores de aposentadoria recebidos pelos cinco

aposentados e os que lhes correspondia receber a cada mês se suas pensões não tivessem sido reduzidas arbitrariamente, acrescidos dos juros moratórios correspondentes. Acrescentaram que tais cálculos devem ser realizados com base nas “sommas pagas desde novembro de 1992, a título de salário, às pessoas que ocuparam os cargos ou que desempenhavam funções similares às das vítimas no momento de se aposentar”, e solicitaram que a Corte designasse o senhor Máximo Jesús Atauje Montes como encarregado de realizar tais cálculos;

- d) quanto à reparação do dano material, no escrito de petições, argumentos e provas solicitaram à Corte que para estabelecer a quantia exata da indenização por danos e prejuízos “tenha em conta, em sua oportunidade, a perícia contábil que, em seu momento, [a] Corte poderá ordenar”. Posteriormente, em seu escrito de alegações finais esclareceram que o parecer pericial apresentado na audiência pública “tem o objetivo de ilustrar a magnitude do dano patrimonial causado”, e não têm a pretensão de que a Corte ordene ao Estado o reembolso das quantias indicadas em tal perícia, mas que a tome como referência para fixar uma indenização a título de dano material;
- e) quanto à indenização a título de dano moral, solicitaram ao Tribunal que, “de acordo com os testemunhos de Carlos Torres e Guillermo Álvarez, determine, em equidade, o montante da reparação pelo sofrimento que padeceram os cinco aposentados e suas famílias”. A este respeito, indicaram que as supostas vítimas padeceram sofrimentos, angústias e preocupações derivadas da falta de meios econômicos para satisfazer suas necessidades e as de suas famílias, “como consequência da redução de suas pensões, há quase 10 anos, e a consequente denegação de justiça, durante oito anos, nos quais investiram, incansavelmente, energias e esforços a fim de conseguir o cumprimento das sentenças decididas a seu favor”;
- f) os cinco aposentados manifestaram sua vontade de entregar à Coordenadora Nacional de Direitos Humanos “qualquer soma” que a Corte ordene a seu favor, com o fim de que seja utilizada para a proteção de vítimas de violações do direito à previdência social e do descumprimento de sentenças por parte do Estado;
- g) quanto às medidas de satisfação e garantias de não repetição, solicitaram à Corte que ordene ao Estado que reconheça publicamente sua responsabilidade internacional “pela redução dos valores da pensão nivelada a que os cinco aposentados têm direito, pela falta de pagamento durante estes anos da diferença entre o valor devido e os valores realmente recebidos, bem como pela denegação de justiça”, e que peça desculpas públicas pela ocorrência de tais fatos. Assim mesmo, solicitaram que o Estado publique o reconhecimento de responsabilidade e o pedido de desculpas, em dois jornais de ampla circulação nacional;
- h) como medida de satisfação e garantia de não repetição, indicaram que o Estado deve realizar uma investigação imparcial e eficaz, através da qual sancione os funcionários da SBS e do MEF responsáveis pelo prolongado descumprimento das sentenças. Acrescentaram que os processos promovidos pelas supostas vítimas se encontram paralisados;
- i) como garantia de não repetição, solicitaram que a Corte “ordene ao Estado peruano conformar um Grupo de Estudo, do qual farão parte reconhecidos acadêmicos e especialistas internacionais vinculados ao tema, da [...] OIT, e do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”. O Grupo de Estudo deverá apresentar um relatório com recomendações sobre as modificações ou iniciativas legislativas necessárias para ajustar integralmente a legislação peruana em matéria de previdência social às obrigações internacionais do Peru;
- j) solicitaram à Corte que ordene ao Estado que institua um “Dia Nacional da Dignidade do Aposentado”. “[E]sta medida permitirá à sociedade peruana ter, ao menos uma vez por ano, a ocasião de refletir sobre a importância para uma sociedade, o fato de garantir o direito à pensão daqueles que com seu esforço e dedicação contribuíram a construir o Peru”; e
- k) a respeito do reembolso das custas e gastos, solicitaram que a Corte ordene ao Estado o reembolso dos gastos realizados pelos cinco aposentados no âmbito interno e perante a Comissão e a Corte, e o reembolso dos gastos assumidos pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares no processo perante a Comissão e a Corte. Quanto ao montante dos gastos e custas assumidos pelo CEJIL, indicaram que se remetiam ao parecer apresentado pelo perito Máximo Jesús Atauje Montes. Ademais, o CEDAL manifestou que o montante que fixe a Corte a este título será destinado à Coordenadora Nacional de Direitos Humanos.

171. No escrito de alegações finais, os representantes das supostas vítimas e seus familiares informaram que o Estado havia cumprido algumas medidas de reparação. Em relação a este último aspecto indicaram que:

- a) mediante a Lei nº 27.650 de 21 de janeiro de 2002 foi derogado o artigo 5 do Decreto-Lei nº 25.792;
- b) o Estado restabeleceu o direito dos cinco aposentados a uma pensão nivelada, através de resoluções administrativas expedidas pela SBS em 12 de março de 2002 que ordenaram o cumprimento das

resoluções de 1995 nas quais se dispôs que fosse dado cumprimento às sentenças das autoridades judiciais internas; e

- c) o Estado pagou aos cinco aposentados os montantes das pensões deixados de receber desde novembro de 1992. Entretanto, indicaram que não lhes pagou os juros sobre estes montantes e que a SBS condicionou os pagamentos realizados ao que decidisse a Corte Interamericana. Ademais, ressaltaram que, apesar de que os valores recebidos em março de 2002 constituem “quantias elevadas e impactantes”, “não se deve perder de vista que estas cifras correspondem a somas acumuladas durante 10 anos” e que “se explicam devido ao aumento exponencial das remunerações dos titulares dos cargos da SBS que servem de referência para o reajuste das pensões”.

#### *Alegações do Estado*

172. Quanto às reparações, custas e gastos, o Estado afirmou o seguinte:

- a) resulta “estranho” que as supostas vítimas “pretendam obter uma indenização não apenas para elas mas para seus dependentes maiores de idade”, os quais têm independência econômica;
- b) “[q]uanto à indenização que se reclama”, assinalou que “é improcedente porquanto, como se indicou, a situação dos autores não foi responsabilidade do Estado”;
- c) o Estado não tem que reconhecer publicamente responsabilidade alguma pelos fatos demandados nem solicitar desculpas, “já que, como indicou reiteradamente, não possui responsabilidade alguma pelos fatos nos quais não interveio”;
- d) quanto à investigação pelo “descumprimento” das resoluções judiciais, “o Estado peruano não foi objeto de nenhuma demanda judicial”;
- e) considera “improcedentes” os pedidos relativos à adequação da legislação interna em matéria de previdência social às obrigações internacionais do Peru “porque este é um tema de competência parlamentar”, e o estabelecimento de um dia denominado Dia da Dignidade Nacional do Aposentado “em razão de que não é um tema relacionado com a presente reclamação”; e
- f) quanto ao reembolso de custas e gastos, assinalou que “tal pedido não é procedente porquanto o Estado peruano não possui responsabilidade alguma pelos fatos que motivam a demanda”.

#### *Considerações da Corte*

173. De acordo com o exposto nos capítulos anteriores, a Corte decidiu que com ocasião dos fatos deste caso foram violados os artigos 21 e 25 da Convenção Americana, tudo isso em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma, em detrimento dos senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra, e Reymert Bartra Vásquez. Este Tribunal em sua jurisprudência constante estabeleceu que é um princípio de Direito Internacional que toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido um dano comporta o dever de repará-lo adequadamente.<sup>163</sup> A tais efeitos, a Corte se baseou no artigo 63.1 da Convenção Americana, segundo o qual,

[q]uando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

174. Tal como a Corte indicou, o artigo 63.1 da Convenção Americana contém uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre a responsabilidade dos Estados. De acordo com este princípio, ao ocorrer um fato ilícito imputável a um Estado, surge de imediato a responsabilidade deste pela violação da norma internacional em questão, com o conseqüente dever de reparação e de fazer cessar as conseqüências da mencionada violação.<sup>164</sup>

175. A Corte observa que, com posterioridade à apresentação da demanda, o Estado peruano tomou uma série de medidas dirigidas a dar cumprimento às pretensões da Comissão e dos representantes das vítimas e seus familiares, a saber:

163. Cf. *Caso Cantos*, nota 3 *supra*, par. 66; *Caso do Caracazo. Reparaciones*, nota 3 *supra*, par. 76; e *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones*, nota 4 *supra*, par. 60.

164. Cf. *Caso Cantos*, nota 3 *supra*, par. 67; *Caso do Caracazo. Reparaciones*, nota 3 *supra*, par. 76; e *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros*, nota 4 *supra*, par. 202.



- a) o restabelecimento do gozo ao direito a uma pensão nivelada com o salário do funcionário ativo da SBS que desempenhe o mesmo posto ou similar ao desempenhado por cada um dos aposentados no momento da aposentadoria;
- b) o cumprimento das sentenças proferidas pela Sala de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça e pelo Tribunal Constitucional, mediante o pagamento da parte das pensões mensais que deixaram de pagar às vítimas desde novembro de 1992 a fevereiro de 2002; e
- c) a derrogação do artigo 5 do Decreto-Lei nº 25.792.

176. A Corte valora esta atitude do Estado peruano, por constituir uma contribuição positiva para a solução da presente controvérsia.
177. Quanto à pretensão de que fosse derogada e que se fizesse cessar “de maneira retroativa” os efeitos do artigo 5 do Decreto-Lei nº 25.792, a Corte considera que esta pretensão já não forma parte da controvérsia no presente caso, posto que este decreto já foi derogado e, ademais, foram devolvidos os montantes das pensões deixados de receber por parte das vítimas, nos termos que vinham recebendo com anterioridade a que fossem realizadas as reduções arbitrárias.
178. Em relação às consequências patrimoniais que pudesse ter a violação ao direito à propriedade privada, este Tribunal considera que as mesmas deverão ser estabelecidas, nos termos da legislação interna, pelos órgãos nacionais competentes.
179. A pretensão de que se leve a cabo uma investigação de maneira imparcial e efetiva sobre o prolongado descumprimento das sentenças judiciais é procedente, de maneira que a Corte ordena que o Estado realize as investigações correspondentes e aplique as sanções pertinentes aos responsáveis pelo desacato das sentenças judiciais.
180. Em relação às demais pretensões,<sup>165</sup> a Corte considera que a presente Sentença constitui *per se* uma forma de reparação para os cinco aposentados.<sup>166</sup> Entretanto, o Tribunal considera que os fatos ocorridos no presente caso causaram sofrimentos aos aposentados, devido a que sua qualidade de vida foi prejudicada ao terem suas pensões reduzidas substancialmente, de maneira arbitrária, e a que tenham sido descumpridas as sentenças judiciais emitidas a seu favor. Por estas razões, a Corte considera que o dano imaterial ocasionado deve, além disso, ser reparado, por via substitutiva, mediante uma indenização compensatória, conforme a equidade.<sup>167</sup> Em consequência, a Corte considera que o Estado deve pagar a cada um dos cinco aposentados, a título de reparação do dano imaterial e no prazo de um ano, a quantia de US\$ 3.000,00 (três mil dólares dos Estados Unidos da América). A quantia correspondente ao senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra deverá ser paga à sua viúva, senhora Sara Elena Castro Remy.

\*\*\*

181. Quanto ao reembolso das custas e gastos, corresponde a este Tribunal apreciar prudentemente seu alcance, que compreende os gastos gerados pelas ações interpostas pelos cinco aposentados perante as autoridades da jurisdição interna, bem como os gerados no curso do processo perante o Sistema Interamericano. Esta apreciação pode ser realizada com base no princípio de equidade.<sup>168</sup>
182. Para tanto, a Corte considera que é equitativo ordenar o pagamento da quantia total de US\$ 13.000,00 (treze mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de gastos e a quantia total de US\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) a título de custas, nos quais incorreram os cinco aposentados e seus representantes nos processos internos e no processo internacional perante o Sistema Interamericano de Proteção. Para o cumprimento do anterior, o Estado deverá realizar o respectivo pagamento em um prazo de seis meses, contado a partir da notificação desta Sentença. O pagamento correspondente

165. As demais pretensões da Comissão e dos representantes das vítimas e seus familiares são: o pagamento dos juros correspondentes aos montantes das pensões deixadas de receber desde novembro de 1992; uma indenização pelo dano material; o reconhecimento público de responsabilidade internacional e o pedido público de desculpas, bem como a publicação de ambos em dois jornais de ampla circulação nacional; a conformação de um “Grupo de Estudo” sobre a adequação da legislação interna em matéria de previdência social às obrigações internacionais do Peru, e o estabelecimento de um “Dia Nacional da Dignidade do Aposentado”.

166. Cf. *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones*, nota 4 *supra*, par. 83; *Caso “A Última Tentação de Cristo” (Olmedo Bustos e outros)*, nota 161 *supra*, par. 99; e *Caso do Tribunal Constitucional*, nota 151 *supra*, par. 122.

167. Cf. *Caso do Caracazo. Reparaciones*, nota 3 *supra*, par. 94; *Caso Bámaca Velásquez. Reparaciones* (art. 63.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C Nº 91, par. 60; e *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones*, nota 4 *supra*, par. 83.

168. Cf. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros*, nota 4 *supra*, par. 218; *Caso Cesti Hurtado. Reparaciones* (art. 63.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 31 de maio de 2001. Série C Nº 78, par. 72; e *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros). Reparaciones* (art. 63.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 26 de maio de 2001. Série C Nº 77, par. 109.

aos gastos deverá ser distribuído da seguinte maneira: a) a quantia de US\$ 3.000,00 (três mil dólares dos Estados Unidos da América) a cada um dos senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, e Guillermo Álvarez Hernández, e b) a quantia de US\$ 2.000,00 (dois mil dólares dos Estados Unidos da América) ao senhor Reymert Bartra Vásquez e a quantia de US\$ 2.000,00 (dois mil dólares dos Estados Unidos da América) à senhora Sara Elena Castro Remy, viúva do senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra. No que respeita ao pagamento das custas, este deverá ser distribuído da seguinte maneira: a) a quantia de US\$ 3.000,00 (três mil dólares dos Estados Unidos da América) ao CEDAL, e b) a quantia de US\$ 500,00 (quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) ao CEJIL.

\*\*\*

183. O Estado pode cumprir suas obrigações mediante o pagamento em dólares dos Estados Unidos da América ou em uma quantia equivalente em moeda peruana, utilizando para o cálculo respectivo o tipo de câmbio entre ambas as moedas que esteja vigente na praça de Nova York, Estados Unidos da América, no dia anterior ao pagamento.
184. Os pagamentos da indenização a título de dano imaterial e o das custas e gastos estabelecidos na presente Sentença, não poderão ser objeto de imposto ou taxa atualmente existente ou que possa ser decretada no futuro. O Estado deverá cumprir as medidas de reparação ordenadas dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença. Ademais, em caso de que o Estado incorra em mora, deverá pagar juros sobre a quantia devida, o qual corresponderá ao juro bancário moratório no Peru.
185. Em relação à frase das resoluções da SBS que afirmam “o direito da SBS a recuperar, de acordo com a decisão que venha a emitir a Corte Interamericana de Direitos Humanos, o valor que possa resultar excessivo”, este Tribunal considera que esta ressalva das resoluções da SBS não possui nenhum efeito (par. 119 *supra*).
186. Conforme a sua prática constante, a Corte se reserva a faculdade de supervisionar o cumprimento integral da presente Sentença. O caso se dará por concluído uma vez que o Estado tenha dado cabal aplicação ao disposto nela. Dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado deverá apresentar à Corte um relatório sobre as medidas tomadas para dar cumprimento a esta Sentença.

### XIII Pontos Resolutivos

187. Portanto,

#### **A CORTE,**

por unanimidade,

1. declara que o Estado violou o direito à propriedade privada, consagrado no artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento dos senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra, e Reymert Bartra Vásquez, de acordo com o exposto nos parágrafos 93 a 121 da presente Sentença.
2. declara que o Estado violou o direito à proteção judicial, consagrado no artigo 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento dos senhores Carlos Torres Benvenuto, Javier Mujica Ruiz-Huidobro, Guillermo Álvarez Hernández, Maximiliano Gamarra Ferreyra, e Reymert Bartra Vásquez, de acordo com o exposto nos parágrafos 125 a 141 da presente Sentença.
3. declara que o Estado descumpriu as obrigações gerais dos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em conexão com as violações dos direitos substantivos indicadas nos pontos resolutivos anteriores, de acordo com o exposto nos parágrafos 161 a 168 da presente Sentença.
4. declara que a presente Sentença constitui *per se* uma forma de reparação para as vítimas, de acordo com o exposto no parágrafo 180 da presente Sentença.
5. decide que as consequências patrimoniais que a violação ao direito à propriedade privada possa ter ocasionado, deverão ser estabelecidas, nos termos da legislação interna, pelos órgãos nacionais competentes.

6. decide que o Estado deve realizar as investigações correspondentes e aplicar as sanções pertinentes aos responsáveis pelo desacato das sentenças judiciais proferidas pelos tribunais peruanos no cumprimento das ações de garantia interpostas pelas vítimas.
7. decide, por equidade, que o Estado deve pagar, às quatro vítimas e à viúva do senhor Maximiliano Gamarra Ferreyra, de acordo com o indicado no parágrafo 180 da presente Sentença, a quantia de US\$ 3.000,00 (três mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de dano imaterial. O Estado deverá proceder a cumprir o estabelecido no presente ponto resolutivo em um prazo máximo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença.
8. decide que o Estado deverá pagar a quantia total de US\$ 13.000,00 (treze mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de gastos e a quantia total de US\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) a título de custas, de acordo com o exposto no parágrafo 182 da presente Sentença.
9. declara que os pagamentos da indenização a título de dano imaterial e o das custas e gastos estabelecidos na presente Sentença, não poderão ser objeto de imposto ou taxas atualmente existentes ou que possam ser decretadas no futuro.
10. declara que o Estado deverá cumprir a presente Sentença dentro do prazo de um ano contado a partir de sua notificação.
11. declara que, caso o Estado incorra em mora, deverá pagar juros sobre a quantia devida, que corresponderá ao juro bancário moratório no Peru.
12. decide que supervisionará o cumprimento desta Sentença e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cabal aplicação ao nela disposto. Dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado deverá apresentar à Corte um relatório sobre as medidas tomadas para dar cumprimento a esta Sentença, de acordo com o exposto no parágrafo 186 da mesma.

O Juiz Cañado Trindade deu a conhecer à Corte seu Voto Concordante, o Juiz García Ramírez também deu a conhecer à Corte seu Voto Concordante Fundamentado, e o Juiz de Roux Rengifo deu a conhecer à Corte seu Voto Fundamentado, todos os quais acompanham esta Sentença.

Antônio A. Cañado Trindade  
Presidente

Sergio García Ramírez  
Oliver Jackman  
Carlos Vicente de Roux Rengifo

Hernán Salgado Pesantes  
Alirio Abreu Burelli  
Javier Mario de Belaunde López de Romaña

Manuel E. Ventura Robles  
Secretário

Comunique-se e execute-se,

Manuel E. Ventura Robles  
Secretário

Antônio A. Cañado Trindade  
Presidente

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

1. Voto a favor da adoção da presente Sentença sobre o mérito e as reparações no caso dos *Cinco Aposentados versus Peru*, na qual a Corte Interamericana de Direitos Humanos, primeiramente, afirma o caráter de direito adquirido do direito à pensão, incluído no direito à propriedade privada de acordo com o artigo 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e vinculado à perene, inescapável e irredutível função social do Estado. E, em seguida, a Corte sustenta que o imediato cumprimento das sentenças judiciais—que não pode ficar à mercê da discricionariedade da Administração—é um componente essencial do direito à proteção judicial consagrado no artigo 25 da Convenção Americana.
2. Da presente Sentença da Corte decorre o amplo alcance do direito de acesso à justiça, nos planos tanto nacional como internacional. Tal direito não se reduz ao acesso formal, *stricto sensu*, à instância judicial; o direito de acesso à justiça, que se encontra implícito em diversas disposições da Convenção Americana (e de outros tratados de direitos humanos) e que permeia o direito interno dos Estados Partes, significa, *lato sensu*, o direito a obter justiça. Dotado de conteúdo jurídico próprio, configura-se como um direito autônomo à prestação jurisdicional, ou seja, à própria *realização* da justiça.
3. Como revelam as circunstâncias do presente caso dos *Cinco Aposentados versus Peru*, as obrigações de proteção judicial por parte do Estado não se cumprem somente com a emissão de sentenças judiciais, mas com o efetivo cumprimento das mesmas (de acordo com o disposto no artigo 25(2)(c) da Convenção Americana). Do ponto de vista dos indivíduos, pode-se aqui visualizar um verdadeiro *direito ao Direito*, ou seja, o direito a um ordenamento jurídico—nos planos tanto nacional como internacional—que efetivamente salvaguarde os direitos inerentes à pessoa humana<sup>1</sup> (entre os quais se encontra o direito à pensão como direito adquirido).<sup>2</sup>
4. Meu propósito no presente Voto Concordante é sublinhar a importância, para a operação, em particular, do mecanismo de proteção da Convenção Americana, do decidido pela Corte na presente Sentença em relação especificamente aos distintos papéis dos indivíduos petionários e da Comissão Interamericana de Direitos Humanos no procedimento perante a Corte. A questão tem incidência direta no tratamento do direito de acesso à justiça, em seu sentido amplo ao qual acabo de me referir, e no âmbito da aplicação da Convenção Americana.
5. Na realidade, como indica a presente Sentença no caso dos *Cinco Aposentados versus Peru*, este é o primeiro caso contencioso inteiramente tramitado sob o novo Regulamento da Corte, adotado em 24 de novembro de 2000, e em vigência a partir de 1º de junho de 2001 (par. 152). Ao adotar este histórico Regulamento, que outorgou *locus standi in judicio* aos petionários em todas as etapas do procedimento perante a Corte, esta última teve presentes os imperativos e necessidades concomitantes de realização da justiça, e de preservação da igualdade e segurança jurídico-processuais no procedimento sob a Convenção Americana.
6. Quanto aos papéis distintos dos indivíduos petionários e da Comissão Interamericana no procedimento perante a Corte, esta última teve presentes os enfoques tanto da *tese de direito processual*, com ênfase na faculdade privativa dos Estados Partes e da Comissão de submeter um caso à Corte (artigo 61(1) da Convenção Americana), e a *tese de direito substantivo*, com ênfase na condição dos indivíduos de *titulares* dos direitos consagrados na Convenção. Da tensão inescapável entre as duas teses (que correspondem a duas correntes do pensamento jurídico), resultou o entendimento de que a nova faculdade dos petionários de apresentar *de forma autônoma* suas alegações perante a Corte devia limitar-se aos elementos fáticos e jurídicos contidos na demanda apresentada pela Comissão.<sup>3</sup>
7. No ano e meio de vigência do novo Regulamento da Corte, os petionários reiteradamente se referiram a direitos, diferentes dos contidos na demanda apresentada pela Comissão, que também consideravam terem sido violados, não apenas no presente caso dos *Cinco Aposentados versus Peru*, mas também em outras ocasiões recentes,<sup>4</sup> em casos contenciosos que em sua oportunidade serão resolvidos pela Corte nas respectivas Sentenças. No presente caso, a controvérsia surgida entre os representantes das supostas vítimas e seus familiares, por um lado, e a Comissão Interamericana, de outro lado (pars. 149-150), requereu da Corte um pronunciamento sobre este ponto específico.
8. A Comissão se opôs a que os representantes das supostas vítimas e seus familiares acrescentassem,—em seu

1. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 523-524.

2. Que se incorporou ao patrimônio pessoal, como uma contra-prestação do poder público pelos anos de trabalho e contribuição social prestados pelo indivíduo, e que não pode ser afetado por alterações legislativas (ou de outro caráter) subsequentes, com consequências confiscatórias.

3. Cf. *Relatório...*, op. cit. infra n. (7), pp. 28-30.

4. Casos *Mirna Mack Chang versus Guatemala*, *Maritza Urrutia versus Guatemala*, *Centro de Reeducação do Menor versus Paraguai*, *Ricardo Canese versus Paraguai*, *Juan Sánchez versus Honduras*, e *Gómez Paquiyauri versus Peru*.

escrito de petições, argumentos e provas,—novos elementos fáticos e jurídicos (direitos adicionais) aos já contidos na demanda interposta pela Comissão perante a Corte. Esta controvérsia, de certo modo, leva a Corte, na presente Sentença no caso dos *Cinco Aposentados versus Peru*, a esclarecer, e situar na adequada perspectiva, os papéis fundamentalmente distintos dos peticionários e da Comissão no procedimento perante o Tribunal.

9. Instada a pronunciar-se a respeito, a Corte teve presente a experiência—de um ano e meio até a presente data—que começa a se acumular sobre a matéria em questão, sob seu novo Regulamento, assim como,—uma vez mais, como sempre,—os imperativos concomitantes de realização da justiça, e de preservação da igualdade e segurança jurídico-processuais no procedimento previsto na Convenção. Quanto aos elementos fáticos da demanda apresentada pela Comissão (o objeto do processo), a Corte acolheu o argumento da Comissão,—com exceção, naturalmente, dos fatos supervenientes,—nos seguintes termos (pars. 153-154):

“No que respeita aos fatos objeto do processo, este Tribunal considera que não é admissível alegar novos fatos distintos dos arguidos na demanda, sem prejuízo de expor aqueles que permitam explicar, esclarecer ou rejeitar os que foram mencionados na demanda, ou ainda, responder às pretensões do demandante.

Isso é distinto do caso dos fatos supervenientes. Estes se apresentam depois da apresentação de qualquer um dos seguintes escritos: demanda; petições, argumentos e provas, e contestação da demanda. Em tal hipótese, a informação poderá ser remetida ao Tribunal em qualquer estado do processo antes de proferir a sentença”.

10. Quanto aos elementos propriamente jurídicos da demanda, a Corte decidiu na presente Sentença, de forma distinta, nos seguintes termos (par. 155):

“No que se refere à incorporação de outros direitos distintos aos já incluídos na demanda apresentada pela Comissão, a Corte considera que os peticionários podem invocar tais direitos. São eles os titulares de todos os direitos consagrados na Convenção Americana, e não admiti-lo seria uma restrição indevida à sua condição de sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Entende-se que o anterior, relativo a outros direitos, se atém aos fatos já contidos na demanda”.

11. Desse modo, e com toda a prudência, a Corte deu um passo à frente neste tema, na direção reivindicada pelos indivíduos peticionários. O fez sem prejuízo do direito de defesa do Estado demandado e sem prejudicar o relevante papel da Comissão no curso do procedimento contencioso. Com efeito, em toda circunstância está preservado o direito de defesa do Estado, porquanto este conta com um prazo de dois meses para contestar a demanda submetida à Corte pela Comissão, bem como com um prazo prudencial para apresentar suas observações ao escrito de petições, argumentos e provas dos representantes das supostas vítimas e seus familiares. Em algumas ocasiões o prazo para apresentar a contestação da demanda e as observações ao escrito dos representantes das supostas vítimas e seus familiares foi o mesmo, de modo que podem ser apresentadas em um mesmo escrito as duas linhas de argumentos.
12. No presente caso dos *Cinco Aposentados versus Peru*, o Estado teve a oportunidade, e efetivamente tomou a iniciativa, de apresentar vários escritos.<sup>5</sup> Por conseguinte, preservou-se plenamente o princípio do contraditório. O importante, neste particular, é que o Estado demandado sempre tem a ocasião de exercer amplamente seu direito de defesa. Além disso, em todo caso, tal como esclareceu a Corte na presente Sentença, qualquer direito adicionado pelos peticionários aos constantes na demanda interposta pela Comissão deve se limitar aos fatos já contidos nesta demanda (par. 155).
13. Encontra-se igualmente preservado o papel da Comissão, como guardiã da Convenção, que auxilia a Corte no contencioso sob a Convenção como defensora do interesse público. No presente caso, a discrepância entre a Comissão e os peticionários não teve maiores consequências práticas, pois a Corte não encontrou nos autos elementos probatórios que lhe permitissem pronunciar-se sobre uma eventual violação adicional da Convenção (par. 157). Ademais, em virtude de um princípio de direito processual, amplamente respaldado na jurisprudência

5. Assim, o Estado demandado apresentou, no presente caso, os seguintes escritos sobre o mérito do assunto: escrito de 15.03.2002, de contestação da demanda; escrito de 22.04.2002, de observações ao escrito de petições, argumentos e provas dos representantes das supostas vítimas e seus familiares; escrito de 22.05.2002, mediante o qual se referiu à informação da Comissão relativa ao cumprimento das sentenças proferidas pela Corte Suprema de Justiça e pelo Tribunal Constitucional do Peru e a derrogação do artigo 5 do Decreto-Lei n. 25.792; escrito de 02.09.2002, mediante o qual se referiu à alegação de falta de esgotamento dos recursos de direito interno exposto na contestação da demanda; escrito de 2.09.2002, mediante o qual expôs suas considerações sobre a proposta de solução amistosa apresentada pelos representantes das supostas vítimas e seus familiares perante a Secretaria Executiva da Comissão Nacional de Direitos Humanos do Ministério de Justiça do Peru e sobre o *amicus curiae* apresentado pela Defensoria do Povo durante a tramitação do caso perante a Comissão; escrito de 29.10.2002, mediante o qual remeteu suas alegações finais escritas; escrito de 29.10.2002, mediante o qual apresentou um documento intitulado “Explicação dos Regimes Trabalhistas e Previdenciários que se aplicam na República do Peru e Análise Específica da Situação de Cada um dos Aposentados”; e escrito de 7.11.2002, mediante o qual fez referência à perícia apresentada perante a Corte pelo senhor Máximo Jesús Atauje Montes. Além destes escritos, o Estado peruano apresentou outros escritos de mero trâmite, bem como de prova.

internacional, a Corte tem o *poder inerente* de examinar, *sponte sua*, qualquer violação adicional da Convenção, ainda que não alegada na demanda apresentada pela Comissão (*jura novit curia*),—como indicado na presente Sentença (par. 156) e como admitido expressa e acertadamente pela própria Comissão (par. 150(h)).

14. O princípio *jura novit curia* (que foi estudado no âmbito dos mais distintos ramos do Direito, inclusive o Direito Internacional) inspira o exercício da função judicial, e dá expressão ao entendimento de que o Direito está por cima do alegado pelas partes, devendo a autoridade jurisdicional captá-lo e aplicá-lo ao caso concreto, para o que se encontra inteiramente livre. A autoridade jurisdicional não está, pois, limitada pelo que alegam as partes, e tampouco há lugar para o *non liquet*. Autoridade jurisdicional deve dizer qual é o Direito (*jurisdictio, jus dicere*) e dar-lhe aplicação, e para isto—em cumprimento de seu dever—tem plena liberdade.
15. Em realidade, a consideração do princípio de direito processual *jura novit curia* vem a acentuar o tratamento diferenciado dispensado aos elementos fáticos e jurídicos, que orientou o critério adotado pela Corte Interamericana, na presente Sentença, sobre a questão sob análise. Em virtude daquele princípio *jura novit curia*, a autoridade jurisdicional, ainda que adscrita em sua decisão aos fatos e às provas submetidos no juízo, tem, por outro lado, quanto ao direito, a faculdade e o dever de ir além das alegações das partes. Encontra-se, assim, facultada a qualificar autonomamente a situação fática em questão, e a buscar as disposições pertinentes na ordem jurídica aplicável, ainda que não tenham sido invocadas pelas partes; ou seja, a ela lhe está facultada a livre busca da normativa jurídica a aplicar.
16. De todo modo, é importante o passo à frente dado pela Corte na presente Sentença, inclinando-se, quanto à posição dos indivíduos petionários, a favor da *tese de direito substantivo*. A Corte sustenta corretamente que a consideração que deve prevalecer é a da *titularidade*, dos indivíduos, de todos os direitos protegidos pela Convenção, como verdadeira parte substantiva demandante, e como sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos. A Corte se moveu conscientemente na direção correta, no exercício de uma faculdade que lhe é inerente, e tomando tanto a Convenção Americana como sua *interna corporis* como instrumentos vivos, que requerem uma interpretação *evolutiva* (como indicado em sua *jurisprudencia constante*),<sup>6</sup> para atender às necessidades em constante mudança de proteção do ser humano.
17. Este é um significativo passo à frente dado pela Corte, desde a adoção de seu atual Regulamento. Igualmente de acordo com a *mens legis* do Regulamento vigente, no sentido de dar a maior participação possível, de forma autônoma, às supostas vítimas, e seus representantes legais devidamente credenciados, no procedimento perante a Corte, encontra-se a Resolução geral sobre medidas provisórias de proteção, emitida pela Corte em 29 de agosto de 2001. Mediante tal Resolução, a Corte, em sua sabedoria, decidiu que “receberá e conhecerá de forma autônoma os pedidos, argumentos e provas dos beneficiários das medidas provisórias adotadas por esta nos casos em que se apresente a demanda perante esta, sem que por isso fique exonerada a Comissão, no âmbito de suas obrigações convencionais, de informar à Corte, quando esta o solicite” (ponto resolutivo nº 1).
18. Sendo assim, se as supostas vítimas e seus representantes legais podem apresentar diretamente à Corte um pedido de medidas provisórias de proteção em casos que se encontram em conhecimento do Tribunal, com ainda maior força se pode sustentar que eles podem, no procedimento de casos contenciosos perante a Corte, referir-se à suposta violação de direitos adicionais aos que já se encontram alegados na demanda interposta pela Comissão. Aqui, uma vez mais, os petionários marcam presença como titulares dos direitos consagrados na Convenção Americana.
19. Sempre subsistirá uma diferença de enfoque entre os partidários desta tese—entre os quais me situo<sup>7</sup>—e os adeptos da *tese de direito processual*. Penso, contudo, que, a partir do momento em que se afirma, de modo inequívoco, a subjetividade jurídico-internacional da pessoa humana, há de se assumir as consequências jurídicas que advém disso. São os próprios petionários quem, melhor do que ninguém, podem avaliar quais direitos foram presumivelmente violados. Pretender limitá-los nesta faculdade iria contra o direito de acesso à justiça de acordo com a Convenção Americana.

6. Cf., neste sentido, os *obiter dicta in*: Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), Parecer Consultivo OC-10/89, sobre a *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no Marco do Artigo 64 da Convenção Americana sobre Derechos Humanos*, de 14.07.1989, pars. 37-38; CtIADH, Parecer Consultivo OC-16/99, sobre o *Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*, de 1.10.1999, pars. 114-115, e Voto Concordante do Juiz A.A. Cançado Trindade, pars. 9-11; CtIADH, caso das “*Crianças de Rua*” (*Villagrán Morales e Outros versus Guatemala*), Sentença (sobre o mérito) de 19.11.1999, pars. 193-194; CtIADH, caso *Cantoral Benavides versus Peru*, Sentença (sobre o mérito) de 18.08.2000, pars. 99 e 102-103; CtIADH, caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala*, Sentença (sobre o mérito) de 25.11.2000, Voto Fundamentado do Juiz A.A. Cançado Trindade, pars. 34-38; CtIADH, caso da *Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni versus Nicaragua*, Sentença (sobre o mérito e reparações) de 31.08.2001, pars. 148-149; CtIADH, caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala*, Sentença (sobre reparações) de 22.02.2002, Voto Fundamentado do Juiz A.A. Cançado Trindade, par. 3.

7. Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección* (Relator: A.A. Cançado Trindade), San José de Costa Rica, CtIDH, 2001, pp. 1-64, esp. pp. 59, 23, 33, 40-44, 50-55 e 64; A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo Del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidade de Deusto, 2001, pp. 9-104.

20. O critério adotado a este respeito pela Corte na presente Sentença, que servirá de guia para seu procedimento de agora em diante, contribui, assim, para o aperfeiçoamento do devido processo legal no plano internacional, sob a Convenção Americana. Nem sempre a petição originalmente apresentada pelos peticionários perante a Comissão (artigo 44 da Convenção) é necessariamente a mesma que a demanda posteriormente interposta pela Comissão perante a Corte (artigo 61(1) da Convenção). Quando se exige dos Estados, de acordo com a Convenção (artigo 25), o respeito ao direito de acesso à justiça, com a preservação da faculdade dos indivíduos demandantes de justificar suas ações legais perante os tribunais nacionais, como pretender negar-lhes esta mesma faculdade em suas alegações perante um tribunal internacional como a Corte Interamericana?
21. O critério adotado pela Corte na presente Sentença no caso dos *Cinco Aposentados versus Peru* corretamente considera que não se pode restringir o direito dos peticionários de acesso à justiça no plano internacional, que encontra expressão em sua faculdade de indicar os direitos que consideram violados. O respeito ao exercício de tal direito é exigido dos Estados Partes pela Convenção, no plano de seus respectivos ordenamentos jurídicos internos,<sup>8</sup> e não faria sentido se fosse negado no procedimento internacional sob a própria Convenção. O novo critério da Corte confirma claramente o entendimento segundo o qual o processo não é um fim em si mesmo, mas um meio de realização do direito e, em última instância, da justiça.
22. Se é certo que apenas os Estados Partes e a Comissão podem submeter um caso à Corte (artigo 61(1) da Convenção), também é que, ao dispor sobre reparações, e referir-se à “parte lesada” (“*the injured party / la parte lesionada / la partie lésée*” – artigo 63(1)), a Convenção se dirige às vítimas, e não à Comissão. O artificialismo da fórmula do artigo 61(1) da Convenção, –que, ao ser adotada em 1969 deu expressão a um dogma do passado, –não resiste à esmagadora realidade de que os peticionários são a verdadeira parte substantiva demandante perante a Corte, como sujeitos do Direito Internacional dos Direitos Humanos e, em meu entender, também do Direito Internacional geral.<sup>9</sup>
23. Se, como já se indicou, perante os tribunais nacionais se assegura a faculdade dos indivíduos demandantes de justificarem suas próprias alegações de violações de seus direitos, como justificar a denegação ou restrição desta faculdade dos indivíduos peticionários perante os tribunais internacionais de direitos humanos? Trascorridos 34 anos desde a adoção da Convenção Americana, finalmente a realidade dos fatos está levando à superação da insustentável *capitis diminutio* dos indivíduos, titulares de direitos, no procedimento sob a Convenção (artigo 61(1)), –sem prejuízo da segurança jurídica e da preservação do papel, distinto do dos peticionários, da Comissão. A afirmação da personalidade e da capacidade jurídicas internacionais do ser humano atende a uma verdadeira *necessidade* do ordenamento jurídico internacional contemporâneo.
24. Com efeito, a afirmação destas personalidade e capacidade jurídicas constitui o legado verdadeiramente revolucionário da evolução da doutrina jurídica internacional na segunda metade do século XX. Chegou o momento de superar as limitações clássicas da *legitimatío ad causam* no Direito Internacional, que tanto frearam seu desenvolvimento progressivo para a construção de um novo *jus gentium*. Um papel importante está aqui sendo exercido pelo impacto da consagração dos direitos humanos no ordenamento jurídico internacional, no sentido de humanizar este último: tais direitos foram proclamados como *inerentes* a todo ser humano, independentemente de quaisquer circunstâncias.<sup>10</sup> O indivíduo é sujeito *jure suo* do Direito Internacional, e ao reconhecimento dos direitos que lhe são inerentes corresponde inescapavelmente a capacidade processual de reivindicá-los, tanto nos planos nacional como internacional.

Antônio Augusto Cançado Trindade  
Juiz

Manuel E. Ventura Robles  
Secretário

8. A Convenção Americana impõe não apenas o acesso propriamente à justiça no plano do direito interno (artigo 25), mas a realização mesma da justiça material. Para isto, a Convenção determina a observância das garantias jurídico-processuais (artigo 8), entendidas estas *lato sensu*, incluindo o conjunto de requisitos processuais que devem ser observados para que todos os indivíduos possam se defender adequadamente de qualquer ato emanado do poder estatal que possa afetar seus direitos. Cf., neste sentido (amplo alcance do devido processo): CtIADH, caso do *Tribunal Constitucional versus Peru*, Sentença (sobre o mérito) de 31.01.2001, par. 69; CtIADH, caso *Ivcher Bronstein versus Peru*, Sentença (sobre o mérito) do 6.02.2001, par. 102; CtIADH, caso *Baena Ricardo e Outros versus Panamá*, Sentença (sobre o mérito) do 2.02.2001, par. 125. Neste último caso, a Corte Interamericana advertiu acertadamente que “em qualquer matéria, inclusive na trabalhista e na administrativa, a discricionariedade da administração tem limites intransponíveis, sendo um deles o respeito dos direitos humanos. (...) a administração (...) não pode invocar a ordem pública para reduzir discricionariamente as garantias dos administrados” (*ibid.*, par. 126).

9. A.A. Cançado Trindade, “*La Personalidad y Capacidad Jurídicas del Individuo como Sujeto del Derecho Internacional*”, in *Jornadas de Derecho Internacional* (Cidade do México, dezembro de 2001), Washington D.C., Subsecretaria de Assuntos Jurídicos da OEA, 2002, pp. 311-347.

10. CtIADH, Parecer Consultivo OC-17/02, sobre a *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, de 28.08.2002, ponto resolutivo nº 1, e Voto Concordante do Juiz A.A. Cançado Trindade, pars. 1-71.

## VOTO CONCORDANTE FUNDAMENTADO DO JUIZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ

Coincido com meus colegas na emissão da Sentença correspondente ao *Caso Cinco Aposentados vs. Peru*, sem prejuízo de expor as razões que tomei em conta para emitir meu voto concordante em relação a diversos pontos analisados nessa decisão.

### 1. Fatos arguidos fora da demanda

A tendência que se observa claramente nos sucessivos Regulamentos da Corte —sobretudo no vigente, do ano 2000— tem levado ao estabelecimento de crescentes direitos processuais da suposta vítima. Assim, reivindica-se no processo a dignidade e a atividade do indivíduo afetado pela violação da norma. Com isso se marca, em meu conceito, a melhor opção para o presente e o melhor caminho para o futuro do Sistema Interamericano, ainda que se encontre distante o ponto de chegada.

Este reconhecimento de direitos processuais tem um limite, naturalmente: as normas da Convenção Americana e outros tratados que a Corte pode aplicar. Neste marco se moveu o Tribunal ao regulamentar o atual desempenho processual da suposta vítima, que é, sem dúvida, titular de bens jurídicos lesados e dos correspondentes direitos violados. Esta titularidade converte à vítima em sujeito da relação material controvertida; aquela é, em consequência, parte em sentido material. A Comissão, por outro lado, é apenas parte em sentido formal, conforme a conhecida caracterização carnelutiana: se lhe atribui a titularidade da ação processual para reclamar em juízo o pronunciamento da jurisdição internacional.

Por hora, a Convenção deposita esta última faculdade, que legitima o acesso direto à Corte, tanto na Comissão como nos Estados que reconheceram a competência contenciosa da Corte, mas não havia conferido —neste momento da evolução do sistema— aos indivíduos afetados pela violação de seus direitos. Sugeriu-se em algumas oportunidades, de *lege ferenda*, a possibilidade de reconhecer esta legitimação aos particulares, como ocorre já no sistema europeu. Obviamente, este reconhecimento dependerá dos progressos e das capacidades do Sistema Interamericano, que se está desenvolvendo em passos firmes.

A ação processual se manifesta no ato jurídico da demanda, com a qual se promove a atuação jurisdicional. Aquela reveste importância crucial para definir o tema do processo. Na demanda, que apenas a Comissão Interamericana pode apresentar —ou um Estado, como disse antes—, se reúnem os fatos examinados na etapa prévia perante a Comissão Interamericana, e nela mesma se define a matéria do processo que começa. A sentença deverá analisar e resolver sobre estes fatos, de forma congruente e integral. De tal maneira, a defesa do Estado diante das pretensões que propõe a Comissão —e que se fazem valer por meio da ação processual— se concentra nos fatos aduzidos na demanda (sem prejuízo do suposto excepcional dos fatos supervenientes) por quem se encontra legitimado a formulá-los. Em suma, compete unicamente à Comissão, em seu desempenho como demandante, alegar os fatos que constituirão o conteúdo fático do processo e da sentença.

A título de Tribunal de conhecimento e sentença, a Corte Interamericana tem a faculdade de aplicar o direito aos fatos controvertidos, precisando suas consequências jurídicas de maneira a chegar à responsabilidade internacional do Estado. Para tal fim, a Corte escuta as alegações que se façam perante si, mas não está limitada às mesmas. A Comissão pode e deve, em cumprimento de um dever funcional, expor seu ponto de vista sobre a caracterização jurídica dos fatos violatórios. No entanto, se não o fizer ou este não for persuasivo para a Corte, esta poderá e deverá suprir àquela com seu próprio critério.

Por outro lado, nada impede que a suposta vítima ou seus representantes chamem a atenção do tribunal sobre a aplicação do direito aos fatos controvertidos no processo, ainda quando o parecer que expressem neste caso seja diferente do sustentado pela Comissão Interamericana. Não poderiam, por outro lado —como já indiquei—, trazer ao processo fatos diferentes dos contidos na demanda. Finalmente, será a Corte quem decide o pertinente, considerando a apresentação dos fatos e os fundamentos jurídicos da Comissão, arguidos com a legitimação que a Convenção reconhece ao demandante, e tomando em conta, além disso, os pontos de vista que sobre este último extremo possam proporcionar-lhe a suposta vítima ou seus representantes no exercício das faculdades processuais que lhes correspondem.

### 2. Violação do direito à propriedade

A Corte considerou, com o voto unânime de seus integrantes, que neste caso houve violação ao direito de propriedade dos aposentados. No entanto, é preciso observar que o direito reclamado pelos queixosos foi



amparado por resoluções do Poder Judiciário do Peru, cumpridas com posterioridade à apresentação da demanda, e portanto, depois de que se definiu a matéria do processo que culminaria na presente Sentença da Corte Interamericana. Isto explica que no processo fosse tomada em conta uma violação que cessaria posteriormente.

Ao definir a existência de uma violação, é preciso considerar a conduta do Estado em seu conjunto. Se um de seus órgãos enfrenta e remedia adequada e oportunamente a violação cometida por outro, não surgirá a responsabilidade internacional do Estado. É precisamente por isso que o acesso ao Sistema Interamericano se encontra condicionado ao prévio esgotamento dos recursos internos. Espera-se que estes resolvam o litígio, remediando a violação cometida, se for o caso. Apenas quando isso não ocorra, ficará aberta a opção pela via internacional. Disso decorre a importância da jurisdição interna, que tem caráter prioritário com respeito à internacional. Esta apenas atua de maneira subsidiária.

No caso a que se refere esta sentença, os tribunais peruanos emitiram as pertinentes resoluções de garantia para assegurar os direitos dos queixosos até que ocorresse um pronunciamento de mérito. E mais, a administração se absteve de dar cumprimento às resoluções judiciais. Esta situação de descumprimento se prolongou durante um tempo sob qualquer critério excessivo. Em meu conceito, a violação ao artigo 21 da Convenção se encontra estreitamente associada, no presente caso, à violação do artigo 25 deste tratado. Da prolongada e injustificada inobservância das resoluções jurisdicionais internas deriva, pois, a violação do direito de propriedade, que não teria existido se essas resoluções tivessem sido acatadas pela administração, de forma pronta e completa.

### **3. Progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais**

Este tema é novo, ainda, para a jurisdição interamericana. Em diversos casos, a Corte examinou direitos civis que tratam de questões econômicas, sociais e culturais, mas ainda não teve a oportunidade de entrar de cheio nesta última matéria, por si mesma, e tampouco pôde pronunciar-se sobre o sentido que possui a denominada progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais contemplada no artigo 26 da Convenção e referida no Protocolo de San Salvador.

Cabe supor que a Corte poderá examinar esta relevante matéria no futuro. Haverá ocasião, pois, de sublinhar novamente a hierarquia destes direitos, que não possuem menor categoria que os civis e políticos. A rigor, ambas as categorias se complementam mutuamente e constituem, em seu conjunto, o “estatuto básico” do ser humano na hora atual. O Estado, comprometido a observar sem condição nem demora os direitos civis e políticos, deve aplicar o maior esforço à pronta e completa efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, dispondo para tanto dos recursos a seu alcance e evitando retrocessos que prejudicariam esse “estatuto básico”.

Este caso não permitiu avançar em tema tão relevante, pelas razões mencionadas ao final do capítulo IX da Sentença. Entretanto, nesta figuram algumas considerações, formuladas brevemente, que convém destacar. Uma delas é a manifestação explícita feita pela Corte de que “os direitos econômicos, sociais e culturais têm uma dimensão tanto individual como coletiva”. Entendo que essa dimensão individual se traduz em uma titularidade também individual: de interesse jurídico e de um direito correspondente, que pudessem ser compartilhadas, certamente, com outros membros de uma população ou de um de seus setores.

A meu juízo, o tema não se resume à mera existência de um dever sob responsabilidade do Estado, que deverá orientar suas tarefas no sentido que essa obrigação estabelece, tendo os indivíduos como simples testemunhas à expectativa de que o Estado cumpra o dever atribuído pela Convenção. Esta constitui uma normativa sobre direitos humanos, precisamente, não apenas sobre obrigações gerais dos Estados. A existência de uma dimensão individual dos direitos sustenta a denominada “justiciabilidade” daqueles, que avançou no plano nacional e tem um amplo horizonte no plano internacional.

Por outro lado, a Corte deixou afirmado na sentença a que corresponde este voto que a progressividade dos direitos de referência —um tema amplamente debatido— se deve medir “em função da crescente cobertura dos direitos econômicos, sociais e culturais em geral, e do direito à previdência social e à pensão, em particular, sobre o conjunto da população, tendo presentes os imperativos da equidade social”. Com base nessa ponderação o Tribunal apreciará o cumprimento do dever estatal e a existência do direito individual, e poderá resolver o litígio específico que tenha à vista. Ao considerar que o presente caso

não sustentaria adequadamente uma ponderação deste caráter, levando em conta suas peculiaridades, o tribunal manifestou, porém, o vínculo entre o movimento progressivo dos direitos mencionados, por um lado, e sua projeção "sobre o conjunto da população" e, por outro, o ingrediente de "equidade social" que deve caracterizar essa progressividade.

Tomando em consideração os limites que a própria Corte deu ao seu pronunciamento em função das características do caso *sub judice* não considero procedente ir mais longe neste voto concordante. O tema sugere, como é evidente, muitas considerações adicionais que o desenvolvimento da jurisprudência interamericana trará consigo sobre uma das questões mais atuais e transcendentais no sistema dos direitos humanos em nossa região.

5 de março de 2003

Manuel E. Ventura Robles  
Secretário

Sergio García Ramírez  
Juiz

### VOTO FUNDAMENTADO DO JUIZ DE ROUX RENGIFO

A determinação de se os fatos deste caso violaram ou não o direito à propriedade consagrado no artigo 21 da Convenção Americana, oferecia certas dificuldades particulares. As supostas vítimas tinham, sem dúvida, um direito adquirido a uma pensão, e esse direito, considerado em abstrato, formava parte de seu patrimônio. Não obstante isso, a concretização desse direito em pagamentos mensais de uma quantia específica, devia surgir de uma ponderação das normas constitucionais e legais internas, que permitisse esclarecer perguntas como as seguintes:

De que maneira e até que ponto era relevante, para efeitos de aposentadoria, a existência de dois regimes, o de atividade pública e o de atividade privada?

Era possível nivelar a pensão de pessoas submetidas ao regime de atividade pública, como as supostas vítimas, com a remuneração recebida por pessoas em atividade submetida ao regime de atividade privada?

Como se devia proceder no caso de que todas as pessoas em atividade vinculadas à entidade pública em questão estivessem já submetidas ao regime de atividade privada?

Era possível, neste último evento, realizar a nivelção das pensões com a remuneração recebida por pessoas em atividade submetidas ao regime de atividade pública, mas vinculadas a entidades distintas daquela na qual as supostas vítimas prestaram seus serviços?

O fato de que durante vários anos o Estado pagou as pensões mensais das supostas vítimas mediante o artifício de nivelá-las com a remuneração do pessoal submetido ao regime de atividade privada, conduziu a que se configurasse a favor das mesmas o direito a que sua pensão continuasse sendo objeto desse tipo específico de nivelção?

A Corte atuou, como era preciso que o fizesse, ao abster-se de penetrar nessas questões substanciais -em um ou dois parágrafos considerativos existem afirmações que parecem orientadas a resolvê-las em um determinado sentido, mas em termos gerais o Tribunal se manteve afastado delas-.

É evidente que as controvérsias produzidas pelas questões enunciadas ou que cheguem a produzir-se, apenas podem ser resolvidas pelos tribunais internos. À Corte Interamericana tão apenas compete observar que os respectivos processos tramitem com respeito ao direito de acesso à justiça e, se for o caso, do direito a um recurso efetivo de proteção.

Com esta referência ao recurso efetivo entramos na parte mais sólida do terreno em que se assenta a Sentença. Está devidamente provado que no caso sob exame as vítimas interpuseram ações de garantia para evitar que as pensões fossem reduzidas, que essas ações deram lugar a sentenças que ordenavam continuar o pagamento das pensões mensais tal e como se vinha fazendo antes da correspondente redução (em outras palavras, ordenavam manter o *status quo*), e que essas sentenças foram desacatadas pelo Estado. Isto configurou uma violação evidente do citado artigo 25 da Convenção e assim a Corte declarou.

O Estado argumentou que as sentenças mencionadas continham uma ordem dirigida a uma entidade pública -a Superintendência de Bancos e Seguros- distinta daquela a quem correspondia fazer os pagamentos, de acordo com as normas legais então vigentes -o Ministério de Economia e Finanças-. E alegou que a última destas entidades não foi vinculada aos processos nos quais se produziram os respectivos pronunciamentos judiciais.

Gostaria de propor algumas das razões pelas quais, em meu modo de ver, a Corte acertou ao rejeitar estes argumentos (trata-se de razões em parte adicionais, em parte diferentes, às aduzidas pelo Tribunal em suas considerações):

- O artigo 25 da Convenção Americana se refere a um recurso “simple e rápido” e, em qualquer caso, a um “recurso efetivo” que ampare às pessoas contra as violações dos direitos fundamentais reconhecidos pelas normas internas ou pela própria Convenção.
- A atuação judicial correspondente não deve estar sujeita a formalismos ou ritualismos impróprios de um recurso dirigido a salvaguardar, com rapidez, os direitos fundamentais das pessoas.
- Nada impede que a ordem jurídica interna adote previsões sobre a devida integração do contraditório no respectivo trâmite, mas essas previsões não podem desconhecer a particular natureza do recurso em questão.

- Como dispuseram as legislações ou estabeleceu a jurisprudência de alguns países, o juiz do recurso deve abster-se de proferir uma decisão inibitória quando não se tenha formado o litisconsórcio, e deve proceder de ofício a realizar gestões para integrar o contraditório.
- Ao avaliar a alegação de que o demandante interpôs o recurso contra uma entidade que não correspondia, deve-se ter em conta se aquele procedeu ou não de maneira razoável ao indicar a entidade demandada (a este respeito deve-se recordar que as vítimas deste caso apresentaram suas demandas de mandado de segurança contra a Superintendência de Bancos e Seguros antes de que o Decreto-Lei 25.792 transferisse ao Ministério de Economia e Finanças a obrigação de continuar pagando as respectivas pensões).
- Dado o caráter rápido do recurso, é necessário ter em conta, além disso, se a entidade estatal que não foi formalmente convocada ao processo, tomou conhecimento do mesmo, por qualquer via, ou nele interveio de qualquer maneira e pôde, em consequência, apresentar-se em juízo para fazer valer sua defesa (há provas, no caso, de que o Ministério de Economia e Finanças esteve a par dos mandados de segurança e de seu cumprimento).
- Tratando-se de ações de garantia há de se ter presente o fato de que existem, em relação à matéria submetida ao exame judicial, estreitas relações funcionais e operativas entre a entidade demanda e aquela que deve concorrer a integrar o contraditório.
- O demandante nas ações de garantia não deve ser responsável, em matéria de recomposição do contraditório, pelas reestruturações internas do Estado e da redistribuição das competências e responsabilidades entre os entes que o conformam.

Considero, também, um acerto, que a Corte tenha vinculado a violação do direito à propriedade (artigo 21) com a do direito a um recurso efetivo (artigo 25). Dado que o Tribunal se absteve de resolver as questões propostas no começo deste escrito, carecia, em princípio, de base, para declarar que os cinco aposentados haviam sofrido uma perda patrimonial. Entretanto, as sentenças de garantia lhes proporcionaram reconhecimentos que têm, sem dúvida, alcance patrimonial. Ao desacatá-las, o Estado violou o direito de propriedade dos aposentados.

A Corte -uma vez mais, com razão- é amiga da linguagem sóbria e precisa. Não lhe aprecia, em consequência, recorrer a expressões que façam ênfase conceitual, sobretudo se possuem amparo filosófico. Isso é bom, quase sempre. Às vezes, porém, sente-se falta desta ênfase. Creio que isso acontece no presente caso.

A meu modo de ver, a Corte deveria ter deixado claro, nos correspondentes parágrafos de consideração, que considerava violado o direito à propriedade dos aposentados, concebido nos termos das sentenças de garantia, ou -e esta é outra maneira de dizê-lo- *tanto e quanto* esse direito havia resultado violado pelo desacato às mencionadas sentenças. Ao prescindir do uso de expressões como as expostas, a Sentença à que se refere este Voto Fundamentado pode dar a entender que a Corte considerou violado o artigo 21 da Convenção sem conexão com uma violação do artigo 25, o que não corresponde ao caso.

\*\*\*

Compartilho a decisão da Corte de abster-se de declarar violado o artigo 26 da Convenção Americana, mas as razões que me levam a isso são distintas às propostas nos parágrafos considerativos da Sentença.

No presente caso e por motivos já expostos, a Corte não se pronunciou sobre o mérito da questão de quais eram, dentro do marco do ordenamento jurídico interno, os direitos dos cinco aposentados, nem entrou a determinar se a redução da pensão correspondeu a uma interpretação válida do verdadeiro alcance das disposições legais preexistentes, ou a uma modificação (mais exatamente, a uma redução) dos padrões normativos de reconhecimento e pagamento do direito à pensão. Nessas circunstâncias, a Corte carecia de uma base sólida para declarar violado o artigo 26 e isso é o que deveria ter sido argumentado para atuar em consequência.

O Tribunal fundamenta de uma maneira diferente. Afirma que o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais se deve medir em função da crescente cobertura dos mesmos sobre o conjunto da população, e não em função das circunstâncias de um grupo muito limitado de aposentados, não necessariamente representativos da situação geral prevalecente.

A referência ao fato de que as cinco vítimas deste caso não são representativas do panorama que conformam os aposentados do Peru é pertinente -não são nem por seu número, nem pelo valor das pensões que receberam.

Entretanto, o fundamento segundo o qual apenas seria procedente submeter ao *test* do artigo 26 as atuações dos Estados que afetam o conjunto da população, não parece ter base na Convenção, entre outras razões porque a Corte Interamericana não pode exercer -à diferença do que ocorre com a Comissão- um trabalho de monitoramento geral sobre a situação dos direitos humanos, sejam os civis e políticos, ou os econômicos, sociais e culturais. O Tribunal apenas pode atuar em casos de violação de direitos humanos de pessoas determinadas, sem que a Convenção exija que estas tenham de alcançar determinado número.

Carlos Vicente de Roux Rengifo  
Juiz

Manuel E. Ventura Robles  
Secretário

**CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**  
**CASO DAS CRIANÇAS YEAN E BOSICO VS. REPÚBLICA DOMINICANA**  
**SENTENÇA DE 8 DE SETEMBRO DE 2005**

No caso das Crianças Yean e Bosico,

a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Corte Interamericana”, “a Corte” ou “o Tribunal”), integrada pelos seguintes juízes:

Sergio García Ramírez, Presidente;  
Alirio Abreu Burelli, Vice-Presidente;  
Oliver Jackman, Juiz;  
Antônio A. Cançado Trindade, Juiz, e  
Manuel E. Ventura Robles, Juiz;

presentes, ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e  
Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta,

em conformidade com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “a Convenção Americana” ou “a Convenção”) e com os artigos 29, 31, 37.6, 56 e 58 do Regulamento da Corte (doravante denominado “o Regulamento”), profere a presente Sentença.

**I**  
**Introdução da Causa**

1. Em 11 de julho de 2003, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Comissão Interamericana” ou “a Comissão”) submeteu à Corte uma demanda contra a República Dominicana (doravante denominada “a República Dominicana” ou “o Estado”), a qual se originou da denúncia nº 12.189, recebida na Secretaria da Comissão em 28 de outubro de 1998.
2. A Comissão apresentou a demanda com base no artigo 61 da Convenção Americana, com a finalidade de que a Corte declarasse a responsabilidade internacional da República Dominicana pela suposta violação aos artigos 3º (Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica), 8º (Garantias Judiciais), 19 (Direitos da Criança), 20 (Direito à Nacionalidade), 24 (Igualdade perante a Lei) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana, em conexão com os artigos 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) e 2º (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno) do mesmo instrumento convencional, em detrimento das crianças Dilcia Oliven Yean e Violeta Bosico Cofi<sup>1</sup> (doravante denominadas “as crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico”, “as crianças Yean e Bosico”, “as crianças Dilcia e Violeta”, “as crianças” ou “as supostas vítimas”), em relação aos fatos ocorridos e aos direitos violados desde 25 de março de 1999, data na qual a República Dominicana reconheceu a competência contenciosa da Corte.
3. A Comissão argumentou em sua demanda que o Estado, por meio de suas autoridades do Registro Civil, negou às crianças Yean e Bosico a emissão de suas certidões de nascimento, apesar de terem nascido no território do Estado e de que a Constituição da República Dominicana (doravante denominada “a Constituição”) estabelece o princípio do *ius soli* para determinar quem é cidadão dominicano. A Comissão afirmou que o Estado obrigou as supostas vítimas a permanecerem em uma situação de contínua ilegalidade e vulnerabilidade social, violações que adquirem uma dimensão mais grave quando se trata de menores, pois a República Dominicana negou às crianças Yean e Bosico seu direito à nacionalidade dominicana e as manteve como apátridas até 25 de setembro de 2001. Segundo a Comissão, a criança Violeta Bosico se viu impossibilitada de frequentar a escola por um ano devido à falta de documentos de identidade. A inexistência de um mecanismo ou procedimento

---

1. Em 25 de março de 1999, data na qual o Estado reconheceu a competência contenciosa da Corte, Dilcia Yean tinha 2 anos de idade, e Violeta Bosico tinha 14 anos de idade.

para que um indivíduo apele de uma decisão do Registro Civil perante o Juiz de Primeira Instância, bem como as ações discriminatórias dos funcionários do Registro Civil, que não permitiram às supostas vítimas obterem suas certidões de nascimento, são igualmente alegadas pela Comissão como violações a determinados direitos consagrados na Convenção. Além disso, a Comissão solicitou à Corte que ordenasse ao Estado que conceda uma reparação que represente uma plena satisfação pelas supostas violações de direitos ocorridas em detrimento das crianças. Ademais, pediu que o Estado adote as medidas legislativas ou de outro caráter necessárias para garantir o respeito aos direitos consagrados na Convenção e estabeleça diretrizes que contenham requisitos razoáveis para o registro tardio de nascimento e não imponham requisitos excessivos nem discriminatórios, com o objetivo de facilitar os registros das crianças dominicanas-haitianas. Finalmente, a Comissão requereu à Corte que ordenasse ao Estado o pagamento das custas e gastos razoáveis resultantes da tramitação do caso na jurisdição interna e perante os órgãos do sistema interamericano.

## II Competência

4. A Corte é competente, nos termos dos artigos 62 e 63.1 da Convenção, para conhecer das exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas no presente caso, porque a República Dominicana é Estado Parte na Convenção Americana desde 19 de abril de 1978 e reconheceu a competência contenciosa da Corte em 25 de março de 1999 (pars. 100 a 108 e 132 infra).

## III Procedimento perante a Comissão

5. Em 28 de outubro de 1998, as crianças Yean e Bosico, por meio do senhor Genaro Rincón Miesse<sup>2</sup> e da senhora Solain Pierre,<sup>3</sup> coordenadora geral do Movimiento de Mujeres Dominicano-Haitianas (doravante denominado “MUDHA”), apresentaram uma denúncia perante a Comissão Interamericana baseada na “negação às [crianças Yean e Bosico] de suas certidões de nascimento que lhes permit[iriam] ter uma nacionalidade e um nome; [e que] restringe [...] o direito à educação, já que, na República [Dominicana], sem a certidão de nascimento é impossível frequentar a escola, entre outras coisas”.
6. Em 27 de abril de 1999, a Comissão recebeu uma denúncia enviada em inglês e um pedido de medidas cautelares, apresentados pelo senhor Genaro Rincón Miesse, representante do MUDHA, pela senhora María Claudia Pulido, representante do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (doravante denominado “CEJIL”), e pelas senhoras Laurel Fletcher e Roxana Altholz, representantes da International Human Rights Law Clinic, School of Law (Boalt Hall), University of California, Berkeley (doravante “Clínica de Direito Internacional dos Direitos Humanos”), como representantes das peticionárias. Em 11 de junho de 1999, foi recebida a versão final em espanhol da denúncia apresentada perante a Comissão Interamericana, na qual os representantes das peticionárias alegaram a violação aos artigos 3º, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 e 24 da Convenção Americana, bem como dos artigos VI, VII, VIII, XII, XVII, XIX, XX e XXIII da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem (doravante denominada “a Declaração Americana”), em função de que “negar-se a registrar as [crianças com] base [em] seu estado legal e na origem de seus pais, constitui[u] uma violação a [seus] direitos [...] e exp[ôs] as [crianças] a perigos imediatos e de longo prazo em termos de segurança pessoal e bem estar”.
7. Em 7 de julho de 1999, a Comissão abriu o caso, transmitiu ao Estado as partes pertinentes da denúncia, solicitou informação a respeito dos fatos e, de acordo com o Regulamento da Comissão vigente naquele momento, pediu que o Estado fornecesse “qualquer elemento de juízo que permit[isse] [...] apreciar se [...]ha[viam] sido esgotados ou não os recursos da jurisdição interna no caso”.
8. Em 27 de agosto de 1999, a Comissão solicitou à República Dominicana a adoção de medidas cautelares em favor das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, com a finalidade de “conceder imediatamente às [crianças] as

2. Este Tribunal nota que em seu passaporte o senhor Genaro aparece com os sobrenomes “Rincón Miesse”; entretanto, em diversos documentos apresentados pelas partes, este senhor aparece com os sobrenomes “Rincón Martínez”, de modo que se considera que se trata da mesma pessoa. Para efeitos da presente Sentença se usará o nome “Genaro Rincón Miesse”, como consta em seu passaporte.

3. Este Tribunal observa que na certidão de nascimento a senhora Solain aparece com o sobrenome “Pie”; entretanto, em diversos documentos apresentados pelas partes, esta senhora aparece com o sobrenome “Pierre”, de modo que se considera que se trata da mesma pessoa. Para efeitos da presente Sentença se usará o nome “Solain Pierre”, como esta senhora o utiliza ou é conhecida.

- garantias necessárias dirigidas a evitar que pud[essem] ser expulsas do território dominicano e que Violeta Bosica (sic) pud[esse] continuar frequentando normalmente a escola e recebendo a educação que se oferece às demais crianças de nacionalidade dominicana”.
9. Em 30 de agosto de 1999, o Estado solicitou informação à Comissão Interamericana sobre “as razões que [a] levaram a [...] solicitar medidas cautelares nesta oportunidade e não em uma data anterior ou posterior”, bem como sobre a ocorrência de novos fatos que justificassem este pedido. Em 2 de setembro de 1999, a Comissão informou ao Estado que a solicitação de medidas cautelares se referia a uma situação que “reun[ia] os requisitos de urgência e veracidade, e à necessidade de evitar que ocorressem danos irreparáveis às pessoas”.
  10. Em 30 de setembro de 1999, depois da concessão de uma prorrogação de prazo, o Estado informou à Comissão que “a Junta Central Eleitoral, organismo [...] do qual dependem o Registro Civil e os Oficiais do Estado Civil, fez] constar que não ha[via] sido habilitada a tratar do caso em questão, de maneira que [...] ainda não ha[viam] sido esgotados os recursos de jurisdição interna no caso”, e anexou cópias de um ofício, emitido em 27 de setembro de 1999, pelo Presidente da Junta Central Eleitoral, dirigido ao Embaixador Encarregado da Divisão de Estudos Internacionais, a respeito de uma comunicação emitida em 20 de setembro de 1999 pela senhora Thelma Bienvenida Reyes, Oficial do Estado Civil, dirigida ao Encarregado de Inspeção da Junta Central Eleitoral, e também uma lista elaborada pela Junta Central Eleitoral, na qual se indicam 11 requisitos para o registro tardio de nascimento.
  11. No mesmo dia 30 de setembro de 1999, o Estado informou, a respeito da adoção de medidas cautelares, que “não exist[ia] nenhuma possibilidade de que a República Dominicana repatri[asse] um cidadão haitiano que esteja sob alguma condição de legalidade no país, como são: a residência legal, os refugiados, a permissão de trabalho, [e] o visto vigente no país[,] ou sob alguma das condições de tolerância a imigrantes ilegais que [se] estabeleceram[, tais como] cidadãos com um longo período de estadia ou com vínculos familiares com nacionais dominicanos”, e que “a Direção Geral de Migração reiterou aos departamentos correspondentes as disposições que havia estabelecido nos processos de repatriação, enfatizando [...] que não procedessem a repatriar as [crianças Yean e Bosico] até que seja concluído o processo de verificação da autenticidade de seus argumentos”.
  12. Em 5 de outubro de 1999, a Comissão Interamericana realizou uma audiência sobre as medidas cautelares adotadas no caso, na qual os representantes das petionárias alegaram que “as ações do [Estado] ha[viam] deixado as crianças Dilcia e Violeta sem nacionalidade e as ha[viam] exposto ao perigo de uma expulsão imediata e arbitrária de seu país natal”. O Estado afirmou que “nunca violou a lei nem negou o registro de nascimento[, mas que] não havia sido cumprido o procedimento estabelecido [na lei]” e acrescentou que “tinha dúvidas sobre o esgotamento dos recursos internos”.
  13. Em 1º de novembro de 1999, a Comissão informou que “se colocava à disposição das partes interessadas com o objetivo de alcançar uma solução amistosa no caso”.
  14. Em 1º de dezembro de 1999, o Estado comunicou à Comissão sua disposição de aceitar o mecanismo de solução amistosa e fez constar que “ainda não ha[viam] sido esgotados os recursos internos”.
  15. Em 2 de dezembro de 1999, os representantes das petionárias alegaram que “ha[viam] esgotado os recursos internos [e] ha[viam] cumprido as disposições da lei dominicana para recorrer da negação de registro [...], já que as crianças] apelaram da decisão perante o Promotor [, que a] rejeitou”. Do mesmo modo, os representantes das petionárias alegaram que a Junta Central Eleitoral “já ha[via] considerado e resolvido contra [o pedido de registro das crianças] e, portanto, Dilcia e Violeta ha[viam] esgotado o discutível ‘processo de apelação’ perante a [Junta Central Eleitoral]”.
  16. Em 11 de janeiro de 2000, os representantes das petionárias informaram que estavam de acordo em participar no processo de solução amistosa promovida pela Comissão.
  17. Em 1º de março de 2000, os representantes das petionárias apresentaram uma proposta de solução amistosa perante a Comissão, na qual solicitaram determinadas medidas de satisfação, tais como, o registro de nascimento das crianças, a mudança de requisitos para o registro tardio de nascimento para assegurar os direitos das crianças dominicanas de ascendência haitiana, a criação de um mecanismo interno de queixas por meio do qual se resolvam as disputas de casos e a garantia do direito à educação sem distinção por nacionalidade. Além disso, no que se refere às indenizações, solicitaram danos morais para as crianças e seus familiares, e danos emergentes para os familiares das crianças.
  18. Em 6 de março de 2000, durante seu 106º Período Ordinário de Sessões, a Comissão realizou uma audiência sobre uma possível solução amistosa no caso. Naquela ocasião, os representantes das petionárias reiteraram os pedidos



que haviam apresentado em sua proposta de solução amistosa e, ao final da audiência, solicitaram à Comissão dar por concluído o referido procedimento de solução amistosa. O Estado, por sua vez, afirmou que os casos das crianças Yean e Bosico não eram isolados e que os recursos internos não haviam sido esgotados. Além disso, o Estado manifestou que os requisitos para o procedimento de registro impostos pela Lei nº 659 sobre atos do Estado Civil, de 17 de julho de 1944 (doravante denominada “Lei nº 659”), não são discriminatórios e são de caráter geral, já que se trata de uma lei nacional, e que aceitar o pedido das crianças implicaria a violação à legislação interna.

19. Em 6 de março de 2000, o Estado apresentou um escrito no qual se referiu ao manifestado na audiência perante a Comissão e afirmou que: a) “é inaceitável para o [Estado] que as [crianças] pretendam obter a certidão de nascimento de uma maneira ilegal [...]; um registro tardio efetuado fora dos parâmetros d[ei] Lei nº 659 seria de nulidade absoluta”; b) “os requisitos exigidos pe[la] Junta [Central Eleitoral] são obrigatórios para todas as pessoas que se encontrem em território dominicano [e] a negação do registro efetuada pelo Promotor [...] esteve baseada [...] no fato de que não haviam sido cumpridos os requisitos legais obrigatórios”, e c) “o procedimento esgotado pelas [crianças] foi concluído com a Decisão da Promotoria do Distrito de Monte Plata”. A este respeito, o artigo 41 da Lei nº 659 estabelece que “[o] Oficial do Estado Civil que tenha recebido um registro tardio de nascimento remeterá imediatamente cópia certificada da certidão ao Promotor do Distrito Judicial correspondente, quem [...] dará conhecimento ao Juízo de Primeira Instância[, o qual deverá] ratificar o ato ou não, mediante sentença ou Certidão de registro tardio. [...] Do anterior resulta óbvio o não esgotamento dos recursos internos no presente caso”.
20. Em 2 de maio de 2000, os representantes das peticionárias expressaram que “ha[viam] esgotado os recursos internos procedentes [e que] est[avam] isentas de esgotar qualquer outro recurso perante a Junta Central Eleitoral ou qualquer instituição dominicana, já que estes recursos não são adequados nem efetivos”. Nesse sentido, reiteraram que “não há procedimento estabelecido por meio do qual se pode interpor uma apelação perante a Junta Central Eleitoral”, e mencionaram que o artigo 6º da Lei Eleitoral nº 275-97, de 21 de dezembro de 1997, especifica que as decisões da Junta Central Eleitoral são inapeláveis, o que está confirmado na jurisprudência da Suprema Corte de Justiça da República Dominicana (doravante denominada “Suprema Corte de Justiça”), de modo que não há possibilidade de revisão judicial das decisões da Junta Central Eleitoral. A respeito do cumprimento do artigo 41 da Lei nº 659, afirmaram, por um lado, que o recurso dirigido ao Promotor Público foi o adequado diante da negativa do Oficial do Estado Civil em fornecer as certidões de nascimento e, por outro lado, que “não há disposição legal que estabeleça a obrigação ou possibilidade” de apelar perante o Juízo de Primeira Instância, já que é responsabilidade do Promotor a transmissão dos registros tardios ao referido juízo e “não há disposições que autorizem as [crianças] a realizar essa apresentação por si mesmas”.
21. Em 19 de junho de 2000, o Estado afirmou que o “recurso [...] ao Promotor [constituiu] um erro de procedimento, quando o procedimento correto é o estabelecido pelo [a]rtigo 41 da [Lei No.] 659” e que, se os representantes descartam a competência da Junta Central Eleitoral para conhecer do assunto, “deve[riam] então recorrer aos Tribunais Ordinários”.
22. Em 22 de fevereiro de 2001, durante seu 110º Período Ordinário de Sessões, a Comissão aprovou o relatório nº 28/01, no qual declarou a admissibilidade do caso e decidiu proceder à consideração do mérito. A este respeito, a Comissão afirmou que

os peticionários carecem de legitimação para iniciar um processo judicial, já que devem requerê-lo ao Promotor, segundo o artigo 41 da Lei 659. Por outro lado, das alegações que constam nos autos se demonstra que o Promotor não informou o juiz de primeira instância para que este iniciasse a investigação dirigida a conceder a certidão tardia de nascimento das crianças Yean e Bosico, tal e como estabelece o mesmo artigo 41 da Lei [No.] 659.

[...] No presente caso, o Estado não demonstrou de maneira precisa qual ou quais seriam os recursos idôneos e eficazes que deveriam ter sido esgotados pelos peticionários.

[...] o Estado não demonstrou que as decisões administrativas emitidas pelo Promotor ou pela Junta Central Eleitoral sejam suscetíveis de recurso idôneo dirigido a modificá-las; nem controverteu a alegação dos peticionários quanto à falta de mecanismos que permitam aos demandantes apelar diretamente.

[...] A Comissão consider[ou] que os peticionários esgotaram os recursos expressamente previstos na normativa de direito interno vigente, tal e como estabelece a Convenção Americana em seu artigo 46(1). Alternativamente, não existem recursos idôneos na jurisdição interna que devam ser esgotados antes de recorrer à instância internacional, de modo que no presente caso se aplica a exceção ao esgotamento dos recursos internos prevista no artigo 46(2)(a).

23. Em 17 de abril de 2001, os representantes indicaram que não tinham interesse em participar em uma solução amistosa no caso e que desejavam que fosse celebrada uma audiência para discutir o mérito do assunto.
24. Em 24 de agosto de 2001, a Comissão celebrou uma reunião na República Dominicana com a participação dos representantes e do Estado, com o propósito de alcançar uma solução amistosa. Em 27 de agosto de 2001, a Comissão convocou uma audiência sobre o mérito do caso.
25. Em 1º de outubro de 2001, o Estado informou à Comissão que, “aceitando a solução amistosa proposta pela Comissão, ha[via] resolvido conceder as certidões de nascimento às crianças” e anexou cópias dos extratos das certidões de nascimento em nome das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico. Ambas as certidões foram emitidas em 25 de setembro de 2001.
26. Em 17 de outubro de 2001, os representantes informaram à Comissão que apesar de a emissão das certidões de nascimento das crianças por parte do Estado ter sido um passo importante, consideravam que esta ação não constituía uma solução amistosa no presente caso, já que durante a audiência de 6 de março de 2000 nenhum dos pontos por eles propostos foram considerados pelo Estado.
27. Em 15 de novembro de 2001, durante seu 113º Período Ordinário de Sessões, a Comissão celebrou uma audiência sobre o mérito do caso. O Estado afirmou que não existe uma política de discriminação por motivos de raça ou de origem étnica na República Dominicana e reiterou que “os recursos internos não ha[viam] sido esgotados” no presente caso. Ademais, o Estado expressou que “ha[via] cumprido o pedido dos peticionários de proporcionar a Dilcia e a Violeta suas certidões de nascimento”, de modo que não mais subsiste a situação que motivou a denúncia perante a Comissão. Por sua vez, os representantes das peticionárias afirmaram na audiência que o dano causado às crianças como consequência do procedimento discriminatório de registro, bem como por terem vivido como apátridas por mais de quatro anos, não será remediado pela entrega das certidões de nascimento por parte do Estado e que esta atitude não representa um acordo amistoso, já que esta proposta compreendia a adoção de outras medidas, tais como o reconhecimento público das violações, a indenização das crianças pelos danos causados por sua situação de apátridas e a adoção de medidas de não repetição.
28. Em 31 de janeiro de 2002, depois da concessão de uma prorrogação de prazo, o Estado apresentou um escrito no qual afirmou que, “no interesse de dar uma solução amistosa ao caso e satisfazer o requerimento fundamental dos peticionários, concedeu às [crianças Yean e Bosico] as certidões de nascimento solicitadas [...], apesar de os peticionários [...] não terem concluído o processo perante o Promotor [...] nem terem recorrido a um tribunal de primeira instância ou à Junta Central Eleitoral”. A este respeito, o Estado afirmou que “[n]ão existe nenhuma disposição na legislação dominicana que impeça o acesso a estas instâncias [e que] o que a lei não proíbe, está permitido”.
29. Em 6 de março de 2003, durante seu 117º Período Ordinário de Sessões, a Comissão aprovou o relatório nº 30/03 sobre o mérito do caso e recomendou ao Estado:
- Estabelecer diretrizes que contenham requisitos razoáveis e não imponham sobrecargas excessivas nem discriminatórias, a fim de facilitar o registro das crianças dominicanas-haitianas perante os Cartórios do Registro Civil.
  - Estabelecer um procedimento que permita aplicar os requisitos da maneira como se afirma no inciso a) para a obtenção de certidões tardias de nascimento das pessoas nascidas no território dominicano.
  - Criar um mecanismo jurídico que permita aos indivíduos, em caso de controvérsia, apresentar suas denúncias diretamente perante a instância judicial, a fim de que suas queixas sejam revisadas por um órgão judicial, independente e imparcial.
  - Que este mecanismo proveja um recurso simples, rápido e econômico às pessoas que carecem de certidões de nascimento.
  - Adotar as medidas necessárias para que as crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, bem como suas mães Leonidas Yean e Tiramen Bosico Cofi, recebam reparação adequada e oportuna, e o reconhecimento público pelas violações de seus direitos humanos, contidos nos artigos 1º, 2º, 3º, 8º, 19, 20, 24 e 25 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e [no] artigo XII da Declaração Americana dos Direitos e os Deveres do Homem. Ao fazer esta recomendação, a Comissão reconhe[ceu] que o Estado realizou esforços para remediar a situação, porém algumas medidas ainda permanecem pendentes.
  - Adotar as medidas necessárias para prevenir que estes fatos voltem a se repetir no futuro.
30. Em 11 de março de 2003, a Comissão transmitiu ao Estado o relatório anteriormente indicado e concedeu-

lhe um prazo de dois meses, contado a partir da data da transmissão da comunicação, para que informasse sobre as medidas adotadas para cumprir as recomendações. Nesse mesmo dia, a Comissão comunicou aos representantes das petionárias a emissão do relatório nº 30/03 sobre o mérito do caso e solicitou-lhes que apresentassem, no prazo de um mês, sua posição a respeito da pertinência de que o caso fosse submetido à Corte Interamericana.

31. Em 21 de abril de 2003, os representantes das petionárias, depois de uma prorrogação de prazo de quinze dias, solicitaram à Comissão que submetesse o caso à Corte.
32. Em 5 de junho e 3 de julho de 2003, depois da concessão de uma prorrogação de prazo, o Estado apresentou seu escrito sobre as medidas adotadas para dar cumprimento às recomendações estabelecidas no relatório nº 30/03 sobre o mérito do caso. O Estado afirmou que “não descumpriu as devidas garantias de que as crianças tivessem uma nacionalidade, porque estas, ainda no caso de não serem dominicanas, seriam em todo caso de nacionalidade haitiana”. Assinalou que as petionárias “não apresentaram [...] sua demanda perante o tribunal competente *ratione materiae*, que [...] era o Juízo de Primeira Instância [...], o qual poderia ter conhecido de uma ‘ação de reclamação de estado civil’ e, que também conhece dos assuntos de nacionalidade [...]”. Além do mais, o Estado assinalou que as crianças não acudiram à “própria Junta Central Eleitoral, que é o órgão superior hierárquico que tem sob sua responsabilidade os Cartórios do Estado Civil”. O Estado argumentou que “não violou os direitos contidos nos artigos 1º, 2º, 3º, 8º, 19, 20, 24 e 25 da Convenção Americana [...] nem] o direito à educação, consagrado no artigo XII da Declaração Americana [...]”. Por último, informou a respeito dos atuais requisitos para a obtenção da certidão tardia que “o passaporte p[oderia] ser um documento de identificação” e anexou o projeto de lei que modificaria a Lei nº 659 e facilitaria o procedimento de registro civil.

#### IV

#### Procedimento perante a Corte

33. Em 11 de julho de 2003, a Comissão apresentou a demanda perante a Corte.
34. A Comissão designou como seus delegados Susana Villarán e Santiago Cantón e, como seus assessores jurídicos, Bertha Santhoscoy e Ariel Dulitzky.<sup>4</sup> Além disso, indicou os nomes dos denunciantes originais, a saber: Viviana Krsticevic e Roxanna Altholz, representantes do CEJIL, e Laurel Fletcher, representante da Clínica de Direito Internacional dos Direitos Humanos.
35. Em 12 de agosto de 2003, a Secretaria da Corte (doravante denominada “a Secretaria”), após o exame preliminar da demanda realizado pelo Presidente da Corte (doravante denominado “o Presidente”), notificou-a ao Estado, com seus anexos, e informou-lhe sobre os prazos para contestá-la e para designar sua representação no processo. Igualmente, a Secretaria, seguindo instruções do Presidente, informou ao Estado sobre seu direito de designar um juiz ad hoc.
36. Em 11 de agosto de 2003, segundo o disposto no artigo 35.1.d e 35.1.e do Regulamento, a Secretaria notificou a demanda ao MUDHA, ao CEJIL, e à Clínica de Direito Internacional dos Direitos Humanos, em sua condição de representantes das supostas vítimas e seus familiares<sup>5</sup> (doravante denominados “os representantes”) e informou-lhes sobre o prazo para a apresentação do escrito de petições, argumentos e provas (doravante denominado “escrito de petições e argumentos”).
37. Em 5 de setembro de 2003, o Estado designou como Juíza ad hoc a Embaixadora Rhadys Abreu de Polanco e afirmou que “[suas] funções não são incompatíveis com o cargo de juíza ad hoc”. Além disso, o Estado designou como Agente o senhor José Marcos Iglesias Iñigo, Ministro Conselheiro, e como Agente Assistente a senhora Anabella de Castro, Ministra Conselheira e Encarregada de Direitos Humanos.<sup>6</sup>
38. Em 13 de outubro de 2003, depois da concessão de uma prorrogação de prazo, os representantes apresentaram seu escrito de petições e argumentos. Os representantes alegaram, além dos direitos indicados pela Comissão Interamericana na demanda, que o Estado supostamente violou também os direitos consagrados nos artigos 17 (Proteção à Família), 18 (Direito ao Nome) e 26 (Desenvolvimento Progressivo) da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) e 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno)

4. Durante o trâmite do presente caso a Comissão realizou mudanças na designação de seus representantes perante a Corte.

5. Durante o trâmite do presente caso os representantes realizaram mudanças na designação de seus representantes perante a Corte.

6. Durante o trâmite do presente caso o Estado realizou mudanças na designação de seus representantes perante a Corte.

- da mesma Convenção. Ademais, solicitaram que a Corte ordenasse ao Estado que adote determinadas medidas de reparação e reembolse as custas e gastos. Posteriormente, nas alegações finais escritas apresentadas em 14 de abril de 2005, os representantes indicaram que o Estado violou os artigos 5º (Direito à Integridade Pessoal) e 12 (Liberdade de Consciência e de Religião) da Convenção Americana (par. 49 infra).
39. Em 13 de novembro de 2003, o Estado apresentou seu escrito de exceções preliminares, contestação da demanda e observações ao escrito de petições e argumentos (doravante denominado “escrito de contestação da demanda”), por meio do qual interpôs duas exceções preliminares, as quais denominou “[...] não esgotamento dos recursos da jurisdição interna do Estado [...]” e “[n]ão cumprimento [da] Solução Amistosa apresentada pela Comissão e aceita pelo Estado [...]”. Posteriormente, durante a audiência pública, o Estado argumentou a exceção preliminar de falta de competência *ratione temporis*.
40. Em 19 de novembro de 2003, os representantes apresentaram um “pedido de impedimento da nomeação por parte do Estado [...] da Embaixadora Rhadys I. Abreu de Polanco, como Juíza ad hoc desta [...] Corte”, e afirmaram a existência de uma incompatibilidade e de conflito de interesses. Em 19 de dezembro de 2003, a senhora Rhadys I. Abreu de Polanco apresentou uma nota na qual rejeitou o impedimento à sua nomeação como Juíza ad hoc. Em 19 de dezembro de 2003, a Comissão enviou suas observações ao escrito de impedimento da Juíza ad hoc e solicitou que a Corte “proced[esse] a resolver a incompatibilidade e o impedimento” da referida senhora para o exercício do cargo de Juíza ad hoc.
41. Em 4 de maio de 2004, a Corte emitiu uma Resolução na qual resolveu que “a participação da senhora Rhadys Iris Abreu de Polanco no procedimento perante a Comissão Interamericana em relação ao presente caso constitui uma causa de impedimento para o exercício do cargo de Juíza ad hoc”, de maneira que convidou o Estado a designar outro juiz ad hoc em um prazo de 30 dias, o que a República Dominicana não fez.
42. Em 21 de janeiro de 2004, depois da concessão de uma prorrogação de prazo, a Comissão e os representantes apresentaram seus respectivos escritos de alegações sobre as exceções preliminares interpostas pela República Dominicana, nos quais solicitaram à Corte que as rejeitasse e que continuasse com a tramitação do presente caso em sua etapa de mérito.
43. Em 10 de janeiro de 2005, o Estado designou a Embaixadora Rhadys I. Abreu de Polanco como Agente Assistente no presente caso.
44. Em 31 de janeiro de 2005, o Presidente emitiu uma Resolução mediante a qual requereu, de acordo com o artigo 47.3 do Regulamento, que as crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, as senhoras Tiramen Bosico Cofi, Teresa Tucent Mena (nota 45 infra) e Leonidas Oliven Yean, e o senhor Samuel Martínez, propostos pela Comissão e pelos representantes, as primeiras cinco como testemunhas e o último como perito, apresentassem suas declarações e parecer por meio de declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavits*). Além disso, concedeu um prazo improrrogável de sete dias, contado a partir da recepção dos *affidavits*, para que o Estado apresentasse as observações que considerasse pertinentes. Por sua vez, o Presidente convocou a Comissão, os representantes e o Estado para uma audiência pública que seria celebrada na sede da Corte, a partir de 14 de março de 2005, para escutar suas alegações sobre as exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas, e receber os testemunhos do senhor Genaro Rincón Miesse e das senhoras Amada Rodríguez Guante, Thelma Bienvenida Reyes, e as perícias do senhor Frederick John Packer e da senhora Débora E. Soler Munczek, propostos pela Comissão, pelos representantes e pelo Estado, segundo o caso. Ademais, informou-se às partes que contavam com um prazo até 14 de abril de 2005 para apresentar suas alegações finais escritas.
45. Em 15 de fevereiro de 2005, os representantes apresentaram as declarações autenticadas prestadas pelas seis pessoas indicadas no parágrafo anterior.
46. Em 23 de fevereiro de 2005, o Estado observou, a respeito das declarações apresentadas pelos representantes, que “exist[iam] contradições entre os fatos expostos e as provas que constam perante [a Corte]”, e que o Estado “se reserva[va] o direito de fazer um detalhamento dos mesmos na audiência pública a celebrar-se nos dias 14 e 15 de março [de 2005], [e afirmou...] que a ausência da[s] supostas vítimas] romperia o equilíbrio processual, desnaturalizando o procedimento contraditório da audiência pública”.
47. Nos dias 14 e 15 de março de 2005, a Corte recebeu em audiência pública as declarações das testemunhas e os pareceres dos peritos propostos pelas partes, e escutou as alegações da Comissão, dos representantes e do Estado, sobre as exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas, da Comissão Interamericana,

dos representantes e do Estado. Compareceram perante a Corte: a) pela Comissão Interamericana: os senhores Ariel Dulitzky e Juan Pablo Albán, e a senhora Lilly Ching, assessores jurídicos; b) pelos representantes: a senhora Laurel Fletcher, da Clínica de Direito Internacional dos Direitos Humanos, a senhora Solain Pierre e o senhor Moisés Medina Moreta, do MUDHA, e as senhoras Viviana Krsticevic, Roxanna Althoz e Alejandra Nuño, do CEJIL, e c) pelo Estado: os senhores José Marcos Iglesias Iñigo, Agente, a senhora Rhadys I. Abreu de Polanco, Agente Assistente, os senhores Julio César Castaños Guzmán e Adonai Medina, assessores, e o senhor Rafael González, assistente. Além disso, compareceram como testemunhas: o senhor Genaro Rincón Miesse, proposto pela Comissão e pelos representantes, e as senhoras Amada Rodríguez Guante e Thelma Bienvenida Reyes, propostas pelo Estado, e compareceram como peritos: a senhora Débora E. Soler Munczek e o senhor Frederick John Packer, propostos pela Comissão e pelos representantes.

48. Em 14 de março de 2005, os representantes apresentaram alguns documentos que indicaram como provas supervenientes, de acordo com o artigo 43.3 (sic) do Regulamento.
49. Em 14 de abril de 2005, os representantes apresentaram suas alegações finais em inglês, juntamente com seus respectivos anexos, e, em 28 de abril de 2005, remeteram a tradução ao espanhol do referido escrito. Em 14 de abril de 2005, o Estado remeteu suas alegações finais escritas e seus anexos. Em 15 de abril de 2005, a Comissão apresentou suas alegações finais escritas.
50. Em 3 de agosto de 2005, a Secretaria, seguindo instruções do Presidente, requereu à Comissão, aos representantes e ao Estado, de acordo com o artigo 45.1 do Regulamento, o envio dos seguintes documentos como prova para melhor decidir: “a Resolução da Junta Central Eleitoral nº 5-88, de 8 de junho de 1988; a Lei nº 8-92, de 13 de abril de 1992, [e uma cópia d]os documentos juntados pelos senhores Genaro Rincón e Marcelino da Cruz como anexos ao documento de ‘demanda com pedido de autorização de certidões tardias’, apresentado em 11 de setembro de 1997 perante o ‘Honorável Magistrado Procurador do Juízo de Primeira Instância do Distrito Judicial de Monte Plata’”.
51. Em 16, 17 e 26 de agosto de 2005, o Estado, os representantes e a Comissão apresentaram alguns dos documentos requeridos pela Secretaria como prova para melhor decidir.
52. Em 5 de setembro de 2005, o Estado apresentou um escrito de observações aos documentos enviados pelos representantes em 17 de agosto de 2005, juntamente com alguns anexos, com “o fim de [ajudar a Corte a] melhor decidir”.

\* \* \*

53. Nos dias 31 de janeiro, 15 e 25 de fevereiro, 2, 14 e 25 de março, 1, 13 e 14 de abril, e 3 de junho de 2005, a Corte recebeu diversos amici curiae das seguintes pessoas, organizações e instituições:
  - a) Centre on Housing Rights and Evictions (COHRE);
  - b) Associação Civil de Centros Comunitários de Aprendizagem (CECODAP);
  - c) Comitê Latino-Americano e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM);
  - d) Minority Rights Group International (MRG);
  - e) Professora Katarina Tomasevski;
  - f) Secretaria Ampliada da Rede de Encontro Dominicano Haitiano Jacques Viau (RED), formada pelo Centro Cultural Dominicano Haitiano (CCDH), o Movimento Sociocultural dos Trabalhadores Haitianos (MOSCTHA), o Serviço Jesuíta de Refugiados e Migrantes (SRJM-RD), o Centro Dominicano de Pesquisa Jurídica (CEDAIL) e a Associação Pró-Desenvolvimento da Mulher e do Meio Ambiente, Inc. (APRODEMA);
  - g) Comparative International Education Society (CIES);
  - h) Themis Foundation, em cooperação com a University of Ottawa School of Law;
  - i) Open Society Justice Initiative, e
  - j) Centro de Estudos Legais e Sociais (CELS), Serviço de Apoio e Orientação a Imigrantes e Refugiados (CAREF), Clínica Jurídica para os Direitos de Imigrantes e Refugiados (Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, CELS e CAREF) e senhor Christian Courtis, Professor da Universidade de Buenos Aires e do Instituto Tecnológico Autônomo do México.

54. Nos dias 4 e 15 de abril, e 7 de junho de 2005, a Secretaria transmitiu cópias dos referidos amici curiae à Comissão, aos representantes, ao Estado e às pessoas, organizações ou instituições.

## V

### Exceções Preliminares

55. O Estado interpôs as seguintes exceções preliminares: o “[...] não esgotamento dos recursos da jurisdição interna do Estado [...]” e o “[n]ão cumprimento [da] Solução Amistosa apresentada pela Comissão e aceita pelo Estado [...]” no escrito de contestação da demanda. Posteriormente, na audiência pública celebrada nos dias 14 e 15 de março de 2005 na sede da Corte, o Estado argumentou como exceção preliminar a “[f]alta de competência *ratione temporis*” da Corte.

\*\*\*

### Primeira Exceção Preliminar

#### Não esgotamento dos recursos da jurisdição interna do Estado

##### *Alegações do Estado*

56. O Estado argumentou que:

- a) Esta exceção preliminar foi interposta oportunamente perante a Comissão Interamericana nas primeiras etapas do procedimento, como demonstram, entre outros, os “documentos e comunicações produzidas pelo Estado[ , tais como] a nota de 28 de setembro de 1999 [apresentada à Comissão em 30 de setembro de 1999; a] ata d[a] audiência [celebrada em] 5 de outubro de 1999 [...] na sede da [Comissão e a] nota de 22 de novembro de 1999 [apresentada à Comissão em 1 de dezembro de 1999]”. Ainda que esta exceção tenha sido rejeitada pela Comissão, a Corte tem competência para dela conhecer;
- b) O recurso interno mais adequado no caso é o recurso hierárquico existente dentro do direito administrativo, estabelecido no artigo 1º da Lei nº 1494, de 2 de agosto de 1947. Este recurso deve ser apresentado perante a instância administrativa superior àquela que produziu a suposta violação, neste caso, a Junta Central Eleitoral. Este recurso não foi interposto pelas supostas vítimas;
- c) A participação do Promotor faz parte do processo de registro tardio e não constitui uma instância perante a qual se deve apresentar um recurso. “Quando se realiza o processo perante o Oficial do Estado Civil, este (não as partes) refere o expediente ao Promotor para que emita sua opinião e o tribunal de primeira instância, mediante sentença, ratific[a] ou não essa certidão tardia”. A ação apresentada pelos representantes em 11 de setembro de 1997 perante o Promotor do Distrito Judicial da Província de Monte Plata não pressupõe a interposição de um recurso hierárquico. Esta ação possui unicamente uma capacidade consultiva nestes processos, a fim de realizar uma recomendação ao juízo de primeira instância que seja designado para o conhecimento do procedimento de registro tardio;
- d) As supostas vítimas não esgotaram o recurso de reconsideração perante o Oficial do Estado Civil nem levaram o assunto diretamente ao juízo de primeira instância, que tem competência para intervir em tudo o que for relacionado com o direito das pessoas;
- e) As supostas vítimas tampouco interpuseram uma ação de amparo, a qual existe na República Dominicana desde 1978, em razão da ratificação pelo Estado da Convenção Americana. Em 1999 a “Suprema Corte de Justiça, mediante sentença estabeleceu que o procedimento para os recursos de amparo será o mesmo dos processos em matéria civil”; entretanto, com anterioridade a este pronunciamento, vários tribunais já haviam conhecido de recursos de amparo;
- f) As supostas vítimas não interpuseram o recurso de inconstitucionalidade contra a norma que lhes negou o acesso ao reconhecimento de sua nacionalidade, e
- g) A Corte deve se declarar incompetente para conhecer do presente caso, já que dentro do Estado existem os mecanismos e as oportunidades idôneas para a resolução do presente conflito.

##### *Alegações da Comissão*

57. A Comissão Interamericana afirmou que:

- a) Os artigos 46 e 47 da Convenção Americana dispõem que corresponde à Comissão, como órgão principal do sistema, determinar a admissibilidade ou inadmissibilidade de uma petição;
- b) Os argumentos apresentados pelo Estado em relação à falta de esgotamento dos recursos internos são extemporâneos e infundados e buscam retroceder o procedimento à etapa prévia de admissibilidade da petição, a qual está concluída, posto que a Comissão considerou, em estrito apego ao contraditório, os argumentos de ambas as partes, a informação e a documentação contida nos autos, e decidiu declarar o caso admissível pelos fundamentos contidos no Relatório de Admissibilidade;
- c) A nova posição “proposta” sobre o esgotamento de recursos internos por parte do Estado, na qual afirmou que os recursos hierárquicos, de amparo e de inconstitucionalidade, os quais não foram indicados na etapa de admissibilidade perante a Comissão, são os recursos “existentes”, continua sendo improcedente, já que é extemporânea. O Estado não proporcionou a prova da efetividade destes recursos e limitou-se a mencionar sua existência;
- d) A respeito do recurso hierárquico perante a Junta Central Eleitoral, de natureza administrativa, a legislação dominicana não prevê a possibilidade de que as pessoas a quem seja negado o registro tardio de nascimento possam apresentar um recurso de apelação ou de reconsideração perante a Junta Central Eleitoral. Dado que não havia sido possível superar os requisitos de mérito para a obtenção do registro tardio de nascimento, e em consideração de que a Junta Central Eleitoral não considera pedidos de registro que não anexem a documentação exigida, um eventual recurso perante este organismo não teria resultado eficaz;
- e) No momento dos fatos deste caso, não existia na legislação uma disposição que permitisse a um particular apelar a decisão do Promotor perante um juízo de primeira instância. Segundo a Lei nº 659, o Promotor é o responsável por apresentar as certidões tardias perante o juízo de primeira instância e, no presente caso, isso não ocorreu. O pedido de registro tardio foi rejeitado pelo Promotor em 20 de julho de 1998, o que encerrou a possibilidade da resolução do problema, já que as supostas vítimas não se encontravam legitimadas para iniciar um processo judicial dirigido a reverter a decisão da autoridade administrativa;
- f) Na época dos fatos, a lei dominicana não estabelecia um recurso de amparo. Em 24 de fevereiro de 1999, quase dois anos depois da rejeição do registro das supostas vítimas, a Corte Suprema de Justiça criou o recurso de amparo, por via jurisprudencial, o qual pode ser interposto em um prazo de 15 dias depois do suposto ato lesivo. Não se pode exigir o esgotamento de um recurso que não se encontra expressamente previsto na legislação;
- g) O recurso de inconstitucionalidade é de caráter extraordinário e, como regra geral, devem ser esgotados unicamente os recursos idôneos para proteger a situação jurídica infringida. A procedência deste recurso contra atos administrativos foi determinada pela Corte Suprema de Justiça em 8 de agosto de 1998;
- h) Durante a audiência pública perante a Corte sobre o caso, o Estado invocou o não esgotamento do recurso de reconsideração perante o Cartório do registro civil e do recurso direto, por “plenitude de jurisdição”, perante um juízo de primeira instância. No entanto, em virtude do princípio do estoppel, o Estado estava impedido de argumentar pela primeira vez sobre estes recursos na referida audiência, e
- i) A discussão sobre se “dentro do Estado existem recursos efetivos e adequados que as partes se abstiveram de interpor”, proposta pelo Estado como exceção preliminar, é um dos elementos da controvérsia de mérito submetida à Corte, de modo que “a resolução desta matéria, não corresponde à natureza de uma exceção preliminar”.

#### *Alegações dos representantes*

58. Os representantes alegaram que:

- a) De acordo com os artigos 46 e 47 da Convenção Americana, a Comissão possui as faculdades para determinar a admissibilidade ou não de uma petição e decidir a respeito do esgotamento dos recursos internos. Uma vez que a Comissão adotou uma determinação sobre a admissibilidade do caso, mediante prévia análise dos argumentos das partes, esta decisão é de caráter “definitivo” e “indivisível”;
- b) A República Dominicana não argumentou a falta de esgotamento de recursos internos de forma clara durante as primeiras etapas do procedimento perante a Comissão. A este respeito, cabe indicar que o Estado ofereceu várias respostas durante a etapa de admissibilidade perante a Comissão, tais como a de 30 de setembro de 1999, de 22 de novembro de 1999, apresentada à Comissão em 1 de dezembro

de 1999, e a de 7 de junho de 2000, apresentada à Comissão em 19 de junho de 2000, nas quais sustentou que não haviam sido esgotados os recursos internos e que as crianças deveriam recorrer à Junta Central Eleitoral e aos tribunais ordinários, e em nenhum momento mencionou o recurso de amparo nem o recurso de inconstitucionalidade;

- c) Os recursos hierárquicos existentes dentro do direito administrativo dominicano, de amparo e de inconstitucionalidade, não eram adequados nem eficazes, e foram alegados extemporaneamente;
- d) A Junta Central Eleitoral é a autoridade administrativa responsável por realizar os registros, uma apelação informal perante este organismo não constitui um recurso efetivo, tendo em vista que é um processo discricionário. A Junta Central Eleitoral é um órgão autônomo que profere decisões de única instância, que não possui procedimentos formais e não publicou regulamentos ou promulgou procedimentos mediante os quais os solicitantes possam pedir uma revisão das decisões adversas dos Oficiais do Estado Civil. Além disso, a lei não concede poderes à Junta Central Eleitoral para considerar casos individuais decididos pelos Oficiais do Estado Civil. O único recurso para apelar da rejeição de um pedido de registro estabelecido pela lei vigente no momento em que ocorreram os fatos era a apelação perante o Promotor;
- e) Na República Dominicana o recurso de amparo não está expressamente regulamentado em nenhuma lei. É parte do direito positivo a partir da sentença da Suprema Corte de Justiça de 24 de fevereiro de 1999. O Estado não demonstrou a eficácia deste recurso; e
- f) O Estado não provou a efetividade do recurso de inconstitucionalidade, já que não está regulamentado.

#### *Considerações da Corte*

59. A Convenção Americana estabelece que a Corte exerça uma jurisdição plena sobre todas as questões relativas a um caso sujeito a seu conhecimento, inclusive sobre os pressupostos processuais nos quais se fundamenta a possibilidade de exercer sua competência.<sup>7</sup>
60. O artigo 46.1.a da Convenção dispõe que, para determinar a admissibilidade de uma petição ou comunicação apresentada perante a Comissão Interamericana, de acordo com os artigos 44 ou 45 da Convenção, é necessário que tenham sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, segundo os princípios do Direito Internacional geralmente reconhecidos.<sup>8</sup> O anterior significa que estes recursos não apenas devem existir formalmente, mas também devem ser adequados e efetivos, como se observa das exceções contempladas no artigo 46.2 da Convenção.<sup>9</sup>
61. A Corte já estabeleceu critérios claros que devem ser cumpridos sobre a interposição da exceção de falta de esgotamento dos recursos internos. Dos princípios do Direito Internacional geralmente reconhecidos, aos quais se refere a regra do esgotamento dos recursos internos, decorre, em primeiro lugar, que o Estado demandado pode renunciar de forma expressa ou tácita à invocação dessa regra. Em segundo lugar, para que seja considerada oportuna, a exceção de não esgotamento de recursos internos deve ser proposta na etapa de admissibilidade do procedimento perante a Comissão, ou seja, antes de qualquer consideração quanto ao mérito; se não for assim, presume-se que o Estado renuncia tacitamente a valer-se dela. Em terceiro lugar, a Corte indicou que a falta de esgotamento de recursos é uma questão de pura admissibilidade e que o Estado que a alega deve indicar os recursos internos que se deve esgotar e demonstrar que estes recursos são adequados e efetivos.<sup>10</sup>
62. No presente caso, o Estado propôs três abordagens distintas em relação ao não esgotamento dos recursos internos. Durante o procedimento de admissibilidade perante a Comissão, limitou-se a indicar que os recursos internos não haviam sido esgotados porque “a Junta Central Eleitoral [...] não ha[via] sido chamada a conhecer do caso” e que os representantes “dever[iam] [...] recorrer aos Tribunais Ordinários” (pars. 10 e 21 *supra*). Durante o trâmite sobre o mérito do assunto perante a Comissão, em 31 de janeiro de 2002, o Estado afirmou que as supostas vítimas “não concluíram o processo perante o Promotor [...] nem recorreram a um tribunal de primeira instância ou à Junta Central Eleitoral” (par. 28 *supra*). Finalmente, já no procedimento perante a Corte,

7. Cf. *Caso das Irmãs Serrano Cruz. Exceções Preliminares*. Sentença de 23 de novembro de 2004. Série C Nº 118, par. 133; *Caso Tibi*. Sentença de 7 de setembro de 2004. Série C Nº 114, par. 47, e *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C Nº 99, par. 65.

8. Cf. *Caso da Comunidade Moiwana*. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C Nº 124, par. 48; *Caso Tibi*, nota 7 *supra*, par. 48, e *Caso Herrera Ulloa*. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C Nº 107, par. 80.

9. Cf. *Caso das Irmãs Serrano Cruz. Exceções Preliminares*, nota 7 *supra*, par. 134; *Caso Tibi*, nota 7 *supra*, par. 50, e *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awastingué*. *Exceções Preliminares*. Sentença de 1 de fevereiro de 2000. Série C Nº 66, par. 53.

10. Cf. *Caso da Comunidade Moiwana*, nota 8 *supra*, par. 49; *Caso das Irmãs Serrano Cruz. Exceções Preliminares*, nota 7 *supra*, par. 135, e *Caso Tibi*, nota 7 *supra*, par. 49.



o Estado argumentou, em seu escrito de contestação da demanda, que não haviam sido esgotados os recursos hierárquicos, de amparo e de inconstitucionalidade e, na audiência pública, afirmou que estava pendente de se esgotar o recurso de reconsideração perante o Oficial do Estado Civil e perante o juízo de primeira instância.

63. A respeito do indicado pela República Dominicana, em seu relatório de Admissibilidade nº 28/01, emitido em 22 de fevereiro de 2001, a Comissão afirmou, por um lado, que “o Estado não demonstrou que as decisões administrativas emitidas pelo Promotor ou pela Junta Central Eleitoral fossem suscetíveis de recurso idôneo para modificá-las” e tampouco demonstrou a existência de mecanismos que permitam aos demandantes apelar diretamente a estes órgãos. Consequentemente, assinalou que não existem na jurisdição interna recursos idôneos relativos ao procedimento de registro tardio de nascimento que devam ser esgotados. Por outro lado, a Comissão afirmou que, segundo a legislação dominicana, as supostas vítimas careciam de legitimação para iniciar um processo judicial, já que é o Promotor quem deve requerê-lo, de acordo com o artigo 41 da Lei nº 659, e que no presente caso o Promotor não se apresentou ao Juiz de Primeira Instância para que este iniciasse a investigação dirigida a conceder a certidão tardia de nascimento às supostas vítimas.
64. De acordo com os critérios citados anteriormente (pars. 60 e 61 supra), a Corte considera que o Estado, ao não indicar expressamente durante o procedimento de admissibilidade perante a Comissão Interamericana quais seriam os recursos idôneos e efetivos que deveriam ter sido esgotados, renunciou implicitamente a um meio de defesa que a Convenção Americana estabelece em seu favor e incorreu em admissão tácita da inexistência destes recursos ou de seu oportuno esgotamento.<sup>11</sup> Em função do anterior, o Estado estava impedido de alegar o não esgotamento dos recursos hierárquicos, de amparo, de inconstitucionalidade, e de reconsideração perante o Oficial do Estado Civil e perante o juízo de primeira instância, no procedimento perante a Corte.
65. Em razão do exposto acima, e em consideração à fundamentação da Comissão Interamericana, que é decorrente das disposições relevantes da Convenção Americana, a Corte rejeita a primeira exceção preliminar interposta pelo Estado.

\*\*\*

### **Segunda Exceção Preliminar** **Não cumprimento da solução amistosa apresentada pela Comissão e aceita pelo Estado**

#### *Alegações do Estado*

66. O Estado argumentou que:
- a) Em 1 de novembro de 1999, a Comissão se colocou à disposição das partes para chegar a uma solução amistosa, procedimento que foi aceito pela República Dominicana, e dentro deste marco os representantes fizeram petições, que considerou “ultrapassa[rem] em demasia o objeto da solução amistosa”;
  - b) Em 24 de agosto de 2001, o Estado, a Comissão e os representantes se reuniram em Santo Domingo, República Dominicana, na sede da Junta Central Eleitoral, com a finalidade de “chegar a uma solução para este caso”, e
  - c) Em 25 de setembro de 2001, o Estado entregou as certidões de nascimento das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico. Entretanto, os representantes não quiseram aceitar que a entrega das certidões de nascimento fosse o resultado da solução amistosa. No presente caso, cabe aplicar o artigo 49 da Convenção Americana, com base na credibilidade que a Comissão inspira perante os Estados, e rechaçar a demanda.

#### *Alegações da Comissão*

67. A Comissão argumentou que:
- a) A partir de 1 de novembro de 1999, exortou as partes a iniciar um procedimento dirigido a alcançar uma solução amistosa. Dada a postura dos representantes e do Estado, considerou concluídas as negociações depois da reunião celebrada na República Dominicana, em 24 de agosto de 2001;
  - b) É inquestionável que, neste caso, apesar dos esforços das partes, não se chegou a um acordo de solução amistosa tanto porque os representantes se retiraram quanto porque o Estado manifestou que

<sup>11</sup> Cf. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tigni. Exceções Preliminares*, nota 9 supra, par. 56; *Caso Castillo Petruzzi e outros. Exceções Preliminares*. Sentença de 4 de setembro de 1998. Série C Nº 41, par. 56, e *Caso Loayza Tamayo. Exceções Preliminares*. Sentença de 31 de janeiro de 1996. Série C Nº 25, par. 43.

não o aceitaria. Consequentemente, é incompreensível que o Estado solicite a aplicação do artigo 49 da Convenção Americana para evitar que a Corte conheça do mérito do assunto;

- c) Tendo em conta que as supostas vítimas são o objetivo fundamental do sistema interamericano, a manifestação expressa dos representantes é determinante no sentido de que a concessão das certidões de nascimento por parte do Estado não constituía uma solução amistosa. Esta medida foi importante para o avanço do caso em referência, mas não é a única questão em discussão. Diante da expressão de vontade de uma das partes no procedimento de não continuar com as negociações dirigidas a alcançar a solução amistosa, a Comissão não teve alternativa senão proceder à análise do mérito do caso, de acordo com o disposto no artigo 50.1 da Convenção;
- d) Ainda que o Estado tenha dado certos passos, cujo valor foi oportunamente reconhecido pela Comissão, no sentido de remediar ao menos em parte as violações cometidas em detrimento das supostas vítimas, estas ações não constituíam uma reparação integral, adequada e, sobretudo, definitiva, e
- e) Cumpriu suas obrigações convencionais, estatutárias e regulamentares em relação ao procedimento de solução amistosa no presente caso, de modo que são improcedentes os argumentos do Estado sobre esta matéria.

#### *Alegações dos representantes*

68. Os representantes manifestaram que:

- a) O Estado, de maneira unilateral, concedeu às crianças as certidões de nascimento em setembro de 2001, fora do âmbito de uma solução amistosa. As referidas certidões não resolvem este caso, já que o mesmo não estará resolvido até que as alegadas violações dos direitos não sejam reconhecidas e totalmente reparadas. Além da entrega das certidões de nascimento, a proposta de solução amistosa contemplava os seguintes pontos: a indenização econômica, o reconhecimento público das violações supostamente cometidas, a modificação dos requisitos para o registro tardio de nascimento e o estabelecimento de um mecanismo judicial de resolução de queixas. No entanto, cada uma das tentativas fracassou por causa da relutância do Estado em reparar de maneira integral as alegadas violações, e
- b) A República Dominicana nunca reconheceu sua responsabilidade pelas violações supostamente cometidas, negou-a no processo perante a Comissão e, agora, nega-a perante a Corte.

#### *Considerações da Corte*

69. A Corte observa que a Comissão afirmou que, em 1º de novembro de 1999, se colocou à disposição das partes a fim de chegar a uma solução amistosa. Em 1 de dezembro de 1999 e em 11 de janeiro de 2000, o Estado e os representantes, respectivamente, aceitaram valer-se deste procedimento. Em 1º de março de 2000, os representantes apresentaram uma proposta de solução amistosa que continha diversas solicitações. Em 6 de março de 2000, a Comissão celebrou uma audiência com o propósito de analisar a possibilidade de chegar a uma solução amistosa. Nesta audiência, os representantes reiteraram sua proposta e o Estado afirmou que não podia cumprir a proposta dos representantes, já que “a aceitação do pedido dos peticionários implica[ria] violação à normativa interna”. Posteriormente, em 22 de fevereiro de 2001, a Comissão aprovou o Relatório de Admissibilidade nº 28/01, no qual se colocou novamente à disposição das partes para chegar a uma solução amistosa. Em 17 de abril de 2001, os representantes informaram à Comissão que não estavam interessados em chegar a um acordo amistoso. Finalmente, em 24 de agosto de 2001, a Comissão realizou uma reunião em Santo Domingo, República Dominicana, da qual participaram o Estado e os representantes, sem que fosse alcançado um acordo amistoso.
70. Em 1º de outubro de 2001, o Estado informou à Comissão que, em 25 de setembro de 2001, havia entregado as certidões de nascimento às crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico.
71. Em 17 de outubro de 2001, os representantes comunicaram à Comissão sobre a entrega das certidões de nascimento às supostas vítimas por parte do Estado, mas indicaram que essa ação não constituía um acordo amistoso, já que, durante a referida audiência de 6 de março de 2000, nenhum dos pontos propostos por eles foi considerado pelo Estado.
72. A Corte considera que, para alcançar uma solução amistosa, é necessário que exista um consenso básico entre as partes, no qual se possa constatar sua vontade de por fim à controvérsia, no que tange ao mérito do assunto e às possíveis reparações, situação que não ocorreu no presente caso.

73. Este Tribunal observa que, no presente caso, a Comissão se colocou à disposição das partes para alcançar uma solução amistosa e os representantes e o Estado aceitaram este procedimento. Os representantes fizeram uma proposta de acordo amistoso durante esse procedimento. No entanto, o Estado não a aceitou e manifestou que “as petições [dos representantes] ultrapassa[vam] em demasia o objeto da solução amistosa”. Igualmente, a Comissão afirmou que considerou concluídas as negociações por não ter chegado a uma solução amistosa, depois da reunião celebrada na República Dominicana, em 24 de agosto de 2001, da qual participaram representantes do Estado, das crianças e da Comissão. Em 25 de setembro de 2001, o Estado concedeu as certidões de nascimento às crianças. Porém, em 17 de outubro de 2001, os representantes indicaram que este ato do Estado não constituía um acordo amistoso, já que sua proposta implicava a adoção de outras medidas, e reiteraram que não se encontravam em um processo formal de solução amistosa.
74. Do anteriormente exposto decorre que o procedimento de solução amistosa não foi concluído com um acordo expresso das partes para chegar ao término do assunto. Em consequência, a Corte considera improcedente a segunda exceção preliminar interposta pelo Estado.

\*\*\*

### **Terceira Exceção Preliminar Falta de competência *ratione temporis***

#### *Alegações do Estado*

75. O Estado argumentou que:

- a) A suposta violação aos direitos das crianças Yean e Bosico ocorreu em 5 de março de 1997 e o Estado reconheceu a competência contenciosa da Corte em 25 de março de 1999, isto é, dois anos depois da suposta violação;
- b) A Corte estabeleceu que não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção quando os fatos alegados são anteriores ao reconhecimento da competência do Tribunal; e
- c) Apesar de o Estado não ter invocado oportunamente a presente exceção preliminar, a Comissão sim a invocou, em seu devido momento, de modo que a Corte deve se pronunciar sobre a mesma.

#### *Alegações da Comissão*

76. A Comissão não se referiu à presente exceção preliminar.

#### *Alegações dos representantes*

77. Os representantes manifestaram, em suas alegações finais orais durante a audiência pública, que a tentativa do Estado de interpor uma nova exceção preliminar é extemporânea.

#### *Considerações da Corte*

78. Com respeito ao argumento do Estado sobre a alegada falta de competência *ratione temporis* da Corte Interamericana para conhecer dos fatos relacionados com este caso, ocorridos em 5 de março de 1997, com anterioridade ao reconhecimento pelo Estado de sua competência contenciosa, a Corte reitera que, como todo órgão com funções jurisdicionais, tem o poder inerente a suas atribuições de determinar o alcance de sua própria competência, já que o reconhecimento da mesma pelo Estado pressupõe a aceitação do direito do Tribunal de resolver qualquer controvérsia relativa à sua jurisdição,<sup>12</sup> de acordo com o estabelecido no artigo 62.1 da Convenção Americana. Em consequência, a Corte levará em consideração tanto a data de reconhecimento de sua competência contenciosa por parte da República Dominicana, como o princípio de irretroatividade, estabelecido no artigo 28 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, para determinar o alcance de sua competência no presente caso (pars. 100 a 108 e 132 *infra*).

79. Em razão do exposto anteriormente, a Corte considera improcedente a terceira exceção preliminar interposta pelo Estado.

12. *Cf. Caso Baena Ricardo. Competência.* Sentença de 28 de novembro de 2003. Série C Nº 104, par. 68; *Caso do Tribunal Constitucional. Competência.* Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C Nº 55, par. 33, e *Caso Ivcher Bronstein. Competência.* Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C Nº 54, par. 34.

## VI Prova

80. Antes de examinar as provas oferecidas, a Corte realizará, à luz do estabelecido nos artigos 44 e 45 do Regulamento, algumas considerações desenvolvidas na jurisprudência do Tribunal e que são aplicáveis a este caso.
81. Em matéria probatória rege o princípio do contraditório, que respeita o direito de defesa das partes. O artigo 44 do Regulamento contempla este princípio, no que se refere à oportunidade em que se deve oferecer a prova para que haja igualdade entre as partes.<sup>13</sup>
82. Segundo a prática do Tribunal, ao início de cada etapa processual as partes devem indicar quais provas oferecerão na primeira oportunidade concedida para se pronunciar por escrito. Ademais, em exercício dos poderes discricionários contempladas no artigo 45 de seu regulamento, a Corte ou seu Presidente poderão solicitar às partes elementos probatórios adicionais como prova para melhor decidir, sem que isso se traduza em uma nova oportunidade para ampliar ou complementar as alegações, exceto se o Tribunal o permitir expressamente.<sup>14</sup>
83. A Corte indicou, quanto à recepção e apreciação da prova, que os procedimentos seguidos perante si não estão sujeitos às mesmas formalidades das atuações judiciais internas e que a incorporação de determinados elementos ao acervo probatório deve ser efetuada prestando particular atenção às circunstâncias do caso concreto e tendo presentes os limites que impõe o respeito à segurança jurídica e ao equilíbrio processual das partes. Além disso, a Corte levou em conta que a jurisprudência internacional, ao considerar que os tribunais internacionais têm a possibilidade de apreciar e valorar as provas segundo as regras da crítica *sã*, não estabeleceu uma determinação rígida do quantum da prova necessária para fundamentar uma decisão. Este critério é válido para os tribunais internacionais de direitos humanos, que dispõem de amplas faculdades na apreciação da prova a eles oferecida sobre os fatos pertinentes, de acordo com as regras da lógica e com base na experiência.<sup>15</sup>
84. Com fundamento no anterior, a Corte procederá a examinar e avaliar os elementos probatórios documentais apresentados pela Comissão, pelos representantes e pelo Estado em diversas oportunidades processuais ou como prova para melhor decidir que lhes foi solicitada pelo Tribunal e seu Presidente, bem como a prova pericial e testemunhal apresentada perante a Corte durante a audiência pública, tudo o que conforma o acervo probatório do presente caso. Para tanto, o Tribunal se aterá aos princípios da crítica *sã*, dentro do marco legal correspondente.

### A) Prova Documental

85. A Comissão e os representantes remeteram declarações e um parecer autenticados, em resposta ao disposto pelo Presidente em sua Resolução de 31 de janeiro de 2005 (par. 44 *supra*). Estas declarações e o parecer se resumem a seguir.

### Declarações

#### a) Propostas pela Comissão Interamericana e pelos representantes

##### 1) Violeta Bosico, suposta vítima

Nasceu em 13 de março de 1985, na Maternidade do Seguro, em Sabana Grande de Boyá, República Dominicana. Sua mãe é Tiramen Bosico Cofi e seu pai é Delima Richard.

A testemunha vive com sua irmã Teresa Tucent Mena e sua família no Batey Palavé, em Manoguayabo. Cursa o segundo ano do segundo grau no Colégio de Manoguayabo no turno noturno. Espera ser a primeira de sua família a ir à universidade.

##### 2) Tiramen Bosico Cofi, mãe da criança Violeta Bosico

Nasceu em 24 de outubro de 1956, no Batey Las Charcas, em Sabana Grande de Boyá, República Dominicana. Tem seis filhos: Teresa, Daisy, Violeta, Heriberto, Rudelania e Esteban.

13. Cf. *Caso Acosta Calderón*. Sentença de 24 de junho de 2005. Série C Nº 129, par. 40; *Caso Yatama*. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C Nº 127, par. 106, e *Caso Fermín Ramírez*. Sentença de 20 de junho de 2005. Série C Nº 126, par. 43.

14. Cf. *Caso Acosta Calderón*, nota 13 *supra*, par. 41; *Caso Yatama*, nota 13 *supra*, par. 107, e *Caso Fermín Ramírez*, nota 13 *supra*, par. 44.

15. Cf. *Caso Acosta Calderón*, nota 13 *supra*, par. 42; *Caso Yatama*, nota 13 *supra*, par. 108, e *Caso Fermín Ramírez*, nota 13 *supra*, par. 45.

A testemunha deu esclarecimentos a respeito dos nomes de seus filhos. Referiu-se às dificuldades com o registro de suas filhas Violeta e Daisy. Teve de conseguir um “papel” com o prefeito, dizendo que Violeta havia nascido em sua casa, quando, na realidade, foi na Maternidade del Seguro de Sabana Grande de Boyá. Indicou assim porque a maternidade ficava muito longe de sua casa e não tinha nem o dinheiro nem o tempo para ir até este lugar conseguir a prova de que ela lá nascera.

A testemunha afirmou que para obter os documentos de seus filhos foi mais ou menos fácil para alguns deles e mais difícil para outros. Assegurou que foi mais fácil registrar seus filhos Heriberto e Rudelania, porque seu pai é da República Dominicana, tinha documento e ia com ela registrá-los. Com o registro de Esteban teve os mesmos problemas que com Violeta e Daisy. Quando foi com as pessoas do MUDHA registrar Violeta e Daisy, também queria fazer o mesmo com Esteban, mas não pôde.

Dois de seus filhos, Daisy e Esteban, continuam sem certidão de nascimento. Teme muito por Daisy estar fora da casa e da comunidade pois não possui documentos, e pensa que a qualquer momento podem prendê-la. Daisy parou de estudar porque sabia que na oitava série não poderia realizar as provas nacionais por falta de documentos. Daisy tem dois filhos que não possuem documentos, já que ela tampouco os tem. A testemunha não tentou registrar novamente seus filhos Daisy e Esteban porque não possui o dinheiro nem pode deixar de trabalhar para fazer as viagens para conseguir todos os documentos exigidos, e não sabe se os registrariam, mesmo tendo tudo arrumado.

Os funcionários de migração continuam detendo e deportando as pessoas por não terem documentos ou “melhor dizendo, por ser moreno”. A testemunha afirmou que se a detivessem não entregaria sua cédula de identidade, por medo de que a rasgassem e ficasse sem documentos, de maneira que preferiria ser levada ao Haiti com os documentos para poder regressar à República Dominicana, e que teve bastante temor de que algo lhes possa acontecer por estarem envolvidos neste caso.

Por último, a testemunha afirmou que não há nada que lhes possa recompensar por tudo o que passaram, mas pelo menos espera que lhes recompensem por todo o tempo e os gastos que realizaram por causa deste caso, e que seja concedida uma bolsa a Violeta para que possa continuar estudando na universidade.

### **3) Teresa Tucent Mena, irmã da criança Violeta Bosico**

Nasceu em 7 de julho de 1974. É filha de Tiramen Bosico Cofi e irmã de Violeta Bosico, que continua vivendo com a testemunha no Batey Palavé. Esclareceu que seu sobrenome correto é Tucent Mena, e não Tuseimena.

A testemunha acredita que para resolver este caso e para assegurar que os problemas de registro se resolvam seria justo que as mães sem documentos pudessem declarar ou registrar seus filhos apenas indo e se apresentando, e indicando algum documento de que seu filho nasceu na República Dominicana.

Espera que sua irmã Violeta possa ir à universidade, já que são pobres e seria bom que ela tivesse uma bolsa de estudo para continuar estudando.

Às vezes tem medo quando algo relacionado com o presente caso é publicado no âmbito nacional, porque sabe que há gente que diz que a testemunha e sua família estão denunciando a República Dominicana e que estão causando problemas por este caso. Por isso tem medo de que algo ruim lhes possa acontecer.

### **4) Dilcia Yean, suposta vítima**

Sua mãe é Leonidas Oliven Yean. Tem 8 anos. Vive na casa de seu tio em Santo Domingo. Atualmente estuda na primeira série da escola, mas vão passá-la para a segunda série antes de concluir o ano escolar, porque está avançada no curso. Quando for maior, quer trabalhar em um escritório próximo de sua família e ser advogada para ajudar as pessoas.

### **5) Leonidas Oliven Yean, mãe da criança Dilcia Yean**

Nasceu em 24 de agosto de 1972, no Batey Enriquillo, Sabana Grande de Boyá, República Dominicana. Desde o ano de 2001 vive em Santo Domingo, na casa de seu irmão Rufino.

Registrou sua filha, Magdalena, em outubro de 2004. Para tanto, pediram sua cédula de identidade e eleitoral, testemunhas, o papel da igreja e o papel do prefeito. Para resolver os problemas de inscrição das crianças, o Estado deve registrar as crianças na mesma escola.

*Perícia**b) Proposta pelos representantes***1) Samuel Martínez, antropólogo**

Os dominicanos-haitianos não apenas estão lutando pela cidadania legal, mas também pela cidadania cultural, para que se dê um reconhecimento mais amplo de seu pertencimento à República Dominicana e para que formem parte deste país legitimamente. A cidadania cultural é um termo amplo criado por estudiosos do direito e por pesquisadores sociais para descrever estas suposições não declaradas sobre quem, em termos de raça-etnia-classe, pertence totalmente à nação e define sua identidade fundamental. A exclusão da cidadania cultural pode ter consequências sociais, econômicas e psicológicas negativas para as pessoas internamente colonizadas ou para as minorias étnico-raciais desfavorecidas, que são relegadas a uma duradoura condição de cidadãos de segunda classe, ou aos que tem a cidadania totalmente negada.

Destacados líderes de opinião na República Dominicana se opõem aos direitos dos imigrantes haitianos e costumam falar dos haitianos como uma massa homogênea, sem distinguir entre dominicanos-haitianos e cidadãos haitianos, sugerindo e afirmando, às vezes explicitamente, que os nascidos na República Dominicana são tão haitianos quanto seus pais nascidos no Haiti. Por sua vez, as pesquisas sociais sugerem que os dominicanos-haitianos são culturalmente dominicanos, que são leais à República Dominicana e buscam obter a cidadania legal na terra que lhes viu nascer e o único país que conhecem.

O registro civil tardio é, com frequência, a única via de que dispõem os dominicanos-haitianos para obter uma certidão oficial. Muitos haitianos na República Dominicana decidem dar à luz a seus filhos em casa, ao invés de ir a um centro médico, devido à escassez de recursos econômicos e à dificuldade de ter acesso a meios de transporte adequados desde os remotos assentamentos rurais, ou devido ao temor de que o pessoal do hospital ou os agentes de polícia os denunciem, já que muitos são residentes ilegais. Nos últimos anos, funcionários de hospitais negaram a certidão de nascimento inclusive aos haitianos que nasceram em hospitais.

O recrutamento de haitianos é, frequentemente, permitido e inclusive apoiado pelos agentes dominicanos encarregados de fazer cumprir a lei, já que relativamente poucos haitianos se atreveriam a se aventurar pela primeira vez em um país onde não conhecem ninguém, não falam o idioma e não possuem garantias de emprego.

Os haitianos e seus filhos nascidos na pobreza, nos bateyes, estão dispostos a trabalhar por salários inferiores aos que aceitariam os dominicanos para um trabalho que exige um grande esforço ou perigo.

O desejo e a tendência de regressar a seus lares no Haiti foi especialmente forte entre os imigrantes haitianos. A este respeito, nove entre cada dez homens que migram para a República Dominicana para cortar cana voltam para casa em um prazo de dois anos. Os haitianos que permanecem na República Dominicana o fazem porque formaram famílias nesse país.

Por outro lado, em relação ao mundo da globalização, onde o fluxo das transações econômicas e culturais leva a uma demanda cada vez maior por viagens ao exterior, aumenta-se a marginalidade dos apátridas. A capacidade de viajar ao exterior não é um luxo, mas uma necessidade para ter acesso a um melhor nível de vida para centenas de milhares de dominicanos, uma oportunidade da qual estão excluídos os dominicanos-haitianos apátridas, por não contarem com a documentação requerida.

Igualmente, a falta de documentos expõe os dominicanos-haitianos à violação às suas garantias processuais, dado que no momento da prisão são deportados ao Haiti sem nenhum tipo de revisão ou recurso judicial.

Com relação à educação, uma criança sem registro civil não pode se matricular nas escolas secundárias nem na universidade. Para as crianças de origem haitiana de classe trabalhadora, a educação superior é praticamente a única via confiável para ascender na escala social e econômica.

A pobreza, a falta de água potável segura, a infraestrutura de saneamento inadequada e as condições de desmoraçamento e superlotação nas residências expõem a população haitiana a um risco maior de doenças e morte por conta de agentes patogênicos que contaminam a água e dos insetos.

Por último, a negação do registro civil nega também aos dominicanos-haitianos, quase inevitavelmente, uma série de direitos humanos, fecha a porta à prosperidade econômica e à inclusão social, e frustra as possibilidades de que alcancem todo seu potencial humano.

*B) Prova Testemunhal e Pericial*

86. Nos dias 14 e 15 de março de 2005, a Corte recebeu em audiência pública as declarações das testemunhas propostas pela Comissão, pelos representantes e pelo Estado, e dos peritos propostos pela Comissão Interamericana e pelos representantes (par. 47 supra). A seguir, o Tribunal resume as principais partes destas declarações e perícias.

*Testemunhas*

*a) Proposta pela Comissão e pelos representantes*

**1) Genaro Rincón Miesse, advogado**

É de nacionalidade dominicana, residente na cidade de Santo Domingo e advogado de profissão. Trabalhou na organização Movimiento de Mujeres Domínico-Haitianas (MUDHA) como assessor jurídico.

Os obstáculos para registrar uma criança de descendência haitiana são a quantidade de requisitos exigidos e a falta de acesso dos pais “braceros” à identificação requerida pelo Oficial do Estado Civil, seja a cédula de identidade e eleitoral ou o comprovante de residência, já que estes podem contar apenas com uma carta emitida pelo Conselho Estatal do Açúcar.

A Junta Central Eleitoral estabelece os requisitos de registro civil, os quais, para crianças até 12 anos, eram os seguintes em 1997: o comprovante de nascimento expedido por um hospital ou clínica, e no caso de que a pessoa nasça fora do hospital ou clínica, se for na zona urbana, uma declaração prestada pela parteira perante um notário, indicando o nascimento da criança, e se for na zona rural, uma declaração do prefeito “pedáneo” (auxiliar), confirmada pela parteira; a documentação dos pais; e a certidão de casamento, se os pais estiverem casados. Para o registro de crianças maiores de 12 anos, em 1997, eram exigidos os seguintes 11 requisitos: a constância de nascimento, como explicou-se anteriormente; a documentação dos pais; a certidão de casamento; as certificações de todas as repartições do registro civil na província indicando que a criança não havia sido registrada; certificado escolar; certificado de batismo; declaração juramentada por três testemunhas maiores de 50 anos que saibam ler e escrever; as cédulas de identidade e eleitoral das três testemunhas; duas fotografias da pessoa; certidão que indicasse se a pessoa havia ou não recebido sua cédula de identidade; e carta dirigida à Junta Central Eleitoral, solicitando a autorização para o registro tardio. Os oficiais de registro não aplicam estes requisitos de maneira coerente. Nas repartições públicas onde vive a população haitiana, a exigência dos requisitos não era constante, comparando-se com as repartições do registro civil onde não existe população imigrante haitiana, as quais são mais flexíveis.

Em 5 de março de 1995, (sic) apresentou-se ao Cartório do Estado Civil de Sabana Grande de Boyá para registrar 20 crianças, incluindo as crianças Yean e Bosico. A documentação apresentada no caso de Dilcia Yean foi a cédula de identidade e eleitoral de sua mãe, e a constância de nascimento do hospital de Sabana Grande de Boyá, e no caso de Violeta Bosico, a cédula de sua mãe, Tiramen Bosico, e a constância de nascimento expedida pelo prefeito “pedáneo” de Sabana Grande de Boyá.

A licenciada Thelma Bienvenida Reyes, Oficial do Estado Civil, negou-se a aceitar a documentação porque filhos de imigrantes haitianos não podiam ser registrados, já que seus pais são ilegais. Se os pais são haitianos, as crianças também são haitianas, já que os pais estão em trânsito. A Oficial acrescentou que estas eram ordens superiores, as quais tinha por escrito, apesar de ter se negado a mostrar o documento. E procedeu a comentar sobre a natureza “estranha”, “africanizada” ou haitiana dos sobrenomes das crianças. Finalmente, a Oficial dirigiu-os ao Departamento de Migração do Município de Cabecera da Província de Monte Plata.

Nesse mesmo dia foi ao Departamento de Migração acompanhado da promotora do MUDHA. O inspetor deste Departamento em Monte Plata respondeu-lhe de maneira similar à Oficial do Estado Civil. Dali se dirigiu à Direção Geral de Migração em Santo Domingo, no Departamento de Assuntos Haitianos, onde verificou que o Departamento de Migração tinha poder para realizar o registro de filhos de haitianos.

Recorreu ao Promotor Público porque a este funcionário compete garantir os direitos dos cidadãos e também compete o processo de registro tardio, já que uma vez que o registro tardio é apresentado ao Cartório do Estado Civil este é enviado para a consideração do Promotor Público para determinar se é

precedente. Comunicou-se seis vezes com o Promotor Público, quem lhe respondeu que estava esperando a decisão de seu chefe, o licenciado Juan Serrano. Finalmente, o Promotor Público negou a petição por não cumprir a exigência processual e remeteu-a novamente ao Cartório do Estado Civil.

Decidiu não apelar perante a Junta Central Eleitoral porque no passado este órgão não deu resposta às petições postas à sua consideração. Existe uma apatia das autoridades responsáveis. Ademais, nessa época não existia nenhum recurso de amparo para decisões administrativas.

A criança Violeta Bosico foi expulsa da escola pela diretora, já que não tinha a certidão de nascimento; conseqüentemente, a criança foi registrada na escola noturna. Entretanto, ela voltou a estudar na escola diurna uma vez que a Comissão emitiu as medidas cautelares (par. 8 supra). Além disso, a Junta Central Eleitoral concedeu as certidões de nascimento, mas o fez em uma jurisdição diferente à que correspondia e com a apresentação dos mesmos documentos antes indicados.

O caso da criança Violeta Bosico não é o único caso de crianças que não podem ter acesso à educação. Casos semelhantes foram documentados pelas organizações não governamentais MUDHA e pelo Comitê Dominicano de Direitos Humanos.

#### *b) Propostas pelo Estado*

#### **2) Amada Rodríguez Guante, Diretora da Escola Básica de Palavé**

É diretora da Escola Básica de Palavé, onde estudava a criança Violeta Bosico. A criança Violeta Bosico completou a educação básica em oito cursos. Esta escola, como toda instituição, está regida por uma lei e em vista disso possui um regulamento, o qual dispõe que a certidão de nascimento é um requisito para a inscrição das crianças. Um dos requisitos consiste em solicitar à mãe a certidão de nascimento quando esta vai inscrever suas crianças na escola. A criança Violeta Bosico decidiu sair da escola diurna para o turno noturno, onde fez dois anos no período acadêmico de um ano. O turno noturno é apenas para adultos, isto é, maiores de 18 anos, como ordena a lei, mas também podem cursá-lo pessoas que não sejam adultas. Não poderia assegurar exatamente a idade da criança Violeta Bosico quando cursava o turno noturno para adultos. Os pais têm o direito de decidir em qual centro podem estudar seus filhos. A certidão de nascimento se requer para evitar que a criança venha com outro nome, ou com um sobrenome diferente. A criança Violeta Bosico esteve registrada desde o início de seus estudos com o sobrenome Richard e, posteriormente, na oitava série, quando apresentou o documento, apareceu com o sobrenome Bosico.

#### **3) Thelma Bienvenida Reyes, Oficial do Estado Civil de Sabana Grande de Boyá**

Uma certidão oportuna é a que se registra até os 60 dias de nascimento. No entanto, pode haver variações caso se resida na zona rural ou na zona urbana, 60 dias para declarar na zona urbana e 90 dias para declarar na zona rural. Os requisitos necessários para realizar um registro oportuno são a certidão de nascimento do hospital ou clínica ou do prefeito “pedáneo” e a cédula de identidade e eleitoral dos pais, e se forem casados, sua certidão de casamento. O registro pode ser feito pela mãe, por seus pais, pela parteira, e qualquer pessoa pode servir como testemunha. Para o registro tardio se requer a mesma certidão de nascimento, a cédula de identidade dos pais, um comprovante de escolaridade se estiverem estudando ou não e uma certidão da igreja se forem batizados ou não. No caso das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, não era possível o registro porque não apresentaram a cédula de identidade e eleitoral, apenas apresentaram a certidão do prefeito e outra do hospital. A idade das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico quando compareceram era, respectivamente, de aproximadamente um ano e de 11 a 12 anos. Existe uma comunicação do senhor Manuel Ramón Morel Cerda, Presidente da Junta Central Eleitoral, referente aos atos realizados, na qual se admite que a atuação está em conformidade com a lei. O Promotor Público não é competente para aplicar requisitos para registros tardios; para apelar de uma decisão negativa no registro de nascimento existe o tribunal hierárquico, que é a Junta Central Eleitoral, depois existe o procedimento do Promotor Público, e também existe o processo de amparo. Quando o registro é tardio, é possível solicitar todos os documentos de prova que se considerem necessários, ainda que não estejam contemplados como requisitos nas resoluções da Junta Central Eleitoral.



*Perícias**c) Propostas pela Comissão e os representantes***1) Débora E. Soler Munczek, psicóloga**

Entrevistou as crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, bem como seus familiares, nos dias 1, 2 e 3 de fevereiro de 2005. Constatou o ambiente de discriminação e estigma contra as pessoas de ascendência haitiana que residem na República Dominicana, o qual permeia a estrutura psicológica não apenas das supostas vítimas e de suas famílias, mas também da comunidade inteira. Ambas as crianças demonstram uma adaptação social aceitável; entretanto, sua autoestima, autopercepção e a concepção de confiança, de segurança pessoal e do mundo foram afetadas significativamente por causa deste ambiente de discriminação e estigma. As supostas vítimas e suas famílias têm medo de represálias que podem sofrer pelo fato de defender seus direitos; e ainda que as famílias estejam mais tranquilas pelo fato de terem recebido as certidões de nascimento expedidas pelo Estado, seu temor de serem deportadas persiste. Ambas as famílias consideram a educação das crianças Dilcia e Violeta como um elemento essencial para seu futuro socioeconômico, razão pela qual fizeram grandes sacrifícios econômicos e jurídicos para preservar este direito.

**2) Frederick John Packer, advogado e professor**

Os assuntos relacionados com a nacionalidade eram, tradicionalmente, de foro estatal, mas princípios de Direito Internacional, tais como o direito das pessoas a não serem apátridas e o dever dos Estados de proteger os direitos humanos, limitaram este poder nos últimos anos. A nacionalidade como termo jurídico se define tradicionalmente com base em dois princípios: o sanguíneo (a herança familiar) e o de lugar de nascimento. No entanto, tratados internacionais – tais como a Convenção para a Redução dos Casos de Apátrida das Nações Unidas e a Convenção Europeia sobre Nacionalidade – e tribunais internacionais – tais como a Corte Interamericana de Direitos Humanos e a Corte Internacional de Justiça – adotaram o princípio de vínculo efetivo entre o indivíduo e o Estado para definir a nacionalidade. Esta mudança reflete o interesse dos Estados em melhorar as relações entre si e seu desejo de proteger os direitos humanos, em particular de pessoas vulneráveis como crianças e mulheres.

O vínculo efetivo entre o indivíduo e o Estado pode ser demonstrado por meio de diversos elementos tomados em conjunto. Assim, qualquer fato ou ação por parte do indivíduo ou do Estado que demonstre uma união real entre ambos serve para satisfazer este propósito: por exemplo, o lugar de nascimento e o lugar de residência, ou a identificação do solicitante com as pessoas deste Estado.

Os Estados podem escolher o procedimento administrativo que desejem para conceder a nacionalidade às pessoas que a solicitarem. No entanto, estes têm uma obrigação de fazer o processo simples e razoável, especialmente quando os peticionários são pessoas que de outra forma se tornariam apátridas. Os dois tratados internacionais mencionados anteriormente ordenam ao Estado conceder automaticamente a nacionalidade a qualquer pessoa nascida em seu território e que de outra maneira ficaria apátrida. Em outros casos se concede a nacionalidade mediante um pedido que se faz após um período de residência (seja de 3 ou 5 anos, dependendo do tratado).

Ainda que relacionados, os processos de nacionalidade e de registro civil são diferentes e servem para propósitos diferentes. O processo de nacionalização serve para estabelecer formalmente o vínculo entre o indivíduo e o Estado; assim, o indivíduo pode acudir à proteção do Estado. Por outro lado, o processo de registro civil serve principalmente ao interesse do Estado de controlar a saúde, a segurança e a ordem pública.

É razoável para os Estados que optam por usar o sistema de registro como parte do processo de nacionalização utilizar documentos que estabeleçam a identidade da pessoa, tais como a certidão de nascimento, a certidão de batismo ou uma declaração da pessoa que atendeu o parto. Entretanto, não é razoável solicitar todos estes documentos de uma vez, nem pedir documentos que demonstrem o status migratório legal do pai ou da mãe do solicitante ou a existência de um vínculo matrimonial formal entre eles. Primeiro, solicitar todos estes documentos de uma vez criaria uma sobrecarga financeira e de tempo inaceitável. Segundo, solicitar documentos probatórios do vínculo matrimonial ou de um status migratório dos pais constitui uma discriminação por origem e por pertencimento a um grupo social. Em terceiro lugar, documentos que demonstrem a relação dos pais do solicitante com o Estado são irrelevantes, já que o vínculo a demonstrar é o existente entre o solicitante e o Estado.

No caso das crianças Yean e Bosico está claro que sua conexão, a composição de sua vida e suas relações se dão com a República Dominicana, de maneira que elas não poderiam ter a nacionalidade haitiana, pois não existe vínculo real entre estas crianças e o Estado do Haiti. No procedimento administrativo da República Dominicana, requerer uma lista de documentos de forma conjunta representa uma sobrecarga significativa para o solicitante, além de ser redundante, já que apenas um dos documentos pode satisfazer o objetivo de documentar a identidade do solicitante e o vínculo deste com o Estado. Nenhum procedimento de nacionalização, dos 55 países sobre os quais tem conhecimento a testemunha, requerem de maneira simultânea todos estes requisitos ou documentos. O argumento de solicitar todos estes documentos para prevenir uma possível fraude eleitoral não é sustentável, já que a República Dominicana pode alcançar este interesse por meio de procedimentos de registro apropriados que não afetem o processo para obter a nacionalidade.

Finalmente, ainda que o Direito Internacional não defina o conceito de “pessoas em trânsito”, este não é importante no momento de decidir se uma pessoa tem certa nacionalidade, já que o importante é a existência do vínculo real entre o indivíduo e o Estado.

### C) *Apreciação da Prova*

#### *Apreciação da Prova Documental*

87. Neste caso, como em outros,<sup>16</sup> o Tribunal admite o valor probatório dos documentos apresentados pelas partes em sua oportunidade processual, ou como prova para melhor decidir de acordo com o artigo 45 de seu regulamento, que não foram controvertidos nem objetados, nem cuja autenticidade foi posta em dúvida.
88. A Corte agrega ao acervo probatório, de acordo com o artigo 45.1 do Regulamento, e por considerá-los úteis para resolver este caso, os documentos apresentados pelos representantes, indicados como prova superveniente<sup>17</sup> (par. 48 supra); os documentos juntados pelos representantes como anexos a suas alegações finais escritas<sup>18</sup> (par. 49 supra); os documentos apresentados pela primeira vez pelo Estado como anexos a suas alegações finais escritas<sup>19</sup> (par. 49 supra), e os documentos apresentados pelo Estado em 10 de janeiro, 24 de maio e 5 de setembro de 2005.<sup>20</sup>
89. Em aplicação do disposto no artigo 45.1 do Regulamento, a Corte incorpora ao acervo probatório do caso os documentos apresentados pelo Estado, pela Comissão e pelos representantes que foram requeridos pelo Tribunal como prova para melhor decidir (pars. 50 e 51 supra), a saber, uma cópia da Lei nº 8-92, de 13 de abril de 1992, apresentada pelas três partes, e uma cópia da Resolução da Junta Central Eleitoral nº 5/88, de 8 de junho de 1988, apresentada pelo Estado e pelos representantes, já que os mesmos resultam úteis para a resolução do presente caso. No que se refere à solicitação do Tribunal de que as partes apresentassem como prova para melhor decidir os anexos à “demanda com pedido de autorização de registros tardios [...]”, apresentada em 11 de setembro de 1997 perante o Promotor Público do Distrito Judicial de Monte Plata, República Dominicana, a Corte toma nota do expressado pelo Estado<sup>21</sup> e pela Comissão,<sup>22</sup> os quais não

16. Cf. *Caso Acosta Calderón*, nota 13 supra, par. 45; *Caso Yatama*, nota 13 supra, par. 112, e *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa*. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C Nº 125, par. 40.

17. A saber: Código para o Sistema de Proteção e dos Direitos Fundamentais de Crianças e Adolescentes (Lei nº 136 – 03), promulgado em 7 de agosto de 2003; Lei nº 285 – 04 de Migração da República Dominicana, promulgada em 15 de agosto de 2004; lista dos requisitos para registro tardio de nascimento de pessoas maiores de 16 anos, emitida pela Junta Central Eleitoral em 11 de dezembro de 2003; Resolução nº 07/2003, “Resolução sobre registros tardios de pessoas maiores de dezesseis anos de idade”, emitida pela Junta Central Eleitoral em 17 de novembro de 2003, e o manual ou instrutivo para a aplicação da resolução nº 7/2003 de 17 de novembro de 2003 da Junta Central Eleitoral relativo à instrumentalização de registros tardios de pessoas maiores de dezesseis anos de idade.

18. A saber: cópia da decisão de 6 de agosto de 1988 da Corte Suprema de Justiça “sobre a ação de inconstitucionalidade e nulidade, e das resoluções emitidas pelo Senado e a Câmara de Deputados da República”, e vários comprovantes de gastos do CEJIL no caso das Crianças Yean e Bosico.

19. A saber: certidão de nascimento da senhora Solain Pierre; certidão da Oficial do Estado Civil de Sabana Grande de Boyá de 6 de novembro de 2003; ofício do Promotor Público do Distrito Nacional dirigido ao Presidente da Sala Civil e Comercial do Juízo de Primeira Instância do Distrito Nacional, solicitando ratificar registros tardios de nascimento; Resolução da Suprema Corte de Justiça da República Dominicana de 24 de fevereiro de 1999; manuscrito do Estado intitulado “Reclamações dos petionários durante a solução amistosa perante a [Comissão]”; certidão da Diretora da Escola Básica Palavé de 6 de novembro de 2003; certidão da Associação Dominicana de Professores de 11 de março de 2005; Diploma de Conclusão da Educação Básica da criança Violeta Bosico de 1 de julho de 2004; certidão da Sociedade de Pais e Amigos da Escola Básica Palavé de 11 de março de 2005, e certidão da Junta de Vizinhos Las Mercedes de 11 de março de 2005.

20. A saber: documento intitulado *The uses of Children: A Study of Trafficking in Haitian Children, USAID/Haiti Mission, Port-au-Prince, Haiti, July 14, 2004*, de Glenn R. Smucker e Gerald F. Murray; Resolução da Junta Central Eleitoral nº 11-89, de 22 de agosto de 1989, e certificado emitido em 7 de março de 2005 pelo diretor do “subcentro de saúde” de Sabana Grande de Boyá, República Dominicana.

21. O Estado assinalou que “[t]odos os autos em questão foram devolvidos aos petionários”.

22. A Comissão afirmou que espera que o Estado e os representantes “se encontrem em capacidade de juntar [...] a documentação apresentada no âmbito interno”.

enviaram os anexos alegando que não os tinham em seu poder, e os representantes unicamente enviaram os anexos que já constavam nos autos do caso, e afirmaram que, “apesar de o pedido perante o Promotor Público ter sido apresentado em favor de um grupo de crianças de ascendência haitiana, [...] apresenta[vam] unicamente os documentos correspondentes às crianças Yean e Bosico”. Tendo em vista o anterior, a Corte faz notar que as partes devem prover todos os elementos probatórios requeridos de ofício, como prova para melhor decidir ou à pedido de parte, já que o Tribunal deve contar com o maior número de elementos de juízo para valorar e chegar a conclusões sobre os fatos.

90. Do mesmo modo, a Corte agrega os seguintes documentos ao acervo probatório, em aplicação do artigo 45.1 do Regulamento, por considerá-los úteis para a resolução deste caso: a) Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Escritório de Desenvolvimento Humano da República Dominicana, Relatório Nacional de Desenvolvimento Humano 2005 – Em direção a uma inserção mundial inclusiva e renovada; b) Nações Unidas, Comitê dos Direitos da Criança, Exame dos relatórios apresentados pelos Estados Partes de acordo com o Artigo 44 da Convenção. Observações Finais do Comitê dos Direitos da Criança. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, 21 de fevereiro de 2001; c) World Bank, Dominican Republic Poverty Assessment: Poverty in a High-Growth Economy (1986 – 2000), 2 volumes, 2001; d) Bridget Wooding e Richard Moseley-Williams, Imigrantes haitianos e dominicanos de ascendência haitiana na República Dominicana. Santo Domingo, República Dominicana: Cooperação Internacional para o Desenvolvimento e Serviço Jesuíta a Refugiados e Migrantes, 2004; e) Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, Comentários do Governo da República Dominicana às observações finais do Comitê dos Direitos Humanos, UN Doc. CCPR/CO/71/DOM/Add.1, 28 de maio de 2002; f) Organização dos Estados Americanos, Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos 1991, OEA/Ser.L/V/II.81, doc. 6 rev. 1, de 14 de fevereiro de 1992; g) Organização dos Estados Americanos, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos na República Dominicana, OEA/Ser.L/V/II.104, doc. 49 rev. 1, de 7 de outubro de 1999, e h) Nações Unidas, Comissão de Direitos Humanos, “Os direitos humanos e a extrema pobreza”, relatório apresentado pela especialista independente encarregada da questão dos direitos humanos e a extrema pobreza, Sra. A. M. Lizin, de acordo com a resolução 2002/30 da Comissão de Direitos Humanos, Adendo: MISSÃO À REPÚBLICA DOMINICANA. UN Doc. E/CN.4/2003/52/Add.1, 16 Janeiro de 2003.
91. A Corte admite as declarações autenticadas prestadas pelas crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico (pars. 85.a.4 e 85.a.1 supra), e pelas senhoras Tiramen Bosico Cofi, Leonidas Oliven Yean e Teresa Tucent Mena (pars. 85.a.2, 85.a.5 e 85.a.3 supra), na medida em que concordem com o objeto da declaração, e as aprecia com o conjunto do acervo probatório. Este Tribunal considera que por se tratar das supostas vítimas e de seus familiares, e por terem interesse direto neste caso, suas manifestações não podem ser apreciadas isoladamente, mas dentro do conjunto das provas do processo. As manifestações das supostas vítimas têm um valor especial, assim como as manifestações dos familiares, já que são eles quem podem proporcionar melhor informação sobre as consequências das violações que podem ter sido perpetradas contra eles.<sup>23</sup>
92. Em relação ao parecer apresentado pelo senhor Samuel Martínez (par. 85.b.1 supra), o qual o Estado objetou por considerar que o presente caso “não constitui uma class action que pretenda agrupar todas as crianças de origem haitiana, nem se refere aos nacionais deste país, de maneira que seria totalmente irrelevante e improcedente que [o senhor Martínez] se manifeste sobre aspectos de migração haitiana e discriminação”, este Tribunal o admite por considerá-lo útil para resolver o presente caso; entretanto, toma em conta as objeções do Estado e as aprecia com o conjunto do acervo probatório e conforme as regras da crítica sã.
93. A respeito das referidas declarações das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico e das senhoras Tiramen Bosico Cofi, Teresa Tucent Mena, e Leonidas Oliven Yean, bem como ao parecer do senhor Samuel Martínez, os quais se encontram autenticados, mas não foram prestados perante agente dotado de fé pública, a Corte os admitiu como o fez em outras ocasiões, posto que não se afeta a segurança jurídica nem o equilíbrio processual entre as partes.<sup>24</sup>
94. Em relação às declarações prestadas pela senhora Leonidas Oliven Yean, em 9 de junho ou 25 de julho de 1999 e em 24 de julho de 2001; a declaração prestada pela senhora Tiramen Bosico Cofi em 11 de julho de 1999, e a declaração prestada pelo senhor Genaro Rincón Miesse, em 9 de agosto de 1999, juntadas ao processo pela

23. Cf. *Caso Yatama*, nota 13 supra, par. 116; *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa*, nota 16 supra, par. 43, e *Caso da Comunidade Moiwana*, nota 8 supra, par. 84.

24. Cf. *Caso Yatama*, nota 13 supra, par. 116, *Caso das Irmãs Serrano Cruz*. Sentença de 1 de março de 2005. Série C Nº 120, par. 39, e *Caso Lori Berenson Mejía*. Sentença de 25 de novembro de 2004, Série C Nº 119, par. 82.

Comissão, pelos representantes e pelo Estado como prova documental, anexadas a seus respectivos escritos de demanda, de petições e argumentos, e de contestação da demanda, o Estado assinalou que continham contradições ou imprecisões. Em razão do anterior, a Corte as admite, levando em conta as objeções do Estado, e as aprecia dentro do contexto do acervo probatório e não de forma isolada.

95. No que se refere à certidão de nascimento da criança Violeta Bosico, emitida em 3 de março de 1997 pelo prefeito “pedáneo” da Segunda Circunscrição de Sabana Grande de Boyá, o Estado objetou a veracidade do lugar de nascimento indicado na referida certidão, com fundamento no fato de a senhora Tiramén Bosico ter declarado perante o referido prefeito que a criança nasceu em sua residência, e em que na declaração prestada por esta senhora em 2 de fevereiro de 2005, autenticada pelo licenciado Marcelino da Cruz, esclareceu que a criança “nasceu na Maternidad del Seguro de Sabana Grande de Boyá”. A Corte observa, por um lado, que a objeção do Estado se refere ao lugar de nascimento da criança Violeta Bosico, no sentido de se esta nasceu na casa de sua mãe ou em uma maternidade; ou seja, os demais elementos que constam da certidão, a saber, o nome da criança, sua data de nascimento, o nome de sua mãe e o fato de que nasceu na República Dominicana, não foram objetados nem controvertidos pelo Estado. Em consequência, este Tribunal considera que, por não ter questionado o fato de que a criança Violeta Bosico nasceu na República Dominicana, o objeto da impugnação do Estado não afeta a decisão da Corte a respeito da matéria do presente caso.
96. Quanto aos documentos de imprensa apresentados pelas partes, este Tribunal considerou que poderiam ser apreciados quando reúnam fatos públicos e notórios ou declarações de funcionários do Estado, ou quando corroborem aspectos relacionados com o caso.<sup>25</sup>

#### Apreciação da Prova Testemunhal e Pericial

97. A respeito do testemunho do senhor Genaro Rincón Miesse (par. 86.a.1 supra), e dos pareceres da senhora Débora E. Soler Munczek e do senhor Frederick John Packer (pars. 86.c.1 e 86.c.2 supra), este Tribunal os admite por considerá-los úteis para resolver o presente caso, mas também leva em conta as indicações do Estado a respeito dos peritos, e os aprecia com o conjunto do acervo probatório, conforme as regras da crítica são.
98. No tocante ao testemunho da senhora Thelma Bienvenida Reyes (par. 86.b.3 supra), o qual não foi objetado nem controvertido, o Tribunal o admite e lhe concede valor probatório. Quanto ao testemunho de Amada Rodríguez Guante (par. 86.b.2 supra), faz-se notar que, durante a audiência pública, foi modificado o objeto de seu testemunho e, em seu lugar, determinou-se que a referida senhora deveria declarar sobre a escolarização da criança Violeta Bosico e os supostos danos morais sofridos por terem perdido um ano de escolaridade, o que não foi objetado nem controvertido, de modo que a Corte o admite na medida em que concorde com o objeto do interrogatório, e lhe concede valor probatório.
99. Nos termos do que foi mencionado acima, a Corte apreciará o valor probatório dos documentos, declarações e perícias apresentados por escrito ou prestados perante si. As provas apresentadas durante o processo foram integradas a um único acervo, que se considera como um todo.<sup>26</sup>

## VII

### Considerações prévias

100. A Corte considera necessário fazer alguns esclarecimentos sobre sua competência no presente caso, antes de analisar o mérito da controvérsia, em consideração de que a República Dominicana reconheceu a competência contenciosa da Corte em 25 de março de 1999.
101. A Comissão, em sua demanda, afirmou que não pretende que a Corte estabeleça violações pelos fatos ocorridos com anterioridade a 25 de março de 1999 e afirmou que os fatos ocorridos antes desta data “são apresentados à [...] Corte como antecedentes das violações imputáveis ao Estado a partir de sua aceitação da jurisdição contenciosa da Corte”.

25. Cf. *Caso Yatama*, nota 13 supra, par. 119; *Caso Fermín Ramírez*, nota 13 supra, par. 51, e *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa*, nota 16 supra, par. 46.

26. Cf. *Caso Acosta Calderón*, nota 13 supra, par. 49; *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa*, nota 16 supra, par. 49, e *Caso das Irmãs Serrano Cruz*, nota 24 supra, par. 46.

102. A este respeito, os representantes afirmaram que “a Corte tem plena competência para resolver casos nos quais se alegam violações por parte do Estado [à] Convenção a partir de 25 de março de 1999” e informaram que “reconhece[m] que a situação de desamparo das crianças também é resultado de fatos ocorridos com anterioridade [a esta data, os quais a] Corte deveria considerar [...] como antecedentes”.
103. Por sua vez, o Estado manifestou que “a competência temporal da Corte [...] está limitada ao momento em que o Estado aceitou esta competência”.
104. Ao determinar se tem ou não competência para conhecer de um caso, de acordo com o artigo 62.1 da Convenção Americana, a Corte deve tomar em consideração tanto a data de reconhecimento da competência por parte do Estado quanto o princípio de irretroatividade, disposto no artigo 28 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados de 1969, o qual se aplica à vigência dos efeitos jurídicos do reconhecimento da competência do Tribunal.<sup>27</sup>
105. Este princípio estabelece que a Corte não pode exercer sua competência contenciosa para aplicar a Convenção e declarar uma violação a suas normas quando os fatos alegados ou a conduta do Estado demandado que possa implicar responsabilidade internacional são anteriores ao reconhecimento da competência do Tribunal.
106. Deste modo, o Tribunal é competente para conhecer e declarar violações à Convenção em duas situações distintas: quando os fatos violatórios são posteriores à data de reconhecimento de sua competência ou quando se trata de uma violação contínua ou permanente que persiste depois do reconhecimento, ainda que seu início seja anterior a este.<sup>28</sup>
107. Além disso, ao interpretar a Convenção conforme seu objeto e seu fim, a Corte deve atuar de maneira a preservar a integridade do mecanismo previsto no artigo 62.1 da Convenção. Seria inadmissível subordinar tal mecanismo a restrições que tornem inoperante o sistema protetivo dos direitos humanos, previsto na Convenção e, conseqüentemente, a função jurisdicional da Corte.<sup>29</sup>
108. Em razão de tudo o que foi exposto, a Corte considera necessário estabelecer que, apesar de que os fatos apresentados pela Comissão Interamericana como antecedentes terem tido lugar com anterioridade a 25 de março de 1999, alguns destes fatos poderiam persistir depois da data na qual o Estado reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana (par. 4 supra), situações que serão examinadas pelo Tribunal no presente caso.

## VIII Fatos Provados

109. A Corte considera provados os fatos que formam parte dos antecedentes e do contexto do caso, os quais serão abordados no exercício de sua competência e se detalham a seguir:

### **Antecedentes**

#### **Contexto social**

- 109.1. As primeiras grandes migrações de haitianos para a República Dominicana ocorreram durante as primeiras três décadas do século 20, quando ao redor de 100 mil pessoas se mudaram aos campos açucareiros daquele país. Os engenhos dominicanos estiveram, em um primeiro momento, sob o controle de empresas privadas e, posteriormente, em sua maioria, passaram ao controle do Conselho Estatal do Açúcar (CEA). Muitos migrantes haitianos passaram a viver de forma permanente na República Dominicana, constituíram família neste país e agora vivem com seus filhos e netos (segunda e terceira gerações de dominicanos de ascendência haitiana), que nasceram e viveram na República Dominicana.<sup>30</sup>

27. Cf. *Caso da Comunidade Moiwana*, nota 8 supra, pars. 38 e 39; *Caso Caesar*. Sentença de 11 de março de 2005. Série C Nº 123, par. 108, e *Caso das Irmãs Serrano Cruz. Exceções Preliminares*, nota 7 supra, pars. 64 e 65.

28. Cf. *Caso da Comunidade Moiwana*, nota 8 supra, pars. 38 e 39; *Caso das Irmãs Serrano Cruz. Exceções Preliminares*, nota 7 supra, pars. 64 e 65, e *Caso Alfonso Martín del Campo Dodd. Exceções Preliminares*. Sentença de 3 de setembro de 2004. Série C Nº 113, par. 79.

29. Cf. *Caso das Irmãs Serrano Cruz. Exceções Preliminares*, nota 7 supra, par. 68; *Caso Baena Ricardo e outros. Competência*, nota 12 supra, par. 128, e *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros*. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C Nº 94, par. 19.

30. Cf. *National Coalition for Haitian Rights, Beyond de Bateyes – Haitian Immigrants in the Dominican Republic*, 1996 (expediente de anexos à demanda, anexo 9, folhas 819 a 821 e 829 a 831); *Human Rights Watch, “Pessoas Ilegais” – Haitianos e Dominicanos-haitianos na República Dominicana*. Nova York: 2002 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 19, folhas 310 a 320); Marco Scuriatti,

- 109.2. A maioria dos haitianos e dominicanos de ascendência haitiana na República Dominicana vivem em condições de pobreza em zonas conhecidas como bateyes, que consistem em assentamentos de trabalhadores agrícolas que se localizam ao redor das plantações de cana de açúcar.<sup>31</sup> Nestes lugares, os serviços públicos básicos são escassos e as estradas estão em más condições, o que, durante a temporada de chuva pode chegar a impedir a comunicação entre os bateyes e as cidades por vários dias.<sup>32</sup>
- 109.3. O Escritório do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento na República Dominicana afirmou, no ano de 2005, que

[o]s haitianos e haitianas vivem no país em condições muito precárias e de extrema pobreza. Além disso, a maioria está indocumentada e tem de enfrentar uma atitude política e social geralmente hostil, sem possibilidade de assistência jurídica e com limitado acesso a serviços sanitários, de saúde e de educação, o que inclui os filhos dos haitianos nascidos no país. Cabe indicar que as limitações no acesso aos serviços públicos e o problema da falta de documentação são generalizados entre os segmentos mais pobres da população dominicana. [...] Com respeito à imigração haitiana, as informações demonstram as condições de incorporação em ramos de mercados laborais segmentados para este grupo de imigrantes, [...] caracterizados por baixos salários, péssimas condições laborais e baixa tecnologia, definidas internacionalmente como 'As três P', pesadas, perigosas e precárias (em inglês "as três D": dirty, dangerous, demanding). Como é óbvio, estas não são precisamente as condições que se deveriam aceitar desde a perspectiva do desenvolvimento humano. [...]<sup>33</sup>

- 109.4. No relatório enviado às Nações Unidas na ocasião da apresentação dos "Comentários do Governo da República Dominicana às observações finais do Comitê de Direitos Humanos", o Estado afirmou que sua maior preocupação é "combater a exclusão e a desigualdade social, buscando mecanismos para integrar a sociedade em sua totalidade e deixar definitivamente no passado as velhas práticas anti-haitianas".<sup>34</sup>
- 109.5. No referido relatório apresentado perante as Nações Unidas, o Estado assinalou que o Presidente da República em exercício no ano de 2002, senhor Hipólito Mejía, pronunciou-se "a favor da dignificação d[os] batey[es]" e afirmou que, "como apostamos no futuro, não podemos ficar de braços cruzados diante das situações mais críticas de pobreza que ofendem nossa consciência humanitária; se nos perguntamos qual é o caso que melhor simboliza este tipo de situações, creio que todos mencionaríamos as condições de vida nos bateyes".<sup>35</sup>

### **Sobre as crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico**

- 109.6. Dilcia Yean nasceu em 15 de abril de 1996, no "posto de saúde" localizado no município de Sabana Grande de Boyá, Província de Monte Plata, República Dominicana.<sup>36</sup> Cresceu neste município e, no ano de 2003,

*Background Papers – A review of the Haitian Immigrant Population in the Dominican Republic.* In: World Bank, *Dominican Republic Poverty Assessment: Poverty in a High-Growth Economy (1986 – 2000)*, volume II, 2001, págs. 81 a 83, e Bridget Wooding e Richard Moseley-Williams, *Imigrantes haitianos e dominicanos de ascendência haitiana na República Dominicana*. Santo Domingo, República Dominicana: Cooperação Internacional para o Desenvolvimento e o Serviço Jesuíta de Refugiados e Migrantes, 2004, págs. 1 a 103.

31. Cf. *National Coalition for Haitian Rights, Beyond de Bateyes – Haitian Immigrants in the Dominican Republic*, 1996 (expediente de anexos à demanda, anexo 9, folha 820); Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, Comentários do Governo da República Dominicana às observações finais do Comitê dos Direitos Humanos, UN Doc. CCPR/CO/71/DOM/Add.1, 28 de maio de 2002, par. 42; Nações Unidas, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Escritório de Desenvolvimento Humano da República Dominicana, Relatório Nacional de Desenvolvimento Humano 2005 – Em direção a uma inserção mundial inclusiva e renovada, págs. 119 a 144, e Bridget Wooding e Richard Moseley-Williams, *Imigrantes haitianos e dominicanos de ascendência haitiana na República Dominicana*, Cooperação Internacional para o Desenvolvimento e o Serviço Jesuíta de Refugiados e Migrantes, Santo Domingo, República Dominicana, 2004, págs. 1 a 103.

32. Cf. *National Coalition for Haitian Rights, Beyond de Bateyes – Haitian Immigrants in the Dominican Republic*, 1996 (expediente de anexos à demanda, anexo 9, folhas 852 a 861); World Bank, *Dominican Republic Poverty Assessment: Poverty in a High-Growth Economy (1986 – 2000)*, volume I, 2001, págs. 44 a 55; Marco Scuriatti, *Background Papers – A review of the Haitian Immigrant Population in the Dominican Republic.* In: World Bank, *Dominican Republic Poverty Assessment: Poverty in a High-Growth Economy (1986 – 2000)*, volume II, 2001, págs. 84 a 85, e Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, Comentários do Governo da República Dominicana às observações finais do Comitê dos Direitos Humanos, UN Doc. CCPR/CO/71/DOM/Add.1, 28 de maio de 2002, par. 46.

33. Cf. Nações Unidas, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Escritório de Desenvolvimento Humano da República Dominicana, Relatório Nacional de Desenvolvimento Humano 2005 – Em direção a uma inserção mundial inclusiva e renovada, págs. 121, 139, 141 e 143.

34. Cf. Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, Comentários do Governo da República Dominicana às observações finais do Comitê dos Direitos Humanos, UN Doc. CCPR/CO/71/DOM/Add.1, 28 de maio de 2002, par. 46.

35. Cf. Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, Comentários do Governo da República Dominicana às observações finais do Comitê dos Direitos Humanos, UN Doc. CCPR/CO/71/DOM/Add.1, 28 de maio de 2002, par. 46.

36. Cf. extrato da certidão de nascimento da criança Dilcia Oliven Yean, emitida em 25 de setembro de 2001 pela Junta Central Eleitoral, Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição do Distrito Nacional da República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folha 2105); certidão de registro de nascimento da criança Dilcia Oliven Yean, emitida em 25 de setembro de 2001 pelo Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição do Distrito Nacional, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folha 2113; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 14, folha 90, e expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 18, folha 43), e declaração de nascimento da criança Dilcia Yean, emitida em 5 de março de 1997 pelo "subcentro de saúde" de Sabana Grande de Boyá, Monte Plata, Secretaria de Estado de Saúde Pública e Assistência Social, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folha 98; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 7, folha 48, e expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 19, folha 45).

frequentava o Colégio Alegria Infantil.<sup>37</sup> Sua mãe é a senhora Leonidas Oliven Yean, de nacionalidade dominicana.<sup>38</sup> Seu pai é de nacionalidade haitiana e não mantém comunicação com sua filha.<sup>39</sup> Seus avós maternos são o senhor Dos Oliven, de nacionalidade haitiana, e a senhora Anita Oliven Yean.<sup>40</sup> Dilcia Yean tem ascendência haitiana por parte de seu pai e de seu avô materno.

- 109.7. Violeta Bosico nasceu em 13 de março de 1985, na República Dominicana.<sup>41</sup> Sua mãe é a senhora Tiramen Bosico Cofi, de nacionalidade dominicana.<sup>42</sup> Seu pai é Delima Richard, de nacionalidade haitiana, e não mantém comunicação com sua filha.<sup>43</sup> Seus avós maternos são o senhor Anol Bosico, que é haitiano, e a senhora Juliana Cofi.<sup>44</sup> Violeta Bosico tem ascendência haitiana por parte de seu pai e de seu avô materno.
- 109.8. Violeta Bosico viveu com sua mãe e seus irmãos no Batey Las Charcas, até 1992, quando se mudou para viver com sua irmã Teresa Tucent Mena, no Batey Verde, também chamado Batey Enriquillo. No ano de 1993 se mudou junto com sua irmã para o Batey Palavé, o qual se encontra fora de Santo Domingo, e onde vive atualmente. Violeta Bosico cresceu na República Dominicana, frequentou a Escola de Palavé e, no ano de 2005, frequenta a escola secundária.<sup>45</sup>

37. Cf. Relatório do MUDHA correspondente à visita feita às famílias das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico em 9 de abril de 2003 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo I, folha 389).

38. Cf. extrato da certidão de nascimento da criança Dilcia Oliven Yean, emitida em 25 de setembro de 2001 pela Junta Central Eleitoral, Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição do Distrito Nacional da República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folha 2105); certidão de nascimento da senhora Leonidas Oliven Yean, emitida em 9 de outubro de 1978 pela Junta Central Eleitoral, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 1, folha 2), e Cédula de Identidade e Eleitoral, número 090-0002085-0, da senhora Leonidas Oliven Yean, emitida em 29 de janeiro de 1994 pela Junta Central Eleitoral, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folhas 102 e 103). Na declaração prestada pela senhora Leonidas Oliven Yean, autenticada em 3 de fevereiro de 2005 pelo licenciado Marcelino da Cruz Nuñez, esclareceu que é conhecida como “Nany” (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito e reparações, tomo III, folha 905).

39. Cf. declaração da senhora Leonidas Oliven Yean, prestada em 25 de junho ou 9 de julho de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, no Batey Enriquillo, Sabana Grande de Boyá (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo III, folhas 1752 a 1756; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 34, folhas 411 a 415, e expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 15, folhas 31 e 32).

40. Cf. extrato da certidão de nascimento de Leonidas Oliven Yean, emitida em 10 de setembro de 2001 pela Junta Central Eleitoral, em Sabana Grande de Boyá, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 9, folha 697, e expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 8, folha 17); certidão de nascimento da senhora Leonidas Oliven Yean, emitida em 9 de outubro de 1978 pela Junta Central Eleitoral, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 1, folha 2); certidão de nascimento do senhor Rufino Oliven Yean, emitida em 30 de novembro de 1974 pela Junta Central Eleitoral, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de contestação à demanda, anexo 2, folha 4), e certidão de nascimento do senhor Julio Oliven Yean, emitida em 9 de outubro de 1978 pela Junta Central Eleitoral, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de contestação à demanda, anexo 3, folha 6).

41. Cf. extrato da certidão de nascimento da criança Violeta Bosico Cofi, emitida em 25 de setembro de 2001 pela Junta Central Eleitoral, Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição do Distrito Nacional da República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folha 2104); certidão de registro de nascimento da criança Violeta Bosico Cofi, emitida em 25 de setembro de 2001 pelo Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição do Distrito Nacional, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folha 2112; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 15, folha 91, e expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 35, folha 105), e declaração de nascimento de Violeta Bosico Cofi, emitida em 3 de março de 1997 pelo Segundo Prefeito do Batey Las Charcas, Prefeitura Pedánea, Seção Juan Sánchez, Sabana Grande de Boyá, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folha 94; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 8, folha 49, e expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 24, folha 55).

42. Cf. extrato da certidão de nascimento da criança Violeta Bosico Cofi, emitida em 25 de setembro de 2001 pela Junta Central Eleitoral, Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição do Distrito Nacional da República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folha 2104); certidão de nascimento da senhora Tiramen Bosico Cofi, emitida em 27 de outubro de 1956 pelo Cartório do Estado Civil de Sabana Grande de Boyá, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 28, folha 69); Cédula de Identidade e Eleitoral da senhora Tiramen Bosico Cofi, emitida pela Junta Central Eleitoral, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folha 95), e Cédula de Identidade e Eleitoral número 090-0013606-0 da senhora Tiramen Bosico Cofi, emitida pela Junta Central Eleitoral, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 9, folhas 620 e 621).

43. Cf. declaração adicional da criança Violeta Bosico Cofi, prestada em 31 de julho de 2001 à senhora Hillary Ronen no Batey Palavé, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 27, folhas 393 a 396), e declaração da senhora Tiramen Bosico Cofi, prestada em 11 de julho de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, em Palavé, Manogayabo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folhas 376 a 387; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 4, folhas 28 a 39, e expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 25, folhas 57 a 60).

44. Cf. extrato da certidão de nascimento da senhora Tiramen Bosico Cofi, emitida em 10 de setembro de 2001 pelo Cartório do Estado Civil de Sabana Grande de Boyá, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 9, folha 622, e expediente de anexos ao escrito de alegações finais do Estado do Estado, anexo 13, folha 3873), e certidão de nascimento da senhora Tiramen Bosico Cofi, emitida em 27 de outubro de 1956 pelo Cartório do Estado Civil de Sabana Grande de Boyá, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 28, folha 69).

45. Cf. declaração prestada pela criança Violeta Bosico Cofi, autenticada em 2 de fevereiro de 2005 pelo licenciado Marcelino da Cruz Nuñez (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito e reparações, folhas 892 a 893bis, e expediente de anexos ao escrito de alegações finais do Estado, anexo 33, folhas 3944 e 3945); declaração da criança Violeta Bosico Cofi, prestada em 8 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, no Batey Palavé, Manogayabo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 6, folhas 446 a 457, e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 24, folhas 370 a 381); declaração adicional da criança Violeta Bosico Cofi, prestada em 31 de julho de 2001 à senhora Hillary Ronen no Batey Palavé, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 27, folhas 393 a 396); declaração prestada pela senhora Teresa Tucent Mena, autenticada em 2 de fevereiro de 2005 pelo licenciado Marcelino da Cruz Nuñez (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito e reparações, tomo III, folhas 899 a 900); declaração da senhora Teresa Tucent Mena, prestada em 8 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, em Palavé, Manogayabo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folhas 358 a 367; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 25, folhas 382 a 388); declaração da senhora Tiramen Bosico Cofi, prestada em 11 de julho de 1999 à senhora Katherine

- 109.9 As crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, em razão de sua ascendência haitiana, formam parte de um grupo social vulnerável na República Dominicana.<sup>46</sup>

***O Pedido de registro tardio de nascimento no registro civil realizado pelas crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico***

- 109.10. Os haitianos e dominicanos de ascendência haitiana, em sua maioria, recorrem ao procedimento de registro tardio de nascimento para registrar seus filhos nascidos na República Dominicana. As mães costumam dar à luz a seus filhos em suas casas, em vista da dificuldade que têm para se locomover desde os bateyes até os hospitais das cidades, da escassez de recursos econômicos e do temor de apresentar-se perante os funcionários de um hospital, da polícia ou da prefeitura “pedânea” e serem deportados. A República Dominicana realizou deportações de haitianos e de dominicanos de ascendência haitiana independentemente do status migratório dessas pessoas no país. Nestes casos as decisões foram tomadas sem procedimento de averiguação prévio. Em alguns casos, as deportações alcançaram dezenas de milhares de pessoas, como ocorreu nos anos noventa.<sup>47</sup>
- 109.11. Na República Dominicana houve casos em que as autoridades públicas dificultaram a obtenção das certidões de nascimento das crianças dominicanas de ascendência haitiana. Como consequência, as referidas crianças tiveram dificuldade para obter a cédula de identidade e eleitoral, bem como o passaporte dominicano; estudar em escolas públicas, e ter acesso a serviços de saúde e de assistência social.<sup>48</sup>
- 109.12. Na República Dominicana, está estabelecido constitucionalmente que são dominicanas todas as pessoas que nascem em seu território. O Estado adota o princípio do *ius soli* para conceder a nacionalidade dominicana, com exceção dos filhos dos estrangeiros residentes no país em representação diplomática ou dos filhos de pessoas que estão em trânsito no país.<sup>49</sup>

A. Fleet, em Palavé, Manoguayabo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folhas 376 a 387; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 4, folhas 28 a 39, e expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 25, folhas 57 a 60); certidão emitida em 6 de novembro de 2003 pela senhora Amada Rodríguez Guante, diretora da Escola Básica Palavé (expediente de anexos ao escrito de alegações finais do Estado, anexo 28, folha 3934), e Diploma de Conclusão da Educação Básica de Violeta Bosico, emitido pelo Conselho Nacional de Educação em 1 de julho de 2004, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de alegações finais do Estado, anexo 30, folha 3938). Em relação ao nome da senhora Teresa Tucent Mena, irmã da criança Violeta Bosico, se toma nota de que seu sobrenome é “Tucent Mena” e não “Tuseimena”, de acordo com o indicado por esta senhora em sua declaração prestada em 2 de fevereiro de 2005 e autenticada pelo licenciado Marcelino da Cruz Nuñez. Para efeitos desta sentença se utilizará o sobrenome “Tucent Mena”, pese que as partes, ou em diversos documentos, indiquem o sobrenome como “Tuseimena”, no entendimento de que se trata da mesma pessoa.

46. Cf. *National Coalition for Haitian Rights, Beyond de Bateyes – Haitian Immigrants in the Dominican Republic*, 1996 (expediente de anexos à demanda, anexo 9, folhas 809 a 875); *Human Rights Watch, “Pessoas Ilegais” – Haitianos e Dominicanos-haitianos na República Dominicana*. Nova York: 2002 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 19, folhas 310 a 320); Nações Unidas, Comitê dos Direitos da Criança, Exame dos relatórios apresentados pelos Estados Partes de acordo com o Artigo 44 da Convenção. Observações Finais do Comitê dos Direitos da Criança. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, de 21 de fevereiro de 2001, par. 22; Bridget Wooding e Richard Moseley-Williams, *Imigrantes haitianos e dominicanos de ascendência haitiana na República Dominicana*. Santo Domingo, República Dominicana: Cooperação Internacional para o Desenvolvimento e o Serviço Jesuíta de Refugiados e Migrantes, 2004, págs. 1 a 103; *World Bank, Dominican Republic Poverty Assessment: Poverty in a High-Growth Economy (1986 – 2000)*, volume I, 2001, pág. 50 a 53, e Marco Scuriatti, *Background Papers – A review of the Haitian Immigrant Population in the Dominican Republic*; In: *World Bank, Dominican Republic Poverty Assessment: Poverty in a High-Growth Economy (1986 – 2000)*, volume II, 2001, págs. 84 e 85.

47. Cf. declaração prestada pelo senhor Samuel Martínez, autenticada em 14 de fevereiro de 2005 pelo notário público Richard J. Wolak (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas, tomo III, folhas 908 a 933 e tomo IV, 976 a 1002); *National Coalition for Haitian Rights, Beyond de Bateyes – Haitian Immigrants in the Dominican Republic*, 1996 (expediente de anexos à demanda, anexo 9, folhas 809 a 875); Glenn R. Smucker and Gerald F. Murray, *The Uses of Children: A Study of Trafficking in Haitian Children, Port-au-Prince, Haiti*: USAID/Haiti Mission, 2004, págs. 124 a 125 (expediente de anexos ao escrito do Estado de 10 de janeiro de 2005, folhas 3060 a 3223); *Human Rights Watch, “Pessoas Ilegais” – Haitianos e Dominicanos-haitianos na República Dominicana*. Nova York: 2002 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 19, folhas 310 a 320); Bridget Wooding e Richard Moseley-Williams, *Imigrantes haitianos e dominicanos de ascendência haitiana na República Dominicana*. Santo Domingo, República Dominicana: Cooperação Internacional para o Desenvolvimento e o Serviço Jesuíta de Refugiados e Migrantes, 2004, págs. 1 a 103; Nações Unidas, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Escritório de Desenvolvimento Humano da República Dominicana, Relatório Nacional de Desenvolvimento Humano 2005 – Em direção a uma inserção mundial inclusiva e renovada, pág. 128; Organização dos Estados Americanos, Relatório Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos 1991, OEA/Ser.L/V/II.81, doc. 6 rev. 1, de 14 de fevereiro de 1992, e Organização dos Estados Americanos, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos na República Dominicana, OEA/Ser.LV/II.104, doc. 49 rev. 1, de 7 de outubro de 1999.

48. Cf. entrevista do senhor Manuel Ramón Morel Cerda, Presidente da Junta Central Eleitoral, realizada pela senhora Katherine A. Fleet em 8 de fevereiro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 48, folhas 498 a 506); *National Coalition for Haitian Rights, Beyond de Bateyes – Haitian Immigrants in the Dominican Republic*, 1996 (expediente de anexos à demanda, anexo 9, folhas 809 a 875); Nações Unidas, Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, Escritório de Desenvolvimento Humano da República Dominicana, Relatório Nacional de Desenvolvimento Humano 2005 – Em direção a uma inserção mundial inclusiva e renovada, pág. 130); Nações Unidas, Comitê dos Direitos da Criança, Exame dos relatórios apresentados pelos Estados Partes de acordo com o Artigo 44 da Convenção. Observações Finais do Comitê dos Direitos da Criança. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, de 21 de fevereiro de 2001. párs. 22 e 26, e Bridget Wooding e Richard Moseley-Williams, *Imigrantes haitianos e dominicanos de ascendência haitiana na República Dominicana*. Santo Domingo, República Dominicana: Cooperação Internacional para o Desenvolvimento e o Serviço Jesuíta de Refugiados e Migrantes, 2004, págs. 1 a 103.

49. Cf. Constituição da República Dominicana promulgada em 14 de agosto de 1994, artigo 11 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 20, folhas 332 a 360).



- 109.13. Para o registro tardio de nascimento na República Dominicana devem ser cumpridos uma série de requisitos que variam de acordo com a idade dos solicitantes. Há diferentes requisitos para as crianças menores de 13 anos de idade e para as crianças maiores de 13 anos de idade, os quais se encontram indicados em listas emitidas pela Junta Central Eleitoral ou por qualquer uma das diversas repartições do Cartório do Registro Civil. Os requisitos podem variar de acordo com a localidade do Cartório ou do oficial que os aplica (pars. 109.18, 109.20 a 109.28 infra).<sup>50</sup>
- 109.14. Em 5 de março de 1997, quando Dilcia Yean tinha 10 meses de idade e Violeta Bosico tinha 12 anos de idade, compareceram perante o Departamento de Registro Civil de Sabana Grande de Boyá o senhor Genaro Rincón Miesse, que naquela época era advogado do MUDHA, a senhora Tiramen Bosico Cofi, que acompanhava a sua filha Violeta Bosico,<sup>51</sup> e a senhora Martha Remigio, prima da mãe de Dilcia Yean e que também acompanhava esta criança,<sup>52</sup> com a finalidade de requerer o registro tardio de nascimento de Dilcia Yean e Violeta Bosico, entre outras crianças.
- 109.15. Os documentos apresentados pelos solicitantes no Departamento de Registro Civil de Sabana Grande de Boyá foram a cédula de identidade e eleitoral das mães das crianças.<sup>53</sup> No caso de Dilcia foi apresentada também a declaração de seu nascimento emitida pelo “posto de saúde” de Sabana Grande de Boyá e, no caso de Violeta a declaração de seu nascimento emitida pelo Prefeito “pedáneo” do Batey Las Charcas de Sabana Grande de Boyá.<sup>54</sup>
- 109.16. No ano de 1997, os documentos que as crianças menores de 13 anos deviam apresentar para solicitar um registro tardio de nascimento eram a constância (ou declaração) de nascimento; a cédula de identificação

50. Cf. escrito de observações do Estado de 5 de junho de 2003 ao relatório nº 30/03, emitido em 6 de março de 2003 pela Comissão Interamericana (expediente de anexo à demanda, anexo 14, tom Em 7, folhas 2995 a 3014); testemunho do senhor Genaro Rincón Miesse, prestado perante a Corte Interamericana durante a audiência pública celebrada em 14 de março de 2005; testemunho da senhora Thelma Bienvenida Reyes, prestado perante a Corte Interamericana durante a audiência pública celebrada em 14 de março de 2005.

51. Cf. declaração prestada pela senhora Tiramen Bosico Cofi, autenticada em 2 de fevereiro de 2005 pelo licenciado Marcelino da Cruz Nuñez (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito e reparações, tomo III, folhas 895 a 897bis); declaração da senhora Tiramen Bosico Cofi, prestada em 11 de julho de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, em Palavé, Manoguayabo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 9, folhas 612 a 619; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 4, folhas 28 a 39, e expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 25, folhas 57 e 60); testemunho do senhor Genaro Rincón Miesse, prestado perante a Corte Interamericana na audiência pública celebrada em 14 de março de 2005, e declaração do senhor Genaro Rincón Miesse, prestada em 9 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, em Gazcue, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folhas 358 a 367; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 2, folhas 16 a 25, e expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 34, folhas 94 a 103).

52. Cf. declaração da senhora Leonidas Oliven Yean, prestada em 25 de junho ou 9 de julho de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, no Batey Enriquillo, Sabana Grande de Boyá (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo III, folhas 1752 a 1756; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 34, folha 411 a 415, e expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 15, folhas 31 e 32); declaração prestada pela senhora Leonidas Oliven Yean, autenticada em 2 de fevereiro de 2005 pelo licenciado Marcelino da Cruz Nuñez (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito e reparações, tomo III, folhas 905 e 906), e declaração do senhor Genaro Rincón Miesse, prestada em 9 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, em Gazcue, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folhas 358 a 367; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 2, folhas 16 a 25, e expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 34, folhas 94 a 103).

53. Cf. Cédula de Identidade e Eleitoral da senhora Tiramen Bosico Cofi, emitida pela Junta Central Eleitoral, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folha 95); cédula de Identidade e Eleitoral, número 090-0002085-0, da senhora Leonidas Oliven Yean, emitida em 29 de janeiro de 1994 pela Junta Central Eleitoral, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folhas 102 e 103); escrito do Estado intitulado “resposta [...] da República Dominicana ao documento ‘memorando de apoio à audiência sobre mérito’ apresentado pelos peticionários [...] na ocasião da audiência celebrada em 15 de novembro de 2001 [perante a Comissão Interamericana]” (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo VI, folhas 2547 a 2561); testemunho do senhor Genaro Rincón Miesse, prestado perante a Corte Interamericana durante a audiência pública celebrada em 14 de março de 2005; declaração da senhora Leonidas Oliven Yean, prestada em 25 de junho ou 9 de julho de 1999, à senhora Katherine A. Fleet, no Batey Enriquillo, Sabana Grande de Boyá, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo III, folhas 1752 e 1756, e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 34, folha 411); declaração da senhora Tiramen Bosico Cofi, prestada em 11 de julho de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, em Palavé, Manoguayabo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 9, folhas 612 a 619; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 4, folhas 28 a 39, e expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 25, folhas 57 e 60), e declaração do senhor Genaro Rincón Miesse, prestada em 9 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, em Gazcue, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folhas 358 a 367; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 2, folhas 16 a 25, e expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 34, folhas 94 a 103).

54. Cf. declaração de nascimento da criança Dilcia Yean, emitida em 5 de março de 1997 pela Secretaria de Estado de Saúde Pública e Assistência Social, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folha 98 e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 7, folha 48, e expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 19, folha 45); declaração de nascimento de Violeta Bosico Cofi, emitida em 3 de março de 1997 pelo Segundo Prefeito do Batey Las Charcas, Prefeitura *Pedánea*, Seção Juan Sánchez, Sabana Grande de Boyá, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folha 94); expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 8, folha 49 e expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 24, folha 55); escrito do Estado intitulado “resposta [...] da República Dominicana ao documento ‘memorando de apoio à audiência sobre méritos’, apresentado pelos peticionários [...] por ocasião da audiência celebrada em 15 de novembro de 2001 [perante a Comissão Interamericana]” (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo VI, folhas 2547 a 2555); testemunho do senhor Genaro Rincón Miesse prestado perante a Corte Interamericana durante a audiência pública celebrada em 14 de março de 2005, e declaração do senhor Genaro Rincón Miesse, prestada em 9 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, em Gazcue, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folhas 358 a 367; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 2, folhas 16 a 25, e expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 34, folhas 94 a 103).

dos pais e, se estes fossem casados, a certidão de casamento.<sup>55</sup>

109.17. No Departamento de Registro Civil de Sabana Grande de Boyá, a oficial civil encarregada dos registros de nascimento, senhora Thelma Bienvenida Reyes, informou ao senhor Genaro Rincón Miesse que não era possível registrar as crianças, porque os solicitantes não contavam com todos os documentos requeridos pela Junta Central Eleitoral para este procedimento.<sup>56</sup>

109.18. Durante o trâmite do caso perante a Comissão, o Estado apresentou uma comunicação assinada pela senhora Thelma Bienvenida Reyes, e anexou a seguinte lista emitida pela Junta Central Eleitoral, na qual constam os 11 requisitos requeridos para o registro tardio de nascimento:<sup>57</sup>

1. Declaração do Prefeito (se nasceu em zona rural) ou certidão da clínica ou hospital onde nasceu;
2. Certidão ou declaração da Igreja ou Paróquia se foi ou não batizado;
3. Certidão Escolar se estiver estudando;
4. Certidão de todos os cartórios do Registro Civil correspondentes ao lugar onde nasceu;
5. Cópias das Cédulas de Identidade e Eleitoral dos pais (no caso de os pais terem falecido, cópias das certidões de óbito);
6. Se os pais forem casados, cópia da certidão de casamento;
7. Declaração juramentada (Form. OC-25) assinada por três testemunhas, maiores de 50 anos com Cédula de Identidade e Eleitoral (cédula nova) e que saibam assinar;
8. Cópias das Cédulas de Identidade e Eleitoral das testemunhas.
9. Comunicação dirigida ao Presidente da JCE [s]olicitando o Registro Tardio de Nascimento.
10. Carta dirigida ao Presidente da Junta Central Eleitoral solicitando certidão se é portador de carteira de identidade ou não; se for maior de 20 anos também certidão no Prédio O Huacalito: Distrito Nacional [...] se é ou não portador de carteira de identidade.
11. Duas (2) fotografias [...].

109.19. Em 11 de setembro de 1997, o MUDHA e o Comitê Dominicano de Direitos Humanos (CDH), por meio de seus advogados Genaro Rincón Miesse e Marcelino da Cruz Nuñez, interpuseram uma “demanda com pedido de autorização e registros tardio[s]” perante o Promotor Público do Juízo de Primeira Instância do Distrito Judicial da Província de Monte Plata, em favor de um grupo determinado de crianças, entre as quais se encontravam as crianças Dilcia Yeán e Violeta Bosico.<sup>58</sup>

55. Cf. testemunho do senhor Genaro Rincón Miesse, prestado perante a Corte Interamericana durante a audiência pública celebrada em 14 de março de 2005; escrito de alegações finais apresentado pelo Estado em 14 de abril de 2005 (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito e reparações, tomo V, folha 1224), e resolução nº 5/88, emitida pela Junta Central Eleitoral em 8 de junho de 1988 (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito e reparações, tomo VI, folha 1557).

56. Cf. escrito do Estado intitulado “resposta [...] da República Dominicana ao documento ‘memorando de apoio à audiência sobre méritos’, apresentado pelos petionários [...] por ocasião da audiência celebrada em 15 de novembro de 2001 [perante a Comissão Interamericana]” (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo VI, folhas 2547 a 2561); declaração do senhor Genaro Rincón Miesse, prestada em 9 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, em Gazcue, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folhas 358 a 367; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 2, folhas 16 a 25, e expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 34, folhas 94 a 103), e declaração da senhora Leonidas Oliven Yeán, prestada em 25 de junho ou 9 de julho de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, no Batey Enriquillo, Sabana Grande de Boyá (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo III, folhas 1752 a 1756; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 34, folhas 411 a 415, e expediente de anexos ao escrito de contestação da demanda, anexo 15, folhas 31 e 32).

57. Cf. escrito do Estado intitulado “resposta [...] da República Dominicana ao documento ‘memorando de apoio à audiência sobre méritos’, apresentado pelos petionários [...] por ocasião da audiência celebrada em 15 de novembro de 2001 [perante a Comissão Interamericana]” (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo VI, folhas 2547 a 2561); comunicação da Missão Permanente da República Dominicana perante a Organização dos Estados Americanos dirigida à Comissão Interamericana em 30 de setembro de 1999 (expediente de anexos à demanda anexo 14, tomo II, folhas 1411 a 1418, e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 13, folhas 82 a 89), ofício emitido em 20 de setembro de 1999 pela Oficial do Estado Civil, senhora Thelma Bienvenida Reyes, dirigido ao Encarregado de Inspeção, senhor Luis Felipe Gomez, anexado à comunicação do Estado dirigida à Comissão Interamericana em 30 de setembro de 1999 (expediente de anexos à demanda anexo 14, tomo II, folha 1417, e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 13, folha 88), e lista de “requisitos para o registro tardio de nascimentos” emitida pela Junta Central Eleitoral, da República Dominicana, anexada à comunicação do Estado dirigida à Comissão Interamericana em 30 de setembro de 1999 (expediente de anexos à demanda anexo 14, tomo II, folha 1418, e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 13, folha 89).

58. Cf. “protocolo da demanda com pedido de autorização de registros tardios”, interposto pelo *Movimiento de Mujeres Dominicano-Haitianas* (MUDHA) e o Comitê Dominicano dos Direitos Humanos (CDH), apresentada perante o Magistrado Promotor do Juízo de Primeira Instância do Distrito Judicial da Província de Monte Plata, em 11 de setembro de 1997 (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folhas 90 a 93); cédula de Identidade e Eleitoral da senhora Tiramen Bosico Cofi, emitida pela Junta Central Eleitoral, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folha 95); cédula de Identidade e Eleitoral, número 090-0002085-0, da senhora Leonidas Oliven Yeán, emitida em 29 de janeiro de 1994 pela Junta Central Eleitoral, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folhas 102 e 103); declaração de nascimento de Violeta Bosico Cofi, emitida em 3 de março de 1997 pelo Segundo Prefeito do Batey Las Charcas, Prefeitura Pedánea, Seção Juan Sánchez, Sabana Grande de Boyá (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folha 94), e declaração de nascimento da criança Dilcia Yeán, emitida em 5 de março de 1997 pela Secretaria de Estado de Saúde Pública e Assistência Social, República Dominicana (expediente de

109.20. Em 20 de julho de 1998, o Promotor Público do Distrito Judicial de Monte Plata, senhor Julio César Castro Castro, decidiu “negar[...] o [...] pedido de registro tardio de nascimento, por não estar amparado na documentação e procedimento que rege a matéria, [e] [d]irigir os interessados ao oficial do Estado Civil de Sabana Grande de Boyá, a fim de registrar o expediente conforme a norma ordinária”, com fundamento em que para proceder a um registro tardio de nascimento é necessário cumprir os 12 requisitos seguintes:<sup>59</sup>

[...]

1. Declaração de nascimento (hospital, clínica, parteira).
2. Declaração da paróquia se foi ou não batizado.
3. Certidão escolar dos estudos que realizou ou realiza, até que série chegou.
4. Certidão dos cartórios do Registro Civil correspondentes ao lugar onde nasceu.
5. Cópia da cédula de identidade e eleitoral dos pais.
6. Em caso de ter falecido, certidão de óbito dos pai.
7. Declaração juramentada assinada por três testemunhas, maiores de 50 anos com cédula de identidade.
8. Cópia da cédula de identidade e eleitoral das testemunhas.
9. Comunicação dirigida ao Presidente [da] JCE, solicitando o registro tardio de nascimento.
10. Se tiver 20 anos, certidão da cédula anterior, se a retirou ou não.
11. Duas fotografias.
12. Ato de identificação perante sete testemunhas[.]

109.21. Mediante comunicação de 15 de novembro de 2001 dirigida à Comissão Interamericana, os representantes anexaram um documento que contém sete requisitos necessários para “registros tardios e ratificação por sentença”, exigidos pelo “Departamento de Estado Civil da 2ª Circ., [Distrito Nacional]”, para crianças maiores de 13 anos, e indica três requisitos para as crianças menores de 13 anos, a saber:<sup>60</sup>

1. Declaração do hospital ou clínica onde nasceu.
2. Certidão expedida pela J.C.E. sobre a obtenção da carteira de identidade ou não da pessoa. (Isto é para os maiores de 16 anos).
3. Cédulas dos pais (se for legítimo ou reconhecido. Caso contrário, da mãe apenas. Se não possuem cédula, devem obter um formulário CIE, na J.C.E.). Se um dos pais for menor de 16 anos deve apresentar sua certidão de nascimento.
4. Certidão de casamento dos pais (se for filho legítimo).
5. Certidão de não declaração expedida por todos os cartórios do Cartório do Registro Civil do Distrito Nacional:
  - 1ª: Circ.: Rua José Gabriel García esq. O Número, Cidade Nova
  - 2ª: Rua Barahona esq. Abreu
  - 3ª: Pedro Livio Cedeño próximo a Av. Duarte
  - 4ª: Rua 17 nº 3, Ens. Ozama
  - 5ª: Via Mella, em frente ao Parque
  - 6ª: Rua Ramón Cáceres, quase esq. Pedro Livio Cedeño
  - 7ª: La Victoria
  - 8ª: Guerra
  - 9ª: Boca Chica

---

anexos à demanda, anexo 3, folha 98 e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 7, folha 48, e expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 19, folha 45).

59. Cf. decisão de denegação do pedido de registro tardio, emitida em 20 de julho de 1998 pelo Procurador Promotor do Distrito Judicial de Monte Plata, senhor Julio César Castro Castro, em Monte Plata, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo I, folhas 1030 e 1031, e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 3, folhas 26 e 27).

60. Cf. lista de “requisitos para registros tardios e ratificação por sentença”, emitida pelo Cartório do Estado Civil da Segunda Circunscrição, Distrito Nacional, República Dominicana, anexada à comunicação que os representantes enviaram à Comissão Interamericana em 15 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda anexo 14, tomo V, folha 2262, e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 6, folha 47).

6. Certidão de batismo. Certidão da escola ou cópia do boletim.
7. Declaração juramentada assinada por três testemunhas maiores de 50 anos no formulário DC-25, fornecido pelo Departamento de Registro Civil.

NOTA: Quando se tratar de menores de 13 anos, basta apresentar os documentos indicados nos números 1, 3, e 4 (este último se o filho for legítimo).

Quando a pessoa já está registrada, o documento nº 1 pode ser substituído por ato de identificação, em presença de notário, com sete testemunhas, registrado.

[...]

DEPARTAMENTO DE ESTADO CIVIL da 2ª CIRC., D.N.

### ***Outras listas de requisitos para o registro tardio de nascimento no registro civil da República Dominicana***

109.22. A Resolução nº 5/88, emitida em 8 de junho de 1988 pela Junta Central Eleitoral, estabelece a seguinte lista de seis requisitos para o registro tardio de nascimento de uma pessoa maior de 13 anos de idade:<sup>61</sup>

PRIMEIRO: Decide, a fim de estabelecer a veracidade de todo registro tardio de nascimento de uma pessoa maior de 13 anos de idade, que a recepção do mesmo deverá ser precedida, além dos requisitos exigidos pela lei, da apresentação ao Oficial do Estado Civil, por parte do declarante, dos seguintes documentos:

1. Declaração do hospital ou clínica onde tenha ocorrido o nascimento, constando o sexo da criança, a data de seu nascimento e o nome da mãe;
2. Certidão de batismo, expedida pela Paróquia do lugar de nascimento ou da residência dos pais da pessoa cujo nascimento se deseja registrar; em caso de que a pessoa tenha uma religião não católica, a certidão deverá ser expedida pela igreja do culto religioso que pratique;
3. Cédula de identificação da pessoa cujo nascimento se deseja declarar, se a mesma a recebeu previamente;
4. Certidão da escola, pública ou privada, dando constando o último grau de estudo escolar da pessoa cujo nascimento se deseja declarar;
5. Certidão do Cartório do Estado Civil da jurisdição onde ocorreu o nascimento, fazendo constar que naquela dependência não está registrado o nascimento da pessoa que se deseja registrar tardiamente, quando se pretenda realizar o trâmite fora do lugar onde ocorreu o nascimento, e
6. Declaração juramentada de três testemunhas com ao menos 50 anos de idade, que prestem testemunho sobre a veracidade das afirmações fornecidas pela pessoa declarante.

SEGUNDO: A pessoa que se propõe a fazer o registro tardio de nascimento deve ter ao menos 18 anos a mais que a pessoa cujo nascimento será registrado, exceto se o declarante for o pai ou a mãe. A verificação deste requisito se comprovará com a informação contida na cédula de identificação pessoal do declarante.

TERCEIRO: Com exceção da cédula de identificação da pessoa cujo nascimento seja registrado tardiamente, os demais documentos indicados na presente Resolução, como prova da veracidade da declaração, deverão ser arquivados pelo Oficial do Estado Civil atuante.

109.23. Na Resolução nº 5/99, emitida em 4 de agosto de 1999 pela Junta Central Eleitoral, relativa aos registros tardios de nascimentos inscritos nos registros correspondentes desde o ano de 1965 até o ano de 1992, e que não tenham sido ratificadas por sentença do Tribunal competente, se estabelece que os documentos a serem apresentados pelos interessados são:<sup>62</sup>

1. Cópia das cédulas de identidade dos pais (ou dos que figurem na certidão), ou uma certidão das mesmas ou de outro documento a partir do qual se possa estabelecer a identidade dessas pessoas;
2. [a] declaração juramentada que se encontra no formulário OC-25, a qual será assinada perante o Oficial do Estado Civil, tanto pela pessoa interessada ou seu representante legal como pelas testemunhas a que a mesma se refere, anexando cópia das respectivas cédulas destes últimos, e
3. [q]ualquer outro documento que o Oficial do Estado Civil considere pertinente.

61. Cf. resolução nº 5/88, emitida pela Junta Central Eleitoral em 8 de junho de 1988 (expediente de exceções preliminares, e eventuais mérito e reparações, tomo VI, folha 1557).

62. Cf. resolução da Junta Central Eleitoral nº 5/99, de 4 de agosto de 1999 (expediente de anexos ao escrito de alegações finais do Estado, anexo 19, folhas 3886 a 3890).

109.24. Em 3 de setembro de 2001, a Junta Central Eleitoral e a Secretaria de Estado de Educação assinaram um Acordo de Colaboração mediante o qual a Junta Central Eleitoral realizaria operações nos centros escolares que fossem dependentes da Secretaria de Educação “com a finalidade de facilitar os processos de registros tardios de nascimento a todas as crianças dominicanas menores de 13 anos de idade que ingressem n[os] grupos escolares sem o registro de nascimento”. Neste acordo foi estabelecido que seriam necessários os seguintes cinco requisitos para o registro tardio de nascimento:<sup>63</sup>

1. Ser dominicano menor de 13 anos de idade.
2. Duas fotos de tamanho 2x2 do menor, atualizadas.
3. Declaração ou comprovante do nascimento da clínica ou hospital onde tenha nascido o menor, ou em sua falta, uma declaração do Prefeito ‘pedáneo’ devidamente legalizada pela Prefeitura do lugar de nascimento.
4. Fotocópias das Cédulas de Identidade ou Eleitoral dos pais, ou da mãe se for filho natural.
5. Certidão onde conste se foi batizado ou não.

109.25. Em 5 de junho de 2003, em seu escrito de observações ao Relatório de Mérito nº 30/03, emitido pela Comissão Interamericana durante o trâmite do presente caso, o Estado assinalou que os requisitos para o registro tardio de nascimento são:<sup>64</sup>

Quando se tratar de crianças até a idade de 12 anos:

1. Declaração de nascimento, constando o sexo da criança, a data de nascimento e o nome da mãe.
2. Identidade da mãe, se se trata de um filho natural e do pai, se este comparecer ao registro, e seu reconhecimento por escrito.
3. Certidão de casamento dos pais se forem casados.
4. Comprovante de escolaridade, no caso de frequentar algum centro educativo.

Quando se tratar de registros a partir dos 13 anos:

1. Declaração de nascimento, constando o sexo da criança, a data de nascimento e o nome da mãe.
2. Certidão da escola pública ou privada, constando o último grau de estudo da pessoa cujo nascimento se deseja registrar e sua condição, afirmando que não se apresentou até o momento ao registro de nascimento.
3. Identidade da mãe, se se trata de um filho natural e do pai, se este comparecer ao registro, e seu reconhecimento por escrito.
4. Certidão de casamento dos pais se forem casados.
5. Certidão de batismo expedida pela paróquia do lugar de nascimento; no caso de que professe alguma religião não católica, a certidão será expedida pela igreja do culto que pratique.
6. Certidão de portador de carteira de identidade ou não da pessoa, cujo nascimento se deseja registrar.
7. Certidão do Cartório do Estado Civil da jurisdição onde ocorreu o nascimento, fazendo constar que naquele cartório não está registrado o nascimento da pessoa que se deseja registrar tardiamente, quando se pretenda fazê-lo fora do lugar onde ocorreu o nascimento, em caso de que exista mais de um cartório do Registro Civil no lugar de nascimento, cada uma deles estará obrigado a expedir uma certidão.
8. Declaração juramentada de três (3) testemunhas com ao menos cinquenta (50) anos de idade que prestem testemunho sobre o nascimento. Para estes fins se utiliza o formulário OC-25, que deve ser de uso exclusivo e zeloso do Oficial do Estado Civil.

109.26. Por meio do ofício de 3 de julho de 2003, dirigido pelo Estado à Comissão Interamericana, aquele informou sobre as medidas adotadas pela República Dominicana para atender as recomendações incluídas no relatório nº 30/03 da Comissão, e assinalou que os requisitos para o registro tardio de nascimento são os seguintes:<sup>65</sup>

63. Cf. acordo de colaboração assinado entre a Junta Central Eleitoral e a Secretaria de Estado de Educação em 3 de setembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folhas 2114 e 2115).

64. Cf. escrito de observações do Estado de 5 de junho de 2003 ao relatório nº 30/03 emitido em 6 de março de 2003 pela Comissão Interamericana (expediente de anexo à demanda, anexo 14, tomEm 7, folhas 2995 a 3014).

65. Cf. ofício sobre as medidas adotadas em relação às recomendações incluídas no relatório nº 30/03 da Comissão Interamericana, dirigido à Comissão em 3 de julho de 2003 pela Embaixadora Representante Permanente da República Dominicana perante a Organização dos Estados Americanos, senhora Sofía Leonor Sánchez Baret (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo VII, folhas 3038 a 3039).

1. Ser dominicano menor de 13 anos de idade.
2. Duas fotos tamanho 2x2 do menor, atualizadas.
3. Declaração ou comprovante do nascimento da clínica ou hospital onde tenha nascido o menor, ou em sua falta, uma declaração do Prefeito 'pedáneo' devidamente legalizada pela Prefeitura do lugar de nascimento.
4. Fotocópias das Cédulas de Identidade ou Eleitoral (ou Passaporte) dos pais, ou da mãe se for filho natural.
5. Certidão em que conste se foi batizado ou não.

109.27. A lista emitida em 17 de novembro de 2003 pela Junta Central Eleitoral, na qual se estabelecem seis requisitos para o registro tardio de nascimento para pessoas maiores de 16 anos de idade:<sup>66</sup>

- A) Constância de nascimento ou parto do futuro inscrito, expedida pelo médico, clínica ou hospital, parteira ou Prefeito 'pedáneo';
- B) Cédulas de Identidade vigentes dos pais do futuro inscrito, no caso de filiação legítima ou reconhecida, ou da mãe em caso de filiação natural; ou do declarante previsto pela Lei (Art. 43 da Lei 659 sobre atos do Estado Civil). No caso de que os pais ou um deles tenha falecido, deverá apresentar-se Certidão de Óbito, expedida pelo Oficial do Estado Civil correspondente.
- C) Certidão de casamento de recente expedição dos pais do futuro inscrito, se estes forem casados;
- D) Certidão de não inscrição emitida pelo Departamento de Registro Civil do Município ou do Distrito Nacional onde nasceu a pessoa a ser registrada, a qual se expedirá livre de impostos e de maneira gratuita;
- E) Constância de batismo com apresentação de certidão de nascimento;
- F) Duas fotografias do futuro inscrito tamanho 2x2.

109.28. Em 14 de agosto de 2005, durante o trâmite do caso perante a Corte, o Estado enviou uma lista na qual figuram os seguintes cinco requisitos para o pedido de registro tardio de nascimento para menores de 13 anos de idade:<sup>67</sup>

1. Ser dominicano menor de 13 anos de idade;
2. Duas fotos tamanho 2x2 do menor, atualizada (sic);
3. Declaração ou constância do parto da clínica ou hospital onde tenha nascido o menor, ou em sua falta, uma certidão do Prefeito 'pedáneo' devidamente legalizada pela Prefeitura do lugar de nascimento;
4. Fotocópias das Cédulas de Identidade e Eleitoral dos pais, ou da mãe se for filho natural;
5. Certidão onde conste se foi batizado ou não.

### ***Sobre a concessão das certidões de nascimento às crianças Yean e Bosico***

109.29. Em 25 de março de 1999, quando a República Dominicana reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana, as crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico não tinham suas certidões de nascimento nem a nacionalidade dominicana.<sup>68</sup>

109.30. Em 8 de setembro de 1999, em razão das medidas cautelares ordenadas pela Comissão Interamericana em favor das crianças Dilcia e Violeta, o Estado ordenou à Direção Geral de Migração que emitisse, em favor das supostas vítimas, "certidões temporárias de estadia no país até que fosse conhe[cido] e defin[ido] seu status migratório na República Dominicana".<sup>69</sup>

66. Cf. lista de requisitos para o registro tardio de nascimento de pessoas maiores de 16 anos, emitida em 11 de dezembro de 2003 pela Junta Central Eleitoral, República Dominicana (expediente de documentos apresentados pelos representantes Em 14 de março de 2005, anexo 3, folha 3236).

67. Cf. requisitos para fins de pedido de registro tardio de nascimento para pessoas menores de 13 anos de idade (expediente de anexos ao escrito de alegações finais do Estado, anexo 2, folha 3752).

68. Cf. escrito do Encarregado de Facilidades da Direção Geral de Migração e do Embaixador Encarregado da Divisão de Estudos Internacionais da República Dominicana dirigido à Comissão Interamericana em 30 de setembro de 1999 (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo II, folhas 1441 a 1444); extrato da certidão de nascimento da criança Dilcia Oliven Yean, emitida em 25 de setembro de 2001 pela Junta Central Eleitoral, Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição do Distrito Nacional da República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folha 2105), e extrato da certidão de nascimento da criança Violeta Bosico Cofi, emitida em 25 de setembro de 2001 pela Junta Central Eleitoral, Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição do Distrito Nacional da República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folha 2104).

69. Cf. escrito do Encarregado de Facilidades da Direção Geral de Migração e do Embaixador Encarregado da Divisão de Estudos Internacionais da República Dominicana dirigido à Comissão Interamericana em 30 de setembro de 1999 (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo II, folha 1441 a 1444).

- 109.31. Em 21 de setembro de 2001, depois de se comunicar com funcionários da Secretaria de Relações Exteriores, as senhoras Leonidas Oliven Yean e Tiramén Bosico Cofi, acompanhadas do senhor Genaro Rincón Miesse, se dirigiram ao Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição para realizar os registros de nascimento de suas filhas Dilcia Yean e Violeta Bosico. No Cartório do Estado Civil não lhes foi solicitado o pagamento de nenhum imposto, nem que assinassem documentos ou que prestassem uma declaração pública.<sup>70</sup>
- 109.32. Em 25 de setembro de 2001, o Estado concedeu à criança Dilcia Oliven Yean a certidão de nascimento emitida pelo Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição de Distrito Nacional da República Dominicana.<sup>71</sup>
- 109.33. Em 25 de setembro de 2001, o Estado concedeu à criança Violeta Bosico a certidão de nascimento emitida pelo Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição de Distrito Nacional da República Dominicana.<sup>72</sup>

### ***Sobre a educação da criança Violeta Bosico***

- 109.34. Violeta Bosico foi admitida nos primeiros anos de escolarização sem a certidão de nascimento. Em 1991, no Batey Las Charcas, Violeta ingressou na escola primária. Em 1994, depois de ter interrompido seus estudos, reincorporou-se à escola e começou a frequentar a Escola Palavé, até a terceira série.<sup>73</sup>
- 109.35. Entre setembro e outubro de 1998, ao tentar realizar a matrícula para a quarta série, o Estado não permitiu a inscrição de Violeta Bosico na escola diurna, porque a criança carecia de sua certidão de nascimento.<sup>74</sup> A criança teve de se inscrever durante o período escolar 1998–1999 na escola de adultos, na jornada noturna, a qual é reservada a pessoas maiores de 18 anos. Ali estudou a quarta e a quinta séries.<sup>75</sup>
- 109.36. O principal objetivo da escola noturna é a alfabetização de adultos e nela se adota o ensino de tipo “concentrado”, segundo o qual são feitos duas séries em um ano. Este método tem um nível de exigência menor que o da escola diurna. A maioria das pessoas que frequentam a jornada noturna tem idades entre 20 e 30 anos e excepcionalmente há estudantes adolescentes. As aulas neste horário têm uma duração menor, em geral de duas horas e meia por dia, e não possuem intervalo.<sup>76</sup>

70. Cf. ofício do *Movimiento de Mujeres Dominicano-Haitianas* dirigido à Comissão Interamericana em 28 de setembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folhas 2110 a 2111).

71. Cf. extrato da certidão de nascimento da criança Dilcia Oliven Yean, emitida em 25 de setembro de 2001 pela Junta Central Eleitoral, Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição do Distrito Nacional da República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folha 2105), e certidão de registro de nascimento da criança Dilcia Oliven Yean, emitida em 25 de setembro de 2001 pelo Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição do Distrito Nacional, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folha 2113; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 14, folha 90, e expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 18, folha 43).

72. Cf. extrato da certidão de nascimento da criança Violeta Bosico Cofi, emitida em 25 de setembro de 2001 pela Junta Central Eleitoral, Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição do Distrito Nacional da República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folha 2104), e certidão de registro de nascimento da criança Violeta Bosico Cofi, emitida em 25 de setembro de 2001 pelo Cartório do Estado Civil da Primeira Circunscrição do Distrito Nacional, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo IV, folha 2112; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 15, folha 91, e expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 35, folha 105).

73. Cf. declaração da criança Violeta Bosico Cofi, prestada em 8 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, no Batey Palavé, Manoguayabo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 6, folhas 446 a 457, e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 24, folhas 370 a 381); declaração da senhora Tiramén Bosico Cofi, prestada em 11 de julho de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, em Palavé, Manoguayabo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 9, folhas 612 a 619; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 4, folhas 28 a 39, e expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 25, folhas 57 e 60), e testemunho da senhora Amada Rodríguez Guante, prestado perante a Corte Interamericana durante a audiência pública celebrada em 14 de março de 2005.

74. Cf. declaração da criança Violeta Bosico Cofi, prestada em 8 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, no Batey Palavé, Manoguayabo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 6, folhas 446 a 457, e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 24, folhas 370 a 381); declaração adicional da criança Violeta Bosico Cofi, prestada em 31 de julho de 2001 à senhora Hillary Ronen no Batey Palavé, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 27, folhas 393 a 396), e declaração da senhora Teresa Tucent Mena, prestada em 8 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folhas 358 a 367; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 25, folhas 382 a 388).

75. Cf. declaração do senhor Genaro Rincón Miesse, prestada em 9 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, em Gazcue, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 2, folha 18); declaração da senhora Amada Rodríguez Guante, prestada perante a Corte Interamericana durante a audiência pública celebrada em 14 de março de 2005; certidão emitida em 6 de novembro de 2003, pela senhora Amada Rodríguez Guante, diretora da Escola Básica Palavé (expediente de anexos ao escrito de alegações finais do Estado, anexo 28, folha 3934); declaração adicional da criança Violeta Bosico Cofi, prestada em 31 de julho de 2001 à senhora Hillary Ronen no Batey Palavé, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 27, folhas 393 a 396), e declaração da senhora Teresa Tucent Mena, prestada em 8 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folhas 358 a 367; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 25, folhas 382 a 388).

76. Cf. declaração prestada pela criança Violeta Bosico Cofi, autenticada em 2 de fevereiro de 2005 pelo licenciado Marcelino da Cruz Nuñez (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito e reparações, tomo III, folhas 892 a 893, e expediente anexos ao escrito de alegações finais do Estado, anexo 33, folha 370 s 381); declaração da criança Violeta Bosico Cofi, prestada em 8 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, no Batey Palavé, Manoguayabo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 6, folhas 446 a 457, e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 24, folhas 370 a 381); declaração do senhor Genaro Rincón Miesse, prestada em 9 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, em Gazcue, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 2, folha 18), e testemunho da senhora Amada Rodríguez Guante, prestado perante a Corte Interamericana durante a audiência pública celebrada em 14 de março de 2005.

109.37. No ano de 2001 Violeta Bosico voltou a estudar no turno diurno, completou a sexta série e foi inscrita na sétima série na escola diurna.<sup>77</sup>

***Sobre os danos imateriais causados às crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico e a seus familiares***

109.38. A criança Dilcia Yean e seus familiares sofreram danos imateriais<sup>78</sup> (pars. 224 e 227 infra).

109.39. A criança Violeta Bosico e seus familiares sofreram danos imateriais<sup>79</sup> (pars. 224, 225 e 227 infra).

***Sobre a representação das supostas vítimas e seus familiares e os respectivos gastos***

109.40. As crianças Yean e Bosico foram representadas<sup>80</sup> nos trâmites perante o sistema interno, bem como nos realizados perante a Comissão e a Corte, pelo Movimiento de Mujeres Dominicano-Haitianas (MUDHA),<sup>81</sup> pelo Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL)<sup>82</sup>, e pela International Human Rights Law Clinic, University of California, Berkeley, School of Law (Boalt Hall),<sup>83</sup> os quais realizaram uma série de gastos relacionados com estas gestões.

**IX**

**Violação aos artigos 19, 20, 24, 3º e 18 da Convenção Americana em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento**

**(Direitos da Criança, Direito à Nacionalidade, Igualdade perante a Lei, Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica, Direito ao Nome, e Obrigação de Respeitar os Direitos)**

*Alegações da Comissão*

110. Quanto ao artigo 19 da Convenção Americana, a Comissão afirmou que:

- a) o Estado descumpriu suas obrigações internacionais por não adotar as medidas necessárias que levem em consideração o interesse superior da criança e assegurem a proteção dos menores dominicanos de origem haitiana, como as crianças Dilcia e Violeta;
- b) o Estado desconheceu sua obrigação de proteger as crianças Dilcia e Violeta, de acordo com o artigo 19 da Convenção, ao mantê-las em uma condição de marginalidade e vulnerabilidade legal, social e econômica e ao não garantir seu direito à nacionalidade, deixando as crianças expostas ao perigo de serem expulsas da República Dominicana; e
- c) o Estado faltou com seu dever de assegurar o direito à educação, tendo em vista que a criança Violeta foi impedida de se matricular na escola diurna por carecer da certidão de nascimento.

77. Cf. declaração adicional da criança Violeta Bosico Cofi, prestada em 31 de julho de 2001 à senhora Hillary Ronen no Batey Palavé, Santo Domingo, República Dominicana (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 27, folhas 393 a 396), e Diploma de Conclusão da Educação Básica de Violeta Bosico, expedido pelo Centro de Palavé em 1 julho de 2004 (expediente de anexos ao escrito de alegações finais do Estado, anexo 30, folha 3938).

78. Cf. parecer da senhora Débora Munczek, apresentado à Corte Interamericana durante a audiência pública celebrada em 14 de março de 2005, e declaração da senhora Leonidas Oliven Yean, prestada em 25 de junho ou 9 de julho de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, no Batey Enriquillo, Sabana Grande de Boyá (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 34, folha 411).

79. Cf. parecer da senhora Débora Munczek, apresentado à Corte Interamericana durante a audiência pública celebrada em 14 de março de 2005; declaração prestada pela senhora Teresa Tucent Mena, autenticada em 2 de fevereiro de 2005 pelo licenciado Marcelino da Cruz Nuñez (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito e reparações, folhas 899 a 900), e declaração da criança Violeta Bosico Cofi, prestada em 8 de agosto de 1999 à senhora Katherine A. Fleet, no Batey Palavé, Manoguayabo, República Dominicana (expediente de anexos à demanda, anexo 14, tomo III, folha 1758).

80. Cf. procuração de Leonidas Oliven Yean a favor de Genaro Rincón M., autenticada em 10 de outubro de 1998 e procuração de Tiramen Bosico Cofi a favor de Genaro Rincón M., autenticada em 10 de outubro de 1998 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 1, folhas 3748 a 3750); procuração de Tiramen Bosico Cofi a favor do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), da Universidade de California, Berkeley, Boat Hall (School of Law), e do Movimiento de Mujeres Dominicano-Haitianas (MUDHA), autenticada em 13 de junho de 2003 pelo licenciado Marcelino da Cruz Nuñez (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas, tomo I, folhas 76 e 77), e procuração de Leonidas Oliven Yean a favor do Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), da Universidade de California, Berkeley, Boat Hall (School of Law), e do Movimiento de Mujeres Dominicano-Haitianas (MUDHA), autenticada em 13 de junho de 2003 pelo licenciado Marcelino da Cruz Nuñez (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas, tomo I, folhas 78 e 79).

81. Cf. comprovantes de gastos do MUDHA no caso das crianças Yean e Bosico (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexos 55 e 56, folhas 729 a 828).

82. Cf. comprovantes de gastos do CEJIL no caso das crianças Yean e Bosico (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 54, folhas 537 a 728, e expediente de exceções preliminares e eventuais mérito e reparações, tomo V, folhas 1314 a 1319).

83. Cf. comprovantes de gastos da Clínica de Direito Internacional dos Direitos Humanos no caso das crianças Yean e Bosico (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 57, folhas 829 a 852).



111. Em relação ao artigo 20 da Convenção Americana, a Comissão argumentou que:

- a) a Constituição estabeleceu o *ius soli* como princípio para adquirir a nacionalidade dominicana, de modo que o direito à nacionalidade por ter nascido no território dominicano adquire proteção convencional, sem importar a nacionalidade ou status legal dos pais. Qualquer restrição ao direito à nacionalidade que não se baseie no lugar de nascimento das crianças contradiz diretamente este princípio;
- b) é inaceitável qualificar as supostas vítimas do presente caso como “estrangeiros em trânsito”, já que as pessoas que vivem por 10, 15 ou mais anos em um país não podem ter a qualidade de transeuntes;
- c) a Junta Central Eleitoral exige a apresentação de uma série de documentos para proceder a um registro tardio de nascimento. Estes requisitos não apenas contravêm os direitos contidos na Constituição e outras leis derivadas, mas também violam os direitos contidos na Convenção Americana, uma vez que são difíceis de cumprir, envolvem gastos e constituem obstáculos que impedem o gozo do direito à nacionalidade à maioria de menores que se encontram na mesma situação das crianças Dilcia e Violeta, ou seja, os dominicanos de ascendência haitiana;
- d) os trâmites inconsistentes realizados por funcionários do Registro Civil não permitiram às crianças Dilcia e Violeta obterem suas certidões de nascimento durante quatro anos e quatro meses, apesar de terem cumprido os requisitos estabelecidos para os menores de 13 anos;
- e) a entrega das certidões de nascimento às supostas vítimas neste caso foi resultado de uma decisão do Estado, que eventualmente teria a possibilidade de negar sua validade em virtude da forma em que foram concedidas; e
- f) o Acordo de Colaboração assinado pelo Estado no fim de 2001, eliminou vários requisitos que obstaculizavam o processo de registros tardios; entretanto, mantém o requisito principal da apresentação da cédula de identidade e eleitoral dos pais, o que representa uma contradição com o princípio do *ius soli*.

112. Quanto ao artigo 24 da Convenção Americana, a Comissão afirmou que:

- a) os Estados podem estabelecer distinções no desfrute de certos benefícios entre seus cidadãos, os estrangeiros com status regular e os estrangeiros em situação irregular; entretanto, para isso se requer um exame detalhado do conteúdo e do alcance da norma, de suas consequências e justificativas;
- b) o tratamento que as supostas vítimas receberam se deveu a considerações sobre sua ascendência, seu nome e o status migratório de seus pais. Estão proibidas não apenas as políticas e práticas deliberadamente discriminatórias, mas também aquelas cujo impacto seja discriminatório contra certas categorias de pessoas, ainda quando não se possa provar a intenção discriminatória;
- c) a legislação secundária aplicável ao caso é aberta e permite que as autoridades da Junta Central Eleitoral e do Registro Civil possam dispor e aplicar discricionariamente os requisitos para obter os registros tardios de nascimento; e
- d) o Estado, apesar de ter indicado que certos funcionários poderiam ter assumido atitudes discriminatórias, não investigou nem puniu essas práticas.

113. Quanto ao artigo 3 da Convenção, a Comissão afirmou que:

- a) o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica é um requisito fundamental para o desfrute de todas as liberdades básicas, em virtude de que este direito confere o reconhecimento do indivíduo perante a lei;
- b) a normativa interna da República Dominicana, por meio do Código para a Proteção das Crianças e Adolescentes (Lei nº 14 – 94), reconhece a relação entre a identidade legal e a proteção dos direitos fundamentais dos menores, e garante o direito fundamental à dignidade das crianças, o que inclui o direito à identidade e, explicitamente, proíbe qualquer discriminação na concessão ou privação de seus direitos fundamentais em virtude de sua raça ou nacionalidade; e
- c) a negativa a inscrever as crianças Dilcia e Violeta no Registro Civil por parte de funcionários dominicanos ocasionou sua exclusão da ordem jurídica e institucional do Estado, já que durante mais de quatro anos nem Dilcia nem Violeta possuíam uma certidão de nascimento, documento legal

reconhecido pela República Dominicana como prova de sua identidade, e, por isso, não estavam reconhecidas perante a lei, o que constituiu uma violação ao artigo 3 da Convenção Americana.

114. A Comissão não argumentou sobre a violação ao artigo 18 da Convenção.

*Alegações dos representantes*

115. Quanto ao artigo 19 da Convenção Americana, os representantes afirmaram que:

- a) tendo em vista a incapacidade legal e a vulnerabilidade das crianças Dilcia e Violeta, o Estado tinha a obrigação especial, que sua condição de menores requeria conforme o artigo 19 da Convenção, de adotar medidas de proteção para garantir seus direitos à nacionalidade, à personalidade jurídica, à educação, à família, e à proteção judicial. Os impedimentos arbitrários ou inconsistentes impostos pelo Estado às crianças em seus esforços para obter a documentação constituem uma violação direta aos direitos consagrados no artigo 19 da Convenção Americana, lido à luz do artigo 1.1 da mesma; e
- b) o artigo 19 da Convenção requer que sejam tomadas medidas especiais de proteção para garantir o direito à educação das crianças, em razão de sua situação específica de vulnerabilidade e porque não podem proteger seu direito sem assistência especial por parte de sua família, da sociedade e do Estado. O direito à educação constitui um dos direitos protegidos pelo artigo 26 da Convenção Americana.

116. Quanto ao artigo 20 da Convenção, os representantes alegaram que:

- a) a República Dominicana violou o direito à nacionalidade das crianças Dilcia e Violeta ao negar-lhes, com fundamento em sua raça e ascendência, a possibilidade de registrar seu nascimento no território nacional conforme o princípio constitucional do *ius soli*;
- b) a interpretação efetuada pelo Estado da exceção “em trânsito” e sua aplicação ao presente caso cria uma restrição para a obtenção da nacionalidade que não está estabelecida na Constituição nem no Código Civil da República Dominicana (doravante denominado “Código Civil”), e tampouco na Lei nº 659;
- c) os requisitos para o registro tardio de nascimento impostos pelas diretrizes anunciadas pelo Cartório do Estado Civil, e não pela lei, em sua maioria não possuem relação com a prova do nascimento em território dominicano e por isso são desproporcionais e desnecessários. Isto é especialmente pertinente com respeito às pessoas de ascendência haitiana que vivem nos bateyes. As restrições para obter a nacionalidade devem cumprir certos requisitos para serem consideradas legítimas e não arbitrárias: 1) ser previamente prescritas por lei; 2) não ser discriminatórias; 3) perseguir um objetivo legítimo, e 4) respeitar estritamente os princípios de necessidade e de proporcionalidade; e
- d) para demonstrar a identidade de uma criança, os Estados costumam pedir uma declaração de nascimento ou de batismo ou de uma parteira ou hospital, sem a necessidade de que sejam concordantes. Em um sistema de *ius soli*, tendo em vista que apenas se requer o fato de que uma criança tenha nascido no território do Estado, a situação legal do progenitor é irrelevante e os pais apenas devem demonstrar a relação com seus filhos mediante qualquer documento de identidade comum, como cédula de identidade ou carteira de motorista.

117. No que se refere ao artigo 24 da Convenção Americana, os representantes alegaram que:

- a) o Estado violou os artigos 24 e 1.1 da Convenção Americana, ao introduzir em seu ordenamento jurídico regulamentações discriminatórias referentes à proteção da lei e ao aplicá-las às supostas vítimas, tanto pela intencionalidade dos atos discriminatórios dos funcionários públicos ao se negarem a conceder-lhes as certidões de nascimento, como pelos efeitos discriminatórios produzidos ao aplicar as leis que regulamentam o registro. Para justificar uma distinção que afete principalmente crianças, deve-se demonstrar claramente que a violação a seus direitos é absolutamente necessária para alcançar o objetivo do interesse público, o que não foi provado pelo Estado;
- b) não há relação entre a concessão da nacionalidade e a prevenção do tráfico de crianças ou da fraude eleitoral e, ainda que estes sejam fins legítimos, os meios para alcançá-los são incompatíveis com a proteção dos direitos humanos;
- c) o Direito Internacional proíbe tanto a discriminação direta quanto a discriminação indireta ou o efeito discriminatório; e

- d) as regulamentações introduzidas no ordenamento jurídico da República Dominicana têm um efeito discriminatório sobre os dominicanos de ascendência haitiana, que é o resultado da série de requisitos exigidos por funcionários dominicanos para a concessão do registro tardio de nascimento que impedem, na prática, a obtenção de sua nacionalidade.

118. Quanto ao artigo 3 da Convenção, os representantes afirmaram que:

- a) o direito à personalidade jurídica é um direito protegido por vários instrumentos internacionais e em nenhum caso pode ser suspenso. Na República Dominicana a certidão de nascimento é o documento legal como prova oficial de nome e identidade e, portanto, é necessária para assegurar uma identidade jurídica; e
- b) as crianças se viram privadas do direito fundamental ao reconhecimento da personalidade jurídica por mais de quatro anos. Durante este tempo, as crianças Dilcia e Violeta viveram em um estado de ilegalidade no qual estiveram permanentemente expostas a uma expulsão forçada para o Haiti. Sem a certidão de nascimento, as crianças não podiam obter títulos legais de propriedade, não podiam obter uma cédula de identidade e não teriam sido autorizadas a votar quando alcançassem a maioridade.

119. Quanto ao artigo 18 da Convenção, os representantes alegaram que:

- a) o direito ao nome, assim como o direito à nacionalidade e à personalidade jurídica é um direito fundamental e não pode, em nenhum caso, ser suspenso. O direito ao nome está intimamente ligado à identidade de uma pessoa e está associado aos direitos à intimidade e à personalidade jurídica;
- b) o Estado descumpriu sua obrigação de assegurar à Dilcia e à Violeta seu direito ao nome, ao se negar a conceder a certidão de nascimento por mais de quatro anos. Sem nomes oficiais, as crianças Dilcia e Violeta não contaram com nenhuma das proteções estatais decorrentes do seu registro; e
- c) apesar de o Promotor Público e da Junta Central Eleitoral terem argumentado que as crianças não cumpriram os requisitos, o Estado concedeu as certidões de nascimento de maneira ilegal ao não cumprir os requisitos exigidos, de modo que essas certidões estão expostas à possibilidade de uma revogação estatal. A violação, portanto, é continuada, já que seu direito ainda não foi garantido.

#### *Alegações do Estado*

120. Quanto ao artigo 19 de Convenção, o Estado afirmou que:

- a) o fato de que Violeta teve problemas para se escolarizar não é responsabilidade do Estado, já que as distintas causas que impediram a criança de estudar com continuidade foram provocadas por sua família, dado que esta mudava de lugar de residência constantemente e teve de abandonar abruptamente vários centros de estudo. Apesar da falta de apresentação da certidão de nascimento, Violeta foi autorizada a estudar durante vários anos; e
- b) apesar dos esforços dos órgãos públicos competentes para assegurar o direito à educação e facilitar a inscrição de todas as crianças em idade escolar, existe um princípio de ordem pública insuperável para a escolarização, que faz necessária a matrícula dos estudantes com sua certidão de nascimento.

121. Em relação ao artigo 20 da Convenção Americana, o Estado argumentou que:

- a) o fato de as crianças serem de ascendência haitiana não teve relação com os motivos nos quais se fundamentaram os oficiais do Estado Civil para não as registrar e reconhecer sua nacionalidade dominicana. A decisão se baseou no descumprimento da apresentação dos requisitos necessários para optar por esta nacionalidade. Não existe prova de que o Registro Civil se negou a registrá-las por razões discriminatórias, já que este órgão não pode fazer exceções e seu trabalho se limita a comprovar que os solicitantes demonstrem ter nascido no país;
- b) não possui relevância o fato de os pais das crianças Yean e Bosico terem estado em trânsito no país, já que ao nascer em território dominicano as crianças tinham direito a optar por esta nacionalidade e nunca perderam este privilégio; entretanto, este assunto carece de interesse porque na atualidade as crianças já gozam da nacionalidade dominicana;
- c) as supostas vítimas tinham a possibilidade de optar pela nacionalidade haitiana em razão do vínculo do *ius sanguinis* que as une com seus pais, de maneira que nunca estiveram em perigo de serem apátridas;

- d) a apresentação da cédula de identidade dos pais é um requisito para obter o registro tardio de nascimento, para saber se são filhos legítimos dos estrangeiros residentes no país, em representação diplomática ou em trânsito. No caso concreto, as mães das crianças são dominicanas, de modo que não deveria haver problema para elas o cumprimento deste requisito. Os demais documentos solicitados são necessários para que o mecanismo de registro possa operar de forma fidedigna e para evitar a falsidade ideológica;
- e) não é verdadeira a alegada situação contínua de ilegalidade das crianças, já que não existe nenhuma política de deportação contra pessoas ilegais dentro do território dominicano; e
- f) o Estado não é responsável por violar de maneira contínua o direito à nacionalidade, já que o atraso em sua concessão se deu em função da negligência das mães que não buscaram oportunamente registrar os nascimentos das crianças e na tentativa de registro tardio não juntaram as provas e documentos necessários para realizar este procedimento.

122. No que se refere ao artigo 24 da Convenção Americana, o Estado argumentou que:

- a) a situação particular de registro tardio de nascimento das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico supõe que se lhes isente do regime geral para o resto dos dominicanos que são registrados ao nascer e lhes aplique a normativa vigente para todos aqueles que, ao nascer, não tivessem sido inscritos no Registro Civil, isto é, o trâmite do registro tardio. Este procedimento deve ser realizado de acordo com uma série de requisitos e trâmites necessários para demonstrar de uma forma veraz e adequada ao direito que as pessoas solicitantes ostentam um verdadeiro direito à nacionalidade dominicana; e
- b) não foi provado e não corresponde à verdade que os oficiais do Estado Civil da República Dominicana tenham recebido instruções de seus superiores para impedir o registro e a expedição de certidões de nascimento de crianças de origem haitiana. Os oficiais do Registro Civil envolvidos neste caso simplesmente se encontravam cumprindo sua obrigação de analisar os requisitos, exigidos tanto aos dominicanos quanto aos estrangeiros e sem nenhum tipo de distinção, para os registros tardios de nascimento.

123. Quanto ao artigo 3 da Convenção, o Estado argumentou que não violou o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, já que em nenhum momento impediu o registro das crianças.

124. O Estado não apresentou alegações específicas sobre o artigo 18 da Convenção.

#### *Considerações da Corte*

125. O artigo 20 da Convenção Americana determina que:

1. Toda pessoa tem direito a uma nacionalidade.
2. Toda pessoa tem direito à nacionalidade do Estado em cujo território houver nascido, se não tiver direito a outra.
3. A ninguém se deve privar arbitrariamente de sua nacionalidade nem do direito de mudá-la.

126. O artigo 24 da Convenção Americana dispõe que:

[t]odas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

127. O artigo 19 da Convenção Americana dispõe que:

[t]oda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

128. O artigo 3 da Convenção Americana estabelece que:

[t]oda pessoa tem direito ao reconhecimento de sua personalidade jurídica.

129. O artigo 18 da Convenção Americana dispõe que:

[t]oda pessoa tem direito a um nome e aos sobrenomes de seus pais ou ao de um destes. A lei deve regular a forma de assegurar a todos esse direito, mediante nomes fictícios, se for necessário.

130. O artigo 1.1 da Convenção Americana estabelece que:

[o]s Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

131. O Tribunal terá em conta sua competência *ratione temporis* (pars. 4 e 100 a 108 *supra*) e os fatos do caso sub *judice* para determinar se a República Dominicana é responsável pela suposta violação aos referidos artigos da Convenção Americana, os quais são considerados neste capítulo de forma conjunta.
132. A Corte considera necessário ressaltar que, apesar de a denegação do pedido de registro tardio de nascimento no registro civil das crianças ter ocorrido em 5 de março de 1997 e da decisão do Promotor Público que confirmou esta denegação ter sido emitida em 20 de julho de 1998, ambos os fatos determinaram que as crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico permanecessem sem nacionalidade até 25 de setembro de 2001. Consequentemente, esta denegação persistiu depois de 25 de março de 1999, data de reconhecimento da competência contenciosa da Corte pela República Dominicana, razão pela qual este Tribunal afirma sua competência para conhecer desta denegação (pars. 4 e 100 a 108 *supra*).
133. A Corte observa que no momento em que o Estado reconheceu a competência contenciosa da Corte, Dilcia Yean e Violeta Bosico eram crianças,<sup>84</sup> que nesta condição tinham direitos especiais aos quais correspondem deveres específicos por parte da família, da sociedade e do Estado e exigem uma proteção especial que é devida por este último e que deve ser entendida como um direito adicional e complementar.<sup>85</sup>
134. Este Tribunal indicou que os casos em que as vítimas de violações de direitos humanos são crianças se revestem de especial gravidade.<sup>86</sup> A prevalência do interesse superior da criança deve ser entendida como a necessidade de satisfação de todos os direitos dos menores, o que obriga o Estado e irradia efeitos na interpretação de todos os demais direitos da Convenção quando o caso se refira a menores de idade.<sup>87</sup> Além disso, o Estado deve prestar especial atenção às necessidades e aos direitos das supostas vítimas em consideração à sua condição de crianças, como mulheres que pertencem a um grupo em uma situação vulnerável.<sup>88</sup>
135. Em consideração ao indicado nos parágrafos anteriores, a Corte não se pronunciará sobre a suposta violação isolada do artigo 19 da Convenção Americana, mas incluirá sua decisão a respeito juntamente da análise dos demais artigos pertinentes a este caso.

\*\*\*

136. Com relação ao direito consagrado no artigo 20 da Convenção, a Corte entende que a nacionalidade é a expressão jurídica de um fato social de conexão de um indivíduo com um Estado.<sup>89</sup> A nacionalidade é um direito fundamental da pessoa humana que está consagrado na Convenção Americana, bem como em outros instrumentos internacionais,<sup>90</sup> e é inderrogável de acordo com o artigo 27 da Convenção.
137. A importância da nacionalidade reside no fato de que ela, como vínculo jurídico político que liga uma pessoa a um Estado determinado,<sup>91</sup> permite que o indivíduo adquira e exerça os direitos e responsabilidades próprias

84. A Corte observa que no momento de proferir a presente Sentença, Dilcia Yean tem 9 anos de idade e Violeta Bosico tem 20 anos de idade; entretanto, dado que em 25 de março de 1999 Dilcia e Violeta tinham, respectivamente, 2 e 14 anos de idade, a Corte se referirá às supostas vítimas como crianças, cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A Nº 17, par. 42.

85. Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, nota 84 *supra*, pars. 53, 54 e 60, e *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*. Sentença de 8 de julho de 2004, Série C Nº 110, par. 164.

86. Cf. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales)*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C Nº 64 par. 146; *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*, nota 85 *supra*, par. 162, e *Caso Bulacio*. Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C Nº 100, par. 133.

87. Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, nota 84 *supra*, pars. 56, 57 e 60.

88. Cf. Nações Unidas, Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, Recomendação Geral nº 24, aprovada durante o 20º período de sessões, 1999, sobre a aplicação do artigo 12 da Convenção sobre a eliminação de todas as formas de discriminação contra a mulher.

89. Cf. *Caso Nottebohm* (Liechtenstein vs. Guatemala), segunda fase. Sentença de 6 de abril de 1955. Corte Internacional de Justiça, ICJ Reports 1955, pág. 23.

90. Cf., entre outros, Declaração Americana de Direitos Humanos, artigo XIX; Declaração Universal de Direitos Humanos, artigo 15; Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, artigo 24.3; Convenção sobre os Direitos da Criança, artigo 7.1; Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias, artigo 29, e Convenção para Redução dos Casos de Apatridia, artigo 1.1.

91. Cf. *Proposta de Modificação à Constituição Política da Costa Rica Relacionada à Naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A Nº 4, par. 35.

de ser membro de uma comunidade política. Como tal, a nacionalidade é um pré-requisito para o exercício de determinados direitos.

138. A Corte estabeleceu que

[a] nacionalidade, conforme se aceita majoritariamente, deve ser considerada como um estado natural do ser humano. Tal estado não é apenas o próprio fundamento de sua capacidade política mas também de parte de sua capacidade civil. Daí que, não obstante o fato de que tradicionalmente se aceitou que a determinação e regulamentação da nacionalidade são competência de cada Estado, a evolução ocorrida nesta matéria nos demonstra que o Direito Internacional impõe certos limites à discricionariedade dos Estados e que, em seu estado atual, na regulamentação da nacionalidade não apenas concorrem competências dos Estados mas também as exigências da proteção integral dos direitos humanos. [...] com efeito, a perspectiva doutrinária clássica em que a nacionalidade podia ser concebida como um atributo que o Estado concedia a seus súditos, foi evoluindo para um conceito de nacionalidade no qual, em conjunto a ser competência do Estado, se reveste do caráter de um direito da pessoa humana.<sup>92</sup>

139. A Convenção Americana acolhe o direito à nacionalidade em um sentido duplo: o direito a ter uma nacionalidade desde a perspectiva de dotar o indivíduo de um mínimo de amparo jurídico no conjunto de suas relações, ao estabelecer sua vinculação com um Estado determinado, e o de proteger o indivíduo contra a privação de sua nacionalidade de forma arbitrária, porque desse modo estaria sendo privado da totalidade de seus direitos políticos e daqueles direitos civis que se sustentam na nacionalidade do indivíduo.<sup>93</sup>

140. A determinação de quem são nacionais continua sendo competência interna dos Estados. Entretanto, sua discricionariedade nessa matéria sofre um constante processo de restrição conforme a evolução do Direito Internacional, com vistas a uma maior proteção da pessoa diante da arbitrariedade dos Estados. Assim, na atual etapa de desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos, esta faculdade dos Estados está limitada, por um lado, por seu dever de oferecer aos indivíduos uma proteção igualitária e efetiva da lei e sem discriminação e, por outro lado, por seu dever de prevenir, evitar e reduzir a apatridia.<sup>94</sup>

141. A Corte considera que o princípio de direito imperativo de proteção igualitária e efetiva da lei e de não discriminação determina que os Estados, ao regulamentarem os mecanismos de concessão da nacionalidade, devem se abster de produzir regulamentações discriminatórias ou que tenham efeitos discriminatórios nos diferentes grupos de uma população no momento de exercerem seus direitos.<sup>95</sup> Do mesmo modo, os Estados devem combater as práticas discriminatórias em todos os seus níveis, em especial nos órgãos públicos e, finalmente, devem adotar as medidas afirmativas necessárias para assegurar uma efetiva igualdade perante a lei de todas as pessoas.

142. Os Estados têm a obrigação de não adotar práticas ou legislação, em relação à concessão da nacionalidade, cuja aplicação favoreça o incremento do número de pessoas apátridas, condição que é derivada da falta de nacionalidade, quando um indivíduo não se qualifica sob as leis de um Estado para recebê-la, como consequência de sua privação arbitrária, ou ainda pela concessão de uma nacionalidade que não é efetiva na prática. A apatridia tem como consequência impossibilitar o gozo dos direitos civis e políticos de uma pessoa e produzir uma condição de extrema vulnerabilidade.

143. Por sua vez, a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia, que foi assinada pela República Dominicana em 5 de dezembro de 1961, ratificada por 26 Estados e que entrou em vigor em 13 de dezembro de 1975, em seu artigo 1º determina que os Estados devem conceder sua nacionalidade à pessoa nascida em seu território, que de outro modo ficaria em condição de ser apátrida. Esta Convenção afirma que a nacionalidade será concedida de pleno direito no momento do nascimento, ou ainda mediante pedido apresentado perante a autoridade competente pelo interessado ou em seu nome, conforme prescrito na legislação do Estado em questão, e que o referido pedido não poderá ser rechaçado, a menos que o interessado não cumpra a seguinte lista de condições às quais o Estado poderá subordinar a concessão de sua nacionalidade:

(a) que o requerimento seja apresentado dentro de um período fixado pelo Estado Contratante, que deverá começar não depois da idade de dezoito anos e terminar não antes da idade de vinte e um

92. Cf. *Proposta de Modificação à Constituição Política da Costa Rica Relacionada à Naturalização*, nota 91 *supra*, pars. 32 e 33.

93. Cf. *Proposta de Modificação à Constituição Política da Costa Rica Relacionada à Naturalização*, nota 91 *supra*, par. 34.

94. Cf., entre outros, Convenção para Redução dos Casos de Apatridia, artigo 1.1; Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias, artigo 29, e Convenção sobre os Direitos da Criança, artigo 7.1, e Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 24.3.

95. Cf. *Caso Yatama*, nota 13 *supra*, par. 185; *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003, Série A Nº18, par. 88, e *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, nota 84 *supra*, par. 44.

- anos, de modo que o interessado disponha de um ano, no mínimo, durante o qual possa apresentar o requerimento sem ter de obter autorização judicial para fazê-lo;
- (b) que o interessado tenha residido habitualmente no território do Estado Contratante por período, fixado por este Estado, não superior a cinco anos imediatamente anteriores à apresentação do requerimento nem a dez anos ao todo;
- (c) que o interessado não tenha sido condenado por crime contra a segurança nacional nem tenha sido condenado em virtude de processo criminal, a cinco anos ou mais de prisão;
- (d) que o interessado sempre tenha sido apátrida.

\*\*\*

144. De acordo com os fatos do presente caso, as crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico nasceram na República Dominicana em 15 de abril de 1996 e em 13 de março de 1985, respectivamente, e ali viveram e cresceram. Igualmente, suas mães, as senhoras Leonidas Oliven Yean e Tiramén Bosico Cofi, são de nacionalidade dominicana e viveram na República Dominicana, e os pais das crianças são haitianos (pars. 109.6 e 109.7 supra).
145. Em 5 de março de 1997, quando Dilcia Yean tinha 10 meses de idade e Violeta Bosico tinha 12 anos de idade, as crianças solicitaram o registro tardio de seu nascimento perante o Cartório do Estado Civil de Sabana Grande de Boyá. Este pedido de registro tardio foi rechaçado pela Oficial do Estado Civil, que considerou que os documentos apresentados pelas crianças eram insuficientes para proceder com o registro tardio, conforme uma lista de 11 requisitos (pars. 109.14, 109.17 e 109.18 supra). Em 11 de setembro de 1997, as crianças recorreram ao Promotor Público do Distrito Judicial de Monte Plata, que em 20 de julho de 1998 confirmou a decisão da Oficial do Estado Civil e denegou a demanda por “não estar amparada na documentação e no procedimento que rege a matéria”, com base em uma lista que contém 12 requisitos para o registro tardio de nascimento (pars. 109.19 e 109.20 supra).
146. Para proceder à inscrição no registro civil de nascimento das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, foram-lhes exigidos os 11 documentos que constam no anexo à comunicação do Estado dirigida à Comissão Interamericana em 30 de setembro de 1999, ou ainda os 12 documentos indicados na Resolução emitida pelo Promotor Público do Distrito Judicial de Monte Plata em 20 de julho de 1998 (pars. 109.18 e 109.20 supra). Ou seja, as certidões de nascimento não foram concedidas pelo descumprimento por parte das crianças da apresentação dos 11 ou 12 documentos exigidos pelos funcionários do Estado antes mencionados. Entretanto, em suas alegações finais escritas, o Estado afirmou que os documentos que deveriam ser apresentados perante o Cartório do Estado Civil em 5 de março de 1997 eram três, que elas deveriam cumprir e não o fizeram (par. 109.16 supra). A partir do anteriormente exposto, conclui-se que o Estado adotou diferentes posturas durante o trâmite do caso perante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, em relação aos requisitos que as crianças deveriam ter cumprido. Esta situação reflete o fato de que na República Dominicana não existe um critério uniforme para a exigência e aplicação dos requisitos para o registro tardio de nascimento dos menores de 13 anos de idade.
147. Depois da reunião celebrada pela Comissão em 24 de agosto de 2001, na República Dominicana, no exercício de suas faculdades, o Estado comunicou às senhoras Leonidas Oliven Yean e Tiramén Bosico Cofi que havia realizado o registro de nascimento de suas filhas e, em 25 de setembro de 2001, a República Dominicana entregou as certidões de nascimento às crianças Yean e Bosico e, em consequência, nesta data concedeu-lhes a nacionalidade dominicana (pars. 109.32 e 109.33 supra).

\*\*\*

148. A nacionalidade na República Dominicana se encontra regulamentada na Constituição, promulgada em 14 de agosto de 1994, e vigente no momento dos fatos. O artigo 11 da Constituição consagra que são dominicanos:

[t]odas as pessoas que nascerem no território da República, com exceção dos filhos legítimos dos estrangeiros residentes no país em representação diplomática ou dos que nele estão em trânsito.

[...]

149. Igualmente, o Código Civil em seu artigo 9º dispõe que
- [s]ão dominicanos:

Primeiro – Todas as pessoas que tenham nascido ou nascerem no território da República, qualquer que seja a nacionalidade de seus pais.

Para os efeitos desta disposição não se considerarão como nascidos no território da República os filhos legítimos dos estrangeiros que residam nela em representação ou a serviço de sua pátria.

[...]

150. Como decorre da leitura do artigo 11 da Constituição, a República Dominicana estabelece o princípio do *ius soli* para determinar quem são os titulares da nacionalidade. Entretanto, para adquirir esta nacionalidade por nascimento, é preciso que a criança não se inclua em uma das exceções constitucionais, que se referem aos filhos de pessoas em representação diplomática ou em trânsito no país.

151. A Corte não analisará a aplicação da primeira exceção referente aos filhos de diplomatas, já que os fatos do presente caso não se relacionam a ela.

152. A respeito da exceção relacionada aos estrangeiros que se encontram em trânsito, tanto a Comissão como os representantes alegaram que as autoridades do Estado teriam tomado a posição, e a teriam tornado efetiva na prática, de que as crianças de ascendência haitiana nascidas na República Dominicana, como são as crianças Dília e Violeta, não seriam nacionais dominicanas, devido a seus pais serem trabalhadores migratórios haitianos e considerados em trânsito.

153. A Comissão Interamericana, em seu Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos da República Dominicana no ano de 1999, em relação à interpretação que as autoridades dominicanas fazem da condição de pessoa em trânsito, observou que

[...] na República Dominicana residem ao redor de 500.000 trabalhadores haitianos indocumentados. Em numerosos casos se trata de pessoas que residiram por 20 ou 40 anos e muitas delas nasceram em território dominicano. A maioria enfrenta uma situação de ilegalidade permanente que transmitem a seus filhos, que não podem obter a nacionalidade dominicana, porque de acordo com a interpretação restritiva feita pelas autoridades dominicanas do artigo 11 da Constituição, são filhos de 'estrangeiros em trânsito'. Não é possível considerar em trânsito pessoas que residiram por numerosos anos em um país onde desenvolveram inúmeros vínculos de todo tipo.<sup>96</sup>

154. A sentença nº 453 da Câmara Civil da Corte de Apelação do Distrito Nacional proferida em 16 de outubro de 2003, referente à inscrição no registro civil de dois menores cujos pais são haitianos e vivem na República Dominicana, estabeleceu que:

[...] não se pode assimilar à condição de ilegalidade do estrangeiro o conceito de trânsito, por se tratarem de figuras distintas e, ademais, nem no regulamento para a aplicação da lei sobre Migração nem no relatório elaborado pela Comissão [Interamericana de] [D]ireitos [H]umanos [sobre a Situação dos Direitos Humanos na República Dominicana no ano de 1999], se estabelece a condição de legalidade como requisito para ter direito à nacionalidade do lugar de nascimento; [...] que na espécie não há possibilidade de que se possa considerar em trânsito os pais dos menores que reclamam o registro de seu nascimento, em razão de que [d]os documentos depositados nos autos decorre que há vários anos vivem no país[...], e] que, por outro lado, apesar de ser correto que os pais do menor vivem no país em um estado de ilegalidade, não é menos certo que este estado de ilegalidade não pode, de modo algum, afetar os menores, que podem se beneficiar da nacionalidade dominicana apenas demonstrando que nasceram no território dominicano e que seus pais não estão cumprindo função diplomática no país nem estão em trânsito nele [...].<sup>97</sup>

155. A Corte considera necessário indicar que o dever de respeitar e garantir o princípio da igualdade perante a lei e de não discriminação é independente do status migratório de uma pessoa em um Estado. Isto é, os Estados têm a obrigação de garantir este princípio fundamental a seus cidadãos e a toda pessoa estrangeira que se encontre em seu território, sem discriminação alguma em razão de sua estadia regular ou irregular, sua nacionalidade, raça, gênero ou qualquer outra causa.<sup>98</sup>

156. De acordo com o indicado acima, e levando consideração o direito à nacionalidade dos filhos de pessoas migrantes na República Dominicana em relação à norma constitucional pertinente e aos princípios internacionais de proteção dos migrantes, a Corte considera que:

96. Cf. Organização dos Estados Americanos, Comissão Interamericana de Direitos Humanos, Relatório sobre a Situação dos Direitos Humanos na República Dominicana, OEA/Ser.L/V/II.104, doc.49, rev. 1, de 7 de outubro de 1999, par. 363.

97. Cf. sentença nº 453 da Câmara Civil da Corte de Apelação do Distrito Nacional proferida em 16 de outubro de 2003 (expediente de exceções preliminares e eventuais mérito, reparações e custas, tomo II, folhas 586 a 612).

98. Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, nota 95 *supra*, par. 118.



- a) o status migratório de uma pessoa não pode ser condição para a concessão da nacionalidade por parte do Estado, já que sua qualidade migratória não pode constituir, de nenhuma forma, uma justificativa para privá-la do direito à nacionalidade nem do gozo e do exercício de seus direitos;<sup>99</sup>
- b) o status migratório de uma pessoa não se transmite a seus filhos; e
- c) a condição do nascimento no território do Estado é a única a ser demonstrada para a aquisição da nacionalidade, no que se refere a pessoas que não teriam direito a outra nacionalidade, se não adquirem a nacionalidade do Estado onde nasceram.

157. Além do indicado anteriormente, o Tribunal considera oportuno referir-se à Seção V do Regulamento de Migração da República Dominicana nº 279, de 12 de maio de 1939, vigente no momento do pedido de registro tardio de nascimento no presente caso, a qual é clara ao estabelecer que o transeunte tem apenas a finalidade de passar pelo território, para o que é fixado um limite temporal de não mais de dez dias.<sup>100</sup> A Corte observa que, para considerar uma pessoa como transeunte ou em trânsito, independentemente da classificação que se utilize, o Estado deve respeitar um limite temporal razoável e ser coerente com o fato de que um estrangeiro que desenvolve vínculos em um Estado não pode ser equiparado a um transeunte ou a uma pessoa em trânsito.

158. Este Tribunal considera que não caberia, sob nenhuma circunstância, a possibilidade de que o Estado tivesse aplicado às crianças Yean e Bosico a exceção referente aos filhos de uma pessoa em trânsito, já que as mães das supostas vítimas são dominicanas e as crianças nasceram na República Dominicana, esta última sendo a condição estabelecida no artigo 11 da Constituição para a concessão da nacionalidade dominicana.

\*\*\*

159. A Corte passa a analisar a aplicação dos requisitos para o registro tardio de nascimento na República Dominicana e seus efeitos nas crianças Yean e Bosico no presente caso.

160. Na República Dominicana, o trâmite do registro de nascimento se encontra regulamentado por meio da Lei nº 659 Sobre atos do Estado Civil, de 17 de julho de 1944, nos artigos 39, 40 e 41.<sup>101</sup> Esta lei determina que

99. Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, nota 95 *supra*, par. 134.

100. A Seção V do Regulamento de Migração nº 279 de 12 de maio de 1939 define que “[a]os estrangeiros que tratem de entrar à República com o propósito principal de prosseguir através do país com destino ao exterior se lhes concederá privilégios de transeuntes. Estes privilégios serão concedidos ainda que o estrangeiro não seja admissível como imigrante se sua entrada não fosse contrária à saúde e à ordem pública. Ao estrangeiro será requerido declarar seu destino, os meios que tenha escolhido para seu transporte e a data e o lugar de saída da República. Um período de 10 dias se considerará ordinariamente suficiente para poder passar através da República; e] [a] um estrangeiro admitido com o propósito de prosseguir através do país, será concedida uma Permissão de Desembarque, válida por 10 dias [...]” (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 21, folhas 364 e 365).

101. A Lei nº 659 Sobre atos do Estado Civil de 17 de julho de 1944, estabelece:

Art. 39 – A certidão de nascimento será feita perante o Oficial do Estado Civil do lugar em que se verifique o parto, dentro dos trinta (30) dias que se sigam a este. Se no lugar do parto não houver, a certidão se fará dentro de sessenta (60) dias perante o Oficial do Estado Civil que corresponda à sua jurisdição.

Se o oficial do Estado Civil tiver alguma dúvida sobre a existência da criança cujo nascimento se declara, exigirá sua apresentação imediata, no caso em que tiver verificado o parto na mesma população, e se tiver ocorrido fora dela, bastará a declaração do (Prefeito), hoje Juiz de Paz, da Seção.

Art. 40–(Mod. pela Lei 90 de data 23/12/65, G.O. Nº 8963) se o registro de nascimento foi tardio, o Oficial do Estado Civil poderá, mediante prévia investigação sobre a veracidade de tal registro, inscrevê-lo ou não no registro correspondente, segundo o [artigo] 38 desta Lei, mas não expedirá cópia ao interessado até que a [c]ertidão produzida seja ratificada pelo Tribunal competente, de acordo com o [artigo] 41 desta mesma lei. Entretanto, não serão admitidos registros tardios até que seja apresentada pelo interessado uma certidão expedida [pel]o Oficial do Estado Civil da Jurisdição onde se presume ter nascido o declarado, na qual se fará constar que a pessoa em questão não foi registrada em tal jurisdição com anterioridade, requisito este que se anotarà à margem da certidão que será realizada para esse efeito. Apenas cumprindo este formalismo poderá receber a informação testemunhal ou certidão juramentada para tais fins. No caso de o nascimento ter ocorrido a partir de 1º de janeiro do ano de 1945, e que haja mais de um Cartório do Estado Civil no Município onde se presume ter nascido o declarado, a certidão poderá ser expedida pelo Diretor do Escritório Central do Estado Civil, mediante prévia revisão dos registros sob seu cuidado, e o registro tardio receberá o Oficial do Estado Civil da jurisdição a que corresponda. Tal certidão não será necessária quando o registro se faça no Cartório do Estado Civil correspondente ao lugar de nascimento do declarado quando existe uma única dependência, mediante prévia investigação de registros por parte deste funcionário, fazendo constar nesta certidão, a respeito da qual será responsável em caso de inobservância desta formalidade. Os documentos comprobatórios de que o beneficiário não foi registrado no lugar de nascimento, incluindo cópia certificada da sentença de ratificação, devem ser protocolizados e arquivados cuidadosamente pelo Oficial atuante.

Os funcionários encarregados de receber atos de informação testemunhal juramentados para suprir atos do Estado Civil deverão, assim mesmo, exigir a apresentação da certidão do Oficial do Estado Civil correspondente que indique que o interessado não se encontra inscrito nos registros de sua responsabilidade.

Art. 41 – (Mod. pela Lei 90 de data 23/12/[65], G.O. Nº 8963) O Oficial do Estado Civil que tenha recebido um registro tardio de nascimento remeterá imediatamente cópia certificada da certidão ao Promotor Público do Distrito Judicial correspondente, que mediante prévia investigação de lugar informará o Juízo de Primeira Instância, podendo este tomar todas as medidas de prova, inclusive consultar livros, documentos dos pais, mesmo falecidos, ouvir testemunhas e intimar as partes interessadas a fim de ratificar ou não

se o registro de nascimento for tardio, o Oficial do Estado Civil poderá, mediante prévia investigação sobre a veracidade de tal registro, inscrevê-lo ou não no registro correspondente. A prova de sua veracidade é feita por meio da apresentação de uma série de documentos que são considerados requisitos para o registro tardio de nascimento e que, segundo se infere do artigo 9º da Lei nº 659,<sup>102</sup> devem ser estabelecidos pela Junta Central Eleitoral.

161. Na República Dominicana as listas de requisitos se distinguiram de acordo com a idade do menor a ser registrado, mas também se diferenciaram sem seguir um critério objetivo, de acordo com cada autoridade competente que a aplica, quanto ao número e ao tipo de requisitos exigidos para uma mesma idade.
162. De acordo com os fatos do presente caso, no momento do pedido de registro tardio foram apresentadas tanto as declarações de nascimento das crianças, a saber: para Dilcia Yean, a declaração de seu nascimento emitida pelo “subcentro de saúde” de Sabana Grande de Boyá e, no caso de Violeta Bosico, a declaração de seu nascimento emitida pelo Prefeito “pedáneo” do Batey Las Charcas de Sabana Grande de Boyá; bem como as cédulas de identidade de cada uma das mães das crianças (par. 109.15 supra).
163. A Corte considera que ao se apresentar perante o Cartório do Estado Civil e realizar o pedido de registro tardio, as crianças fizeram exigível seu direito à nacionalidade, apresentaram a declaração de nascimento e a cédula de identidade de suas mães, que eram os dois requisitos que deveriam ser aplicados a elas, conforme a legislação interna pertinente e de acordo com suas idades (par. 109.16 supra). Em que pese o anterior, o Estado rejeitou o requerimento e negou a nacionalidade dominicana às supostas vítimas (pars. 109.17, 109.18, e 109.20 supra).
164. Este Tribunal observa que o requerimento de registro tardio de nascimento foi negado com fundamento no descumprimento da exigência de apresentação de 11 ou 12 documentos, os quais não eram exigíveis às crianças menores de 13 anos de idade, e que foram exigidos das crianças, apesar de que no momento do requerimento Dilcia Yean tinha 10 meses de idade e Violeta Bosico tinha 12 anos de idade (pars. 109.14, 109.17, 109.18 e 109.20 supra).
165. Deve-se fazer notar que a idade é o critério legal utilizado na República Dominicana para diferenciar a aplicação de requisitos para o pedido de registro tardio de nascimento. De acordo com a legislação aplicável, as crianças Yean e Bosico não apresentavam nenhuma condição que as diferenciasse das demais crianças dominicanas menores de 13 anos de idade que pudesse justificar o agravamento das exigências para o registro de seu nascimento. A aplicação às supostas vítimas dos requisitos que não lhes correspondiam como menores de 13 anos de idade foi violatória da regulamentação interna sobre a matéria e lhes impôs um ônus de prova desproporcional e indevido.
166. A Corte considera que ao ter aplicado às crianças outros requisitos distintos aos exigidos para os menores de 13 anos de idade para obter a nacionalidade, o Estado atuou de forma arbitrária, sem critérios razoáveis ou objetivos, e de forma contrária ao interesse superior da criança, o que constituiu um tratamento discriminatório em detrimento das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico. Essa condição determinou que elas estivessem à margem do ordenamento jurídico do Estado e fossem mantidas como apátridas, o que as colocou em uma situação de extrema vulnerabilidade quanto ao exercício e gozo de seus direitos.<sup>103</sup>
167. Em atenção à condição de crianças das supostas vítimas, a Corte considera que a vulnerabilidade derivada da apatridia comprometeu o livre desenvolvimento de sua personalidade, já que o acesso aos direitos e à proteção especial de que são titulares se viu impossibilitado.
168. Ademais, este Tribunal considera que o tratamento discriminatório imposto pelo Estado às crianças Yean e Bosico se enquadra dentro da condição vulnerável da população haitiana e dominicana de ascendência haitiana na República Dominicana, à qual pertencem as supostas vítimas (par. 109.9 supra).
169. Nesse sentido, o Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas expressou sua preocupação “pela

---

mediante sentença a certidão de registro tardio. O Promotor Público remeterá ao Oficial do Estado Civil cópia da sentença que seja emitida, devendo este Oficial fazer menção da mesma à margem da certidão de nascimento correspondente, com as objeções que forem necessárias, podendo então expedir cópia dessa certidão (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 1, folhas 11 a 12).

102. A Lei nº 659 Sobre atos do Estado Civil de 17 de julho de 1944, estabelece em seu artigo 9º, o seguinte: “[O]s oficiais do Estado Civil deverão se conformar às instruções que recebam da Junta Central Eleitoral e do Escritório Central do Estado Civil e estarão sob a imediata e direta vigilância dos Promotores Públicos”.

103. Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, nota 84 supra, par. 56.

discriminação das crianças de origem haitiana nascidas no território [da República Dominicana] ou filhos de famílias haitianas migrantes, em especial [por] seu limitado acesso a moradia, educação e serviços de saúde, e observ[ou], em particular, a falta de medidas específicas para resolver este problema”. O mesmo Comitê, especificamente em relação à inscrição no registro civil, afirmou que lhe “preocupa, em particular, a situação das crianças de origem haitiana ou de famílias haitianas migrantes cujo direito à inscrição no registro civil foi negado no Estado [... e que, como] consequência desta política, não puderam gozar plenamente de seus direitos, como o de acesso à atenção à saúde e à educação”.<sup>104</sup>

170. A Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, por meio de uma especialista independente, publicou um relatório intitulado “[o]s direitos humanos e a extrema pobreza”, no qual se refere à situação dos haitianos na República Dominicana nos seguintes termos:

A questão do racismo [...] às vezes se manifesta entre os próprios dominicanos, mas sobretudo é patente diante dos haitianos ou pessoas de origem haitiana cuja[s] família[s] algumas vezes estão estabelecida[s] há várias gerações e que continuam circulando. [...] Raros são os haitianos, inclusive os que residem na República Dominicana desde 1957, [...] que obtêm sua naturalização. É a discriminação mais forte que a especialista independente encontrou ao longo da missão. As autoridades são muito conscientes deste problema [...]. O fato de que os haitianos não tenham existência legal na República Dominicana se baseia em um fenômeno muito profundo de ausência de reconhecimento [...].<sup>105</sup>

171. Em consideração ao dever do Estado de conceder a nacionalidade aos que nasceram em seu território, a República Dominicana deveria adotar todas as medidas positivas necessárias para garantir que Dilcia Yean e Violeta Bosico, como crianças dominicanas de ascendência haitiana, pudessem acudir ao procedimento de registro tardio em condições de igualdade e sem discriminação e exercer e gozar plenamente seu direito à nacionalidade dominicana. Os requisitos exigidos para provar o nascimento no território devem ser razoáveis e não podem representar um obstáculo para se ter acesso ao direito à nacionalidade.
172. Este Tribunal conclui que, em razão do tratamento discriminatório aplicado às crianças, o Estado lhes negou sua nacionalidade e as deixou apátridas, o que, por sua vez, lhes impôs uma situação de contínua vulnerabilidade que perdurou até 25 do setembro de 2001, isto é, depois da data de reconhecimento da competência contenciosa da Corte pela República Dominicana.
173. A Corte considera que a situação de extrema vulnerabilidade em que o Estado colocou as crianças Yean e Bosico, em razão da negação de seu direito à nacionalidade por razões discriminatórias, bem como da impossibilidade de receber proteção do Estado e de ter acesso aos benefícios dos quais eram titulares, e finalmente por viverem sob o temor fundado de que seriam expulsas do Estado do qual eram nacionais e serem separadas de sua família pela falta da certidão de nascimento, a República Dominicana descumpriu sua obrigação de garantir os direitos consagrados na Convenção Americana, que implica não apenas que o Estado deve respeitá-los (obrigação negativa), mas que, além disso, deve adotar todas as medidas apropriadas para garanti-los (obrigação positiva).<sup>106</sup>
174. A Corte conclui que, por razões discriminatórias e contrárias à normativa interna pertinente, o Estado deixou de conceder a nacionalidade às crianças, o que constituiu uma privação arbitrária de sua nacionalidade, e as deixou apátridas por mais de quatro anos e quatro meses, em violação aos artigos 20 e 24 da Convenção Americana, em relação ao artigo 19 da mesma, e também em relação ao artigo 1.1 deste instrumento, em detrimento das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico.

\*\*\*

175. A situação de extrema vulnerabilidade em que se encontravam as crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, pela falta de nacionalidade e pela condição de apátridas, teve consequências relacionadas com seus direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica e ao nome.

104. Cf. Nações Unidas, Comitê dos Direitos da Criança, Exame dos relatórios apresentados pelos Estados Partes de acordo com o Artigo 44 da Convenção. Observações Finais do Comitê dos Direitos da Criança. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, de 21 de fevereiro de 2001, pars. 22 e 26.

105. Cf. Nações Unidas, Comissão de Direitos Humanos, “Os direitos humanos e a extrema pobreza”, relatório apresentado pela especialista independente encarregada da questão dos direitos humanos e a extrema pobreza, Sra. A. M. Lizin, de acordo com a resolução 2002/30 da Comissão de Direitos Humanos. Adição: MISSÃO À REPÚBLICA DOMINICANA. UN Doc. E/CN.4/2003/52/Add.1, pars. 8 a 13.

106. Cf. *Caso Instituto de Reeducação do Menor*. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C Nº 112, par. 158; *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*, nota 85 *supra*, par. 129, e *Caso 19 Comerciantes*. Sentença de 5 de julho de 2004. Série C Nº 109, par. 153.

176. O artigo 3 da Convenção Americana, bem como outros instrumentos internacionais,<sup>107</sup> consagram o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, a respeito do qual a Corte Interamericana afirmou que
- toda pessoa tem direito a que se reconheça em qualquer parte como sujeito de direitos e de obrigações, e a gozar dos direitos civis fundamentais. O direito ao reconhecimento da personalidade jurídica implica a capacidade de ser titular de direitos (capacidade e gozo) e de deveres; a violação àquele reconhecimento supõe desconhecer em termos absolutos a possibilidade de ser titular destes direitos e deveres.<sup>108</sup>
177. A respeito do exercício da titularidade de direitos humanos, a Corte indicou que
- [a] maioria implica a possibilidade do exercício pleno dos direitos, também conhecida como capacidade de atuar. Isso significa que a pessoa pode exercer de forma pessoal e direta seus direitos subjetivos, bem como assumir plenamente obrigações jurídicas e realizar outros atos de natureza pessoal ou patrimonial. Nem todos possuem esta capacidade: dela carecem, em grande medida, as crianças. Os incapazes se encontram sujeitos à autoridade parental ou, em sua falta, à tutela ou representação. Mas todos são sujeitos de direitos, titulares de direitos inalienáveis e inerentes à pessoa humana.<sup>109</sup>
178. Uma pessoa apátrida, ex definitione, não possui personalidade jurídica reconhecida, já que não estabeleceu um vínculo jurídico político com nenhum Estado, motivo pelo qual a nacionalidade é um pré-requisito para o reconhecimento da personalidade jurídica.
179. A Corte considera que a falta do reconhecimento da personalidade jurídica fere a dignidade humana, já que nega de forma absoluta sua condição de sujeito de direitos e torna o indivíduo vulnerável face à inobservância de seus direitos por parte do Estado ou de particulares.
180. No caso concreto, o Estado manteve as crianças Yean e Bosico em um limbo jurídico no qual, ainda que as crianças existissem e se encontrassem inseridas em um determinado contexto social, sua própria existência não estava juridicamente reconhecida, isto é, não tinham personalidade jurídica.
181. No que se refere à suposta violação ao direito ao nome, estabelecido no artigo 18 da Convenção Americana, é necessário indicar que, por mais que a Comissão Interamericana não a tenha alegado, a Corte estabeleceu que as supostas vítimas, seus familiares ou seus representantes, podem invocar direitos distintos dos incluídos na demanda da Comissão, sobre a base dos fatos apresentados por esta.<sup>110</sup>
182. Agora, o direito ao nome, consagrado no artigo 18 da Convenção Americana, constitui um elemento básico e indispensável da identidade de cada pessoa, sem o qual não pode ser reconhecida pela sociedade nem registrada perante o Estado. Este direito também se estabelece em diversos instrumentos internacionais.<sup>111</sup>
183. Os Estados, no âmbito do artigo 18 da Convenção, têm a obrigação não apenas de proteger o direito ao nome, mas também de oferecer as medidas necessárias para facilitar o registro da pessoa, imediatamente após seu nascimento.
184. Igualmente, os Estados devem garantir que a pessoa seja registrada com o nome escolhido por ela ou por seus pais, segundo seja o momento do registro, sem nenhum tipo de restrição ao direito nem interferência na decisão de escolher o nome. Uma vez registrada a pessoa, deve-se garantir a possibilidade de preservar e reestabelecer seu nome e seu sobrenome. O nome e os sobrenomes são essenciais para estabelecer formalmente o vínculo existente entre os diferentes membros da família com a sociedade e com o Estado, o que não foi garantido às crianças Yean e Bosico pela República Dominicana.
185. Além do anteriormente exposto, a Corte considera que a vulnerabilidade a que foram expostas as crianças, como consequência da carência de nacionalidade e de personalidade jurídica, para a criança Violeta Bosico também se refletiu no fato de que foi impedida de estudar durante o período escolar 1998-1999 no turno

107. Cf., entre outros, Declaração Universal de Direitos Humanos, artigo 6º; Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 16; Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, artigo XVII, e Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos, artigo 5.

108. Cf. *Caso Bámaca Velásquez*. Sentença de 25 de Novembro de 2000, Série C Nº 70, par. 179.

109. Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, nota 84 *supra*, par. 41.

110. Cf. *Caso Yatama*, nota 13 *supra*, par. 183; *Caso de La Cruz Flores*. Sentença de 18 de novembro de 2004. Série C Nº 115, par. 122, e *Caso "Instituto de Reeducação do Menor"*, nota 106 *supra*, par. 125.

111. Cf., entre outros, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 24.2; Convenção sobre os Direitos da Criança, artigo 7.1; *African Charter on the Rights and Welfare of the Child*, artigo 6.1, e Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias, artigo 29. O Tribunal Europeu afirmou que o direito ao nome se encontra protegido pelo artigo 8 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, ainda que este não esteja especificamente mencionado, cf. *Stjerna v. Finland*, judgment of 25 November 1994, Series A, nº 299-B, p. 60, par. 37, e *Burghartz v. Switzerland*, judgment of 22 February 1994, Series A nº 280-B, p. 28, par. 24.

diurno da Escola de Palavé. Precisamente por não contar com a certidão de nascimento, viu-se forçada a estudar durante esse período na escola noturna, para maiores de 18 anos. Este fato, por sua vez, agravou sua situação de vulnerabilidade, já que ela não recebeu a proteção especial que requeria como criança, de estudar no horário que lhe seria adequado, em companhia de crianças de sua idade, e não com pessoas adultas (pars. 109.34, 109.35 e 109.36 supra). Faz-se necessário ressaltar que, em conformidade com o dever de proteção especial das crianças consagrado no artigo 19 da Convenção Americana, interpretado à luz da Convenção dos Direitos da Criança e do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, em relação ao dever de desenvolvimento progressivo contido no artigo 26 da Convenção, o Estado deve prover educação primária gratuita a todos os menores, em um ambiente e em condições propícias para seu pleno desenvolvimento intelectual.

186. A Corte observa que a violação ao direito à nacionalidade das crianças Yean e Bosico, a condição de apátridas na qual foram mantidas, e o não reconhecimento de sua personalidade jurídica nem de seu nome, desnaturalizou e negou a projeção externa ou social de sua personalidade.
187. Em função do exposto acima, esta Corte considera que a privação de sua nacionalidade às crianças teve como consequência que a República Dominicana violou os direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica e ao nome consagrados nos artigos 3º e 18 da Convenção Americana, em relação ao artigo 19 da mesma, e também em relação ao artigo 1.1 deste instrumento, em detrimento das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico.

\* \* \*

188. Os representantes e a Comissão alegaram que a aplicação das leis internas da República Dominicana sobre a inscrição no registro civil e a concessão da nacionalidade ocorre de forma discricionária e produz efeitos discriminatórios em relação às crianças de ascendência haitiana, como as crianças Yean e Bosico.
189. O Estado, por sua vez, argumentou que tanto a Constituição quanto os estatutos de migração e de registro civil oferecem as garantias requeridas para proteger os direitos consagrados na Convenção Americana.
190. A este respeito, a Corte considera que a normativa interna que determina os requisitos para o registro tardio de nascimento deve ser coerente com o fundamento do direito à nacionalidade na República Dominicana, e com os termos da Convenção Americana e de outros instrumentos internacionais,<sup>112</sup> isto é, devem determinar que a pessoa nasceu no território desse Estado.
191. De acordo com a obrigação derivada do artigo 2 da Convenção Americana, a Corte considera que os requisitos para obter a nacionalidade devem ser estabelecidos com anterioridade, de forma objetiva e clara pela autoridade competente. No mesmo sentido, a lei não deve conceder uma discricionariedade ampla ao funcionário do Estado que a aplica, porque neste caso se criaria espaço para o surgimento de atos discriminatórios.
192. Os requisitos para o registro tardio de nascimento não podem representar um obstáculo para o gozo do direito à nacionalidade, em particular para os dominicanos de ascendência haitiana, que pertencem a um setor da população vulnerável na República Dominicana.

## X

### Artigo 17 da Convenção Americana (Proteção da Família)

#### *Alegações dos representantes*

193. Quanto à suposta violação ao direito à proteção da família, consagrado no artigo 17 da Convenção Americana, os representantes alegaram que:
- a) o Estado tem a obrigação de adotar medidas essenciais para proteger a unidade familiar. No presente caso, o Estado não realizou as medidas necessárias para garantir os direitos da criança, sobretudo quanto ao direito a não serem separadas forçadamente de sua família e de assegurar o

112. Cf., entre outros, Declaração Americana de Direitos Humanos, artigo 19; Declaração Universal dos Direitos do Homem, artigo 15; Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, artigo 24.3; Convenção sobre os Direitos da Criança, artigo 7.1; Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e Membros de Suas Famílias, artigo 29, e Convenção para Redução dos Casos de Apátrida, artigo 1.1.

direito a residir no país. O Estado violou o direito à família das crianças Dilcia e Violeta, ao se negar a conceder as certidões de nascimento às crianças de ascendência haitiana; e

- b) apesar de a República Dominicana não ter tentado separar as crianças Dilcia e Violeta de suas famílias, a ameaça de uma separação é real, dado que o Estado realiza sistematicamente expulsões coletivas de haitianos e de dominicanos de ascendência haitiana.

#### *Alegações da Comissão*

194. A Comissão não apresentou argumentos sobre o artigo 17 da Convenção Americana.

#### *Alegações do Estado*

195. Quanto à suposta violação ao artigo 17 da Convenção Americana, o Estado afirmou que não pode ser acusado de uma violação ao direito à família quando não existe tal violação. Do mesmo modo, o Estado afirmou que a falta de registro das crianças Yean e Bosico foi responsabilidade de sua família.

#### *Considerações da Corte*

196. O artigo 17.1 da Convenção Americana dispõe:

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

[...]

197. A este respeito, este Tribunal considera que os fatos alegados sobre a suposta violação a este artigo, já foram examinados em relação à condição de vulnerabilidade das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico (pars. 172 e 173 supra).

## **XI**

### **Artigos 8 e 25 da Convenção Americana (Garantias Judiciais e Proteção Judicial)**

#### *Alegações da Comissão*

198. Quanto à suposta violação aos artigos 8 e 25 da Convenção, a Comissão argumentou que:

- a) as mães das crianças solicitaram diretamente ao Promotor Público do Distrito de Monte Plata que ordenasse a inscrição dos nascimentos de suas filhas no Registro Civil, já que o promotor é quem deve supervisionar e informar sobre erros cometidos pelos oficiais do Registro Civil. O Promotor Público descartou a “medida” promovida e ordenou que o processo regressasse ao Cartório do Registro Civil;
- b) a legislação do Estado estabelece duas vias processuais para a revisão das resoluções do Registro Civil sobre pedidos de registros tardios, a saber: a via administrativa que cabe ao Promotor Público e também pode ser revisada pela Junta Central Eleitoral; e a do juízo de primeira instância. Estas vias não oferecem um recurso de apelação contra uma decisão negativa do Registro Civil. A Junta Central Eleitoral não é uma autoridade judicial, nem é parte do sistema judicial de acordo com a legislação dominicana, e suas decisões tampouco podem ser apeladas, motivo pelo qual não se pode considerar que o recurso hierárquico constitua um recurso efetivo. As supostas vítimas careciam de legitimação para iniciar um processo judicial e seus pedidos nunca foram resolvidos por um tribunal competente;
- c) o recurso de amparo não existia legalmente no momento dos fatos e o recurso de inconstitucionalidade não seria procedente contra atos administrativos até o ano de 1998; e
- d) o Estado não investigou, puniu ou reparou as supostas violações cometidas por seus agentes no presente caso.

#### *Alegações dos representantes*

199. Quanto à suposta violação aos artigos 8 e 25 da Convenção os representantes afirmaram que:

- a) o Estado não estabeleceu um mecanismo ou procedimento que permita apelar de uma decisão de não registrar um indivíduo perante um juiz ou tribunal competente. A decisão desfavorável do Oficial do Estado Civil, apesar de várias tentativas razoáveis por parte das mães das crianças Dilcia e Violeta, nunca foi revisada por um tribunal competente e independente;
- b) existem duas vias para a revisão de decisões do Oficial do Estado Civil: 1) a revisão estabelecida pela Lei nº 659, e 2) a revisão pela autoridade administrativa responsável por realizar os registros, neste caso a Junta Central Eleitoral. A Junta Central Eleitoral não está regulamentada por procedimentos formais e não publicou regulamentos ou promulgou procedimentos mediante os quais os solicitantes possam pedir a revisão das decisões adversas dos Oficiais do Estado Civil. Deste modo, o Estado não oferece um recurso efetivo pelo qual as crianças Dilcia e Violeta possam impugnar a negativa do Oficial do Estado Civil;
- c) a resolução dos recursos de amparo e de inconstitucionalidade pode levar até dois anos, de forma que não existe na República Dominicana um recurso simples, o que constitui uma violação ao artigo 25 da Convenção, e
- d) o Estado privou as crianças das garantias processuais, consagradas no artigo 8 da Convenção, ao não lhes conceder o direito a serem ouvidas em um procedimento judicial pela negação das certidões de nascimento. De acordo com a antiga legislação e a nova Resolução da Junta Central Eleitoral, quando um oficial do registro civil nega uma certidão de nascimento, este funcionário deve imediatamente solicitar à Junta Central Eleitoral que revise o caso, sem entregar nenhum papel aos solicitantes.

#### *Alegações do Estado*

200. O Estado argumentou que não pode haver uma violação à proteção judicial quando as supostas vítimas nem sequer fizeram uso destes mecanismos. As crianças tinham à sua disposição uma série de garantias administrativas e judiciais que se omitiram de utilizar, alegando desconhecer seu funcionamento e existência, de modo que as supostas vítimas são responsáveis por não fazer uso destes recursos, o que não é atribuível ao Estado.

#### *Considerações da Corte*

201. Este Tribunal não se referirá às alegadas violações dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, devido a que carece de competência para se pronunciar sobre possíveis violações ocorridas em relação aos fatos ou atos sucedidos antes de 25 de março de 1999, data na qual a República Dominicana reconheceu a competência contenciosa da Corte Interamericana.

## XII

### **Artigos 5 e 12 da Convenção Americana (Direito à Integridade Pessoal e Liberdade de Consciência e de Religião)**

202. Na conclusão de suas alegações finais escritas, os representantes indicaram que o Estado havia violado, entre outros, os artigos 5 (Direito à Integridade Pessoal) e 12 (Liberdade de Consciência e Religião) da Convenção, a respeito dos quais não apresentaram alegações que fundamentassem estas supostas violações.

#### *Considerações da Corte*

203. A respeito das alegadas violações aos artigos 5º e 12 da Convenção Americana, indicadas pelos representantes unicamente na conclusão do escrito de alegações finais, e que não foram incluídas no escrito de petições e argumentos, este Tribunal considera que estas alegações são extemporâneas; entretanto, não possui impedimento para analisá-las, de acordo com o princípio *iura novit curia*.<sup>113</sup>

204. No presente caso, a Corte reconheceu a situação de vulnerabilidade em que se encontraram as crianças Yean e Bosico ao não obterem a nacionalidade dominicana. Além disso, a criança Violeta Bosico, ao carecer da certidão de nascimento não pôde se matricular na escola diurna, e se viu obrigada a se matricular na escola

113. Cf. *Caso Durand e Ugarte*. Sentença de 16 de agosto de 2000. Série C Nº 68, par. 76; *Caso Castillo Petruzzi e Outros*. Sentença de 30 de maio de 1999. Série C Nº 52, par. 166, e *Caso Blake*. Sentença de 24 de janeiro de 1998. Série C Nº 36, par. 112.

noturna, durante o período escolar 1998-1999. Isso lhe produziu sofrimento e insegurança, motivo pelo qual este Tribunal avaliará essas circunstâncias ao fixar as reparações pertinentes, e não se referirá à suposta violação ao artigo 5 da Convenção Americana em detrimento das crianças.

205. No que se refere aos familiares das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, a Corte, com base na Convenção Americana e à luz do referido princípio *iura novit curia*, considera que a situação de vulnerabilidade que o Estado impôs às crianças Yean e Bosico causou incerteza e insegurança às senhoras Leonidas Oliven Yean e Tiramen Bosico Cofi, mães das crianças, e à senhora Teresa Tucent Mena, irmã da criança Violeta, em virtude do temor fundado de que seriam expulsas da República Dominicana, da qual eram nacionais, em razão da falta das certidões de nascimento e das diversas dificuldades que enfrentaram para obtê-las.
206. A partir do anteriormente exposto, a Corte considera que o Estado violou o direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento das senhoras Leonidas Oliven Yean, Tiramen Bosico Cofi e Teresa Tucent Mena.
207. No que se refere ao artigo 12 da Convenção Americana, a Corte considera que os fatos do presente caso não se referem ao mesmo, motivo pelo qual a Corte não se pronunciará sobre o tema.

### XIII Reparações Aplicação do artigo 63.1

#### *Obrigação de reparar*

208. De acordo com o exposto nos capítulos anteriores, o Estado é responsável pela violação aos direitos consagrados nos artigos 3, 18, 20 e 24 da Convenção Americana, em relação ao artigo 19 da mesma, e também em relação ao artigo 1.1 deste instrumento, em detrimento das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico. Igualmente, o Estado é responsável pela violação ao direito consagrado no artigo 5 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 deste tratado, em detrimento das senhoras Leonidas Oliven Yean e Tiramen Bosico Cofi, mães das vítimas, e da senhora Teresa Tucent Mena, irmã da criança Violeta Bosico. O artigo 63.1 da Convenção Americana prevê que:

[q]uando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

209. Este preceito reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre a responsabilidade dos Estados. Ao produzir-se um fato ilícito imputável a um Estado, surge imediatamente sua responsabilidade internacional pela violação à norma internacional em questão, com o conseqüente dever de reparar e fazer cessar as conseqüências da violação.<sup>114</sup>
210. A reparação do dano requer, sempre que seja possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), que consiste no restabelecimento da situação anterior. Caso não seja possível, como no presente caso, o tribunal internacional deve determinar as medidas que garantam os direitos violados, evitem novas violações e reparem as conseqüências produzidas pelas violações, bem como estabelecer a indenização que compense os danos ocasionados. O Estado obrigado não pode invocar disposições de direito interno para modificar ou descumprir a obrigação de reparar. Esta está sujeita, em todos seus aspectos (alcance, natureza, modalidades e determinação dos beneficiários), ao Direito Internacional.<sup>115</sup>
211. Por meio das reparações, busca-se que cessem os efeitos das violações perpetradas. Sua natureza e seu montante dependem das características das violações cometidas, do bem jurídico afetado e dos danos material e imaterial ocasionados. Não devem implicar o enriquecimento ou o empobrecimento para a vítima ou seus sucessores.<sup>116</sup>

114. Cf. *Caso Acosta Calderón*, nota 13 *supra*, par. 146; *Caso Yatama*, nota 13 *supra*, par. 231, e *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa*, nota 16 *supra*, par. 180.

115. Cf. *Caso Acosta Calderón*, nota 13 *supra*, par. 147; *Caso Yatama*, nota 13 *supra*, par. 232, e *Caso Fermín Ramírez*, nota 13 *supra*, par. 123.

116. Cf. *Caso Acosta Calderón*, nota 13 *supra*, par. 148; *Caso Yatama*, nota 13 *supra*, par. 233, e *Caso Fermín Ramírez*, nota 13 *supra*, par. 124.



212. De acordo com os elementos probatórios recolhidos durante o processo e à luz dos critérios anteriores, a Corte analisará as pretensões das partes em matéria de reparações e determinará as medidas que considere pertinentes.

A) Beneficiários

*Alegações da Comissão*

213. A Comissão argumentou que, em atenção à natureza do presente caso, e sem prejuízo do que os representantes pudessem determinar a respeito das supostas vítimas em sua devida oportunidade, as beneficiárias das reparações que a Corte venha a ordenar são: Dilcia Yean e Violeta Bosico, e suas mães, as senhoras Leonidas Yean e Tiramen Bosico Cofi.

*Alegações dos representantes*

214. Os representantes afirmaram que a República Dominicana deve reparar as crianças Dilcia e Violeta e seus familiares pelos danos sofridos pelas supostas violações cometidas em seu prejuízo.

*Alegações do Estado*

215. O Estado não realizou alegações a respeito.

*Considerações da Corte*

216. A Corte considera como “parte lesada” as crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, em seu caráter de vítimas das violações dos direitos consagrados nos artigos 3, 18, 20 e 24 da Convenção Americana, em relação ao artigo 19 da mesma, e também em relação ao artigo 1.1 deste instrumento, de maneira que serão beneficiárias das reparações determinadas pelo Tribunal a título de dano imaterial.

217. Além disso, as senhoras Leonidas Oliven Yean e Tiramen Bosico Cofi, mães das vítimas, e a senhora Teresa Tucent Mena, irmã da criança Violeta Bosico, em seu caráter de vítimas da violação ao direito consagrado no artigo 5 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 deste tratado, também são consideradas “parte lesada” no presente caso.

B) Danos Material e Imaterial

*Alegações da Comissão*

218. A Comissão não se referiu ao dano material e, quanto à indenização a título de dano imaterial, afirmou que:

- a) as reparações necessárias para que o Estado cumpra sua responsabilidade internacional incluem o pagamento de uma justa indenização para compensar os “danos morais ocasionados”;
- b) a incerteza das crianças sobre seu destino provocou angústia e temor nelas e em seus familiares. A preocupação de duas mães solteiras, com limitados recursos econômicos, de que suas filhas de 11 meses e 12 anos, respectivamente, fossem expulsas e enviadas ao Haiti, tem um valor que ultrapassa a reparação material; e
- c) no caso de Violeta Bosico, sua mãe experimentou um sentimento de frustração ao ver que, mediante a imposição de um requisito com o qual não podia contar, não por falta de direito mas pela aplicação discriminatória da lei por parte de vários funcionários estatais, os esforços realizados para que sua filha estudasse e se superasse foram obstaculizados e suspensos por um ano.

*Alegações dos representantes*

219. Os representantes não se referiram ao dano material e, quanto ao dano imaterial, afirmaram que:

- a) a sentença da Corte por si mesma é insuficiente para assegurar que as violações cometidas no presente caso não voltem a se repetir ou que se restitua às supostas vítimas o estado anterior;
- b) as violações cometidas pela República Dominicana submeteram as crianças Dilcia e Violeta a danos graves e irreparáveis que incluem consequências psicológicas negativas;
- c) as mães das crianças Dilcia e Violeta sofreram um dano quando o Estado negou às suas

filhas seus direitos à personalidade jurídica, à nacionalidade e ao nome, já que temiam que suas filhas fossem expulsas da República Dominicana. Ademais, tiveram que enfrentar a possibilidade de que suas filhas jamais fossem reconhecidas pelo Estado como pessoas e como dominicanas; e

- d) o medo e a incerteza causadas pelas passadas e contínuas violações do Estado criaram sentimentos de angústia e de incerteza para as crianças Dilcia e Violeta e para suas famílias. Por isso, solicitaram à Corte que ordene ao Estado a título de dano imaterial o pagamento de US\$8.000,00 (oito mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada criança; US\$4.000,00 (quatro mil dólares dos Estados Unidos da América) para suas mães, e US\$2.000,00 (dois mil dólares dos Estados Unidos da América) para Teresa Tucent Mena, irmã de Violeta.

#### *Alegações do Estado*

220. O Estado argumentou que:

- a) não procede o pagamento de nenhum tipo de indenização no presente caso, já que não se demonstrou uma relação causal entre o dano efetivo às supostas vítimas e as supostas condutas e omissões do Estado. Ao contrário, as mães das crianças foram quem deixaram de realizar as gestões e de utilizar os instrumentos jurídicos que o Estado põe à sua disposição para cumprir a obrigação de todo dominicano de registrar seus filhos, e
- b) existe uma impossibilidade econômica para cobrir estes gastos e, caso seja concedida a um solicitante, o Estado, com base no princípio de não discriminação, deveria restituir economicamente a todos os demais cidadãos que tenham realizado trâmites similares, o que constituiria um sério atentado à reserva patrimonial da República Dominicana.

#### *Considerações da Corte*

221. Este Tribunal não realizará um pronunciamento a título de dano material em favor das vítimas ou de seus familiares, dado que nem a Comissão nem os representantes solicitaram uma indenização por este quesito.

222. Por sua vez, o dano imaterial pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causados às vítimas e a seus familiares, incluindo a deterioração de valores significativos para estas pessoas, como alterações de caráter não pecuniário nas condições de existência das vítimas ou de sua família.<sup>117</sup>

223. A jurisprudência internacional estabeleceu reiteradamente que a sentença constitui per se uma forma de reparação. Não obstante isso, tomando em conta as circunstâncias do presente caso, o sofrimento que os fatos causaram às crianças, a suas mães e à irmã da criança Violeta Bosico, esta Corte avaliará se é pertinente ordenar o pagamento de uma compensação a título de dano imaterial, conforme o princípio de equidade.<sup>118</sup>

224. Ao fixar a compensação a título de dano imaterial no caso sub judice, deve-se considerar que o Estado reconheceu a nacionalidade dominicana das crianças Dilcia e Violeta em 25 de setembro de 2001, isto é, mais de quatro anos e quatro meses depois de que estas solicitaram o registro tardio de seu nascimento. Ao não conceder às crianças a nacionalidade dominicana, o Estado lhes impôs uma situação de extrema vulnerabilidade e violou seu direito à nacionalidade por razões discriminatórias, bem como outros direitos, a saber: o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, ao nome e à igualdade perante a lei, todos em relação aos direitos da criança. O Estado tampouco ofereceu a proteção especial que lhes era devida, impediu seu acesso aos benefícios dos quais eram titulares e causou o fato de que elas vivessem sob o temor fundado de serem expulsas do Estado do qual eram nacionais, e de serem separadas de sua família. As crianças Dilcia e Violeta não contaram com a proteção que a República Dominicana deveria lhes oferecer, de acordo com as obrigações internacionais assumidas convencionalmente.

225. Do mesmo modo, durante parte do período escolar 1998-1999, a criança Violeta Bosico frequentou a jornada noturna da escola, em virtude da falta da certidão de nascimento (pars. 109.34 e 109.35 supra). Por isso, o Estado impediu a criança de se matricular na escola diurna, a qual deveria ter frequentado de acordo com sua

117. Cf. *Caso Acosta Calderón*, nota 13 supra, par. 158; *Caso Yatama*, nota 13 supra, par. 243, e *Caso Fermín Ramírez*, nota 13 supra, par. 129.

118. Cf. *Caso Acosta Calderón*, nota 13 supra, par. 159; *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa*, nota 16 supra, par. 200, e *Caso da Comunidade Moiwana*, nota 8 supra, par. 192.

idade, aptidões e segundo os programas escolares e a exigência adequados, juntamente com companheiros de sua idade. Esta situação causou incerteza e insegurança à criança.

226. Em função do exposto acima, este Tribunal considera que deve determinar o pagamento de uma compensação para as crianças. Para tanto, em consideração ao indicado pelos representantes (par. 219.d supra), fixa com base na equidade a quantia de US\$ 8.000.00 (oito mil dólares dos Estados Unidos da América), que deve ser paga à criança Dilcia Yean a título de dano imaterial, e a quantia de US\$ 8.000.00 (oito mil dólares dos Estados Unidos da América), que deve ser paga à criança Violeta Bosico por esse mesmo conceito.
227. Ademais, a situação de vulnerabilidade que o Estado impôs às crianças Yean e Bosico causou incerteza e insegurança aos familiares das vítimas, bem como um temor fundado de que seriam expulsas de seu país, em razão da falta das certidões de nascimento e pelas diversas dificuldades que enfrentaram para obtê-las. Assim expressou a senhora Leonidas Oliven Yean, mãe de Dilcia, em sua declaração prestada em 24 de julho de 1999, quando assinou que “tinha medo de que Dilcia [fosse] expulsa ao Haiti [...] já que na Sabana Grande de Boyá conheceu muitas pessoas de ascendência haitiana que não tinham as certidões de nascimento e pelo fato de não as terem, foram expulsas pela imigração”. Igualmente, Teresa Tucent Mena, irmã da criança Violeta Bosico, com quem esta viveu, sofreu pelo fato de que sua irmã poderia ser expulsa pela falta da certidão de nascimento, bem como de que não poderia concluir sua educação pelo mesmo motivo.
228. Em razão do anterior, a situação das crianças Dilcia e Violeta produziu angústia e insegurança em suas mães e na irmã de Violeta Bosico.
229. No que se refere ao dano imaterial sofrido pelas senhoras Leonidas Oliven Yean, Tiramen Bosico Cofi e Teresa Tucent Mena, esta Corte considera que a sentença per se constitui uma forma de reparação, como já se afirmou (par. 223 supra), como também as diversas medidas de satisfação e as garantias de não repetição estabelecidas na presente Sentença (pars. 234, 235 e 239 a 242 infra), as quais têm uma repercussão pública.

C) Outras Formas de Reparação

(Medidas de Satisfação e Garantias de não repetição)

230. A Corte passa a considerar outros efeitos lesivos dos fatos, que não possuem caráter econômico ou patrimonial, e que poderiam ser reparados mediante a realização de atos do poder público.

*Alegações da Comissão*

231. A Comissão argumentou que:

- a) é necessário que neste caso seja concedida uma reparação integral do dano causado às crianças que garanta a não repetição desse tipo de situações. Não se pode imaginar que com a entrega de documentos à margem da lei dominicana se repare uma violação que teve fortes efeitos nas vítimas, especialmente suscetíveis, que requeriam uma especial proteção estatal;

e solicitou que:

- b) o Estado efetue um reconhecimento público das violações cometidas em detrimento das crianças e ofereça uma desculpa pública;
- c) o Estado modifique o sistema de registro para assegurar que não se negue o direito a uma certidão de nascimento às crianças dominicanas de ascendência haitiana, seja por lei ou por sua aplicação discricionária por parte de funcionários estatais;
- d) o Estado modifique a legislação para adequá-la à Convenção Americana, o que implica não apenas a eliminação de requisitos que são arbitrários e discriminatórios, mas também em relação à existência de um recurso idôneo e efetivo que permita às pessoas recorrerem a órgãos adequados nos casos em que seja necessário; e
- e) o Estado inicie uma investigação séria e exaustiva sobre a atuação dos oficiais dominicanos do Registro Civil e da Promotoria Pública que violaram os direitos fundamentais das crianças Dilcia e Violeta.

*Alegações dos representantes*

232. Os representantes solicitaram que a Corte ordene ao Estado:

- a) reconhecer as violações aos direitos humanos das crianças Dilcia e Violeta e que lhes ofereça uma desculpa pública, a qual deverá ser realizada pelo Presidente da República. O reconhecimento público constituiria um indicativo para os Cartórios do Estado Civil na República Dominicana de que a discriminação não será tolerada. Este reconhecimento público é necessário para prevenir futuras violações;
- b) aplicar e difundir a sentença, utilizando dos meios de comunicação;
- c) modificar ou derogar todas as leis, práticas ou procedimentos que sejam contrários às normas estabelecidas pela Convenção Americana e a Constituição;
- d) estabelecer leis e procedimentos que protejam e assegurem os direitos das crianças dominicanas de ascendência haitiana. Nesse sentido, o Estado deve oferecer assistência adicional às comunidades dominicanos-haitianas para reparar o dano causado pela prática de não registrar as crianças dominicanas de ascendência haitiana e por em funcionamento campanhas de registro e outros programas;
- e) implementar uma campanha e uma política para que se garanta o direito das crianças ao registro imediato de seu nascimento;
- f) aceitar a apresentação de outros documentos de identificação dos pais, distintos à cédula de identidade e eleitoral, para o registro das crianças;
- g) enviar oficiais do Estado Civil para registrar as crianças nas comunidades em que vivem;
- h) reduzir os custos do registro civil;
- i) eliminar o requisito de apresentar as certidões de nascimento para a matrícula nas escolas, e todos os demais obstáculos que impeçam as crianças de exercerem seu direito à educação; e
- j) que estabeleça uma bolsa com fundos para que as crianças Dilcia e Violeta paguem o custo de seus estudos e os gastos de manutenção durante seus estudos primário, secundário e superior. Estes fundos permitiriam a Dilcia e a Violeta completar sua educação apesar do grave dano causado a seus planos de vida. O Estado também deve pagar os gastos com tutores para que as crianças possam obter o nível de educação adequado para sua idade e poder obter confiança em si mesmas e acreditar nas possibilidades de êxito educativo.

*Alegações do Estado*

233. O Estado afirmou que as petições efetuadas pela Comissão e pelos representantes de ordenar a adequação e simplificação dos requisitos legais para o acesso ao procedimento do registro tardio são improcedentes e desnecessárias. Ademais, assinalou, no momento de apresentação da contestação da demanda, que o Congresso da República estava conhecendo de um projeto de lei que agiliza este procedimento, criando Cartórios do Registro Civil em clínicas, hospitais, farmácias rurais e outras agências comunitárias, para o registro de toda pessoa nascida em solo dominicano.

*Considerações da Corte*

- a) Publicação das partes pertinentes da Sentença da Corte

234. A Corte considera, como o fez em outras oportunidades,<sup>119</sup> que o Estado deve publicar, como medida de satisfação, dentro de um prazo de seis meses contado a partir da notificação da presente Sentença, no Diário Oficial e em outro jornal de circulação nacional na República Dominicana, ao menos uma vez, tanto a Seção denominada “Fatos Provados” quanto os Pontos Resolutivos da presente Sentença, sem as notas de rodapé correspondentes.

- b) Ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional e em desagravo às crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico e seus familiares

235. No que se refere ao ato de desculpas públicas solicitado pelos representantes das vítimas e a Comissão,

119. Cf. *Caso Acosta Calderón*, nota 13 *supra*, par. 164; *Caso Yatama*, nota 13 *supra*, par. 252, e *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa*, nota 16 *supra*, par. 227.

e como consequência das violações estabelecidas nesta Sentença, a Corte considera que o Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade internacional pelos fatos a que se refere a presente decisão e de pedido de desculpas às crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, e às senhoras Leonidas Oliven Yean, Tiramén Bosico Cofi e Teresa Tucent Mena, no prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença. Este ato deve contar com a participação das autoridades, das vítimas e de seus familiares, bem como dos representantes das vítimas, e deve contar com difusão nos meios de comunicação (rádio, imprensa e televisão). O referido ato terá efeitos de satisfação e servirá como garantia de não repetição.

c) Sobre a normativa referente ao registro tardio de nascimento de uma pessoa no registro civil

236. Os Estados devem adotar “as medidas legislativas ou de outro caráter que forem necessárias para fazer efetivos” os direitos reconhecidos pela Convenção Americana. Esta é uma obrigação que o Estado deve cumprir pelo fato de ter ratificado este instrumento legal.<sup>120</sup>

237. Dadas as particularidades do presente caso, esta Corte considera necessário referir-se ao contexto referente ao registro tardio de nascimento na República Dominicana. A este respeito, o Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas recomendou que a República Dominicana

[...] fortaleça e aumente suas medidas para assegurar o registro imediato do nascimento de todas as crianças. Deve ser dada especial ênfase ao registro das crianças que pertencem aos grupos mais vulneráveis, entre eles as crianças de origem haitiana ou dos filhos de famílias haitianas migrantes.<sup>121</sup>

238. A Corte toma nota de que a República Dominicana efetuou modificações em sua legislação e, em particular, na normativa aplicável ao registro tardio de nascimento, durante o tempo em que o presente caso esteve sob o conhecimento dos órgãos do sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

239. Esta Corte considera que a República Dominicana deve adotar em seu direito interno, dentro de um prazo razoável, e de acordo com o artigo 2 da Convenção Americana, as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para regulamentar o procedimento e os requisitos exigidos para adquirir a nacionalidade dominicana, mediante o registro tardio de nascimento. Este procedimento deve ser simples, acessível e razoável, em consideração de que, de outra forma, os solicitantes poderiam permanecer na condição de apátridas. Além disso, deve existir um recurso efetivo para os casos em que o requerimento seja negado.

240. Este Tribunal considera que o Estado, ao determinar os requisitos para o registro tardio de nascimento, deverá tomar em conta a situação especialmente vulnerável das crianças dominicanas de ascendência haitiana. Os requisitos exigidos não devem constituir um obstáculo para obter a nacionalidade dominicana e devem ser apenas aqueles indispensáveis para estabelecer que o nascimento ocorreu na República Dominicana. A este respeito, a identificação do pai ou da mãe da criança não pode estar limitada à apresentação da cédula de identidade e eleitoral, mas o Estado deve aceitar, para tal fim, outro documento público apropriado, já que a referida cédula é exclusiva dos cidadãos dominicanos. Ademais, os requisitos devem estar claramente determinados, ser uniformes e não deixar sua aplicação sujeita à discricionariedade dos funcionários do Estado, garantindo assim a segurança jurídica das pessoas que recorram a este procedimento e uma efetiva garantia dos direitos consagrados na Convenção Americana, de acordo com o artigo 1.1 da Convenção.

241. Assim mesmo, o Estado deve adotar as medidas necessárias e permanentes que facilitem o registro antecipado e oportuno dos menores, independentemente de sua ascendência ou origem, com o propósito de reduzir o número de pessoas que recorrem ao trâmite de registro tardio de nascimento.

242. A Corte também considera necessário que o Estado implemente, em um prazo razoável, um programa para a formação e capacitação em direitos humanos dos funcionários estatais encarregados do registro de nascimento, com especial ênfase ao princípio de igualdade perante a lei e não discriminação, por meio do qual sejam instruídos sobre a especial situação dos menores de idade e seja promovida a cultura de tolerância e não discriminação.

120. Cf. *Caso Yatama*, nota 13 *supra*, par. 254; *Caso Fermín Ramírez*, nota 13 *supra*, par. 130.d, e *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa*, nota 16 *supra*, par. 225.

121. Cf. Nações Unidas, Comitê dos Direitos da Criança, Exame dos relatórios apresentados pelos Estados Partes de acordo com o Artigo 44 da Convenção. Observações Finais do Comitê dos Direitos da Criança. República Dominicana. UN Doc. CRC/C/15/Add.150, de 21 de fevereiro de 2001, par. 27.

\*\*\*

243. A Comissão e os representantes alegaram que a nacionalidade das crianças não está assegurada porque o Estado emitiu seus documentos de registro violando a regulamentação interna dessa matéria e poderia revogá-los a qualquer momento. Por sua vez, o Estado afirmou que as certidões de nascimento das crianças têm um caráter permanente, porque foram emitidas pela autoridade competente. A República Dominicana, no exercício de suas faculdades, em 25 de setembro de 2001, entregou as certidões de nascimento às crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico e, nessa data, concedeu-lhes a nacionalidade dominicana (pars. 109.32, 109.33 e 147 supra). Nesse sentido, a Corte considera a concessão da nacionalidade dominicana às crianças como uma contribuição positiva, mediante a qual passou a garantir seus direitos à nacionalidade, ao reconhecimento da personalidade jurídica e ao nome.

d) Sobre a educação

244. O Estado deve cumprir sua obrigação de garantir o acesso à educação primária e gratuita a todas as crianças, independentemente de sua ascendência ou origem, o que se deriva da especial proteção que se deve oferecer às crianças.

D) Custas e Gastos

#### *Alegações da Comissão*

245. A Comissão afirmou que, uma vez ouvidos os representantes, a Corte deve ordenar ao Estado o pagamento das custas originadas no âmbito nacional na tramitação dos processos judiciais seguidos pelas supostas vítimas, bem como as originadas na tramitação internacional do caso perante a Comissão e a Corte, e que sejam devidamente provadas pelos representantes.

#### *Alegações dos representantes*

246. Os representantes afirmaram que:

- a) têm direito ao reembolso dos gastos incorridos com diárias, custos de tradução, honorários de especialistas ou peritos, chamadas telefônicas, cópias, bem como honorários jurídicos;
- b) o MUDHA trabalhou neste caso desde 1997 e incorreu em gastos de US\$4.513,13 (quatro mil quinhentos e treze dólares dos Estados Unidos da América e treze centavos);
- c) o CEJIL trabalhou neste caso desde 1999 e realizou gastos de US\$37.995,94 (trinta e sete mil novecentos e noventa e cinco dólares dos Estados Unidos da América e noventa e quatro centavos);
- d) a Clínica de Direito Internacional dos Direitos Humanos dedicou a este caso cinco anos do tempo de seu pessoal e alunos, motivo pelo qual solicitou o reembolso de US\$50.000,00 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) como uma quantidade simbólica pelos gastos realizados; e
- e) a quantia detalhada pelos gastos das diferentes organizações não inclui aqueles que seriam realizados no restante do trâmite perante a Corte.

#### *Alegações do Estado*

247. O Estado solicitou à Corte que condene os “demandantes” ao pagamento de custas e honorários profissionais que surjam deste processo, em razão da improcedência de seu reclamo.

#### *Considerações da Corte*

248. A Corte indicou que as custas e os gastos estão incluídos no conceito de reparação, consagrado no artigo 63.1 da Convenção Americana, em vista de que a atividade realizada pelas vítimas, seus sucessores ou seus representantes para terem acesso à justiça internacional implica gastos e compromissos de caráter econômico que devem ser compensados.<sup>122</sup> Quanto ao reembolso, corresponde ao Tribunal apreciar prudentemente o seu alcance, que inclui os gastos gerados perante as autoridades da jurisdição interna e aqueles realizados no curso do processo perante o sistema interamericano, tendo em conta a prova dos gastos feitos, as circunstâncias do caso concreto e a natureza da jurisdição internacional de proteção dos

122. Cf. *Caso Yatama*, nota 13 supra, par. 264; *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa*, nota 16 supra, par. 231, e *Caso da Comunidade Moiwana*, nota 8 supra, par. 222.

direitos humanos. A estimativa se pode fazer com base no princípio de equidade e apreciando os gastos comprovados pelas partes, sempre que seu quantum seja razoável.<sup>123</sup>

249. As custas compreendem tanto a etapa de acesso à justiça nacional, como o procedimento internacional perante a Comissão e a Corte.<sup>124</sup>
250. O MUDHA incorreu em gastos pelas gestões efetuadas em representação das vítimas no âmbito interno. Ademais, MUDHA, CEJIL e Clínica de Direito Internacional dos Direitos Humanos realizaram gastos ao representarem as vítimas no processo internacional. Por isso, o Tribunal considera equitativo ordenar ao Estado que reembolse a quantia de US\$6.000,00 (seis mil dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em moeda da República Dominicana às senhoras Leonidas Oliven Yean e Tiramén Bosico Cofi a título de custas e gastos, que realizarão os pagamentos ao MUDHA, ao CEJIL e à Clínica de Direito Internacional dos Direitos Humanos para compensar os gastos realizados por eles.

E) Modalidade de Cumprimento

251. O Estado deverá pagar as indenizações e reembolsar as custas e gastos (par. 226 e 250 supra) dentro de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença. No caso das outras reparações ordenadas, deverá dar cumprimento às medidas em um prazo razoável (pars. 239 a 241 e 242 supra) ou no prazo indicado nesta Sentença (pars. 234 e 235 supra).
252. O pagamento das indenizações estabelecidas em favor das vítimas será feito diretamente a elas. Se alguma delas vier a falecer, o pagamento será feito a seus herdeiros.
253. No que se refere à indenização ordenada em favor da criança Dilcia Yean, o Estado deverá depositá-la em uma instituição dominicana solvente. O depósito será feito dentro do prazo de um ano, nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancárias, enquanto a beneficiária seja menor de idade. Poderá ser retirada por ela quando alcançar a maioridade, se for o caso, ou antes, se isso convier ao interesse superior da criança, quando estabelecido por determinação de uma autoridade judicial competente. Caso a indenização não seja reclamada, uma vez transcorridos dez anos contados a partir da maioridade, a soma será devolvida ao Estado, com os juros acumulados.
254. Se por causas atribuíveis às beneficiárias da indenização não for possível que estas a recebam dentro do prazo indicado de um ano, o Estado depositará estes montantes em favor delas em uma conta ou certificado de depósito em uma instituição bancária dominicana solvente e nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancárias. Se a indenização não for reclamada ao cabo de dez anos, a soma correspondente será devolvida ao Estado, com os juros acumulados.
255. Os pagamentos destinados a cobrir as custas e gastos dos representantes nos procedimentos interno e internacional serão feitos às senhoras Leonidas Oliven Yean e Tiramén Bosico Cofi (par. 250 supra), que então realizarão os pagamentos correspondentes.
256. O Estado deve cumprir as obrigações econômicas indicadas nesta Sentença mediante o pagamento em moeda nacional da República Dominicana ou seu equivalente em dólares dos Estados Unidos da América.
257. Os montantes indicados na presente Sentença a título de indenizações, gastos e custas não poderão ser afetados, reduzidos ou condicionados por motivos fiscais atuais ou futuros. Consequentemente, deverão ser entregues aos beneficiários de forma íntegra conforme o estabelecido na Sentença.
258. Caso o Estado incorra em mora, pagará juros sobre o montante da dívida, correspondente ao juro bancário moratório na República Dominicana.
259. Como determinou e praticou em todos os casos sujeitos a seu conhecimento, a Corte supervisionará o cumprimento da presente Sentença em todos os seus aspectos, supervisão inerente às atribuições jurisdicionais do Tribunal e necessária para a devida observação, por parte da própria Corte, do artigo 65 da Convenção. O caso se dará por concluído uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto na decisão. Dentro de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado apresentará à Corte um primeiro relatório sobre as medidas adotadas para seu cumprimento.

123. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa*, nota 16 supra, par. 231; *Caso da Comunidade Moiwana*, nota 8 supra, par. 222, e *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*, nota 85 supra, par. 242.

124. Cf. *Caso Acosta Calderón*, nota 13 supra, par. 168; *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa*, nota 16 supra, par. 231, e *Caso Molina Theissen. Reparaciones (art. 63.1 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Sentença de 3 de julho de 2004. Série C Nº 108, par. 96.

**XIV**  
**Pontos Resolutivos**

260. Portanto,

**A CORTE,**

**DECIDE:**

Por unanimidade,

1. Rejeitar as três exceções preliminares interpostas pelo Estado, de acordo com os parágrafos 59 a 65, 69 a 74, e 78 e 79 da presente Sentença.

**DECLARA:**

Por unanimidade, que:

2. O Estado violou os direitos à nacionalidade e à igualdade perante a lei, consagrados, respectivamente, nos artigos 20 e 24 da Convenção Americana, em relação ao artigo 19 da mesma, e também em relação ao artigo 1.1 deste instrumento, em detrimento das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, nos termos dos parágrafos 131 a 174 da presente Sentença.
3. O Estado violou os direitos ao nome e ao reconhecimento da personalidade jurídica, consagrados, respectivamente, nos artigos 3 e 18 da Convenção Americana, em relação ao artigo 19 da mesma, e também em relação ao artigo 1.1 deste instrumento, em detrimento das crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, nos termos dos parágrafos 131 a 135 e 175 a 187 da presente Sentença.
4. O Estado violou o direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento das senhoras Leonidas Oliven Yean, Tiramén Bosico Cofi e Teresa Tucent Mena, nos termos dos parágrafos 205 a 206 da presente Sentença.
5. Esta Sentença constitui per se uma forma de reparação, nos termos do parágrafo 223 da mesma.

**E DISPÕE:**

Por unanimidade, que:

6. O Estado deve publicar, no prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença, no Diário Oficial e em outro jornal de circulação nacional na República Dominicana, ao menos uma vez, tanto a Seção denominada “Fatos Provados” quanto os Pontos Resolutivos da presente Sentença, sem as notas de rodapé correspondentes, nos termos do parágrafo 234 da mesma.
7. O Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional e de pedido de desculpas às vítimas Dilcia Yean e Violeta Bosico, e a Leonidas Oliven Yean, Tiramén Bosico Cofi e Teresa Tucent Mena, em um prazo de seis meses, com a participação de autoridades estatais, das vítimas e de seus familiares, bem como dos representantes e com difusão nos meios de comunicação (rádio, imprensa e televisão). O referido ato terá efeitos de satisfação e servirá como garantia de não repetição, nos termos do parágrafo 235 da presente Sentença.
8. O Estado deve adotar em seu direito interno, dentro de um prazo razoável, de acordo com o artigo 2 da Convenção Americana, as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para regulamentar o procedimento e os requisitos exigidos para adquirir a nacionalidade dominicana, mediante o registro tardio de nascimento. Este procedimento deve ser simples, acessível e razoável, em consideração de que, de outra forma, os solicitantes poderiam permanecer na condição de apátridas. Ademais, deve existir um recurso efetivo para os casos em que seja negado o requerimento, nos termos da Convenção Americana, de acordo com os parágrafos 239 a 241 da presente Sentença.
9. O Estado deve pagar, a título de indenização por dano imaterial, a quantia fixada no parágrafo 226 da presente Sentença, à criança Dilcia Yean, e a quantia fixada no mesmo parágrafo à criança Violeta Bosico.
10. O Estado deve pagar, a título de custas e gastos gerados nos âmbitos interno e internacional perante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a quantia fixada no parágrafo 250 da presente sentença às senhoras Leonidas Oliven Yean e Tiramén Bosico Cofi, que então realizarão os pagamentos ao Movimiento de Mujeres Dominicano-Haitianas (MUDHA), ao Centro



pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL), e à International Human Rights Law Clinic, School of Law (Boalt Hall), University of California, Berkeley para compensar os gastos por eles realizados.

11. A Corte supervisionará o cumprimento íntegro desta Sentença e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao ordenado na mesma. Dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado deverá apresentar à Corte um relatório sobre as medidas adotadas para dar-lhe cumprimento, nos termos do parágrafo 259 da presente Sentença.

O Juiz Caçado Trindade deu a conhecer à Corte seu Voto Fundamentado, o qual acompanha esta Sentença.

Redigida em espanhol e em inglês, fazendo fé o texto em espanhol, em San José, Costa Rica, em 8 de setembro de 2005.

Sergio García Ramírez  
Presidente

Alirio Abreu Burelli  
Antônio A. Caçado Trindade

Oliver Jackman  
Manuel E. Ventura Robles

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

Comunique-se e execute-se,

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

Sergio García Ramírez  
Presidente

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

1. Ao votar a favor da adoção da presente Sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no caso das Crianças Yeán e Bosico versus República Dominicana, com a qual estou basicamente de acordo, vejo-me na obrigação de agregar, no presente Voto Fundamentado, algumas breves reflexões pessoais sobre o tema central do caso de espécie, porquanto esta é a primeira vez em sua história que a Corte Interamericana se pronuncia, na resolução de um caso contencioso, sobre o direito à nacionalidade de acordo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Permito-me, pois, abordar no presente Voto três pontos centrais,—aos quais atribuo particular relevância,—da matéria em questão, a saber: a) os avanços normativos em matéria de nacionalidade e a preocupante persistência das causas da apatridia; b) a reação do Direito à alarmante diversificação das manifestações da apatridia; e c) o amplo alcance dos deveres gerais de proteção (artigos 1(1) e 2º) da Convenção Americana.

#### **I. Os avanços Normativos em Matéria de Nacionalidade e a Preocupante Persistência das Causas da Apatridia**

2. Ao longo das três últimas décadas, vim afirmando que não existe matéria que, por sua intrínseca natureza, pertença ao domínio reservado do Estado, ou à sua competência nacional exclusiva. O *locus classicus* para o exame da questão continua residindo no célebre *obiter dictum* da antiga Corte Permanente de Justiça Internacional em seu Parecer Consultivo sobre os Decretos de Nacionalidade na Tunísia e no Marrocos (1923), segundo o qual a determinação de se um assunto recai unicamente ou não na jurisdição de um Estado é uma questão relativa, que depende do desenvolvimento das relações internacionais.<sup>1</sup> Em realidade, este desenvolvimento, em matéria do direito à nacionalidade, efetivamente subtraiu a matéria da competência nacional exclusiva e a alçou há muito tempo ao plano da ordem jurídica internacional.
3. Definitivamente, o tema da nacionalidade não pode ser considerado através da simples ótica da pura discricionariedade estatal, pois sobre ele incidem princípios gerais do Direito Internacional, bem como deveres que emanam diretamente do Direito Internacional, como, v.g., o dever de proteção. Encontram-se, pois, a meu juízo, inteiramente superadas certas construções em matéria de nacionalidade (original ou adquirida) da doutrina tradicional e estatocêntrica, tais como, v.g., a da possibilidade estatal ilimitada, a da vontade estatal exclusiva, a do interesse único do Estado, bem como a teoria contratualista (uma variante do voluntarismo). Para esta superação contribuíram decisivamente o aparecimento e o impacto do Direito Internacional dos Direitos Humanos.
4. Ainda no plano do direito interno, a aquisição de nacionalidade é uma questão de ordem pública, que condiciona e regulamenta as relações entre os indivíduos e o Estado, mediante o reconhecimento e a observância de direitos e deveres recíprocos. A atribuição de nacionalidade, matéria de ordem pública, tem sempre presentes, no plano do direito interno, princípios e deveres emanados do Direito Internacional, como testemunho da interação ou interpenetração dos ordenamentos jurídicos nacional e internacional.
5. Há mais de um quarto de século antes da adoção da Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia (1961), afirmou-se (ainda que em atenção apenas à necessidade de avanços no Direito Internacional convencional e deixando de tomar em conta também o Direito Internacional geral) que era urgente abordar o problema dos apátridas (tanto os sempre destituídos de nacionalidade como os que a tinham e a perderam) tendo presente que a própria organização da comunidade internacional pressupunha que a condição normal de todos os indivíduos era ter uma nacionalidade, e que a apatridia representava, portanto, uma anomalia com consequências desastrosas para os que se encontravam nesta situação.<sup>2</sup>
6. Ao fim e ao cabo, o Direito Internacional, o *jus gentium*, desde os escritos de seus “fundadores”, foi concebido como inclusivo não apenas dos Estados mas também dos indivíduos (titulares de direitos e portadores de obrigações emanados diretamente do direito de gentes), e já no Direito Internacional clássico o regime da nacionalidade passou a reger-se pelos princípios básicos do *jus soli* e do *jus sanguinis*<sup>3</sup> (às vezes combinados

1. A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2002, pp. 413 e 475; e cf., para um estudo geral, A.A. Cançado Trindade, “The Domestic Jurisdiction of States in the Practice of the United Nations and Regional Organisations”, 25 *International and Comparative Law Quarterly*—Londres (1976) pp. 713-765.

2. Advertiu-se, também, para a tendência perversa (daquela época) de desnacionalização e desnaturalização (inclusive como pena), violatória aos “princípios fundamentais da organização da comunidade internacional”, e para a necessidade de enfrentar a apatridia mediante a supressão de suas próprias causas; J.-P.-A. François, “Le problème des apatrides”, 53 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International da Haye* (1935) pp. 371-372.

3. *Ibid.*, pp. 315 e 288.

de vários modos, sem excluir-se um ao outro). Este regime passou a proporcionar aos indivíduos um importante meio para proteger os direitos que lhes são inerentes, ao menos no âmbito do direito interno; trata-se de direitos de cada indivíduo (que é o dominus litis ao buscar sua proteção) e não do Estado, cuja *raison d'être* encontra-se em certos princípios básicos, como o da inviolabilidade da pessoa humana.<sup>4</sup>

7. Entretanto, com o passar do tempo, tornou-se evidente que o regime de nacionalidade nem sempre era suficiente a fim de proteger todas e quaisquer circunstâncias (como demonstrado, v.g., pela situação dos apátridas). Ao longo da segunda metade do século XX, e até a presente data, o Direito Internacional dos Direitos Humanos buscou remediar essa insuficiência ou lacuna, ao desnacionalizar a proteção (e incluir assim todo os seres humanos, inclusive os apátridas): como sinalizei há mais de duas décadas, a nacionalidade deixou aqui de ser o *vinculum juris* (distintamente da proteção diplomática), o qual passa a ser constituído pela condição de vítima das alegadas violações de direitos (no contexto fundamentalmente distinto da proteção internacional dos direitos humanos).<sup>5</sup>
8. O direito à nacionalidade é, efetivamente, um direito inerente à pessoa humana, consagrado como direito inderrogável de acordo com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigos 20 e 27), como ressaltado na presente Sentença (par. 136). Encontra-se, também, protegido no Pacto sobre Direitos Civis e Políticos de Nações Unidas de 1966 (artigo 24(3)), na Convenção das Nações Unidas sobre Direitos da Criança de 1989 (artigo 7º), e na Convenção sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migratórios e de Seus familiares de 1990 (artigo 29), e também está consagrado nas Declarações Universal (artigo 15) e Americana (artigo 19) de Direitos Humanos de 1948. Igualmente, a Convenção sobre o Estatuto dos Apátridas (1954) e a Convenção para a Redução dos Casos de Apatridia (1961) parecem retomar ainda maior relevância em nossos dias, dada a preocupante persistência das causas de perda de nacionalidade e de apatridia.
9. A primeira destas Convenções, de 1954, buscou precisamente proteger os apátridas, sem que com isso pretenda figurar como substituto para a atribuição e aquisição de nacionalidade. A segunda destas Convenções, de 1961, busca precisamente a atribuição e aquisição ou a retenção de nacionalidade, para reduzir ou evitar a apatridia; esta Convenção incorpora princípios gerais do Direito Internacional sobre a matéria, que serviram de fonte de inspiração tanto para novos instrumentos internacionais (como a Convenção Europeia sobre Nacionalidade de 1997) como para novas legislações nacionais em matéria de nacionalidade. Ao determinar, v.g., em seu artigo 1(1), que “todo Estado Contratante concederá sua nacionalidade à pessoa nascida em seu território que de outro modo seria apátrida”, a referida Convenção de 1961 enuncia, a meu juízo, um daqueles princípios gerais, que é de Direito Internacional tanto convencional como geral.

## II. A Reação do Direito à Alarmante Diversificação das Manifestações da Apatridia

10. Apesar dos avanços normativos nesse domínio, lamentavelmente persistem as causas de apatridia, talvez agravadas em nossos dias, na medida em que se mostram às vezes misturadas com os deslocamentos de população da atualidade (próprios do mundo assim chamado “globalizado” e, certamente, brutalizado em que vivemos). Entre as causas de apatridia, figuram hoje em dia situações e práticas como as reveladas no presente caso das Crianças Yean e Bosico versus República Dominicana (no qual as crianças Dilcia Yean e Violeta Bosico, cujas mães são dominicanas e cujos pais são haitianos, foram privadas de nacionalidade e permaneceram apátridas por mais de quatro anos e quatro meses), além de outras causas, como conflitos de leis em matéria de nacionalidade, leis sobre o matrimônio (particularmente em relação à mulher casada), situação de crianças não registradas e abandonados, práticas administrativas discriminatórias, entre outras.<sup>6</sup>
11. A persistência das causas de apatridia conforma um quadro preocupante, porquanto a posse de nacionalidade figura como um pré-requisito básico para o exercício de outros direitos individuais, como, v.g., os direitos políticos, o direito de acesso à educação e aos cuidados de saúde, entre tantos outros. Hoje em dia, aos apátridas de jure se somam os apátridas de facto, i.e., os incapazes de demonstrar sua nacionalidade, e os desprovidos de uma nacionalidade efetiva (para os efeitos de proteção). Os apátridas de facto—que muitas vezes têm seus documentos de registro confiscados ou destruídos pelos que os controlam e exploram—se

4. *Ibid.*, pp. 316 e 318. e, para um estudo geral subsequente, *cf.*, v. g., P. Weis, *Nationality and Statelessness in International Law*, London, Stevens, 1956, pp. 3ss.

5. A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, University Press, 1983, pp. 16-17, 19-20, 33, 35-36, 301 e 311-312.

6. *V.g.*, transferências de território (em casos, *v.g.*, de dissolução ou sucessão de Estados, e de alterações fronteiriças), perda de nacionalidade por desnacionalização, perda de nacionalidade por renúncia sem prévia aquisição de outra nacionalidade.

multiplicam atualmente, com a barbárie contemporânea do tráfico “invisível” de seres humanos (sobretudo de crianças e de mulheres) em escala mundial.<sup>7</sup> Essa é uma tragédia contemporânea de amplas proporções.

12. Em realidade, a proteção internacional dos direitos humanos (imperativa) e a proteção diplomática (discricionária), operando de formas e em contextos fundamentalmente distintos, continuam coexistindo em nossos dias, mitigando assim a extrema vulnerabilidade de numerosas pessoas. A proteção diplomática está condicionada pela nacionalidade (efetiva) como *vinculum juris*, enquanto a proteção internacional dos direitos humanos realça a obrigação geral dos Estados Partes em tratados de direitos humanos como a Convenção Americana, de respeitar e assegurar o respeito dos direitos protegidos, em benefício de todos os indivíduos sob suas respectivas jurisdições, independentemente do vínculo de nacionalidade.
13. A este respeito, a presente Sentença da Corte constitui uma oportuna advertência para a proibição,—tendo presentes os deveres gerais dos Estados Partes na Convenção Americana estipulados nos artigos 1(1) e 2º da mesma,—de práticas administrativas e medidas legislativas discriminatórias em matéria de nacionalidade (a começar por sua atribuição e aquisição—pars. 141-142). A Sentença tem o cuidado de ressaltar a condição de crianças de Dilcia Yean e Violeta Bosico, a qual agravou sua vulnerabilidade, comprometendo o desenvolvimento de sua personalidade, além de ter impossibilitado a proteção especial devida a seus direitos (par. 167); a este respeito, a Corte acertadamente resgatou o importante legado de seu próprio Parecer Consultivo nº 17 (sobre a Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, 2002) quanto à intangibilidade da titularidade de direitos inalienáveis, que lhes são inerentes (par. 177).
14. No presente caso das Crianças Yean e Bosico, a Corte concluiu que a violação ao direito à nacionalidade e dos direitos da criança acarretou, igualmente, a lesão aos direitos ao reconhecimento da personalidade jurídica, ao nome e à igualdade perante a lei, sob a Convenção Americana (pars. 174-175, 179-180 e 186-187). Significativamente, a Corte, na mesma linha de raciocínio lúcido—à altura dos desafios de nosso tempo—inaugurado em seu Parecer Consultivo nº 18, sobre a Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados (2003), de transcendência histórica, ponderou, esta vez no marco de um caso contencioso, que

“(…) o dever de respeitar e garantir o princípio da igualdade perante a lei e de não discriminação é independente do status migratório de uma pessoa em um Estado. Isto é, os Estados têm a obrigação de garantir este princípio fundamental a seus cidadãos e a toda pessoa estrangeira que se encontre em seu território, sem discriminação alguma em razão de sua estadia regular ou irregular, sua nacionalidade, raça, gênero ou qualquer outra causa.

De acordo com o indicado, (...) a Corte considera que:

- a) O status migratório de uma pessoa não pode ser condição para a concessão da nacionalidade por parte do Estado, já que sua qualidade migratória não pode constituir, de nenhuma forma, uma justificativa para privá-la do direito à nacionalidade nem do gozo e exercício de seus direitos;
- b) O status migratório de uma pessoa não se transmite a seus filhos; e
- c) A condição do nascimento no território do Estado é a única a ser demonstrada para a aquisição da nacionalidade, no que se refere a pessoas que não teriam direito a outra nacionalidade, se não adquirirem a do Estado onde nasceram” (pars. 155-156).

### III. O Amplo Alcance dos Deveres Gerais de Proteção (Artigos 1(1) e 2º) da Convenção Americana

15. Assim, o dever de respeitar e assegurar o respeito aos direitos protegidos (artigo 1(1) da Convenção Americana) reveste-se de caráter contínuo e permanente; se todas as medidas positivas de garantia não são tomadas pelo Estado, novas vítimas podem surgir, gerando per se (em função da própria inação estatal) violações adicionais, sem que seja necessário relacioná-las aos direitos originalmente violados. Meu entendimento discrepa, pois, inteiramente do argumento segundo o qual não poderia ocorrer uma violação ao artigo 1(1) da Convenção não acompanhada de uma violação paralela e concomitante de algum dos direitos protegidos pela mesma.
16. Este argumento, para mim inaceitável, corresponde a uma visão restritiva, atomizada e desagregadora de um dever geral de garantia sob a Convenção como um todo. Equivaleria — permitindo-me a metáfora—a ver apenas a árvore mais próxima, perdendo de vista a floresta que a circunda. Minha hermenêutica do artigo 1(1)—bem como do artigo 2—da Convenção é e sempre foi de muito mais amplitude, e certamente agregadora, maximizando a proteção sob a Convenção. A expus com clareza, no seio desta Corte, há mais de oito anos, em meu Voto Dissidente no caso *Caballero Delgado e Santana versus Colômbia* (Reparações, Sentença de

7. Cf., v.g., R. Piotrowicz, “Victims of Trafficking and *De Facto* Statelessness”, 21 *Refugee Survey Quarterly*—UNHCR/Geneva (2002) pp. 50-59.

29.01.1997), e permito-me aqui recapitulá-la resumidamente, como última linha de reflexão do presente Voto Fundamentado.

17. Ao destacar, naquele Voto Dissidente, o “amplo alcance” do dever geral dos Estados estipulado no artigo 1(1) da Convenção Americana, sinalizei que o cumprimento deste dever requer uma série de providências dos Estados Partes na Convenção

“No sentido de capacitar os indivíduos sob sua jurisdição ao exercício pleno de todos os direitos protegidos. Tais providências incluem a adoção de medidas legislativas e administrativas, no sentido de eliminar obstáculos ou lacunas e aperfeiçoar as condições de exercício dos direitos protegidos” (par. 3).

Desse modo,—acrescentei,—negar o “amplo alcance” do artigo 1(1) da Convenção significaria privá-la de seus efeitos, porque o artigo 1(1) “alcança todos os direitos” por ela protegidos (par. 4).

18. Em seguida, no mesmo Voto Dissidente no caso Caballero Delgado e Santana, busquei demonstrar que as duas obrigações gerais incluídas na Convenção Americana—artigos 1(1) e 2º — mostram-se “inexoravelmente interligadas” e me referi a situações hipotéticas para ilustrá-lo (par. 9). Mais adiante, acrescentei:

“Em meu entendimento, ainda que se afirme que não houve violação ao artigo 2 da Convenção, a constatação do descumprimento da obrigação geral do artigo 1.1 é per se suficiente para determinar ao Estado Parte a tomada de providências, inclusive de caráter legislativo, a fim de garantir a todas as pessoas sob sua jurisdição o pleno exercício de todos os direitos protegidos pela Convenção Americana” (par. 19).

19. Pouco depois surgiram casos nos quais a própria Corte Interamericana se posicionou a respeito. No caso dos Cinco Pensionistas versus Peru (Sentença de 28.02.2003), a Corte concluiu que o Estado demandado havia cometido uma violação autônoma do dever geral consagrado no artigo 2 da Convenção (de harmonização do direito interno com a normativa convencional), em conexão com o dever geral do artigo 1(1) da mesma (pars. 164-168). Anteriormente, na mesma linha de pensamento, no caso Castillo Petrucci e outros versus Peru (Sentença de 30.05.1999), a Corte determinou, em separado, a ocorrência de uma violação aos artigos 1(1) e 2 da Convenção (pars. 204-208). Também no caso Baena Ricardo e outros versus Panamá (Sentença de 02.02.2001), a Corte determinou o descumprimento, por parte do Estado demandado, das obrigações gerais dos artigos 1(1) e (2) da Convenção, ao qual dedicou um capítulo inteiro (n. XIII) da Sentença (pars. 176-184).

20. A este respeito, no memorável caso Suárez Rosero versus Equador (Sentença de 12.11.1997), a Corte, pela primeira vez em sua história, determinou expressamente que uma norma de direito interno (do Código Penal equatoriano) violava per se o artigo 2 da Convenção Americana, “independentemente de que tenha sido aplicada no presente caso” (pars. 93-99, esp. par. 98). A mencionada Sentença da Corte no caso Suárez Rosero significativamente dedicou também um capítulo inteiro (n. XIV) ao estabelecimento da violação autônoma ao dever geral do artigo 2 da Convenção Americana.<sup>8</sup>

21. De acordo com esta mesma orientação, no caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros versus Trinidad e Tobago (Mérito, Sentença de 21.06.2002), a Corte, invocando o princípio *jura novit curia*, considerou que o Estado demandado havia incorrido em uma violação autônoma ao artigo 2 da Convenção Americana, pela simples existência de sua “Lei de Delitos contra a Pessoa”, independentemente de sua aplicação (pars. 110-118). Enfim, no presente caso das Crianças Yean e Bosico versus República Dominicana, a Corte, ao decidir sobre as reparações na Sentença que acaba de adotar, sublinhou o amplo alcance dos deveres gerais dos artigos 2º e 1(1) da Convenção, ao considerar que

“(…) A República Dominicana deve adotar em seu direito interno, dentro de um prazo razoável, de acordo com o artigo 2 da Convenção Americana, as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para regulamentar o procedimento e os requisitos exigidos para adquirir a nacionalidade dominicana, mediante o registro tardio de nascimento. Este procedimento deve ser simples, acessível e razoável, em consideração de que, de outra forma, os solicitantes poderiam permanecer na condição de apátridas. Ademais, deve existir um recurso efetivo para os casos em que seja negado o requerimento.

(…) O Estado, ao determinar os requisitos para o registro tardio de nascimento, deverá tomar em conta a situação especialmente vulnerável das crianças dominicanas de ascendência haitiana. Os requisitos

8. Pouco depois (em 24.12.1997), a Corte Suprema do Equador decidiu declarar a inconstitucionalidade da norma em questão; esta foi a primeira vez que uma disposição de direito interno (de exceção) foi prontamente modificada em consequência de uma decisão da Corte Interamericana.

exigidos não devem constituir um obstáculo para obter a nacionalidade dominicana e devem ser apenas aqueles indispensáveis para estabelecer que o nascimento ocorreu na República Dominicana. (...) Além disso, os requisitos devem estar claramente determinados, ser uniformes e não deixar sua aplicação sujeita à discricionariedade dos funcionários do Estado, garantindo assim a segurança jurídica das pessoas que recorram a este procedimento e para efetiva garantia dos direitos consagrados na Convenção Americana, de acordo com o artigo 1.1 da Convenção.

Ademais, o Estado deve tomar as medidas necessárias e permanentes que facilitem o registro antecipado e oportuno dos menores, independentemente de sua ascendência ou origem, com o propósito de reduzir o número de pessoas que recorram ao trâmite de registro tardio de nascimento” (pars. 239-241).

22. A Corte, em suma, preservou na presente Sentença os padrões de proteção consagrados em sua jurisprudência constante. Utilizou-se da valiosa contribuição de seu Parecer Consultivo nº 18, sobre a Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados (2003), bem como do relevante legado de seu Parecer Consultivo nº 17 (sobre a Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança, 2002); relacionou os direitos violados entre si (direito à nacionalidade e direitos da criança, direitos ao nome e ao reconhecimento da personalidade jurídica e à igualdade perante a lei, e direito à integridade pessoal),<sup>9</sup> em lugar de tratá-los de modo indevidamente compartimentalizado;<sup>10</sup> e sublinhou o amplo alcance dos deveres gerais dos artigos 1(1) e 2 da Convenção Americana. Daria-me muita pena se, no futuro (*tempus fugit*), a Corte se afastasse dessa jurisprudência, que é aquela que maximiza a proteção dos direitos humanos de acordo com a Convenção Americana.

Antônio Augusto Cançado Trindade  
Juiz

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

---

9. No caso concreto, este último, em relação aos familiares.

10. Em meu recente Voto Fundamentado no caso *Acosta Calderón versus Equador* (Sentença de 24.06.2005), permiti-me reiterar meu entendimento de sempre, no sentido de que “a melhor hermenêutica em matéria de proteção dos direitos humanos é a que relaciona os direitos protegidos entre si, indivisíveis como são,—e não a que busca inadequadamente desagregá-los um do outro, fragilizando indevidamente as bases de proteção” (par. 16).



**CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS  
CASO XIMENES LOPES VS. BRASIL  
SENTENÇA DE 4 DE JULHO DE 2006**

No caso *Ximenes Lopes*,

a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Corte Interamericana”, “Corte” ou “Tribunal”), integrada pelos seguintes juízes\*:

Sergio García Ramírez, Presidente;  
Alirio Abreu Burelli, Vice-Presidente;  
Antônio Augusto Cançado Trindade, Juiz;  
Cecilia Medina Quiroga, Juíza;  
Manuel E. Ventura Robles, Juiz; e  
Diego García-Sayán; Juiz;

presentes, ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e  
Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta,

de acordo com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “Convenção Americana” ou “Convenção”) e com os artigos 29, 31, 53.2, 56 e 58 do Regulamento da Corte (doravante denominado “Regulamento ”), profere a seguinte Sentença.

**I  
Introdução da Causa**

1. Em 1º de outubro de 2004, em conformidade com o disposto nos artigos 50 e 61 da Convenção Americana, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Comissão Interamericana” ou “Comissão”) submeteu à Corte uma demanda contra a República Federativa do Brasil (doravante denominado “Estado” ou “Brasil”), a qual se originou na denúncia nº 12.237, recebida na Secretaria da Comissão em 22 de novembro de 1999.
2. A Comissão apresentou a demanda neste caso com o objetivo de que a Corte decidisse se o Estado era responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos 4 (Direito à Vida), 5 (Direito à Integridade Pessoal), 8 (Garantias Judiciais) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana, com relação à obrigação estabelecida no artigo 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos) do mesmo instrumento, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes (doravante denominado “senhor Damião Ximenes Lopes”, “senhor Ximenes Lopes” ou “suposta vítima”), portador de deficiência mental, pelas supostas condições desumanas e degradantes da sua hospitalização; pelos alegados golpes e ataques contra a integridade pessoal de que se alega ter sido vítima por parte dos funcionários da Casa de Repouso Guararapes (doravante denominada “Casa de Repouso Guararapes” ou “hospital”); por sua morte enquanto se encontrava ali submetido a tratamento psiquiátrico; bem como pela suposta falta de investigação e garantias judiciais que caracterizam seu caso e o mantém na impunidade. A suposta vítima foi internada em 1º de outubro de 1999 para receber tratamento psiquiátrico na Casa de Repouso Guararapes, um centro de atendimento psiquiátrico privado, que operava no âmbito do sistema público de saúde do Brasil, chamado Sistema Único de Saúde (doravante denominado “Sistema Único de Saúde” ou “SUS”), no Município de Sobral, Estado do Ceará. O senhor Damião Ximenes Lopes faleceu em 4 de outubro de 1999 na Casa de Repouso Guararapes, após três dias de internação.
3. Acrescentou a Comissão que os fatos deste caso se vêem agravados pela situação de vulnerabilidade em que se encontram as pessoas portadoras de deficiência mental, bem como pela especial obrigação

---

\*O Juiz Oliver Jackman informou à Corte que, por motivo de força maior, não poderia estar presente na deliberação e assinatura desta Sentença.



do Estado de oferecer proteção às pessoas que se encontram sob o cuidado de centros de saúde que integram o Sistema Único de Saúde do Estado. A Comissão, por conseguinte, solicitou à Corte que ordene ao Estado a adoção de determinadas medidas de reparação citadas na demanda e o ressarcimento das custas e gastos.

## II Competência

4. A Corte é competente, nos termos do artigo 62.3 da Convenção, para conhecer deste caso, em virtude de que Brasil é Estado Parte na Convenção Americana desde 25 de setembro de 1992 e reconheceu a competência contenciosa da Corte em 10 de dezembro de 1998.

## III Procedimento perante a Comissão

5. Em 22 de novembro de 1999, Irene Ximenes Lopes Miranda (doravante denominada “peticionária”) apresentou petição à Comissão Interamericana contra o Brasil, em que denunciou os fatos ocorridos em detrimento de seu irmão Senhor Damião Ximenes Lopes.
6. Em 14 de dezembro de 1999, a Comissão iniciou a tramitação da petição sob o nº 12.237 e solicitou que o Estado informasse sobre “qualquer elemento de juízo que permit[isse] à Comissão verificar se, no caso, foram ou não esgotados os recursos da jurisdição interna, para o que a Comissão concedeu ao Estado um prazo de 90 dias”.
7. Em 9 de outubro de 2002, no decorrer de seu Centésimo Décimo Sexto Período Ordinário de Sessões, a Comissão, considerando a posição da peticionária e a falta de resposta do Estado, aprovou o Relatório de Admissibilidade nº 38/02, encaminhado à peticionária e ao Estado em 25 de outubro de 2002.
8. Em 8 de maio de 2003, a Comissão se colocou à disposição das partes para o procedimento de solução amistosa.
9. Em 17 de outubro de 2003, a Comissão recebeu comunicação da peticionária em que solicitava que se considerasse o Centro de Justiça Global como co-peticionário no caso (doravante denominados “peticionários”).
10. Em 8 de outubro de 2003, por ocasião de seu Centésimo Décimo Oitavo Período Ordinário de Sessões, a Comissão aprovou o Relatório de Mérito nº 43/03, mediante o qual concluiu, *inter alia*, que o Estado era responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos 5 (Direito à integridade pessoal), 4 (Direito à vida), 25 (Proteção judicial) e 8 (Garantias judiciais) da Convenção Americana, em conexão com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, no que se refere à hospitalização de senhor Damião Ximenes Lopes em condições desumanas e degradantes, às violações a sua integridade pessoal e ao seu assassinato, bem como às violações da obrigação de investigar, do direito a um recurso efetivo e das garantias judiciais relacionadas com a investigação dos fatos. A Comissão recomendou ao Estado a adoção de uma série de medidas para reparar as mencionadas violações.
11. Em 31 de dezembro de 2003, a Comissão Interamericana encaminhou o Relatório de Mérito nº 43/03 ao Estado e fixou o prazo de dois meses para que informasse sobre as medidas adotadas com vistas ao cumprimento das recomendações nele formuladas. Nesse mesmo dia a Comissão deu ciência aos peticionários da aprovação do relatório e seu encaminhamento ao Estado e solicitou-lhes que informassem sua posição quanto a que fosse o caso submetido à Corte Interamericana.
12. Em 8 de março de 2004, a Comissão recebeu comunicação dos peticionários, em que declararam que era “extremamente importante o envio do caso à Corte Interamericana[...] uma vez que o Estado, apesar de poucas e eventuais ações pertinentes ao caso, não cumpriu as três recomendações dessa Egrégia Comissão, no relatório dirigido ao Estado em 31 de dezembro de 2003”.
13. Em 17 de março e 18 de junho de 2004, o Estado solicitou à Comissão a concessão de prorrogações para “implementar as recomendações” do Relatório de Mérito nº 43/03. As prorrogações foram concedidas. Em ambas as ocasiões o Estado aceitou de forma expressa e irrevogável que a concessão das prorrogações suspendia o prazo fixado no artigo 51.1 da Convenção para a apresentação de casos à Corte.

14. Em 23 de setembro de 2004 o Estado apresentou um relatório parcial sobre a implementação das recomendações da Comissão e, no dia 29 de setembro seguinte, doze dias depois de vencido o prazo concedido, o Estado apresentou outra comunicação de que constava a contestação ao Relatório de Mérito expedido pela Comissão.
15. Em 30 de setembro de 2004, a Comissão decidiu submeter este caso à Corte.

#### IV

#### Procedimento perante a Corte

16. Em 1º de outubro de 2004, a Comissão apresentou a demanda à Corte, anexou prova documental e ofereceu prova testemunhal e pericial. A Comissão designou como delegados José Zalaquett e Santiago A. Canton e como assessores jurídicos Ignacio Álvarez, Ariel Dulitzky, Víctor Madrigal Borloz e Lilly Ching.<sup>1</sup> Em 29 de outubro de 2004, a Comissão encaminhou a demanda no idioma português.
17. Em 3 de novembro de 2004, a Secretaria da Corte (doravante denominada “Secretaria”), depois de o Presidente da Corte (doravante denominado “Presidente”) ter realizado o exame preliminar da demanda, notificou-a, juntamente com seus anexos, ao Estado, informando-o sobre os prazos para contestá-la e designar sua representação no processo.
18. Em 3 de novembro de 2004, em conformidade com o disposto no artigo 35.1.e do Regulamento, a Secretaria notificou a demanda ao Centro de Justiça Global, designado na demanda como representante da suposta vítima e seus familiares<sup>2</sup> (doravante denominados “representantes”), ao qual informou que dispunha de um prazo de dois meses para apresentar seu escrito de solicitações, argumentos e provas (doravante denominado “escrito de solicitações e argumentos”).
19. Em 3 de dezembro de 2004, o Estado comunicou a designação de Virgínia Charpinel Junger Cestari como Agente e salientou que se reservava a prerrogativa de indicar oportunamente outros representantes para atuar no referido caso.<sup>3</sup>
20. Em 14 de janeiro de 2005, os representantes apresentaram seu escrito de solicitações e argumentos, ao qual anexaram prova documental e ofereceram prova testemunhal e pericial. Os representantes salientaram que o Estado não cumprira as obrigações relativas à garantia dos direitos tutelados nos artigos 4 (Direito à vida) e 5 (Direito à integridade e pessoal), com relação ao artigo 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos) do mesmo instrumento, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes. Salientaram também que o Estado havia violado os direitos consagrados nos artigos 8 (Garantias judiciais) e 25 (Proteção judicial) da Convenção e a obrigação disposta no artigo 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos) desse tratado, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes e seus familiares. Solicitaram ademais à Corte que ordenasse o pagamento de danos materiais e imateriais, que ordenasse medidas de não-repetição e o reembolso das custas e gastos.
21. Em 8 de março de 2005, o Estado apresentou o escrito mediante o qual interpôs uma exceção preliminar, a contestação da demanda e suas observações sobre o escrito de solicitações e argumentos (doravante denominado “escrito de contestação da demanda”), ao qual anexou prova documental e ofereceu prova testemunhal e pericial.
22. Em 29 de março de 2005, o Estado designou aos senhores Murilo Vieira Komniski, Renata Lúcia de Toledo Pelizón, Carolina Campos de Melo e Cristina Timponi Cambiaghi como Agentes Assistentes.
23. Em 6 de maio de 2005, os representantes e a Comissão apresentaram suas alegações escritas à exceção preliminar interposta pelo Estado. Os representantes ressaltaram que a exceção interposta pelo Estado era absolutamente extemporânea e dela não devia conhecer a Corte. Por sua vez, a Comissão destacou que “[...] não existe razão alguma para reabrir a questão da admissibilidade e [que a Corte] rejeite expressamente a exceção interposta pelo Estado; ou alternativamente, [...] que a decisão sobre a admissibilidade emitida pela Comissão neste caso é conforme com as normas convencionais pertinentes e, por conseguinte, não é admissível a exceção reivindicada pelo Estado”.
24. Em 22 de setembro de 2005, o Presidente expediu uma resolução mediante a qual solicitou que o senhor Milton Freire Pereira, proposto como testemunha pelos representantes, e os senhores José Jackson Coelho Sampaio,

1. Durante a tramitação do caso a Comissão realizou mudanças na designação de seus representantes perante a Corte.

2. Durante a tramitação do caso realizaram-se mudanças na designação dos representantes da suposta vítima e seus familiares perante a Corte.

3. Durante a tramitação do caso o Estado realizou mudanças na designação de seus representantes perante a Corte.

Pedro Gabriel Godinho Delgado, Braz Geraldo Peixoto, Jurandir Freire Costa, Domingos Sávio do Nascimento Alves, Benilton Bezerra Júnior e Luís Fernando Farah Tófoli, propostos como testemunhas pelo Estado, oferecessem seu depoimento mediante declarações prestadas perante notário público (*affidavitt*). Requeru também que os senhores Eric Rosenthal e João Baptista Breda, propostos como peritos pela Comissão, e o senhor Dalmo de Abreu Dallari, proposto como perito pelos representantes, apresentassem seus pareceres por meio de declarações prestadas perante notário público (*affidavitt*). O Presidente concedeu às partes prazo até 24 de outubro de 2005 para a apresentação de todas as declarações prestadas perante notário público (*affidavitt*). Na referida Resolução, ademais, o Presidente convocou a Comissão, os representantes e o Estado para uma audiência pública que se realizaria na sede da Corte Interamericana a partir de 30 de novembro de 2005, para ouvir suas alegações finais orais sobre a exceção preliminar e eventuais mérito, reparações e custas, bem como os depoimentos da senhora Irene Ximenes Lopes Miranda e do senhor Francisco das Chagas Melo, propostos pela Comissão, do senhor João Alfredo Teles, proposto pelos representantes, e dos senhores Luiz Odorico Monteiro de Andrade e Emílio de Medeiros Viana, propostos pelo Estado, bem como o laudo da perita Lídia Dias Costa, proposta pelos representantes. Por último, a Corte informou às partes que dispunham de um prazo improrrogável até 9 de janeiro de 2006 para apresentar suas alegações finais escritas com relação à exceção preliminar e eventuais mérito, reparações e custas.

25. Em 13 de outubro de 2005, o Estado comunicou que designava o senhor Milton Nunes Toledo Junior como novo Agente, em substituição à senhora Virgínia Charpinel Junger Cestari.
26. Em 24 de outubro de 2005, a Comissão apresentou o laudo rendido perante notário público pelo senhor Eric Rosenthal. Em 27 de outubro de 2005 a Comissão informou que desistia da apresentação do laudo que seria apresentado pelo senhor João Batista Breda.
27. Em 27 de outubro de 2005 o Estado enviou as declarações com firma autenticada por notário público dos senhores José Jackson Coelho de Sampaio, Braz Geraldo Peixoto, Domingos Sávio do Nascimento Alves e Luís Fernando Farah de Tófoli. Informou, ademais, que o senhor Emílio de Medeiros Viana estava impedido legalmente de prestar depoimento, uma vez que a legislação interna brasileira “proíbe aos magistrados emitirem opinião sobre o processo que esteja sob sua responsabilidade” e enviou uma declaração prestada pelo referido senhor, com firma autenticada por notário público. O Estado solicitou, por conseguinte, a substituição do senhor Emílio de Medeiros Viana pelo senhor Gabriel Godinho Delgado, para que o último comparecesse como testemunha na mencionada audiência pública. Finalmente, o Estado informou que desistia de apresentar as declarações dos senhores Jurandir Freire Costa e Benilton Bezerra Júnior.
28. Em 28 de outubro de 2005, os representantes apresentaram a declaração com firma autenticada por notário público prestada pelo senhor Milton Freire Pereira.
29. Em 9 de novembro de 2005, a Comissão apresentou suas observações sobre as declarações das testemunhas e os laudos dos peritos encaminhados pelo Estado e pelos representantes, bem como sobre a solicitação de substituição de uma testemunha pelo Estado. A Comissão observou que a declaração do senhor José Jackson Coelho Sampaio “não é na realidade um depoimento [...], mas equivale na realidade a um relatório pericial” e que “ele não foi convocado como perito pelo Tribunal”. A Comissão estimou, portanto, que as conclusões ou opiniões do senhor Coelho Sampaio não devem ser consideradas como prova e que o Tribunal não deve considerar os demais elementos de sua declaração como prova suficiente para, por si só, conferir credibilidade a fato algum no processo. No que se refere à substituição da testemunha proposta pelo Estado, a Comissão considerou que, mesmo que a testemunha, Emílio de Medeiros Viana, não comparecesse à audiência, o Estado já havia apresentado sua declaração por escrito, de modo que “o que houve foi uma mudança na modalidade de declaração da testemunha [...], motivo por que não procederia substituí-la”. Não apresentou observações quanto às declarações dos senhores Braz Geraldo Peixoto, Domingos Sávio do Nascimento Alves, Luís Fernando Farah Tófoli e Milton Freire Pereira, mas mencionou que se reservava o direito de fazer observações em oportunidades processuais futuras.
30. Em 9 de novembro de 2005 os representantes apresentaram suas observações sobre as declarações das testemunhas e os laudos dos peritos enviados pela Comissão e pelo Estado. Os representantes declararam, quanto à solicitação do Estado de que a Corte admitisse como prova a declaração do senhor Emílio de Medeiros Viana, que ela não devia ser acolhida, uma vez que este senhor se encontrava impedido pelas normas do direito interno de prestar depoimento sobre o caso. Os representantes também fizeram objeções à substituição da testemunha Medeiros Viana por Pedro Gabriel Godinho Delgado, proposta pelo Estado, por considerar que não se justificava e provocava um desequilíbrio processual entre as partes, que lhes

- poderia causar prejuízos. Os representantes fizeram algumas observações sobre as declarações prestadas pelos senhores José Jackson Coelho Sampaio, Domingos Sávio do Nascimento, Alves Braz Geraldo Peixoto e Luís Fernando Farah de Tófoli. Em 11 de novembro de 2005, os representantes apresentaram o parecer do senhor Dalmo de Abreu Dallari.
31. Em 18 de novembro de 2005, o Estado designou o senhor Sérgio Ramos de Matos Brito como Agente Assistente e solicitou que a Corte se pronunciasse na audiência pública sobre a exceção preliminar de não esgotamento dos recursos internos interposta pelo Estado (par. 21 *supra*).
  32. Em 24 de novembro de 2005, a Corte emitiu uma Resolução, mediante a qual convocou o senhor Pedro Gabriel Godinho Delgado, proposto pelo Estado, para que comparecesse como testemunha à audiência pública marcada para 30 de novembro de 2005 (par. 24 *supra*).
  33. Em 29 de novembro de 2005, a Corte emitiu uma Resolução, mediante a qual resolveu determinar que seu Presidente, Juiz Sergio García Ramírez, seu Vice-Presidente, Juiz Alirio Abreu Burelli, o Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade, a Juíza Cecilia Medina Quiroga e o Juiz Manuel E. Ventura Robles comparecessem à audiência pública convocada no presente caso (par. 24 *supra*).
  34. Nos dias 30 de novembro e 1º de dezembro de 2005, foi celebrada a audiência pública à qual compareceram: a) pela Comissão Interamericana: os senhores Florentín Meléndez, Ignacio J. Álvarez, Víctor Madrigal Borlotz, Leonardo Jun Ferreira Hidaka e a senhora Lilly Ching; b) pelos representantes: os senhores James Louis Cavallaro e Fernando Delgado e as senhoras Renata Verônica Côrtes de Lira e Deborah Popowski; c) pelo Estado: os senhores Milton Nunes de Toledo Junior, Francisco Soares Alvim Neto, Christiano Sávio Barros Figuerôa, Alfredo Schechtmann e Alexandre Pinto Moreira e as senhoras Maria Luiza Ribeiro Viotti, Carolina Campos de Melo, Renata Lucia de Toledo Pelizon e Márcia Adorno Ramos. A audiência pública dividiu-se em duas partes. Na primeira parte o Estado, a Comissão e os representantes se referiram à exceção preliminar interposta pelo Estado.
  35. Nesse mesmo dia, 30 de novembro de 2005, a Corte proferiu Sentença sobre a exceção preliminar, na qual resolveu:
    1. Desestimar a exceção preliminar de não-esgotamento dos recursos internos interposta pelo Estado.
    2. Continuar com a celebração da audiência pública convocada mediante Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 22 de setembro de 2005, assim como [com] os demais atos processuais relativos ao mérito e eventuais reparações e custas no presente caso.[...]
  36. A Sentença sobre a Exceção Preliminar foi notificada às partes e passou-se à realização da segunda parte da audiência pública. O Estado manifestou inicialmente seu reconhecimento de responsabilidade internacional pela violação dos artigos 4 e 5 da Convenção Americana neste caso (par. 63 e 66 *infra*). A esse respeito, tanto a Comissão quanto os representantes se referiram ao reconhecimento do Estado (par. 64 e 65 *infra*). A Corte decidiu em seguida dar continuidade à audiência pública, a fim de ouvir os depoimentos e laudos periciais das pessoas que haviam sido convocadas a comparecer perante o Tribunal e as alegações finais relacionadas com o mérito e as eventuais reparações e custas, levando em conta o reconhecimento de responsabilidade declarado pelo Estado. A testemunha João Alfredo Teles Melo apresentou alguns documentos ao prestar sua declaração. Durante a audiência pública também os representantes e o Estado apresentaram alguns documentos.
  37. Em 23 de dezembro de 2005, a Comissão apresentou suas alegações finais escritas. Em 4 de janeiro de 2006, a Comissão enviou os anexos dessas alegações e salientou que se referiam a documentos preparados posteriormente à apresentação da demanda e que, por conseguinte, constituíam prova superveniente, em conformidade com o artigo 44.3 do Regulamento.
  38. Em 9 de janeiro de 2006, os representantes e o Estado enviaram suas alegações finais escritas.
  39. Em 13 de junho de 2006, a Secretaria solicitou à Comissão, aos representantes e ao Estado, obedecendo a instruções do Presidente, de acordo com o artigo 45 do Regulamento, diversos documentos como prova para melhor resolver.
  40. Em 22 e 26 de junho de 2006, a Comissão e os representantes, respectivamente, remeteram parte da prova para melhor resolver. Em 26 e 28 de junho de 2006, o Estado apresentou parte da prova para melhor resolver.

**V**  
**Prova**

41. Antes de examinar as provas oferecidas, a Corte realizará, à luz do disposto nos artigos 44 e 45 do Regulamento, algumas considerações constantes da própria jurisprudência do Tribunal e pertinentes a este caso.
42. Em matéria probatória rege o princípio do contraditório, que respeita o direito de defesa das partes. Este princípio figura no artigo 44 do Regulamento, no que concerne à oportunidade em que deve ser oferecida a prova para que haja igualdade entre as partes.<sup>4</sup>
43. Segundo a prática do Tribunal, no início de cada etapa processual as partes devem declarar que provas oferecerão na primeira oportunidade que lhes seja concedida para se pronunciar por escrito. Ademais, no exercício dos poderes discricionários contemplados no artigo 45 de seu Regulamento, a Corte ou seu Presidente poderão solicitar às partes elementos probatórios adicionais como prova para melhor resolver, sem que isso se traduza em nova oportunidade para ampliar ou complementar as alegações, a não ser que o Tribunal o permita expressamente.<sup>5</sup>
44. A Corte salientou, quanto ao recebimento e valoração da prova, que os procedimentos seguidos perante ela não estão sujeitos às mesmas formalidades que as atuações judiciais internas e que a incorporação de determinados elementos ao acervo probatório deve ser efetuada dispensando-se especial atenção às circunstâncias do caso concreto e tendo presentes os limites que impõe o respeito à segurança jurídica e ao equilíbrio processual das partes. A Corte tem considerado, ademais, que a jurisprudência internacional, ao considerar que os tribunais internacionais têm o poder de apreciar e avaliar as provas segundo as normas da crítica *sã*, não fixou de maneira rígida o *quantum* da prova necessária para fundamentar uma sentença. Este critério é especialmente válido com relação aos tribunais internacionais de direitos humanos, os quais dispõem, para efeitos da determinação da responsabilidade internacional de um Estado pela violação de direitos da pessoa, de ampla flexibilidade na avaliação da prova a eles apresentada sobre os fatos pertinentes, de acordo com as regras da lógica e com base na experiência.<sup>6</sup>
45. Com fundamento no acima exposto, a Corte procederá a examinar e valorar os elementos probatórios documentais enviados pela Comissão, pelos representantes e pelo Estado, em diversas oportunidades processuais ou como prova para melhor resolver, a eles solicitados pelo Presidente, que constituem em seu todo o acervo probatório deste caso. Para essa finalidade, o Tribunal se aterá aos princípios da crítica *sã*, dentro do marco legal correspondente.

*A) Prova Documental*

46. Os representantes encaminharam uma declaração testemunhal, o Estado remeteu quatro declarações testemunhais e a Comissão enviou um laudo pericial, todos apresentados mediante declarações com firma autenticada, exceto o laudo do perito proposto pela Comissão, que foi rendido perante notário público, em atendimento ao disposto pelo Presidente em sua resolução de 22 de setembro de 2005 (par. 24 *supra*). Essas declarações e o parecer são resumidos abaixo.

*1. Declaração proposta pelos representantes:*

**a) Milton Freire Pereira, ex-paciente de instituições psiquiátricas**

Durante dez anos foi paciente de instituições psiquiátricas e atualmente é diretor do Instituto Franco Basaglia e membro do “Movimento Antimanicomial”. Tem ainda fortes lembranças dos quartos de hospitais em que esteve internado e dos eletro-choques que recebeu. Sua reabilitação ocorreu fora dos hospitais.

Causou-lhe grande tristeza a degradante e humilhante morte do senhor Damião Ximenes Lopes. Sua morte se circunscreve na cultura de mortificação existente com relação às pessoas que padecem de doenças mentais. Existe uma crença de que não se pode curar a doença mental, o que é conseqüência da segregação, clausura, violência e ausência de vínculos sociais a que são submetidas aquelas pessoas.

4. Cf. *Caso Baldeón García*. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C, nº 147, par. 60; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*. Sentença de 29 de março de 2006. Série C, nº 146, par. 30; e *Caso Acevedo Jaramillo* e outros. Sentença de 7 de fevereiro de 2006. Série C, nº 144, par. 183.

5. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 61; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 31; e *Caso Acevedo Jaramillo* e outros, nota 4 *supra*, par. 184.

6. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 62; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 32; e *Caso Acevedo Jaramillo* e outros, nota 4 *supra*, par. 185.

A atenção de saúde mental no Estado mudou muito com implementação dos serviços substitutivos do modelo do hospital psiquiátrico. No atual modelo existe participação multidisciplinar de profissionais como psicólogos, assistentes sociais e terapeutas ocupacionais. Entretanto, a hegemonia do modelo manicomial centrado nos hospitais ainda permanece. Esse modelo continua matando, escravizando e evitando para sempre, às pessoas que necessitam de atenção de saúde mental, a participação no seu próprio tratamento, sem possibilidade de reabilitar-se.

## 2. Declarações propostas pelo Estado:

### a) José Jackson Coelho Sampaio, médico psiquiatra

Desde o ano 1962 até o ano 1991 a assistência psiquiátrica se dava mediante a internação em hospitais privados, método iniciado durante a ditadura militar. No estado do Ceará havia seis hospitais privados, todos associados à administração pública, inclusive a Casa de Repouso Guararapes, em Sobral. Houve um movimento de reforma psiquiátrica que resultou na criação dos Centros de Atenção Psicossocial (doravante denominado “Centro de Atenção Psicossocial” ou “CAPS”) na cidade de Iguatu e a emissão da Lei “Mário Mamede”. Entre os anos 1991 e 1998, foram criados vários outros Centros de Atenção Psicossocial e entre os anos 1999 e 2000, esse modelo de atenção foi ampliado. Entre os anos 2001 e 2005 o estado do Ceará impulsionou o crescimento da rede de Centros de Atenção Psicossocial e incluiu a cidade de Sobral.

A Casa de Repouso Guararapes atendia uma região de quase um milhão de habitantes, mas esse hospital tinha apenas cento e dez leitos de internação. A assistência ambulatorial era precária.

A atenção de saúde mental mudou muito depois que a Casa de Repouso Guararapes foi fechada em julho de 2001. Essa data marca o processo de transição de um modelo de assistência focado na atenção médico-hospitalar e de manicômios, para uma abordagem descentralizada, regionalizada, com novos equipamentos e que propunha a reabilitação e reintegração social das pessoas com doenças mentais.

### b) Domingos Sávio do Nascimento Alves, médico e ex-Coordenador de Saúde Mental do Ministério da Saúde do Brasil

O Instituto Franco Basaglia tem como objetivo principal desenvolver ações para a formulação de políticas públicas que promovam e protejam os direitos dos usuários do serviço de saúde mental.

No ano 1992 criou-se um projeto inovador chamado “SOS Direitos do Paciente Psiquiátrico”, que recebe denúncias de usuários do sistema de saúde mental, seus familiares, médicos, entre outros. No início do projeto eram mais freqüentes as denúncias sobre maus-tratos e tratamentos abusivos, mas atualmente as denúncias têm-se modificado e referem-se ao exercício da cidadania e às dificuldades de acesso à justiça das pessoas com doenças mentais. Essa mudança demonstra os avanços em relação com as queixas sobre os serviços e os profissionais.

A partir do ano 1990 o Ministério da Saúde emitiu diversas normas que regulam a prática dos hospitais psiquiátricos no marco do Sistema Único de Saúde; promoveu o novo registro nacional das unidades do Sistema e criou o grupo de assistência psiquiátrica hospitalar, que realiza visitas de monitoramento.

Entre os anos 1993 e 1994 foram fechadas nove mil leitos hospitalares e a taxa de mortes em hospitais psiquiátricos se reduziu em 12%. Os hospitais têm sido substituídos por uma rede de serviços comunitários, na qual se incluem os diversos Centros de Atenção Psicossocial (CAPS) e de assistência na rede básica de saúde. Nos últimos anos, o Ministério da Saúde, através do Programa Nacional de Avaliação de Serviços Hospitalares Psiquiátricos, interveio em diversas instituições e reestruturou a assistência psiquiátrica.

A política de saúde mental no Estado tem-se focado na humanização da atenção e na defesa dos direitos das pessoas com doenças mentais.

### c) Luís Fernando Farah de Tófoli, médico psiquiatra da Secretaria de Desenvolvimento Social de Saúde do Município de Sobral

A influência do caso Ximenes Lopes na reorganização da atenção da saúde mental no município de Sobral é um fato inegável. O dia 10 de julho de 2000, dia do descredenciamento da Casa de Repouso Guararapes do Sistema Único de Saúde, é simbolicamente considerado pelos profissionais de saúde mental de Sobral

como a data de início do funcionamento da Rede de Atenção Integral à Saúde Mental de Sobral. Essa rede está composta por um Centro de Atenção Psicossocial Geral, uma residência terapêutica, uma unidade de internação psiquiátrica em hospital geral e por ações de supervisão e educação sobre o programa de saúde familiar. Esse modelo de atenção recebeu diversos prêmios nacionais de experiência exitosa em saúde mental.

No ano de 1998, foi instalado o Centro de Atenção Psicossocial Geral, o qual funcionou de forma modesta até o fechamento da Casa de Repouso Guararapes, quando sua responsabilidade aumentou, assim como o número de atendimentos. Também criou-se uma unidade ambulatorial macro-regional de psiquiatria para dar atenção ambulatorial a pessoas que vivem em outros municípios e para evitar sua internação, e o primeiro serviço público residencial terapêutico no nordeste do Brasil, a “Residência Terapêutica Lar Renascer”.

Nem sempre é possível evitar a internação psiquiátrica. Para casos de maior risco, foi criada uma enfermaria e para outros casos, reservou-se leitos em uma enfermaria de clínica regular. Os resultados obtidos têm sido positivos, especialmente na redução no número total de dias internados de cada paciente e no custo médio das internações, sem aumentar o número de internações. Os familiares têm sido incentivados a acompanhar seus parentes internados, para manter o vínculo com eles durante a internação, a qual deve ser a mais breve possível.

A rede de Sobral é única e exemplar e oferece um serviço de alta qualidade técnica para os moradores de Sobral e suas adjacências. A morte do senhor Damião Ximenes Lopes levou à reformulação da política de saúde mental e uma resposta adequada diante das condições insustentáveis de funcionamento da Casa de Repouso Guararapes.

**d) Braz Geraldo Peixoto, familiar de usuário do sistema de saúde mental, eleito representante de familiares perante a Comissão Nacional de Reforma Psiquiátrica do Ministério da Saúde e perante a Comissão Estadual da Secretaria de Saúde do estado de São Paulo**

Os fatos do caso do senhor Damião Ximenes Lopes foram conseqüência do antigo e obsoleto tratamento psiquiátrico, que diminuiu de forma significativa em razão da nova política de saúde mental que começou a ser implementada a partir dos anos 70. No entanto, foi a partir da II Conferencia Nacional de Saúde Mental, que contou com a participação maciça de usuários, familiares e profissionais da área de saúde, realizada no ano de 1992, que uma reorientação no modelo assistencial foi implementada, no marco da reforma psiquiátrica no Estado. Nesse contexto, novos conceitos foram desenvolvidos, a partir de recursos humanos formados com uma visão dirigida à reorientação do modelo assistencial e capacitados para atuar na área com essa finalidade. Igualmente, os familiares e os usuários do sistema de saúde mental passaram a exercer um papel fundamental na determinação da política de saúde mental. Mediante a aprovação da Lei No. 10.216, de 2001, se lograram grandes avanços, embora essa lei não tenha alcançado todos os objetivos perseguidos pelos familiares e pelo usuários do sistema de saúde mental. Na Conferencia Brasileira sobre Centros de Atenção Psicossocial (CAPS), realizada em junho de 2004, com a participação de familiares, usuários e trabalhadores do sistema de saúde mental, se analisaram amplamente diversos aspectos da legislação sobre a matéria. Es louvável o esforço realizado pelo Ministério de Saúde a respeito da reforma da atenção de saúde mental.

*3. Peritagem proposta pela Comissão:*

**a) Eric Rosenthal, experto internacional na matéria de direitos humanos das pessoas com deficiências mentais.**

As pessoas com deficiência mental estão sujeitas a discriminação e fortes estigmas, constituindo um grupo vulnerável a violações de direitos humanos a nível global. Quatro relatores das Nações Unidas constataram que as pessoas com deficiências mentais sofrem as mais perversas formas de discriminação, assim como difíceis condições de vida, se comparados a qualquer outro grupo vulnerável da sociedade. As práticas violatórias dos direitos de pessoas com deficiências mentais seguem padrões similares em todo o mundo. Essas pessoas são arbitrariamente e desnecessariamente segregadas da sociedade em instituições psiquiátricas, onde se encontram sujeitas a tratamento desumano e degradante ou a tortura.

Esta demonstrado que a vasta maioria das pessoas portadoras de deficiência mental podem receber tratamento de maneira segura e digna na sua comunidade e decidir de forma responsável sobre seu próprio tratamento. Freqüentemente, leis paternalistas com o propósito declarado de proteger pessoas portadoras

de deficiência mental podem causar-lhes danos, se negarem às pessoas a capacidade de fazer escolhas importantes sobre suas vidas. A falta de uma linguagem concernente especificamente às pessoas portadoras de deficiência mental nos instrumentos internacionais de direitos humanos dificulta a aplicação dessas normas a tais pessoas.

Como resultado de sua marginalização, as pessoas com deficiências mentais não contam com os recursos nem com o reconhecimento necessários, para formar organizações que defendam seus direitos nacional e internacionalmente.

A Convenção Interamericana sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (doravante denominada “Convenção Interamericana sobre as Pessoas Portadoras de Deficiência”) é o primeiro instrumento internacional de direitos humanos especificamente dedicado a pessoas portadoras de deficiência e representa um inestimável compromisso dos Estados Americanos para assegurar que as pessoas portadoras de deficiência gozem dos mesmos direitos que os demais cidadãos. Os Princípios para a Proteção das Pessoas Acometidas de Transtorno Mental e para a Melhoria da Assistência a Saúde Mental são as normas mais abrangentes de direitos humanos com relação à assistência para o tratamento de doenças mentais. Esses Princípios são particularmente úteis como guia para a interpretação dos direitos dispostos nos tratados de direitos humanos.

O direito internacional dos direitos humanos reconhece que indivíduos com deficiências mentais confinados em instituição psiquiátrica, como estava o senhor Damião Ximenes Lopes, têm direito ao consentimento informado e, em conseqüência, o direito de recusar tratamento. De maneira excepcional, o tratamento forçado pode ser justificado em uma situação de emergência, quando o tratamento seja considerado por autoridade médica necessário para evitar dano iminente para a pessoa ou terceiros. Em casos de ausência de emergência, justifica-se somente sob a revisão de uma autoridade médica independente. No caso do senhor Ximenes Lopes não há indicação de que existisse um risco iminente ou imediato e tampouco há informação a respeito de uma decisão emitida por autoridade médica independente. Na ausência dessas garantias, o senhor Damião Ximenes Lopes tinha o direito de recusar o tratamento e qualquer tentativa de tratamento forçado violaria o direito internacional dos direitos humanos.

Dada a natureza potencialmente perigosa e dolorosa das medicações psicotrópicas que produzem os efeitos colaterais das medicações psiquiátricas, o uso injustificado e forçado dessa medicação, em contravenção aos padrões internacionais, deve ser considerado uma forma de tratamento desumano e degradante e uma violação do artigo 5.2 da Convenção Americana de Direitos Humanos.

A contenção<sup>7</sup> física em tratamentos psiquiátricos, quando utilizada de maneira adequada, tem o objetivo de prevenir danos que o paciente possa ocasionar a si mesmo ou a terceiros. Causar danos ao paciente sob a desculpa de controlar suas emoções constitui um sinal inequívoco da falta de adequada capacitação do pessoal da instituição para o emprego de métodos corretos para a contenção.

No caso do senhor Ximenes Lopes, não há evidências de que ele representasse perigo iminente para ele mesmo ou para terceiros. Tampouco há evidência de que quaisquer tentativas menos restritivas para controlar um possível episódio de violência seu. Assim sendo, o uso de qualquer forma de contenção física neste caso foi ilegal. Uma vez contido, com as mãos amarradas por trás das costas, competia ao Estado o supremo dever de proteger o senhor Damião Ximenes Lopes, devido a sua condição de extrema vulnerabilidade. O uso de força física e o espancamento constituíram uma violação de seu direito a uma acedência humana. Há outras alternativas que podem ser utilizadas antes de fazer uso da força ou decidir o isolamento de um paciente. Os programas de saúde mental deveriam se empenhar em manter um ambiente e uma cultura de cuidado que minimize a utilização de tais métodos. O uso injustificado e excessivo da força neste caso viola o artigo 5.2 da Convenção Americana e constitui prática desumana e tratamento degradante.

Quando o isolamento ou a contenção são usados como punição, coerção ou por objetivos impróprios, a violação dos direitos humanos é ainda mais grave. Nos casos em que o uso da contenção tenha provocado dor ou sofrimento físico ou mental extremos, sua utilização imprópria para objetivos impróprios, poderá constituir tortura. Jamais é necessário espancar um paciente psiquiátrico ou a ele causar qualquer tipo de dano ou sofrimento. O fato de que o senhor Damião Ximenes Lopes estivesse desarmado e sob a custódia do

7. A contenção é uma forma de sujeição, entendida esta como “qualquer palavra ou ação que interfira na capacidade de um paciente de tomar decisões ou que restrinja sua liberdade de movimento”. Para efeitos desta sentença a Corte utilizará o termo “contenção” para designar a sujeição física a que o senhor Damião Ximenes Lopes foi submetido.



Estado demonstra que uma ação dessa natureza não seria desproporcional à eventual ameaça que ele possa ter representado. Dada a grande vulnerabilidade de uma pessoa em crise psiquiátrica, cabe às autoridades do Estado em grau maior de responsabilidade na proteção a esses indivíduos. O espancamento do senhor Damião Ximenes Lopes- e sua posterior morte- poderiam ter sido evitados se o Estado tivesse cumprido suas obrigações de proporcionar-lhe uma instituição com funcionários capacitados para assisti-lo em sua deficiência mental.

*B) Prova Testemunhal e Pericial*

47. Em 30 de novembro e 1º de dezembro de 2005, a Corte recebeu em audiência pública as declarações das testemunhas propostas pela Comissão Interamericana, pelos representantes e pelo Estado e o laudo do perito proposto pelos representantes (par. 24 *supra*). O Tribunal resume a seguir as partes relevantes dessas declarações.

1. *Testemunhas propostas pela Comissão*

**a) Irene Ximenes Lopes Miranda, irmã do senhor Damião Ximenes Lopes**

O senhor Damião Ximenes Lopes tinha sido internado no ano de 1995 e outra vez no ano de 1998. Nesta última internação, a testemunha encontrou cortes, feridas nos tornozelos e no joelho do senhor Damião, razão pela qual pediu explicação ao funcionário da Casa de Repouso Guararapes, quem lhe disse que os ferimentos eram conseqüência de uma tentativa de fuga. A testemunha acreditou nessa versão.

No dia 4 de outubro de 1999, quando a mãe da testemunha encontrou o senhor Damião Ximenes Lopes ele estava agonizando, e ela pediu socorro ao médico Francisco Ivo de Vasconcelos, porque acreditava que seu filho ia morrer devido às condições em que estava. No entanto, o médico não atendeu seus pedidos. O senhor Damião Ximenes Lopes morreu nesse mesmo dia. Seu cadáver apresentava marcas de tortura; seus punhos estavam dilacerados e totalmente roxos, e suas mãos também estavam perfuradas, com sinais de unhas e uma parte do seu nariz estava machucada. A causa da morte foi dada pelos médicos como “morte natural, parada cardio-respiratória” e nada mais. O corpo do senhor Damião Ximenes Lopes foi então levado para Fortaleza para que fosse realizada uma necropsia, a qual também concluiu que se tratava de “morte indeterminada”. A família não acreditou nesse laudo e acredita que houve manipulação e omissão da verdade. A raiz do seu envolvimento com o caso do seu irmão, encontrou muitas pessoas que sofreram maus-tratos ou que tiveram parentes espancados dentro da Casa de Repouso Guararapes, mas as famílias e as vítimas não tinham interesse em denunciar, porque tinham medo de enfrentar a polícia e o hospital.

A testemunha indicou que dentre os diversos familiares que tinha o senhor Damião Ximenes Lopes, sua mãe e seu pai, assim como ela e seu irmão Cosme Ximenes Lopes eram as pessoas afetivamente mais ligadas a ele. A testemunha sofreu muito e sacrificou-se a si e a sua família com a morte do senhor Damião, porque iniciou uma luta para obter justiça. Na época dos fatos tinha uma filha recém nascida, e devido ao abalo emocional que sofreu, deixou de produzir o leite materno e não pôde seguir amamentando sua filha. Padeceu de depressão por três anos e perdeu a motivação para trabalhar. Perdeu seu emprego na Prefeitura vinte e seis dias após a morte do senhor Damião Ximenes Lopes. Clamou por justiça pelo morte do seu irmão, porque jurou que sua alma não descansaria enquanto não houvesse justiça.

O senhor Cosme Ximenes Lopes se identificava muito com o Damião Ximenes Lopes pelo fato de ser gêmeos e de que eram muito próximos, e quando este faleceu, Cosme entrou em estado de choque, precisou de ajuda médica, padeceu de depressão e perdeu o emprego. A testemunha teve que ajudar a sustentar a família do seu irmão por algum tempo, enquanto ele estava recompondo. O pai da testemunha, embora estivesse separado da mãe da suposta vítima, nunca interrompeu os laços familiares com seu filho, senhor Damião Ximenes Lopes, e sofreu pela sua morte. Dizia que “não [era] fácil perder um filho [que ainda era] jovem”. Ele foi por muito tempo tomado por um desejo de vingança.

Sua mãe ainda sofre os efeitos da morte do senhor Damião. Ficou com a vida completamente arruinada, até hoje padece de depressão e diz que tem desejo de morrer. Ela perdeu o gosto pela vida, teve gastrite nervosa e em conseqüência uma úlcera duodenal que foi tratada com dificuldade porque ela desenvolveu um medo enorme de hospitais. Ela parece sofrer também de uma certa “psicose de defesa da vida”, porque ela não quer tocar em nada vivo, como animais, insetos ou plantas, porque não quer matá-los. Tudo lhe traz a lembrança da morte de seu filho, Damião Ximenes Lopes.

No dia da morte do seu irmão apresentaram uma queixa na Delegacia de Polícia da Sétima Região de Sobral (doravante denominada “Delegacia de Polícia de Sobral”) mas, como esta não se interessou pelo caso, denunciaram perante a Comissão de Direitos Humanos da Assembléia Legislativa. A morte do senhor Damião ainda continua impune em todas as instâncias. O processo tem demorado muito.

Em relação com o processo penal, indicou que faltaram diligências no expediente do processo, principalmente declarações como as dos senhores Francisco Ivo de Vasconcelos, João Alves da Silva e Sebastião Vieira Filho, depoimentos considerados importantes pela testemunha, que comprometiam tanto o hospital como o Estado.

A mãe da testemunha, assim como toda família, recusa-se a receber a pensão vitalícia oferecida pelo Estado por considerar que se trata de uma pensão e que é muito inferior ao que poderia reparar os danos causados. Consideram a proposta do Estado humilhante. Estima positiva a designação do Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) com o nome do seu irmão, mas não considera que isso significa justiça, senão que representa o mínimo que se poderia fazer.

#### **b) Francisco das Chagas Melo, ex-paciente da Casa de Repouso Guararapes**

Na época em que esteve internado na Casa de Repouso Guararapes foi vítima de atos de violência e não denunciou os fatos à polícia. Soube de outros casos de violência e morte dentro da Casa de Repouso Guararapes, sem que tenham existido investigações a respeito. Identificou a pessoas que cometeram atos de violência com os nomes de Eliésio, Cosmo, Carlão e Nonato. Ouviu falar que Carlão era muito violento e viu Cosmo praticando atos de violência e masturbando-se ao olhar as mulheres nuas. A Casa de Repouso Guararapes era um lugar de violência, de abuso de poder e sem nenhum cuidado para com os pacientes.

### *2. Testemunhas propostas pelos representantes*

#### **a) João Alfredo Teles Melo, na época dos fatos era deputado da Assembléia Legislativa do estado do Ceará, onde presidia a Comissão de Direitos Humanos e Cidadania. Atualmente é deputado federal.**

A Comissão de Direitos Humanos e Cidadania funciona como um balcão onde a população pode apresentar demandas, queixas e reclamações e, em seguida, a Comissão faz o encaminhamento das mesmas aos órgãos responsáveis. Ela tem a função de acompanhar o seguimento das queixas, seja cobrando providências ou realizando audiências públicas em matéria de direitos humanos. No caso do senhor Damião Ximenes Lopes, convidou-se a sua irmã e sua mãe e outros pacientes que estiveram na Casa de Repouso Guararapes para prestarem depoimento, foram dirigidos ofícios e aprovadas moções que foram dirigidas a distintas autoridades solicitando a adoção de medidas, tanto no âmbito administrativo e disciplinar -para o Conselho de Medicina, para a Prefeitura de Sobral, através da Secretaria de Saúde, para a Secretaria de Saúde do Estado-, como também para autoridades policiais e judiciais.

Na visita que realizou à Casa de Repouso Guararapes, a mesma se encontrava em péssimas condições de higiene, os pacientes estavam em más condições, sem um responsável da área médica ou administrativa presente. O Estado no fiscalizou a adequadamente a Casa de Repouso Guararapes.

A demora de mais de cinco anos no processo que investiga a morte do senhor Damião Ximenes Lopes mostra que a justiça brasileira é lenta e parcial. A pressão do poder político e econômico influencia muito a justiça. Muita vezes há cumplicidade entre esses poderes, eles são muito fortes e podem determinar ou não um julgamento.

No caso do senhor Damião Ximenes Lopes, recebeu relatórios sobre as apurações realizadas pelo Conselho Regional de Medicina, entre outros. No entanto, nunca se respondeu sobre a investigação disciplinar do delegado de polícia que teria feito desaparecer provas, ou sobre o fato de que o inquérito foi instalado apenas no dia 7 ou 8 de novembro de 1999 quando o óbito se deu em 4 de outubro de 1999. O Ministério Público demorou três anos para aditar a denúncia. Houve uma demora injustificada. A testemunha considera um absurdo que um caso que teve tanta repercussão e que contém a quantidade de provas como no do senhor Damião Ximenes Lopes, possa demorar tanto, e suspeita de que possa estar encaminhando-se para a impunidade, com a prescrição do delito.

Depois da morte do senhor Damião Ximenes Lopes, houve avanços na atenção de saúde mental em Sobral, mas ainda esta longe de se alcançar a concepção ideal de reforma psiquiátrica.

### 3. Testemunhas propostas pelo Estado

#### a) **Luiz Odorico Monteiro de Andrade, na época da morte do senhor Damião Ximenes Lopes era Secretário do Desenvolvimento Social e Saúde do Município de Sobral. Atualmente é Secretário Municipal de Saúde de Fortaleza.**

O hospital no qual morreu o senhor Damião Ximenes Lopes já havia sofrido várias admoestações e se estava criando um sistema de saúde mental com o objetivo de desativar o hospital. No entanto, devido ao fato de ser um hospital com caráter regional era difícil fechá-lo imediatamente em função de sua importância para a região. Assim que tomaram conhecimento da morte do Damião Ximenes Lopes, criou-se uma comissão de inquérito, a qual registrou uma série de problemas do hospital e em seguida foi realizada uma intervenção para ter controle dos pacientes internados. Essa comissão de inquérito fez um diagnóstico completo da situação de deficiência mental de cada paciente e começaram gradualmente a processar altas para os pacientes do Município de Sobral e sua vinculação ao Programa Saúde da Família, com apoio domiciliar e comunitário. Posteriormente o hospital foi fechado.

A partir do dia 1 de janeiro de 1997, começaram uma série de reestruturações administrativas no âmbito do Município para ajustar as políticas do Sistema Único de Saúde em várias áreas. No final de 1998, já havia um Centro de Atenção Psicossocial (CAPS), que brinda atendimento ambulatorial e atenção diária a pacientes com deficiências mentais. Esse sistema evoluiu e hoje já existe o tratamento de intra-pacientes com deficiências mentais agudas na área de saúde mental em hospital geral. Existe também um CAPS para transtornos na área geral e um para pessoas com problemas na área de alcoolismo e drogadição. Recentemente inaugurou-se um CAPS com o nome do senhor Damião Ximenes Lopes para homenageá-lo.

Atualmente a qualidade no atendimento é muito melhor que no ano de 1999. A partir da descentralização houve um intenso processo em que se diminuiu o número de hospitais e manicômios e se humanizou a assistência psiquiátrica nas cidades brasileiras. O Município de Sobral é considerado uma das experiências exitosas nessa área, não só do ponto de vista local, mas também nacional e internacional. Esse município ganhou vários prêmios, entre eles o do glorioso sanitarista David Capistrano e outros prêmios de reconhecimento de inclusão social. O Estado tem sido uma referência na diminuição dos hospitais psiquiátricos e no avanço contra os manicômios nas Américas.

A partir dos CAPS, estabeleceu-se uma estrutura com uma equipe interdisciplinar de médicos, assistentes sociais, psicólogos, farmacêuticos, terapeutas. Os pacientes realizam trabalhos para inserir-se economicamente na sociedade, quando antes estavam totalmente destinados a viver em manicômios.

#### b) **Pedro Gabriel Godinho Delgado, Coordenador Nacional do Programa de Saúde Mental do Ministério da Saúde**

Desde a morte do senhor Damião Ximenes, houve no Estado uma redução de 19.000 leitos psiquiátricos em instituições semelhantes a Casa de Repouso Guararapes. Além disso, entre os anos de 1999 a 2005, foram criados de quinhentos a seiscentos serviços extra-hospitalares, capazes de atender a situações graves de saúde mental, sem a necessidade de hospitalizar o paciente. Foram também criados outros tipos de serviço, como as residências terapêuticas capazes de receber pacientes menos graves. Foi um período em que o país inteiro enfrentou um debate significativo sobre as condições de vida dos pacientes do sistema psiquiátrico

Em 2001, aprovou-se a Lei nº 10.216, cuja base é a defesa dos direitos do paciente mental, a mudança do modelo de assistência em instituições como a Casa de Repouso Guararapes por uma rede de cuidados aberta e localizada na comunidade e o controle externo da internação psiquiátrica involuntária, nos termos propostos pela Declaração de Direitos do Paciente Mental da ONU de 1991.

Em 1999, cerca de 90% dos recursos financeiros que a saúde pública destinava ao campo da assistência psiquiátrica e saúde mental eram destinados ao Modelo Hospitalar Cêntrico e a rede externa recebia apenas 10% dos recursos. Hoje os recursos para a saúde mental no Brasil aumentaram globalmente e 63% dos recursos são ainda destinados a hospitais com equipamento caro, mas de 37 a 40% dos recursos já são destinados ao serviço extra-hospitalar. Portanto, hoje, no Brasil, vive-se um processo de transição para um modelo de atenção psiquiátrica baseada nos direitos do paciente, na atenção integral, no respeito aos seus direitos individuais e na participação dos familiares no tratamento.

A avaliação dos hospitais é feita por um Programa de Avaliação Anual ao qual todos são submetidos e no qual

participa também a sociedade por meio de associações de familiares, de usuários, conselhos municipais e conselhos estaduais de saúde. O processo de mudança da política consiste em reduzir os hospitais de grande porte para hospitais menores, que tendem a preservar e respeitar mais os direitos dos pacientes.

O documento chamado “Princípios de Brasília”, que contém a avaliação da Declaração de Caracas, reafirma que houve avanços em diversos países e cita expressamente o Brasil como exemplo de país com experiência relevante.

Em 1999, já estava em curso um processo de modernização da assistência em saúde mental. O monitoramento do Sistema Único de Saúde não se baseia em denúncias, mas na supervisão regular dos serviços. Nesse sentido, o procedimento diminui o risco de desrespeito aos direitos humanos. As denúncias referentes à situação de pacientes mentais são prontamente investigadas. As violações aos direitos humanos de pacientes no Brasil têm diminuído porque os hospitais são menores as instituições que estão substituindo o antigo modelo são mais abertas e contam com maior participação dos familiares e maior controle social.

#### *4. Peritagem proposta pelos representantes*

##### **a) Lídia Dias Costa, médica psiquiatra**

Acompanhou o caso do senhor Damião Ximenes Lopes desde novembro de 1999. Esteve presente na exumação do corpo do senhor Damião Ximenes Lopes quando o mesmo já se encontrava em um processo de decomposição e só existia a parte esquelética. Na exumação pôde perceber que o cérebro do cadáver tinha sido aberto como tradicionalmente se faz em toda necropsia, embora não constasse a descrição do cérebro na primeira necropsia realizada em 1999. Esse é um procedimento de rotina e não há motivos para não indicá-lo ou não descrever o que tinha sido examinado. Se poderia formular um diagnóstico com base na evolução clínica do paciente de morte violenta causada por traumatismo crânio-encefálico. O médico que atestou o óbito do senhor Damião Ximenes Lopes não atestou que havia lesões no corpo.

Existem padrões nacionais e internacionais sobre as formas apropriadas de tratamento de pessoas com deficiências mentais, que são os “princípios de tratamento de pessoas com problemas mentais e de melhoria da assistência à saúde”, publicada pela ONU em 1991. Esses princípios foram aceitos pelo Brasil na sua Resolução Federal nº 1.407.

A testemunha visitou a Casa de Repouso Guararapes em maio de 2000, período em que a instituição estava sob intervenção e encontrou lá trabalhando pessoas que já haviam sido indiciadas no processo penal. A Casa de Repouso Guararapes não tinha condições de funcionamento.

A contenção feita na Casa de Repouso Guararapes não pode ser considerada um procedimento médico, já que os pacientes eram convidados para fazer contenção em outros pacientes quando os mesmos se agitavam. A contenção era feita de uma forma violenta. Essa situação foi descrita pelos próprios profissionais da Casa de Repouso Guararapes, inclusive o médico Francisco Ivo de Vasconcelos, que manifestou que muitas vezes, quando chegava ao hospital, os pacientes tinham sido amarrados pelos profissionais auxiliares e ele mandava desamarrá-los. Essa é uma das situações que faziam parte da rotina daquele hospital, além de outros atos de violência.

É possível fazer contenções sem que resultem hematomas, utilizando procedimentos técnicos para que isso não ocorra. Infelizmente, no sistema de saúde brasileiro muitas pessoas ainda sofrem procedimentos de contenção dessa forma, o que constitui um tratamento cruel e desumano.

As pessoas que têm problemas similares ao do senhor Damião Ximenes Lopes podem, atualmente, dependendo dos cuidados que recebam, ter acesso à convivência com outras pessoas, à moradia, à alimentação e podem viver por muito tempo. Não é a deficiência mental que dificulta sua convivência, mas as condições de vida da pessoa, como ocorre com todos os seres humanos de modo geral.

Pode-se concluir que o senhor Damião Ximenes Lopes teve uma morte violenta causada por agentes externos, pelas lesões traumáticas que tinha no corpo. Hoje, está a disposição dos médicos o Protocolo de Istambul que orienta sobre como caracterizar lesões que se encontram nos corpos de pessoas com mortes suspeitas. As lesões encontradas no corpo do senhor Damião Ximenes Lopes são lesões consideradas pelo Protocolo de Istambul como lesões típicas de traumas que são costumeiramente vistos em corpos de

pessoas que foram torturadas. Segundo a avaliação dos legistas da cidade de Fortaleza, depois da insistência do promotor do caso, a morte do senhor Damião Ximenes Lopes foi causada por lesões traumáticas, que poderiam ser definidas, segunda a perita, como socos, pedradas ou pontapés. A necropsia realizada pelo Instituto Médico Legal indicava que o corpo apresentava equimoses, escoriações e hematomas, as quais são lesões sugestivas de traumatismo no corpo, e que foram posteriormente, esclarecidas como causadas por objetos contundentes.

### C) Valoração da Prova

#### Valoração da prova documental

48. A Corte admite neste caso, como em outros,<sup>8</sup> o valor probatório dos documentos apresentados pelas partes em sua devida oportunidade processual ou como prova para melhor resolver, que não tenham sido questionados ou objetados, nem cuja autenticidade tenha sido posta em dúvida.
49. A Corte acrescenta ao acervo probatório, em conformidade com o artigo 45.1 do Regulamento e por julgá-los úteis para a solução deste caso, os documentos apresentados pelos representantes,<sup>9</sup> pelo Estado<sup>10</sup> e pela testemunha João Alfredo Teles Melo,<sup>11</sup> no decorrer da audiência pública realizada em 30 de novembro e 1º de dezembro de 2005, documentos que conheceram todas as partes presentes à referida audiência, bem como os documentos anexados pela Comissão a suas alegações finais escritas<sup>12</sup> (par. 36 e 37 *supra*).
50. Em aplicação do disposto no artigo 45.1 do Regulamento, a Corte incorpora ao acervo probatório os documentos apresentados como parte da prova para melhor resolver requerida pelo Tribunal, pela Comissão,<sup>13</sup> pelos representantes<sup>14</sup> e pelo Estado<sup>15</sup> (par. 40 *supra*).
51. A Corte também acrescenta os seguintes documentos ao acervo probatório, em aplicação do artigo 45.1 do Regulamento, por considerá-los úteis para a solução deste caso: Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e para a Melhoria do Atendimento de Saúde Mental, aprovados pela Assembléia Geral das Nações Unidas mediante a Resolução nº 46/119, de 17 de dezembro de 1991; Normas Uniformes sobre Igualdade de Oportunidades para as Pessoas Portadoras de Deficiência, aprovadas pela Assembléia Geral das Nações Unidas mediante a resolução nº 48/96, de 20 de dezembro de 1993; Organização Pan-Americana da Saúde, Declaração de Caracas,

8. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 65; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 36; e *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, nota 4 *supra*, par. 189.

9. A saber: cópia da “Recomendação de Aditamento da Denúncia”, de 27 de março de 2001; ofício nº 155/05 JG/RJ, dirigido pela Justiça Global ao Coordenador do Programa de Saúde Mental do Ministério da Saúde, de 18 de novembro de 2005; ofício nº 154/05 JG/RJ, dirigido pela Justiça Global ao Vice-Presidente do Conselho Federal de Psicologia, de 18 de novembro de 2005; ofício nº 08/2000, Recomendação do Centro de Apoio Operacional dos Grupos Socialmente Discriminados da Procuradoria-Geral da Justiça ao responsável pela administração da Casa de Repouso Guararapes, de 25 de maio de 2000; e termo aditivo nº 013/99 ao contrato nº 053007/98, celebrado entre o Município de Sobral e a Casa de Repouso Guararapes, de 26 de dezembro de 1999.

10. A saber: folheto intitulado “Como encaminhar demandas de saúde mental em Sobral. Orientações ao Programa Saúde da Família”, SOBRAL—Secretaria de Desenvolvimento Social e Saúde; e folheto intitulado “CAPS—Centro de Atenção Psicossocial Damião Ximenes Lopes”, SOBRAL, Secretaria de Saúde e Ação Social.

11. A saber: livro intitulado “Relatório da cidadania, Atividades da Comissão de Direitos Humanos e Cidadania da Assembléia Legislativa do Ceará—Ano 1999”.

12. A saber: declaração de Francisco das Chagas Melo prestada perante a Comarca de Ipueiras em 2 de março de 2005; declaração de Albertina Viana Lopes prestada perante a Comarca Vinculada de Varjota em 5 de abril de 2005; e carta de intimação expedida pela Comarca de Sobral para a audiência marcada para 17 de novembro de 2005.

13. A saber: Portaria do Ministério da Saúde nº 224/92, de 29 de janeiro de 1992; Portaria do Ministério da Saúde nº 407/92, de 30 de junho de 1992; Portaria do Ministério da Saúde/SASS nº 147/94, de 25 de agosto de 1994; Portaria do Ministério da Saúde nº 145/94, de 29 agosto de 1994; Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1407/94, de 30 de setembro de 1957; Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.408/94, de 8 de junho de 1994 sobre os Princípios para a Proteção de Pessoas Acometidas de Transtorno Mental e para a Melhoria da Assistência à Saúde Mental; e Código de Ética Médica.

14. A saber: Portaria SNAS nº 224/92, de 29 de janeiro de 1992; Portaria/SAS nº 147/94, de 25 de agosto de 1994; Portaria/SAS nº 145/94, do Ministério da Saúde, de 25 de agosto de 1994; Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1407/94, de 30 de setembro de 1957; Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.408/94, de 8 de junho de 1994 sobre os Princípios para a Proteção de Pessoas Acometidas de Transtorno Mental e para a Melhoria da Assistência à Saúde Mental; Código de Ética Médica; comprovantes relacionados com a pensão da Senhora Albertina Viana Lopes; e relação de atualização processual do processo criminal e civil relacionados com a morte do senhor Damião Ximenes Lopes, proveniente da página do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará na *Web*.

15. A saber: documento intitulado “Legislação em Saúde Mental 1990-2004”, publicação do Ministério da Saúde do Brasil, de que constam, entre outras, Portaria SNAS nº 224/92, de 24 de janeiro de 1992; Portaria/SAS nº 147/94, de 25 de agosto de 1994; Portaria SAS nº 145/94, de 25 de agosto de 1994; termo da inspeção realizada pela Vigilância Sanitária da Secretaria de Saúde e Assistência Social na Casa de Repouso Guararapes, em 21 de outubro de 1999; termo de início do processo nº 002/99, expedida pela Coordenação de Controle e Avaliação, em 20 de outubro de 1999; termo de audiência da Terceira Vara da Comarca de Sobral, realizada em 17 de novembro de 2005; termo de audiência da Terceira Vara da Comarca de Sobral, realizada em 1º de dezembro de 2005; “comprovantes de pagamento” da pensão vitalícia de que se beneficiária Albertina Viana Lopes, emitidos pelo Estado do Ceará, impressos da *Internet* em 21 de junho de 2006; e Lei nº 13.491 de 16 de junho de 2004.

aprovada pela Conferência Regional para a Reestruturação da Atenção Psiquiátrica na América Latina, em 14 de novembro de 1990; Associação Psiquiátrica Mundial (APM), Declaração de Madri sobre Normas Éticas para a Prática Psiquiátrica, aprovada pela Assembléia Geral da APM, em 25 de agosto de 1996, revisada em 26 de agosto de 2002; Organização Mundial da Saúde, Divisão de Saúde Mental e Prevenção do Abuso de Substâncias. Dez Princípios Básicos das Normas para a Atenção da Saúde Mental, 1996; Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 5, “Pessoas portadoras de deficiência”; Declaração dos Direitos do Retardado Mental, aprovada mediante a resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas, Documento A/8429, de 1971; Programa de Ação Mundial para os Impedidos, Resolução nº 37/52, da Assembléia Geral das Nações Unidas, Documento A/37/51 (1982); Normas do Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes, CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2004; *World Psychiatric Association (WPA), Declaration of Hawaii/II, adopted by the WPA General Assembly on 10th July 1983*; *American Hospital Association/National Association of Psychiatric Health Systems, Guiding Principles on Restraint and Seclusion for Behavioral Health Services, 25 February 1999*; *American Geriatrics Society Position Statement: Guidelines For Restraint Use, Last Updated January 1, 1997*, e *American Medical Association, Guidelines for the Use of Restraints in Long-Term Care Facilities, June 1989*.

52. Com relação às declarações testemunhais com firma autenticada por notário público e que não foram prestadas perante notário público pelos senhores Milton Freire Pereira (par. 46.1.a *supra*), José Jackson Coelho Sampaio, Domingos Sávio do Nascimento Alves, Luís Fernando Farah Tófoli e Braz Geraldo Peixoto (par 46.2.a, 46.2.b, 46.2.c e 46.2.d *supra*), este Tribunal as admite enquanto estejam de acordo com o objeto descrito na Resolução de 22 de setembro de 2005 (par. 24 *supra*) e as aprecia no conjunto do acervo probatório, aplicando as normas da crítica sã. A esse respeito, a Corte levou em conta as observações apresentadas pela Comissão com relação à declaração prestada pelo senhor José Jackson Coelho Sampaio (par. 29 *supra*). O Tribunal admitiu em outras ocasiões declarações juramentadas que não foram prestadas perante notário público, quando não se afeta a segurança jurídica e o equilíbrio processual entre as partes.<sup>16</sup>
53. Relativamente ao parecer lavrado pelo senhor Eric Rosenthal (par. 46.3.a *supra*), a Corte o admite na medida em que concorde com o objeto descrito na Resolução de 22 de setembro de 2005 (par. 24 *supra*) e o aprecia no conjunto do acervo probatório, aplicando as normas da crítica sã. A Corte admitiu em determinadas ocasiões pareceres não apresentados perante notário público, quando não são afetados a segurança jurídica e o equilíbrio processual entre as partes.<sup>17</sup>
54. No que se refere à declaração firma autenticada por notário público prestada pelo senhor Emílio de Medeiros Viana, considerando-se o que declararam o referido senhor e o Estado, ou seja, que havia impedimento para que prestasse depoimento de acordo com a legislação brasileira, esta Corte não admite a declaração que foi apresentada para essa finalidade pelo Estado (par. 27 *supra*) como parte do acervo probatório do caso. Quanto ao parecer do senhor Dalmo de Abreu Dallari, foi apresentado extemporaneamente, em 11 de novembro de 2005, quatorze dias depois do prazo fixado para fazê-lo, motivo por que este Tribunal não o considerará parte do acervo probatório do caso (par. 30 *supra*).
55. Sobre os documentos de imprensa apresentados pelos representantes, este Tribunal considera que poderiam ser apreciados quando deles constem atos públicos e notórios ou declarações de funcionários do Estado ou quando corroborem aspectos relacionados com o caso.<sup>18</sup>

#### *Valoração da prova testemunhal e pericial*

56. O Tribunal também admite o depoimento prestado perante a Corte pela senhora Irene Ximenes Lopes Miranda (par. 47.1.a *supra*), na medida em que esteja de acordo com o objetivo da declaração, e o valora no conjunto do acervo probatório. A Corte estima que, por se tratar de um familiar da suposta vítima e ter interesse direto neste caso, suas manifestações não podem ser valoradas de maneira isolada, mas no conjunto das provas do processo. As declarações dos familiares das supostas vítimas são úteis na medida em que proporcionem mais informações sobre as conseqüências das supostas violações perpetradas.<sup>19</sup>

16. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 66; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 42; e *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, nota 4 *supra*, par. 191.

17. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 67; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 42; e *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, nota 4 *supra*, par. 192.

18. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 70; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 45; e *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, nota 4 *supra*, par. 199.

19. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 66; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 37; e *Caso Acevedo Jaramillo*

57. Os depoimentos dos senhores Francisco das Chagas Melo (par. 47.1.b *supra*), João Alfredo Teles Melo (par. 47.2.a *supra*), Luiz Odorico Monteiro de Andrade (par. 47.3.a *supra*), Pedro Gabriel Godinho Delgado (par. 47.3.b *supra*), bem como ao laudo pericial da senhora Lídia Dias Costa (*supra* par. 47.4.a), este Tribunal os admite por julgar que são úteis para solucionar este caso e os incorpora ao acervo probatório aplicando as normas da crítica sã.
58. Pelo exposto, a Corte apreciará neste caso o valor probatório dos documentos, declarações e laudos periciais apresentados pelas partes. Ademais, a prova apresentada em todas as etapas do processo foi integrada a um mesmo acervo probatório que se considera como um todo.

## VI Considerações Prévias

59. A Corte passará em seguida a se pronunciar sobre: a) os alcances do reconhecimento de responsabilidade internacional declarado pelo Estado; b) os fundamentos das obrigações do Estado no âmbito da responsabilidade estatal gerada por violações à Convenção Americana; e c) a especial atenção que os Estados devem às pessoas acometidas por deficiências mentais, em virtude de sua particular vulnerabilidade.

### *a) Alcance do reconhecimento de responsabilidade internacional efetuado pelo Estado*

60. O artigo 53.2 do Regulamento dispõe que

[s]e o demandado comunicar à Corte seu acatamento às pretensões da parte demandante e às dos representantes das supostas vítimas, seus familiares ou representantes, a Corte, ouvido o parecer das partes no caso, resolverá sobre a procedência do acatamento e seus efeitos jurídicos. Neste caso, a Corte determinará, se for o caso, as reparações e custas correspondentes.

61. A Corte Interamericana, no exercício de sua função contenciosa, aplica e interpreta a Convenção Americana e, quando um caso é submetido a sua jurisdição, tem a faculdade de declarar a responsabilidade internacional de um Estado Parte na Convenção por violação de suas disposições.<sup>20</sup>
62. A Corte, no exercício de seus poderes de tutela judicial internacional dos direitos humanos, poderá determinar se um reconhecimento de responsabilidade internacional efetuado por um Estado demandado oferece base suficiente, nos termos da Convenção Americana, para dar continuidade ou não ao conhecimento do mérito e à determinação das eventuais reparações e custas. Para esses efeitos, o Tribunal analisará a situação exposta em cada caso concreto.<sup>21</sup>
63. No decorrer da audiência pública realizada em 30 de novembro de 2005 (par. 34 e 36 *supra*) o Estado declarou que:
- a) reconhece a procedência da petição da Comissão Interamericana no que se refere à violação dos artigos 4 (Direito à vida) e 5 (Direito à integridade pessoal) da Convenção Americana;
  - b) reconhece os fatos da demanda relacionados com a morte do senhor Damião Ximenes Lopes e a falta de prevenção para superar as condições que possibilitaram que ocorresse tal incidente, uma vez que naquele momento era precário o sistema de atendimento mental no Estado, o que constituiu uma violação do artigo 4 da Convenção;
  - c) reconhece os fatos da demanda relacionados com os maus-tratos a que foi submetido o senhor Damião Ximenes Lopes antes de sua morte, o que levou à violação do artigo 5 da Convenção;
  - d) solicita que seja cessada a controvérsia sobre os citados artigos e que se prossiga com as demais questões pertinentes;
  - e) não reconhece a solicitação de reparações decorrentes da violação dos artigos 4 e 5 da Convenção, que permanece aberta a debate; e
  - f) não reconhece a violação dos direitos consagrados nos artigos 8 e 25 da Convenção.
64. A Comissão Interamericana salientou, por sua vez, na mesma audiência pública, que reconhecia “a atitude

---

e outros, nota 4 *supra*, par. 203.

20. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 37; *Caso Blanco Romero e outros*. Sentença de 28 de novembro de 2005. Série C, nº 138, par. 54; e *Caso García Asto e Ramírez Rojas*. Sentença de 25 de novembro de 2005. Série C, nº 137, par. 173.

21. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 38; *Caso Gómez Palomino*. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C, nº 136, par. 28; e *Caso do Massacre de Mapiripán*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C, nº 134, par. 65.

positiva, ética, responsável e construtiva do [... Estado] manifestada na declaração em que reconhece a responsabilidade pela violação dos artigos 4 e 5 [da Convenção]”. A Comissão ressaltou, ademais, que “[u]ma atitude desta natureza contribui para solucionar o caso presente, mas também contribui para estabelecer um precedente muito importante no Brasil e na região de como os Estados devem atuar responsabilmente quando os fatos são inquestionáveis e quando também é inquestionável a responsabilidade do Estado em matéria de direitos humanos no âmbito do sistema interamericano”. A Comissão destacou, finalmente, que entendia que já havia cessado a controvérsia sobre os fatos e o direito com relação aos artigos 4 e 5 da Convenção.

65. Os representantes, por sua vez, declararam na audiência pública, que reconheciam a importância da declaração efetuada pelo Estado a respeito do reconhecimento de sua responsabilidade pela violação dos artigos 4 e 5 da Convenção Americana.
66. Posteriormente, em suas alegações finais o Estado expôs que, numa evidente demonstração de seu efetivo compromisso com a tutela dos direitos humanos, optou eticamente por admitir as falhas no dever de fiscalizar a Casa de Repouso Guararapes no período de internação do senhor Damião Ximenes Lopes. Em virtude da morte e dos maus-tratos de que foi objeto esse paciente, o Estado reconheceu sua responsabilidade internacional pela violação dos artigos 4 e 5 da Convenção (par. 36 e 63 *supra*).
67. Em suas alegações finais, a Comissão expôs que, em conformidade com o reconhecimento de responsabilidade do Estado, não há controvérsia com relação aos fatos descritos na demanda, relacionados com a morte do senhor Damião Ximenes Lopes, nos quais se incluem os parágrafos 38 a 88, bem como os parágrafos 147 a 168, referentes aos fundamentos de direito constantes da demanda. A Comissão agregou que foi confirmada a veracidade dos fatos sobre a morte do senhor Ximenes Lopes e também daqueles relacionados com as condições de hospitalização desumanas e degradantes na época dos fatos, pela falta de fiscalização e prevenção por parte do Estado, tal como foi alegado na demanda (par. 2, 16 e 37 *supra*).
68. Os representantes expuseram, por sua vez, em suas alegações finais, que entendem que a Corte aceitou a responsabilidade do Estado conforme os termos estabelecidos na demanda da Comissão Interamericana (par. 38 *supra*).

#### *1. Quanto aos fatos*

69. Em atenção ao reconhecimento de responsabilidade efetuada pelo Estado, o Tribunal considera que cessou a controvérsia quanto aos fatos estabelecidos entre os parágrafos 38 a 88 da demanda interposta pela Comissão Interamericana neste caso e, por outro lado, que o Estado não se opôs aos fatos expostos na demanda, relacionados com o dever do Estado de investigar, identificar e sancionar os responsáveis pela morte do senhor Damião Ximenes Lopes, alegados pela Comissão e pelos representantes.
70. A esse respeito, a Corte considera pertinente abrir um capítulo acerca dos fatos do presente caso, que abranja tanto os reconhecidos pelo Estado quanto os que sejam provados com base no conjunto de elementos constantes do expediente (par. 112 a 112.71 *infra*).

#### *2. Quanto às pretensões de direito*

71. Em atenção ao reconhecimento parcial de responsabilidade internacional efetuada pelo Estado, a Corte considerou estabelecidos os fatos a que se referem os parágrafos 112 a 112.71 desta Sentença e, com base neles e ponderando as circunstâncias do caso, passa a especificar as diferentes violações aos direitos consagrados nos artigos alegados.
72. A Corte considera que é pertinente admitir o reconhecimento de responsabilidade internacional efetuada pelo Estado pela violação dos direitos consagrados nos artigos 4 (Direito à vida) e 5 (Direito à integridade pessoal) da Convenção Americana, em conexão com o artigo 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos) do mesmo instrumento, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes.
73. O Tribunal observa que o Estado não apresentou objeção aos fatos expostos na demanda, relacionados com seu dever de investigar, identificar e sancionar os supostos responsáveis, mas a sua qualificação, motivo por que o Estado considera que não é responsável pela suposta violação dos direitos consagrados nos artigos 8 (Garantias judiciais) e 25 (Proteção judicial) da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 (Obrigação de respeitar os direitos) desse instrumento, em detrimento dos familiares do senhor Ximenes Lopes, alegada pela Comissão e pelos representantes.



3. *Quanto às pretensões sobre reparações*

74. Esta Corte considera que o Estado não acatou nenhuma das pretensões sobre reparações e custas reivindicadas pela Comissão ou pelos representantes.

4. *Extensão da controvérsia subsistente*

75. O artigo 38.2 do Regulamento dispõe que

[o] demandado deverá declarar em sua contestação se aceita os fatos e os pedidos ou se os contradiz, e a Corte poderá considerar como aceitados aqueles fatos que não tenham sido expressamente negados e os pedidos que não tenham sido expressamente controvertidos.

76. O Estado expressamente salientou na audiência pública que não reconhecia responsabilidade internacional pela suposta violação dos artigos 8 (Garantias judiciais) e 25 (Proteção judicial) da Convenção Americana, em detrimento dos familiares do senhor Damião Ximenes Lopes. Nas alegações finais escritas, o Estado ressaltou que não violou o direito à proteção e às garantias judiciais, uma vez que respeitou os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. Segundo o Estado, sua seriedade em busca de justiça foi devidamente demonstrada na tramitação do caso na jurisdição interna, bem como nos argumentos apresentados à Corte na contestação da demanda, em que se fez uma descrição histórica de todas as medidas por ele adotadas com a finalidade de investigar as circunstâncias do falecimento do senhor Damião Ximenes Lopes e sancionar os responsáveis pelos maus-tratos a ele infringidos e por sua morte na Casa de Repouso Guararapes.

77. A Comissão, ao apresentar suas alegações finais orais na audiência pública, declarou que reiterava à Corte a solicitação apresentada na demanda no sentido de que o Estado fosse condenado pela violação dos artigos 8 e 25 da Convenção em relação com o artigo 1.1 desse tratado, já que o Estado não cumpriu os deveres que se inferem dos citados artigos. Nas alegações finais escritas a Comissão salientou também que toda a matéria relacionada com a investigação policial e o processo penal violou os referidos artigos, em detrimento dos familiares do senhor Damião Ximenes Lopes.

78. Os representantes, por sua vez, na audiência pública e nas alegações finais, solicitaram à Corte que declarasse a violação dos artigos 8 e 25 da Convenção, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes e seus familiares. Os representantes ressaltaram que, transcorridos mais de seis anos da morte do senhor Damião Ximenes Lopes, o procedimento judicial contra os responsáveis por sua morte ainda não foi concluído, em consequência dos atrasos indevidos, atribuídos exclusivamente ao Estado. Também solicitaram em suas alegações finais que a Corte declare que o Estado violou o artigo 5 da Convenção, em detrimento dos familiares do senhor Damião Ximenes Lopes.

79. De acordo com os termos em que se expressaram as partes, a Corte considera que subsiste a controvérsia quanto:

- a) à alegada violação dos direitos consagrados nos artigos 8 (Garantias judiciais) e 25 (Proteção judicial) da Convenção, em relação com seu artigo 1.1, em detrimento dos familiares do senhor Damião Ximenes Lopes, com respeito ao dever do Estado de realizar uma investigação efetiva num prazo razoável, à luz dos citados artigos;
- b) à alegada violação do direito consagrado no artigo 5 (Direito à integridade pessoal) da Convenção, em relação com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento dos familiares do senhor Damião Ximenes Lopes; e
- c) ao que diz respeito à determinação das reparações, custas e gastos.

\*\*\*

80. A Corte considera que o reconhecimento de responsabilidade internacional do Estado constitui uma contribuição positiva para o desenvolvimento deste processo e para a vigência dos princípios que inspiram a Convenção Americana<sup>22</sup> no Brasil.

81. Levando em conta, no entanto, as responsabilidades que lhe cabem de proteger os direitos humanos, e dada a natureza deste caso, o Tribunal julga que proferir uma sentença em que se determine a verdade dos fatos e os

22. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 55; *Caso García Asto e Ramírez Rojas*, nota 20 *supra*, par. 60; e *Caso Gutiérrez Soler*. Sentença de 12 de setembro de 2005. Série C, nº 132, par. 59.

elementos do mérito do assunto, bem como as respectivas conseqüências, constitui uma forma de reparação para o senhor Damião Ximenes Lopes e seus familiares e, ao mesmo tempo, uma maneira de contribuir para evitar que se repitam fatos similares.<sup>23</sup>

*b) Fundamentos das obrigações do Estado no âmbito da responsabilidade estatal gerada por violações à Convenção Americana*

82. Uma vez determinado o alcance do reconhecimento parcial de responsabilidade efetuado pelo Estado, este Tribunal considera necessário, de acordo com os fatos deste caso, as provas apresentadas e as alegações das partes, determinar os fundamentos das obrigações do Estado, no âmbito da responsabilidade estatal gerada pelas violações dos direitos consagrados na Convenção Americana.
83. No âmbito da referida Convenção, as obrigações constantes dos artigos 1.1 e 2 constituem a base para a determinação de responsabilidade internacional de um Estado. O artigo 1.1 da Convenção atribui aos Estados Partes os deveres fundamentais de respeitar e de garantir os direitos, de tal modo que todo menoscabo aos direitos humanos reconhecidos na Convenção que possa ser atribuído, segundo as normas do direito internacional, à ação ou omissão de qualquer autoridade pública, constitui fato imputável ao Estado, que compromete sua responsabilidade nos termos dispostos na mesma Convenção. Por sua vez, o dever geral do artigo 2 da Convenção Americana implica a adoção de medidas em duas vertentes. Por um lado, a supressão das normas e práticas de qualquer natureza que impliquem violação das garantias previstas na Convenção e, por outro, a expedição de normas e o desenvolvimento de práticas que levem à efetiva observância dessas garantias.<sup>24</sup>
84. É ilícita toda forma de exercício do poder público que viole os direitos reconhecidos pela Convenção. Nesse sentido, em toda circunstância em que um órgão ou funcionário do Estado ou de uma instituição de caráter público lese indevidamente, por ação ou omissão,<sup>25</sup> um desses direitos, está-se diante de uma suposição de inobservância do dever de respeito consagrado no artigo 1.1 da Convenção.
85. A Corte, ademais, dispôs que a responsabilidade estatal também pode ser gerada por atos de particulares em princípio não atribuíveis ao Estado. As obrigações *erga omnes* que têm os Estados de respeitar e garantir as normas de proteção e de assegurar a efetividade dos direitos projetam seus efeitos para além da relação entre seus agentes e as pessoas submetidas a sua jurisdição, porquanto se manifestam na obrigação positiva do Estado de adotar as medidas necessárias para assegurar a efetiva proteção dos direitos humanos nas relações interindividuais.<sup>26</sup>
86. As hipóteses de responsabilidade estatal por violação dos direitos consagrados na Convenção podem ser tanto as ações ou omissões atribuíveis a órgãos ou funcionários do Estado quanto a omissão do Estado em evitar que terceiros violem os bens jurídicos que protegem os direitos humanos. Entre esses dois extremos de responsabilidade, no entanto, se encontra a conduta descrita na resolução da Comissão de Direito Internacional,<sup>27</sup> de uma pessoa ou entidade que, embora não seja órgão estatal, está autorizada pela legislação do Estado a exercer atribuições de autoridade governamental. Essa conduta, seja de pessoa física ou jurídica, deve ser considerada um ato do Estado, desde que praticada em tal capacidade.
87. Isso significa que a ação de toda entidade, pública ou privada, que esteja autorizada a atuar com capacidade estatal, se enquadra na hipótese de responsabilidade por fatos diretamente imputáveis ao Estado, tal como ocorre quando se prestam serviços em nome do Estado.
88. A Corte determinou, ademais, que das obrigações gerais de respeitar e garantir os direitos decorrem deveres especiais, determináveis em função das necessidades particulares de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal, seja pela situação específica em que se encontre.<sup>28</sup>

23. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 56; e *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 21 *supra*, par. 69.

24. Cf. *Caso Gómez Palomino*, nota 21 *supra*, par. 91; *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 21 *supra*, par. 109; e *Caso Lori Berenson Mejía*. Sentença de 25 de novembro de 2004. Série C, nº 119, par. 219.

25. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 81; *Caso do Massacre de Pueblo Bello*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C, nº 140, par. 111 e 112; e *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 21 *supra*, par. 110.

26. Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, nota 25 *supra*, par. 113; *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 21 *supra*, par. 111; e *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*. Parecer consultivo OC-18/03, de 17 de setembro de 2003. Série A, nº 18, par. 140.

27. Cf. Responsabilidade do Estado por atos internacionalmente ilícitos. Comissão de Direito Internacional, 53ª sessão, 2001. Documento da ONU A/56/10. Texto introduzido no anexo da Resolução 56/83, de 28 de janeiro de 2002, da Assembleia Geral das Nações Unidas.

28. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 81; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa*, nota 4 *supra*, par. 154; e *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, nota 25 *supra*, par. 111.

89. Com relação a pessoas que estejam recebendo atendimento médico, e considerando que a saúde é um bem público cuja proteção está a cargo dos Estados, cabe a estes a obrigação de prevenir que terceiros interfiram indevidamente no gozo dos direitos à vida e à integridade pessoal, particularmente vulneráveis quando uma pessoa se encontra em tratamento de saúde. A Corte considera que os Estados têm o dever de regulamentar e fiscalizar toda a assistência de saúde prestada às pessoas sob sua jurisdição, como dever especial de proteção à vida e à integridade pessoal, independentemente de ser a entidade que presta esses serviços de caráter público ou privado.
90. A falta do dever de regular e fiscalizar gera responsabilidade internacional em razão de serem os Estados responsáveis tanto pelos atos das entidades públicas quanto privadas que prestam atendimento de saúde, uma vez que, de acordo com a Convenção Americana, as hipóteses de responsabilidade internacional compreendem os atos das entidades privadas que estejam desempenhando função estatal, bem como atos de terceiros, quando o Estado falha em seu dever de regular-los e fiscalizá-los. A obrigação dos Estados de regular não se esgota, por conseguinte, nos hospitais que prestam serviços públicos, mas abrange toda e qualquer instituição de saúde.

\*\*\*

91. No Estado, “[a] saúde é direito de todos e dever do Estado, garantido mediante políticas sociais e econômicas que visem à redução do risco de doença e de outros agravos e ao acesso universal e igualitário às ações e serviços para sua promoção, proteção e recuperação”, segundo o disposto no artigo 196 da sua Constituição. Ademais, segundo o artigo 197 da Constituição, cabe “ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle, devendo sua execução ser feita diretamente ou através de terceiros e, também, por pessoa física ou jurídica de direito privado”.
92. O artigo 199 da Constituição dispõe que “[a] assistência à saúde é livre à iniciativa privada”, ou seja, empresas privadas podem prestar atendimento privado de saúde, o qual será totalmente pago pelos usuários. No entanto, o parágrafo primeiro do mesmo artigo 199 determina que “[a]s instituições privadas poderão participar de forma complementar do [S]istema [Ú]nico de [S]aúde, segundo diretrizes deste, mediante contrato de direito público ou convênio, tendo preferência as entidades filantrópicas e as sem fins lucrativos”. A iniciativa privada também pode prestar serviços ao sistema público de saúde, caso em que o atendimento que presta será financiado pelo Estado e terá caráter público.
93. A Lei nº 8.080, de 19 de setembro de 1990, é a que “regula, em todo o território nacional, as ações e serviços de saúde, executados isolada ou conjuntamente, em caráter permanente ou eventual, por pessoas naturais ou jurídicas de direito público ou privado”. Em seu artigo 4º estabelece que o Sistema Único de Saúde corresponde ao “conjunto de ações e serviços de saúde, prestados por órgãos e instituições públicas federais, estaduais\* e municipais, da Administração direta e indireta e das fundações mantidas pelo Poder Público”, e corrobora o dispositivo constitucional ao estabelecer que “[a] iniciativa privada poderá participar do Sistema Único de Saúde (SUS), em caráter complementar”.
94. Deduz-se do acima exposto que no Estado a prestação de serviços de saúde pode ser pública ou privada; neste último caso, a prestação de serviços é privada e financiada pelo próprio paciente, mas o Estado conserva seu dever de supervisioná-la.
95. Quando o atendimento de saúde é público, é o Estado que presta o serviço diretamente à população, mediante seu Sistema Único de Saúde. O serviço público de saúde do SUS é oferecido primariamente pelos hospitais públicos; no entanto, a iniciativa privada, de forma complementar, e mediante a assinatura de convênios ou contratos, quando em determinada região do país não haja hospitais públicos suficientes para atender à demanda de pacientes,<sup>29</sup> também presta serviços de saúde sob os auspícios do SUS. Em ambas as situações, esteja o paciente internado num hospital público ou num hospital privado que tenha convênio ou contrato com o SUS, a pessoa se encontra sob os cuidados do serviço público de saúde brasileiro, ou seja, do Estado.
96. A prestação de serviços públicos implica a proteção de bens públicos, que é uma das finalidades dos Estados. Embora os Estados possam delegar sua prestação através da chamada terceirização, mantêm a titularidade da obrigação de prestar os serviços públicos e de proteger o bem público respectivo. A delegação à iniciativa

29. Cf. artigo 24 da Lei nº 8.080/1990.

\*A palavra “estaduais” se refere a “estados”, que são as unidades da federação brasileira.

privada de prestar esses serviços exige como elemento fundamental a responsabilidade dos Estados de fiscalizar sua execução, a fim de garantir uma efetiva proteção dos direitos humanos das pessoas sob sua jurisdição e para que os serviços públicos sejam prestados à coletividade sem qualquer tipo de discriminação e da forma mais efetiva possível.

97. Os Estados são obrigados a respeitar os direitos reconhecidos na Convenção e a organizar o poder público para garantir às pessoas sob sua jurisdição o livre e pleno exercício dos direitos humanos<sup>30</sup>, estendendo-se essa obrigação a todos os níveis da administração, bem como a outras instituições a que os Estados deleguem autoridade.
98. Os Estados devem, segundo o artigo 2 da Convenção Americana, criar um quadro normativo adequado para fixar os parâmetros de tratamento e internação a serem observados pelas instituições de assistência de saúde. Os Estados têm a obrigação de consagrar e adotar em seu ordenamento jurídico interno todas as medidas necessárias para que o disposto na Convenção seja cumprido e colocado em prática<sup>31</sup> e para que essa legislação não se transforme em mera formalidade, distanciada da realidade.
99. Por todas as considerações anteriores, a Corte julga que os Estados são responsáveis por regulamentar e fiscalizar em caráter permanente a prestação dos serviços e a execução dos programas nacionais relativos à consecução de uma prestação de serviços de saúde pública de qualidade, de tal maneira que dissuada qualquer ameaça ao direito à vida e à integridade física das pessoas submetidas a tratamento de saúde. Devem, *inter alia*, criar mecanismos adequados para inspecionar as instituições psiquiátricas, apresentar, investigar e solucionar queixas e estabelecer procedimentos disciplinares ou judiciais apropriados para casos de conduta profissional indevida ou de violação dos direitos dos pacientes.<sup>32</sup>
100. Neste caso, a Casa de Repouso Guararapes, onde faleceu Damião Ximenes Lopes, era um hospital privado de saúde contratado pelo Estado para prestar serviços de atendimento psiquiátrico sob a direção do Sistema Único de Saúde e atuava como unidade pública de saúde em nome e por conta do Estado (par. 112.55 *infra*). O Estado, por conseguinte, é responsável pela conduta do pessoal da Casa de Repouso Guararapes, que exercia elementos de autoridade estatal ao prestar o serviço público de saúde sob a direção do Sistema Único de Saúde.

*c) A atenção especial às pessoas acometidas de deficiências mentais em virtude de sua particular vulnerabilidade*

101. Para os efeitos deste caso, cuja suposta vítima, o senhor Damião Ximenes Lopes, sofria de deficiência mental e faleceu enquanto recebia tratamento em um hospital psiquiátrico, o Tribunal não pode deixar de se pronunciar sobre a especial atenção que os Estados devem às pessoas acometidas de deficiências mentais, em razão de sua particular vulnerabilidade.
102. Nesse sentido, a Corte Européia declarou que

em especial com respeito a pessoas que necessitam de tratamento psiquiátrico, a Corte observa que o Estado tem a obrigação de assegurar a seus cidadãos seu direito à integridade física, de acordo com o artigo 8 da Convenção. Com essa finalidade, há hospitais administrados pelo Estado, que coexistem com hospitais privados. O Estado não pode se absolver completamente de sua responsabilidade delegando suas obrigações nessa esfera a organismos ou indivíduos privados. [...] A Corte constata que [...] neste caso o Estado mantinha o dever de exercer a supervisão e o controle sobre instituições psiquiátricas privadas. Tais instituições [...] necessitam não só de uma licença, mas também de uma supervisão competente e de forma regular, a fim de averiguar se o confinamento e o tratamento médico se justificam.<sup>33</sup>

30. Cf. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 142; *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa*. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C, nº 125, par. 153; e *Caso Juan Humberto Sánchez*. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C, nº 99, par. 142.

31. Cf. *Caso Comunidade Indígena Sawhomaxa*, nota 4 *supra*, par. 110; *Caso Gómez Palomino*, nota 21 *supra*, par. 90 e 91; e *Caso Palamara Iribarne*. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C, nº 135, par. 89.

32. Cf. Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e para a Melhoria do Atendimento de Saúde Mental, Resolução da Assembléia Geral das Nações Unidas 46/119.46, p.189, ONU Documento A/46/49 (1991), princípio 22.

33. Cf. European Court of Human Rights, *Case of Storck v. Germany, Application No. 61603/00, judgment of 16 June, 2005, p. 103*. O texto original em inglês é o seguinte: "With regard to persons in need of psychiatric treatment in particular, the Court observes that the State is under an obligation to secure to its citizens their right to physical integrity under Article 8 of the Convention. For this purpose there are hospitals run by the State which coexist with private hospitals. The State cannot completely absolve itself of its responsibility by delegating its obligations in this sphere to private bodies or individuals. [...] The Court finds that, similarly, in the present case the State remained under a duty to exercise supervision and control over private psychiatric institutions. Such institutions, [...] need not only a license, but also competent supervision on a regular basis of whether the confinement and medical treatment is justified."

103. A Corte Interamericana considera que toda pessoa que se encontre em situação de vulnerabilidade é titular de uma proteção especial, em virtude dos deveres especiais cujo cumprimento por parte do Estado é necessário para atender às obrigações gerais de respeito e garantia dos direitos humanos. A Corte reitera que não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas que é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das necessidades particulares de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal, seja pela situação específica em que se encontre,<sup>34</sup> como a deficiência.
104. Nesse sentido, os Estados devem levar em conta que os grupos de indivíduos que vivem em circunstâncias adversas e com menos recursos, tais como as pessoas em condição de extrema pobreza, as crianças e adolescentes em situação de risco e as populações indígenas, enfrentam um aumento do risco de padecer de deficiências mentais, como era o caso do senhor Damião Ximenes Lopes. É direto e significativo o vínculo existente entre a deficiência, por um lado, e a pobreza e a exclusão social, por outro. Entre as medidas positivas a cargo dos Estados encontram-se, pelas razões expostas, as necessárias para evitar todas as formas de deficiência que possam ser prevenidas e estender às pessoas que padeçam de deficiências mentais o tratamento preferencial apropriado a sua condição.<sup>35</sup>
105. As pessoas portadoras de deficiência são muitas vezes objeto de discriminação em virtude de sua condição, motivo por que os Estados devem adotar as medidas de caráter legislativo, social, educativo, trabalhista ou de qualquer outra natureza, necessárias para eliminar toda discriminação relacionada com as deficiências mentais e propiciar a plena integração dessas pessoas à sociedade.<sup>36</sup>
106. Com relação à salvaguarda da vida e da integridade pessoal, é necessário considerar que as pessoas portadoras de deficiência que vivem em instituições psiquiátricas ou nelas são submetidas a tratamento são especialmente vulneráveis a tortura ou a outras formas de tratamento cruel, desumano ou degradante. A vulnerabilidade intrínseca das pessoas portadoras de deficiência mental é agravada pelo alto grau de intimidade que caracteriza o tratamento das doenças psiquiátricas, que torna essas pessoas mais suscetíveis a tratamentos abusivos quando submetidas a internação (par. 129 *infra*).
107. Nos ambientes institucionais, em hospitais públicos ou privados, o pessoal médico encarregado do cuidado dos pacientes exerce forte controle ou domínio sobre as pessoas que se encontram sujeitas a sua custódia. Este desequilíbrio intrínseco de poder entre uma pessoa internada e as pessoas que detêm a autoridade se multiplica muitas vezes nas instituições psiquiátricas. A tortura e outras formas de tratamento cruel, desumano ou degradante, quando infligidas a essas pessoas, afetam sua integridade psíquica, física e moral, supõem uma afronta a sua dignidade e restringem gravemente sua autonomia, o que poderia ter como conseqüência o agravamento da doença.
108. Todas as circunstâncias acima citadas exigem que se exerça uma estrita vigilância sobre esses estabelecimentos. Os Estados têm o dever de supervisionar e garantir que em toda instituição psiquiátrica, pública ou privada, seja preservado o direito dos pacientes de receberem tratamento digno, humano e profissional e de serem protegidos contra a exploração, o abuso e a degradação.
109. O atendimento de saúde mental deve estar disponível para toda pessoa que dele necessite. Todo tratamento de pessoas acometidas de deficiência mental deve se destinar ao melhor interesse do paciente, deve ter por objetivo preservar sua dignidade e sua autonomia, reduzir o impacto da doença e melhorar sua qualidade de vida<sup>37</sup> (par. 135, 138 e 139 *infra*).
110. Ao analisar as violações à vida e à integridade pessoal em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes, a Corte invocará a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, instrumento que faz parte do marco normativo de proteção dos direitos humanos no sistema interamericano, e que foi ratificado pelo Estado em 15 de agosto de 2001, como fonte de interpretação para determinar as obrigações do Estado relacionadas com a Convenção Americana neste caso.

34. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 81; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, nota 4 *supra*, par. 154; e *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, nota 25 *supra*, par. 111.

35. Cf. Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, aprovada na Cidade da Guatemala, Guatemala, em 7 de junho de 1999, artigo III.2; e Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 5, "Pessoas portadoras de deficiência". Nações Unidas, Documento E/1995/22 (1994), par. 9.

36. Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, nota 35 *supra*, Preâmbulo e artigo III.1.

37. Cf. Organização Mundial da Saúde. Divisão de Saúde Mental e Prevenção do Abuso de Substâncias. Dez Princípios Básicos das Normas para o Atendimento da Saúde Mental (1996), princípios 2, 4 e 5.

111. Também no âmbito da Organização Mundial da Saúde e da Organização Pan-Americana da Saúde foram fixadas as principais normas pertinentes ao tratamento de saúde mental. A Corte considera que esses instrumentos, tais como os Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e para a Melhoria do Atendimento de Saúde Mental, das Nações Unidas, as Normas Uniformes sobre Igualdade de Oportunidades para as Pessoas Portadoras de Deficiência, bem como as normas técnicas dispostas na Declaração de Caracas e na Declaração de Madri, são especialmente importantes para a análise e o escrutínio da conformidade da assistência prestada ao senhor Damião Ximenes Lopes às normas internacionais sobre a matéria. Este Tribunal considerará especialmente esses instrumentos no capítulo sobre a violação dos artigos 4 e 5 da Convenção Americana neste caso.

## VII Fatos provados

112. Efetuado o exame dos elementos probatórios constantes do expediente deste caso, as manifestações das partes, bem como o reconhecimento parcial de responsabilidade internacional do Estado, a Corte considera provados os fatos a seguir relatados. Constan deste capítulo fatos que este Tribunal tem por estabelecidos com base no reconhecimento de responsabilidade parcial do Estado e que correspondem aos fatos expostos na demanda apresentada pela Comissão Interamericana. Além disso, a Corte estabeleceu como provados outros fatos, especialmente os relativos à investigação policial e aos procedimentos judiciais, em conformidade com as provas proporcionadas pela Comissão, pelos representantes e pelo Estado.

### A) *História clínica do senhor Damião Ximenes Lopes*

- 112.1. O senhor Damião Ximenes Lopes nasceu em 25 de junho de 1969, filho de Albertina Viana Lopes e Francisco Leopoldino Lopes. Dois de seus irmãos são Irene Ximenes Lopes Miranda e Cosme Ximenes Lopes. O senhor Damião Ximenes Lopes foi um jovem criativo, que gostava de música e de artes e desejava adquirir melhores condições financeiras.<sup>38</sup>
- 112.2. Na juventude do senhor Damião Ximenes Lopes desenvolveu uma deficiência mental de origem orgânica, proveniente de alterações no funcionamento do cérebro. Apresentava esporadicamente dificuldades e necessidades específicas vinculadas a sua circunstância particular. Na época dos fatos, tinha 30 anos de idade e vivia com sua mãe na cidade de Varjota, situada a aproximadamente uma hora da cidade de Sobral, sede da Casa de Repouso Guararapes.
- 112.3. O senhor Damião Ximenes Lopes foi internado pela primeira vez em 1995 na Casa de Repouso Guararapes, por um período de dois meses. Ao regressar a sua casa, encontrava-se em melhor estado, mas apresentava feridas nos joelhos e nos tornozelos, que justificou declarando que havia sido vítima de violência. Seus familiares acreditaram na versão de um funcionário da Casa de Repouso Guararapes, que afirmou, quando questionado sobre a causa das feridas, que o paciente as havia infligido a si mesmo ao tentar fugir.
- 112.4. Anteriormente ao dia 1º de outubro de 1999, Damião Ximenes Lopes teve “problemas de nervos, ele não queria comer nem dormir, [devia tomar remédios], mas no momento não estava tomando”. Na sexta-feira, 1º de outubro, Albertina Viana Lopes decidiu internar seu filho na Casa de Repouso Guararapes. Enquanto esperava para ser admitida, a suposta vítima perguntava à mãe “com muita calma [...] se ele iria ali ficar ou [se] iria voltar para casa com ela”.
- 112.5. O senhor Damião Ximenes Lopes foi admitido na Casa de Repouso Guararapes, como paciente do Sistema Único de Saúde (SUS), em perfeito estado físico, em 1º de outubro de 1999. No momento de sua entrada não apresentava sinais de agressividade nem lesões corporais externas.
- 112.6. No histórico médico do senhor Damião Ximenes Lopes na Casa de Repouso Guararapes de 2 de outubro de 1999 consta uma única observação em que se indica que o paciente se encontrava “calmo, desorientado, [...] confuso”. Medicação alguma lhe foi prescrita nesse dia.<sup>39</sup>

38. Cf. certidão de nascimento do senhor Damião Ximenes Lopes (expediente de anexos à demanda, anexo 21, folha 160); depoimento de Irene Ximenes Lopes Miranda, prestado na audiência pública realizada perante a Corte Interamericana em 30 de novembro de 2005; e relatório da psiquiatra Lídia Dias Costa, apresentado a pedido de Irene Ximenes Lopes Miranda em 14 de dezembro de 2002 (expediente de anexos à demanda, anexo 22, folhas 161 a 164). No que se refere a Cosme Ximenes Lopes, nos documentos apresentados pelas partes aparece indistintamente o nome Cosme ou Cosmo Ximenes Lopes. Esta Corte entende que se trata da mesma pessoa e utilizará na presente Sentença o nome Cosme Ximenes Lopes.

39. Cf. livro de evolução clínica do paciente Damião Ximenes Lopes (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folha 1736).

- 112.7. Em 3 de outubro de 1999, o senhor Damião Ximenes Lopes teve uma crise de agressividade e estava desorientado. A suposta vítima entrou num banheiro na Casa de Repouso Guararapes e se negava a sair dali, motivo por que foi dominado e retirado à força por um auxiliar de enfermagem, senhor Elias Gomes Coimbra, e por outros dois pacientes que, segundo o referido auxiliar, podiam ajudá-lo a retirar o senhor Ximenes Lopes do banheiro porque eram “orientados e que eram de um certo porte físico avantajado”. No momento em que foi dominado por um dos pacientes e retirado do banheiro, a suposta vítima sofreu uma lesão no rosto, na altura do supercílio. Em seguida, o senhor Damião Ximenes Lopes foi submetido a contenção física e o médico presente na Casa de Repouso Guararapes determinou que lhe fossem aplicados “*haldol [e] fernagan intramuscular*”.<sup>40</sup>
- 112.8. Na noite do mesmo dia, a suposta vítima teve um novo episódio de agressividade e voltou a ser submetida a contenção física, a que esteve submetido entre a noite do domingo e a manhã da segunda-feira.<sup>41</sup>

*B) Maus-tratos e morte do senhor Damião Ximenes Lopes*

- 112.9. Em 4 de outubro de 1999, aproximadamente às 9h, a mãe do senhor Damião Ximenes Lopes chegou à Casa de Repouso Guararapes para visitá-lo e o encontrou sangrando, com hematomas, com a roupa rasgada, sujo e cheirando a excremento, com as mãos amarradas para trás, com dificuldade para respirar, agonizante e gritando e pedindo socorro à polícia. Continuava submetido à contenção física que lhe havia sido aplicada desde a noite anterior, já apresentava escoriações e feridas e pôde caminhar sem a adequada supervisão. Posteriormente, um auxiliar de enfermagem o deitou em uma cama, da qual caiu. Então o deitaram num colchonete no chão.<sup>42</sup>
- 112.10. A senhora Albertina Ximenes Lopes solicitou aos funcionários da Casa de Repouso Guararapes que banhassem seu filho e procurou um médico que o atendesse. Encontrou Francisco Ivo de Vasconcelos, Diretor Clínico e médico da Casa de Repouso Guararapes, que, sem realizar exames físicos em Damião Ximenes Lopes, receitou-lhe alguns remédios e em seguida se retirou do hospital. Nenhum médico ficou a cargo da instituição nesse momento.<sup>43</sup>
- 112.11. O senhor Damião Ximenes Lopes faleceu em 4 de outubro de 1999, às 11h30, na Casa de Repouso Guararapes, em circunstâncias violentas, aproximadamente duas horas depois de haver sido medicado pelo Diretor Clínico do hospital, sem ser assistido por médico algum no momento de sua morte, já que a unidade pública de saúde em que se encontrava internado para receber cuidados psiquiátricos não dispunha de nenhum médico naquele momento. Não se prestou ao senhor Damião Ximenes Lopes a assistência adequada e o paciente se encontrava, em virtude da falta de cuidados, à mercê de todo tipo de agressão e acidentes que poderiam colocar em risco sua vida.<sup>44</sup>
- 112.12. Posteriormente à morte do senhor Damião Ximenes Lopes, o médico Francisco Ivo de Vasconcelos foi chamado e regressou à Casa de Repouso Guararapes. Examinou o corpo da suposta vítima, declarou sua morte e fez constar que o cadáver não apresentava lesões externas e que a causa da morte havia sido uma “parada cardio-respiratória”.<sup>45</sup> O médico não ordenou a realização de necropsia no corpo do senhor Damião Ximenes Lopes. Albertina Viana Lopes se inteirou da morte de seu filho ao chegar a sua casa, no Município de Varjota.

40. Cf. declaração de Elias Gomes Coimbra prestada à Delegacia Regional de Sobral em 26 de novembro de 1999 (expediente de anexos à demanda, anexo 29, folhas 179 a 180).

41. Cf. declaração de Carlos Alberto Rodrigues dos Santos prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 24 de abril de 2000 (expediente de anexos à demanda, anexo 12, folhas 108 a 110).

42. Cf. declaração de Carlos Alberto Rodrigues dos Santos prestada perante a Terceira Vara da Comarca de Sobral em 24 de abril de 2000, nota 41 *supra*; declaração de André Tavares do Nascimento prestada na Delegacia Regional de Sobral em 26 de novembro de 1999 (expediente de anexos à demanda, anexo 29, folha 180); e declaração de Albertina Viana Lopes prestada na Delegacia Regional de Sobral em 7 de dezembro de 1999 (expediente de anexos à demanda, anexo 32, folhas 213 e 214).

43. Cf. declaração de Francisco Ivo de Vasconcelos prestada à Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria em 5 de novembro de 1999 (expediente de anexos à demanda, anexo 14, folhas 112 e 113); declaração de Albertina Viana Lopes prestada na Delegacia Regional de Sobral em 7 de dezembro de 1999, nota 42 *supra*; e relatório de sindicância elaborado a pedido da Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social, emitido em 18 de fevereiro de 2000 (expediente de anexos à demanda, anexo 31, folhas 185 a 212).

44. Cf. declaração de Francisco Ivo de Vasconcelos prestada à Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria em 5 de novembro de 1999, nota 43 *supra*; declaração de Maria Salete Morais Melo de Mesquita prestada à Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria em 5 de novembro de 1999 (expediente de anexos à demanda, anexo 14, folhas 113 e 114); relatório de sindicância elaborado a pedido da Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social, emitido em 18 de fevereiro de 2000, nota 43 *supra*; e auto de exame de corpo de delito – cadavérico – realizado em Damião Ximenes Lopes no Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto, em 4 de outubro de 1999 (expediente de anexos à demanda, anexo 41, folha 246).

45. Cf. declaração de Francisco Ivo de Vasconcelos prestada à Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria em 5 de novembro de 1999, nota 43 *supra*.

112.13. No mesmo dia de sua morte os familiares do senhor Damião Ximenes Lopes solicitaram a realização de uma necropsia e, para essa finalidade, seu corpo foi trasladado da cidade de Sobral para a cidade de Fortaleza, onde se realizaria a necropsia. Durante o trajeto, o cadáver apresentou um intenso sangramento, de forma que o lençol que o cobria estava encharcado de sangue quando chegaram ao destino.

112.14. Em 4 de outubro de 1999, o Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto, onde Francisco Ivo de Vasconcelos também era médico, realizou a necropsia no cadáver do senhor Damião Ximenes Lopes. O relatório do exame salientou o seguinte:

Às 22:40 do dia 4 [de outubro de] 1999 deu entrada no necrotério do [Instituto Médico Legal] o corpo de um homem acompanhado da guia policial nº 796/99, da Delegacia Regional de Sobral – [Ceará], informando que “o mesmo se encontrava internado no hospital Guararapes [para] doente[s] menta[is] há 03 dias e hoje pela manhã sua mãe foi visitá-lo [e o encontrou] em crise nervosa, com [o] nariz sangrando e com sinais de espancamento, tendo falecido às 11:30 horas de hoje no referido hospital em Sobral – [Ceará]”. Trata-se de um corpo do sexo masculino, cor parda, cabelos negros, bigode cultivado, barba por fazer, envolto em lençol branco. Apresenta rigidez cadavérica generalizada, pupilas dilatadas, hipóstases de decúbito dorsal e ausência de quaisquer manifestações vitais. Exame externo: escoriações localizadas na região nasal, ombro direito, face anterior dos joelhos e pé esquerdo, equimoses localizadas na região orbitário esquerda, ombro homolateral e punhos (compatível com contenção). Exame interno: não observamos sinais de lesões de natureza traumática internamente; apresenta tem pulmonar e congestão, sem outras alterações macroscópicas de interesse médico legal nos demais órgãos dessas cavidades. Enviamos fragmentos de pulmão, coração, estômago, fígado e rim para o exame histopatológico, que concluiu [que se tratava de] edema e congestão pulmonar moderado, hemorragia pulmonar e discreta esteatose hepática moderada. CONCLUSÃO: [...] inferimos tratar-se de morte real de causa indeterminada.

Resposta aos quesitos:

1-[PRIMEIRO – Houve morte?]; sim.

2-[SEGUNDO–Qual a causa da morte?]; indeterminada.

3-[TERCEIRO–Qual foi o instrumento ou meio que produziu a morte?]; sem elementos para responder.

4-[QUARTO – Foi produzida por meio de veneno, fogo, explosivo, asfixia ou tortura ou por outro meio insidioso ou cruel?]; sem elementos para responder.

E nada mais havendo, mandou a autoridade encerrar [o] laudo que, depois de lido e achado conforme, [foi] devidamente assinado.<sup>46</sup>

112.15. Posteriormente, em 17 de fevereiro de 2000, em resposta à solicitação do Ministério Público, para que os médicos que realizaram a necropsia “defin[issem] se as lesões [encontradas no cadáver] p[oderiam] ter sido [conseqüência] de espancamento ou de tombos sofridos [pelo senhor Damião Ximenes Lopes]”, o Instituto Médico Legal ampliou o conteúdo de suas conclusões e informou que “[a]s lesões descritas [no laudo do exame cadavérico] foram provocadas por ação de instrumento contundente (ou por espancamento ou por tombos), não [...] sendo possível afirmar o modo específico”.<sup>47</sup>

112.16. Em 2002 a Quinta Vara Cível da Comarca de Sobral (doravante denominada “Quinta Vara Cível”), no decorrer da tramitação do processo civil instaurado pela morte do senhor Damião Ximenes Lopes, ordenou que fosse feita a exumação do corpo da suposta vítima para o esclarecimento das causas de sua morte (par. 112.52 e 112.54 *infra*). A exumação foi feita em 6 de abril de 2002 pelo Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto. O relatório do exame pós-exumático descreveu o seguinte:

Exumamos e necropsiamos às 10:10 horas do dia 6 [de abril de] 2002 no Município de Varjota, Ceará, no Cemitério São Raimundo, o cadáver [do senhor] Damião Ximenes Lopes, por solicitação da juíza de Direito da Comarca de Sobral, Dra. Maria Valdenisa de Sousa Bernardo, conforme ofício nº 372/2001. [...] Após a identificação do local onde fora inumada a vítima, a sepultura em gaveta foi aberta, observando-se um caixão de madeira em estado precário de conservação, contendo os restos mortais da vítima em avançado processo de decomposição cadavérica, ou seja, verificamos a presença apenas dos ossos deste corpo. Após minucioso exame pericial, osso por osso, constatamos que o crânio apresentava craniotomia transversal (resultado de exame pericial anterior) e neste seguimento corporal não foram evidenciad[as] fraturas, ou seja, o crânio apresentava integridade de todos os seus ossos. Os demais ossos deste corpo também não apresentavam fraturas. Conclusão: Pelo exposto

46. Cf. laudo de exame de corpo de delito – cadavérico – realizado em Damião Ximenes Lopes no Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto em 4 de outubro de 1999, nota 44 *supra*.

47. Cf. ofício nº 173/2000, do Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto, de 17 de fevereiro de 2000 (expediente de anexos à demanda, anexo 44, folha 251).



e na ausência de outros achados necroscópicos em virtude do avançado estado de decomposição cadavérico do corpo, concluímos tratar-se de um caso de morte real, de causa indeterminada.

Resposta às perguntas:

1-[PRIMEIRO–Houve morte?]; sim.

2-[SEGUNDO–Qual a causa da morte?]; indeterminada.

3-[TERCEIRO–Qual o instrumento ou o meio que produziu a morte?]; sem elementos para responder.

4-[QUARTO – Foi produzida por meio de veneno, fogo, explosivo, asfixia ou tortura ou por outro meio insidioso ou cruel?]; sem elementos para responder.

E nada mais havendo, mandou a autoridade encerrar [o] laudo que, depois de lido e achado conforme, [foi] devidamente assinado.<sup>48</sup>

*C) Investigação policial sobre a morte do senhor Damião Ximenes Lopes*

- 112.17. Em 13 de outubro de 1999, a senhora Albertina Viana Lopes apresentou denúncia à Coordenação Municipal de Controle e Avaliação da Secretaria de Saúde e Assistência Social sobre a morte de seu filho Damião Ximenes Lopes. Em outubro de 1999, a senhora Irene Ximenes Lopes Miranda, irmã do senhor Ximenes Lopes, apresentou denúncia à Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará, em que pedia justiça e a punição dos responsáveis pela morte de seu irmão.<sup>49</sup>
- 112.18. Em 8 de novembro de 1999, o promotor do Ministério Público, Alexandre de Oliveira Alcântara, solicitou a instauração de uma investigação policial para esclarecer a morte do senhor Damião Ximenes Lopes ocorrida em 4 de outubro de 1999 nas instalações da Casa de Repouso Guararapes. Em 9 de novembro de 1999, 36 dias depois da morte do senhor Damião Ximenes Lopes, a Delegacia de Polícia da Sétima Região de Sobral, mediante a Resolução Administrativa nº 172/99, instruiu investigação sobre a morte do senhor Damião Ximenes Lopes.<sup>50</sup>
- 112.19. Em 11 de novembro de 1999, a Comissão de Direitos Humanos e Cidadania da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará enviou ao Delegado de Polícia de Sobral um documento em que solicitou celeridade no caso do senhor Damião Ximenes Lopes, a fim de que os responsáveis fossem punidos.<sup>51</sup>
- 112.20. Em 26 de novembro de 1999, os senhores Antônio Vitorino de Sousa Rufino, Elias Gomes Coimbra, André Tavares do Nascimento, Carlos Alberto Rodrigues dos Santos, Maria Verônica Miranda Bezerra, Francisco Alexandro Paiva Mesquita e Sérgio Antunes Ferreira Gomes prestaram declaração na Delegacia Regional de Sobral.<sup>52</sup>
- 112.21. Em 3, 4, 7, 9, 15, 16 e 20 de dezembro de 1999, os senhores Francisco Ivo de Vasconcelos, Marcelo Messias Barros, Maria Salete Moraes Melo de Mesquita, Albertina Viana Lopes, Antônio Airton Miranda, Irene Ximenes Lopes Miranda, João Alves da Silva, Francisco das Chagas Melo, Mairton Paiva de Oliveira, Sebastião Vieira Filho, Francisco Magalhães de Aquino, Maria Claudenice Silva Porfírio, Maria Gorete Marques, André Tavares do Nascimento, Carlos Alberto Rodrigues dos Santos, José Eliezer Silva Procópio, Francisco Raimundo Alves e Evaldo Castilho Aragão Oliveira prestaram declaração na Delegacia Regional de Sobral.<sup>53</sup>

48. Cf. laudo de exame cadavérico (pós-exumático) expedido pelo Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto em 6 de abril de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folha 2549).

49. Cf. denúncia de Albertina Viana Lopes apresentada à Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social em 13 de outubro de 1999 (expediente de anexos à demanda, anexo 25, folhas 174 e 175); e relatório de sindicância elaborado a pedido da Coordenação Municipal de Controle e Avaliação da Secretaria de Saúde e Assistência Social, emitido em 18 de fevereiro de 2000, nota 43 *supra*.

50. Cf. escrito do promotor do Ministério Público apresentado à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 8 de novembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folha 1537); e auto do Delegado de Polícia de Sobral, expedidos em 9 de novembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1535 e 1536).

51. Cf. escrito da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará dirigido ao Delegado de Polícia de Sobral em 11 de novembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1544 a 1546).

52. Cf. declarações de Antônio Vitorino de Sousa Rufino, Elias Gomes Coimbra, André Tavares do Nascimento, Carlos Alberto Rodrigues dos Santos, Maria Verônica Miranda Bezerra, Francisco Alexandro Paiva Mesquita e Sérgio Antunes Ferreira Gomes prestadas na Delegacia Regional de Sobral em 26 de novembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1540 a 1543).

53. Cf. declaração de Francisco Ivo de Vasconcelos prestada à Delegacia Regional de Sobral em 3 de dezembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1572 a 1574); declarações de Marcelo Messias Barros e Maria Salete Moraes Melo de Mesquita prestadas na Delegacia Regional de Sobral em 4 de dezembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1577 a 1580); declarações de Albertina Viana Lopes, Antônio Airton Miranda e Irene Ximenes Lopes Miranda prestadas na Delegacia Regional de Sobral em 7 de dezembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1582 a 1586); declarações de João Alves da Silva, Francisco das Chagas Melo, Mairton Paiva de Oliveira e Sebastião Vieira Filho prestadas na Delegacia Regional de Sobral em 9 de dezembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1671

- 112.22. Em 8 de dezembro de 1999, o Delegado de Polícia da Sétima Região de Sobral remeteu ao Ministério Público seu Relatório Conclusivo a respeito da denúncia nº 404/99, no qual indicou “a provável responsabilidade [da Casa de Repouso Guararapes] e de pessoas que estejam vinculadas com os maus-tratos, torturas e homicídio denunciados pela família do enfermo Damião Ximenes Lopes”.<sup>54</sup>
- 112.23. Posteriormente a esta data, em 8, 11 e 15 de fevereiro de 2000, foi realizada na Delegacia Regional de Sobral a acareação das testemunhas Sebastião Alves Costa Filho, André Tavares do Nascimento, Francisco Ivo de Vasconcelos e Albertina Viana Lopes. Também foram recebidas as declarações de Sebastião Alves Costa Filho, Cândida Martins Vieira, João Paulo Melo, Maria Gorete Silva e Maria Expedita Sousa Lira.<sup>55</sup>
- 112.24. Em 25 de fevereiro de 2000, a Delegacia Regional de Sobral enviou ao Juiz Titular de Sobral os autos do inquérito policial seguido em razão da denúncia nº 404/99.<sup>56</sup>
- D) Processo penal sobre maus-tratos e morte do senhor Damião Ximenes Lopes*
- 112.25. Em 27 de março de 2000, o representante do Ministério Público apresentou à Terceira Vara da Comarca de Sobral acusação criminal contra Sérgio Antunes Ferreira Gomes, Carlos Alberto Rodrigues dos Santos, André Tavares do Nascimento e Maria Salete Moraes de Mesquita, como incurso no delito de maus-tratos seguidos de morte, tipificado no artigo 136, parágrafo segundo, do Código Penal Brasileiro, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes.<sup>57</sup>
- 112.26. Em 10 de abril de 2000, a Terceira Vara da Comarca de Sobral citou os acusados a fim de interrogá-los, sob pena de serem declarados revéis. Em 24 de abril de 2000, perante a Terceira Vara da Comarca de Sobral prestaram declaração os acusados Maria Salete Moraes Melo de Mesquita, Sérgio Antunes Ferreira Gomes e Carlos Alberto Rodrigues dos Santos e, em 26 de abril de 2000, prestou declaração o senhor André Tavares do Nascimento.<sup>58</sup>
- 112.27. Em 27 de abril e 17 e 24 de maio de 2000, os acusados Maria Salete Moraes Melo de Mesquita, Sérgio Antunes Ferreira Gomes, André Tavares do Nascimento e Carlos Alberto Rodrigues dos Santos contestaram a acusação do Ministério Público, negando os fatos a eles imputados, reservando-se o direito de apresentar defesa nas alegações finais e oferecendo novas testemunhas.<sup>59</sup>
- 112.28. Em 10 de agosto de 2000, a senhora Albertina Viana Lopes, mãe do senhor Damião Ximenes Lopes, solicitou sua admissão como assistente do Ministério Público na ação penal. Em 26 de janeiro de 2001, o Ministério Público manifestou sua conformidade com o pedido e, em 1º de março de 2001, a Terceira Vara da Comarca de Sobral admitiu a senhora Albertina Viana Lopes como assistente do Ministério Público na ação penal.<sup>60</sup>

a 1680); declarações de Francisco Magalhães de Aquino, Maria Claudenice Silva Porfírio e Maria Gorete Marques prestadas na Delegacia Regional de Sobral em 15 de dezembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1599 a 1601 e 1608); declarações de André Tavares do Nascimento, Carlos Alberto Rodrigues dos Santos e José Eliezer Silva Procópio prestadas na Delegacia Regional de Sobral em 16 de dezembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1609 a 1611); e declarações de Francisco Raimundo Alves e Evaldo Castilho Aragão Oliveira prestadas na Delegacia Regional de Sobral em 20 de dezembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1618 e 1619).

54. Cf. relatório conclusivo da Delegacia Regional de Sobral na causa nº 404/99, emitido em 8 de dezembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1588 a 1593).

55. Cf. termo de acareação de testemunhas perante a Delegacia Regional de Sobral em 8 de fevereiro de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1694 e 1695); declaração de Sebastião Alves Costa Filho prestada na Delegacia Regional de Sobral em 8 de fevereiro de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1692 e 1693); declarações de Cândida Martins Vieira e João Paulo Melo prestadas na Delegacia Regional de Sobral em 11 de janeiro de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1766 e 1767); e declarações de Maria Gorete Silva e Maria Expedita Sousa Lira prestadas na Delegacia Regional de Sobral em 15 de fevereiro de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomos I e II, folhas 1789 a 1795).

56. Cf. ofício nº 365/2000, do Delegado de Polícia de Sobral dirigido ao Juiz Titular de Sobral, em 25 de fevereiro de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folha 1416).

57. Cf. escrito do promotor do Ministério Público apresentado à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 27 de março 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1409 a 1414).

58. Cf. auto da Terceira Vara da Comarca de Sobral, expedidos em 10 de abril de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 1842); declarações de Maria Salete Moraes Melo de Mesquita, Sérgio Antunes Ferreira Gomes e Carlos Alberto Rodrigues dos Santos prestadas perante a Terceira Vara da Comarca de Sobral em 24 de abril de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1844 a 1851); e declaração de André Tavares do Nascimento prestada perante a Terceira Vara da Comarca de Sobral em 26 de abril de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1853 e 1854).

59. Cf. escrito de Maria Salete Moraes Melo de Mesquita apresentado à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 27 de abril de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 1856); escrito de Sérgio Antunes Ferreira Gomes apresentado à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 17 de maio de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 1860); escrito de André Tavares do Nascimento apresentado à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 24 de maio de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 1863); e escrito de Carlos Alberto Rodrigues dos Santos apresentado à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 24 de maio de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 1864).

60. Cf. escrito de Albertina Viana Lopes apresentado à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 10 de agosto de 2000 (expediente de anexos à

112.29. A partir de 24 de maio de 2000 e por cerca de dois anos, a Terceira Vara da Comarca de Sobral limitou-se a realizar audiências, muitas delas adiadas por diferentes motivos, realizando-se dias ou meses depois da data original, como se detalha a seguir:

- a) a audiência marcada para 16 de agosto de 2000 foi suspensa em virtude da “impossibilidade de comparecimento da juíza” responsável pela Terceira Vara da Comarca de Sobral, realizando-se em 11 de outubro de 2000, data em que prestaram declaração as testemunhas Francisco Ivo de Vasconcelos, José Cláudio Aguiar e Elias Gomes Coimbra. A audiência foi interrompida “dado o avançado da hora;”<sup>61</sup>
- b) a audiência de 9 de fevereiro de 2001 não foi realizada pela Terceira Vara da Comarca de Sobral “em virtude de força maior” e foi adiada para 16 de fevereiro de 2001, data em que prestou declaração a testemunha Francisco das Chagas Melo;<sup>62</sup>
- c) em 13 e 14 de março de 2001, prestaram declaração Antônio Vitorino de Sousa Rufino, Maria Gorete Silva, Maria Claudenice Silva Porfírio e Marcelo Messias Barros e, em 15 e 21 de maio de 2002, declararam Idelson Pinto Batista e João Arnóbio B. de Mesquita;<sup>63</sup>
- d) na audiência de 29 de novembro de 2001, a defesa solicitou sua suspensão alegando que se deveria ouvir antes a mãe da suposta vítima e, considerando que não houve oposição do Ministério Público, a Terceira Vara da Comarca de Sobral resolveu suspender a audiência, dispor que a senhora Albertina Viana Lopes fosse ouvida e marcar nova audiência para 8 de março de 2002. Em 7 de março de 2002, a Diretora de Secretaria da referida Comarca informou que faltavam as cartas de intimação das testemunhas para a audiência fixada para o dia seguinte, motivo por que se designou o dia 12 de abril de 2002 para que fossem ouvidas as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, como informantes, e as testemunhas da defesa José Vilson Barreto Araújo, Olinda Alexandre de Sousa, Ângela Maria Carvalho Parente e Maria Verônica Miranda Bezerra;<sup>64</sup> e
- e) a audiência marcada na Comarca de Ipueiras para 24 de abril de 2002, com a finalidade de ouvir uma testemunha que não residia no âmbito da jurisdição de Sobral, não foi realizada por falta de notificação com a devida antecedência. Foi marcada nova audiência para 8 de maio de 2002 e novamente faltou a intimação ao acusado e a seu defensor, razão pela qual se marcou uma terceira data, 19 de junho de 2002, em que se tomou a declaração da testemunha Antonio Airton Miranda.<sup>65</sup>

112.30. Em 9 de dezembro de 2002 a Terceira Vara da Comarca de Sobral declarou concluída a etapa de instrução do processo e determinou que fossem intimadas as partes, a fim de que apresentassem suas alegações finais, em conformidade com o artigo 499 do Código de Processo Penal Brasileiro.<sup>66</sup>

---

contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 1929); manifestação do Ministério Público, de 26 de janeiro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 1933); e auto da Terceira Vara da Comarca de Sobral, de 1º de março de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 1934).

61. Cf. auto da Terceira Vara da Comarca de Sobral, expedidos em 24 de maio de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 1866); certificado da Terceira Vara da Comarca de Sobral, de 16 de agosto de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 1873); e declarações de Francisco Ivo de Vasconcelos, José Cláudio Aguiar e Elias Gomes Coimbra prestadas perante a Terceira Vara da Comarca de Sobral em 11 de outubro de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 1879 a 1892).

62. Cf. certificado da Terceira Vara da Comarca de Sobral, de 9 de fevereiro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 1947); e declaração de Francisco das Chagas Melo prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 16 de fevereiro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 1949 a 1952).

63. Cf. declarações de Antônio Vitorino de Sousa Rufino, Maria Gorete Silva e Maria Claudenice Silva Porfírio prestadas à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 14 de março 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 1962 a 1966); declaração de Marcelo Messias Barros prestada à Segunda Vara Criminal da Comarca de Fortaleza em 13 de março de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 1980 a 1982); declaração de Idelson Pinto Batista prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 15 de maio de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 2094 a 2096); e declaração de João Arnóbio B. de Mesquita prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 21 de maio de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 2113 a 2116).

64. Cf. auto da Juíza Auxiliar da Sétima Zona Judicial, expedidos em 6 de junho de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 1986); termo de audiência realizada na Terceira Vara da Comarca de Sobral em 29 de novembro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 1993 e 1994); auto da Terceira Vara da Comarca de Sobral, expedido em 7 de março de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 2024); declaração de Albertina Viana Lopes prestada perante a Comarca Vinculada de Varjota em 10 de abril de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 2036 a 2038); e declarações de Irene Ximenes Lopes Miranda, José Vilson Barreto Araújo, Olinda Alexandre de Sousa, Ângela Maria Carvalho Parente e Maria Verônica Miranda Bezerra prestadas à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 12 de abril de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 2044 a 2056).

65. Cf. termo de audiência criminal da Comarca de Ipueiras, realizada em 24 de abril de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 2127); termo de audiência criminal da Comarca de Ipueiras realizada em 8 de maio de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 2132); e declaração de Antônio Airton Miranda prestada perante a Comarca de Ipueiras em 19 de junho de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 2143 a 2146).

66. Cf. auto da Terceira Vara da Comarca de Sobral, expedido em 9 de dezembro de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda,

*D.1) Aditamento da denúncia e situação atual do processo*

- 112.31. Em 25 de maio de 2000, promotores do Centro de Apoio Operacional dos Grupos Socialmente Discriminados da Procuradoria-Geral de Justiça enviaram ofício ao promotor do Ministério Público de Sobral responsável pela acusação criminal na causa referente à morte do senhor Damião Ximenes Lopes, em que declararam que “restou cabalmente demonstrado, consoante [se infere] dos depoimentos colhidos e das informações constantes dos relatórios [produzidos no caso do senhor Damião Ximenes Lopes, a] conduta criminosa [de] Francisco Ivo [de] Vasconcelos e [de] Marcelo Messias Barros[;] da enfermeira Maria Verônica Miranda Bezerra e [do] empregado José Eliezer Silva Procópio”, razão pela qual salientaram que o aditamento da denúncia penal para investigar a relação dessas pessoas com a morte do senhor Damião Ximenes Lopes constituía uma “imposição institucional e legal”.<sup>67</sup>
- 112.32. Em 12 de dezembro de 2000, a senhora Irene Ximenes Lopes Miranda solicitou ao Presidente da Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará que requeresse ao Juiz da Terceira Vara de Sobral o aditamento da denúncia contra as pessoas mencionadas no ofício dos promotores do Centro de Apoio Operacional dos Grupos Socialmente Discriminados da Procuradoria-Geral de Justiça.<sup>68</sup>
- 112.33. Em 22 de setembro de 2003, a promotora do Ministério Público apresentou suas alegações finais no processo penal pela morte do senhor Damião Ximenes Lopes, bem como a solicitação de aditamento da denúncia com relação a Francisco Ivo de Vasconcelos e Elias Gomes Coimbra, por haver incorrido na prática de maus-tratos seguidos de morte, conduta tipificada no artigo 136, parágrafo segundo, do Código Penal Brasileiro, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes.<sup>69</sup>
- 112.34. Em 17 de junho de 2004, o Juiz da Terceira Vara de Sobral, depois de salientar que os trabalhos na Comarca se encontravam atrasados em virtude do volume de serviço e de que ele próprio houvesse passado 90 dias afastado de suas funções (30 dias de férias em janeiro, mais 60 dias de licença médica entre fevereiro e abril de 2004), recebeu o aditamento da denúncia e determinou a citação dos novos réus, bem como sua intimação para que prestassem declaração. Sem prejuízo do acima exposto, o juiz reiterou a intimação à assistente do Ministério Público e os advogados de defesa para que “com a máxima urgência” apresentassem suas alegações finais.<sup>70</sup>
- 112.35. Em 30 de agosto de 2004, não foi possível realizar interrogatório dos novos acusados pela falta de notificação do advogado da assistente do Ministério Público e de alguns dos advogados de defesa, motivo por que o juiz da Terceira Vara da Comarca de Sobral, “em razão da celeridade que o caso requer”, fixou uma nova audiência para 9 de setembro de 2004.<sup>71</sup>
- 112.36. Em 22 de outubro de 2004, a defesa de Elias Gomes Coimbra sustentou sua inocência e ofereceu testemunhas para serem ouvidas em audiência. Nesse mesmo dia o senhor Francisco Ivo de Vasconcelos apresentou sua defesa prévia, sustentou a insuficiência fática e jurídica das alegações do Ministério Público, negou a autoria dos fatos que lhe eram imputados e ofereceu prova testemunhal.<sup>72</sup>
- 112.37. Em 3 e 16 de dezembro de 2004, prestaram declaração os senhores José Cláudio Aguiar, Maria Gorete Silva e Maria Verônica Miranda Bezerra.<sup>73</sup>

---

anexo I, tomo II, folha 2148).

67. Cf. ofício nº 56/2000, de promotores do Centro de Apoio Operacional dos Grupos Socialmente Discriminados, da Procuradoria-Geral de Justiça, enviado ao promotor do Ministério Público de Sobral em 25 de maio de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 1911 a 1925).

68. Cf. comunicação de Irene Ximenes Lopes Miranda enviada ao Presidente da Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará em 12 de dezembro de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 1908).

69. Cf. escrito de alegações finais do promotor do Ministério Público apresentado à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 22 de setembro de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 2166 a 2172); e escrito de aditamento da denúncia do Ministério Público apresentado à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 22 de setembro de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 2174 a 2178).

70. Cf. auto da Terceira Vara da Comarca de Sobral expedido em 17 de junho de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 2180); e mandado de citação dos acusados Francisco Ivo de Vasconcelos e Elias Gomes Coimbra, expedido pela Secretaria da Terceira Vara de Sobral em 25 de agosto de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 2189).

71. Cf. termo de audiência da Terceira Vara da Comarca de Sobral realizada em 30 de agosto de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 2235).

72. Cf. defesa prévia de Elias Gomes Coimbra apresentada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 22 de outubro de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 2277 e 2278); e defesa prévia de Francisco Ivo de Vasconcelos apresentada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 22 de outubro de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 2272 a 2275).

73. Cf. declarações de José Cláudio Aguiar e Maria Gorete Silva prestadas à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 3 de dezembro de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 2283 a 2288); e declaração de Maria Verônica Miranda Bezerra prestada à Terceira Vara

- 112.38. Após a abertura da audiência de 9 de setembro de 2004, marcada com a finalidade de ouvir os novos acusados, o Juiz da Terceira Vara da Comarca de Sobral salientou que “a complexidade dos fatos, o elevado número de acusados e, sobretudo, as sucessivas manifestações nos autos de entidades ligadas aos direitos humanos têm retardado a solução da controvérsia”. Salientou, ademais, que os “expedientes necessários à correta tramitação do processo não foram realizados como deveriam” e que a ausência de advogados para representar três dos acusados impedia que se efetuasse o interrogatório previsto, motivo por que designou o dia 19 de outubro de 2004 para sua realização e reiterou a intimação à assistente do Ministério Público na ação penal, bem como aos advogados de defesa dos acusados originais para que apresentassem alegações finais.<sup>74</sup>
- 112.39. Em seguida, na mesma audiência, a defesa de Sérgio Antunes Ferreira Gomes, acusado na denúncia original, solicitou a “suspensão [do requerimento] da apresentação das alegações finais”, argumentando que a produção de novas provas no processo, conseqüência necessária da inclusão de novos acusados, poderia beneficiar, ou então prejudicar, os acusados originais e que seu julgamento antes do final da etapa de instrução do processo contra os que foram posteriormente acusados, poderia acarretar uma contradição entre a primeira e a segunda sentenças a serem emitidas pela Comarca. Em razão dessa solicitação, o juiz determinou que, posteriormente à audiência fixada para 19 de outubro de 2004, os autos lhe fossem enviados, para que decidisse sobre o pedido.<sup>75</sup>
- 112.40. Em 19 de outubro de 2004, foi realizado o interrogatório dos acusados Francisco Ivo de Vasconcelos e Elias Gomes Coimbra.<sup>76</sup>
- 112.41. A audiência marcada para 26 de janeiro de 2005 para ouvir a testemunha Francisco das Chagas Melo não foi realizada por falta de intimação do acusado Carlos Alberto Rodrigues dos Santos e teve lugar em 2 de março de 2005.<sup>77</sup>
- 112.42. Em 14 de fevereiro de 2005, a Secretaria da Terceira Vara da Comarca de Sobral remeteu os autos conclusos ao juiz, para que decidisse sobre a solicitação de suspensão da apresentação das alegações finais. Desde essa data, a Comarca procedeu à realização das audiências para ouvir Francisco das Chagas Melo e Albertina Viana Lopes e para citar as testemunhas da parte acusada no aditamento da denúncia. O processo penal pela morte do senhor Damião Ximenes Lopes está à espera da emissão de um auto interlocutório que resolva a solicitação de suspensão da apresentação de alegações finais.<sup>78</sup>
- 112.43. O procedimento penal teve início em 27 de março de 2000 com a interposição da denúncia pelo Ministério Público e até a data da emissão desta Sentença ainda não foi proferida sentença em primeira instância.

*E) Ação civil de reparação de danos\**

- 112.44. Em 6 de julho de 2000, Albertina Viana Lopes promoveu ação de indenização perante a Quinta Vara Cível por danos morais contra a Casa de Repouso Guararapes, Sérgio Antunes Ferreira Gomes e Francisco Ivo de Vasconcelos, em decorrência da “dor, tristeza, sofrimento e humilhação que [...] passou e passará pelo resto de sua vida” pela morte de seu filho Damião Ximenes Lopes.<sup>79</sup>
- 112.45. Em 2 de outubro de 2000 os representantes da Casa de Repouso Guararapes e os demandados Sérgio Antunes Ferreira Gomes e Francisco Ivo de Vasconcelos contestaram a demanda de indenização contra eles

da Comarca de Sobral em 16 de dezembro de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 2296 a 2300).

74. Cf. termo de audiência da Terceira Vara da Comarca de Sobral, realizada em 9 de setembro de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 2254 e 2255).

75. Cf. termo de audiência da Terceira Vara da Comarca de Sobral, realizada em 9 de setembro de 2004, nota 74 *supra*.

76. Cf. declarações de Francisco Ivo de Vasconcelos e Elias Gomes Coimbra prestadas à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 19 de outubro de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folhas 2260 a 2268).

77. Cf. termo de audiência da Comarca de Ipueiras realizada em 26 de janeiro de 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 2326); e termo de audiência da Comarca de Ipueiras realizada em 2 de março de 2005 (expediente de mérito, tomo IV, folhas 701 a 710).

78. Cf. auto da Terceira Vara da Comarca de Sobral expedido em 14 de fevereiro de 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo II, folha 2327); termo de audiência da Comarca de Varjota, realizada em 5 de abril 2005 (expediente de mérito, tomo IV, folhas 712 e 713); e carta de intimação da Terceira Vara da Comarca de Sobral expedida em 17 de novembro de 2005 (expediente de mérito, tomo IV, folha 715).

79. Cf. escrito de Albertina Viana Lopes apresentado à Quinta Vara Cível em 6 de julho de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2329 a 2343).

\*Na versão em espanhol desta Sentença, entenda-se como ação civil de reparação de danos, “acción civil de resarcimiento”.

formulada pela senhora Albertina Viana Lopes.<sup>80</sup>

- 112.46. Em 17 de novembro de 2000, a senhora Albertina Viana Lopes apresentou a réplica à contestação da demanda da Casa de Repouso Guararapes e de Sérgio Antunes Ferreira Gomes e Francisco Ivo de Vasconcelos.<sup>81</sup>
- 112.47. Em 6 de dezembro de 2000, a Quinta Vara Cível marcou audiência de conciliação para 1º de março de 2001. Nessa data a Quinta Vara Cível, sem apresentar justificativa, transferiu a audiência para 15 de março de 2001, dia em que esta teve lugar, sem que houvesse ânimo conciliatório.<sup>82</sup>
- 112.48. Em 15 de agosto de 2003, a Quinta Vara Cível solicitou à Terceira Vara da Comarca de Sobral informação pormenorizada sobre a ação penal que tramitava nessa instância sobre a morte do senhor Damião Ximenes Lopes e a situação processual em que se encontrava. Em 19 de agosto de 2003, o juiz da Terceira Vara de Sobral informou que o processo se encontrava na fase do artigo 499 do Código de Processo Penal, ou seja, na apresentação de alegações finais pelas partes. Em 29 de agosto do mesmo ano, a Quinta Vara Cível resolveu suspender o processo civil pelo prazo máximo de um ano para esperar a resolução da ação penal.<sup>83</sup>
- 112.49. Em 15 de outubro de 2004, a Quinta Vara Cível solicitou à Terceira Vara da Comarca de Sobral que informasse se havia sido proferida sentença no caso do senhor Damião Ximenes Lopes e, se fosse o caso, que remetesse cópia da decisão. Em 21 de outubro de 2004, a Terceira Vara de Sobral informou que em 24 de setembro desse mesmo ano havia sido aditada a denúncia, nela incluindo Elias Gomes Coimbra e Francisco Ivo de Vasconcelos, a quem se havia interrogado em 19 de outubro de 2004, e que, com relação aos demais acusados, o processo se encontrava concluso para decisão com respeito ao pedido de um dos advogados de defesa sobre a suspensão do prazo para a apresentação de alegações finais<sup>84</sup> (par. 112.42 *supra*). À data da emissão da presente Sentença, não foi proferida sentença de primeira instância na ação civil de reparação de danos.

*F) Exumação do corpo do senhor Damião Ximenes Lopes*

- 112.50. Em 15 de março de 2001, a Quinta Vara Cível decidiu acolher o pedido da realização da prova pericial de exumação do cadáver do senhor Damião Ximenes Lopes, solicitado pelos representantes da Casa de Repouso Guararapes, e dispôs que o Diretor do Departamento Técnico de Perícia deveria nomear dois peritos para realizar a referida prova.<sup>85</sup>
- 112.51. Em 25 e 27 de março de 2001, o demandado Francisco Ivo de Vasconcelos e a senhora Albertina Viana Lopes apresentaram os quesitos a serem analisados na exumação do corpo do senhor Damião Ximenes Lopes.<sup>86</sup>
- 112.52. Em 26 de março de 2001, o representante da Casa de Repouso Guararapes desistiu do pedido de exumação. Em 19 de junho do mesmo ano, a senhora Albertina Viana Lopes manifestou-se a favor da realização da prova pericial, como condição para o esclarecimento da verdade. Em 20 de junho de 2001, a Quinta Vara Cível decidiu manter a realização da exumação.<sup>87</sup>

80. Cf. escrito dos representantes da Casa de Repouso Guararapes, apresentado à Quinta Vara Cível em 2 de outubro de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2403 a 2411); escrito de Sérgio Antunes Ferreira Gomes apresentado à Quinta Vara Cível em 2 de outubro de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2413 a 2422); e escrito de Francisco Ivo de Vasconcelos apresentado à Quinta Vara Cível em 2 de outubro de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2424 a 2429).

81. Cf. escrito de Albertina Viana Lopes apresentado à Quinta Vara Cível em 17 de novembro de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2446 a 2448).

82. Cf. auto da Quinta Vara Cível expedido em 6 de dezembro de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folha 2450); auto da Quinta Vara Cível expedido em 1º de março de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2463 e 2464); e termo de audiência da Quinta Vara Cível realizada em 15 de março de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2466 e 2467).

83. Cf. auto da Quinta Vara Cível expedidos em 15 de agosto de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folha 2576); ofício nº 521/03, da Terceira Vara da Comarca de Sobral, expedido em 19 de agosto de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folha 2580); e auto da Quinta Vara Cível expedido em 29 de agosto de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folha 2582).

84. Cf. auto da Quinta Vara Cível expedido em 15 de outubro de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folha 2633); e ofício nº 1545/04, da Terceira Vara da Comarca de Sobral, expedido em 21 de outubro de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folha 2636).

85. Cf. termo de audiência da Quinta Vara Cível realizada em 15 de março de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2466 e 2467).

86. Cf. escrito de Francisco Ivo de Vasconcelos apresentado à Quinta Vara Cível em 25 de março de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2468 e 2469); e escrito de Albertina Viana Lopes apresentado à Quinta Vara Cível em 27 de março de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2470 e 2471).

87. Cf. escrito de Francisco Ivo de Vasconcelos apresentado à Quinta Vara Cível em 26 de março de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2473 e 2474); escrito de Albertina Viana Lopes apresentado à Quinta Vara Cível em 19 de junho de 2001

- 112.53. Em 24 de setembro de 2001, a Quinta Vara Cível solicitou pela segunda vez ao Diretor do Departamento Técnico de Perícia do Instituto Médico Legal, que nomeasse dois peritos para a realização da exumação. Essa solicitação foi reiterada em 30 de outubro de 2001.<sup>88</sup>
- 112.54. Em 21 de fevereiro de 2002, a Direção Técnico-Científica do Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto marcou para o dia 6 de abril de 2002 às 8h a realização da exumação do corpo do senhor Damião Ximenes Lopes e designou dois peritos para essa finalidade. Em 6 de abril de 2002, foi realizada a perícia, que concluiu que o caso do senhor Damião Ximenes Lopes tratou-se de morte real “de causa indeterminada” (par. 112.16 *supra*).<sup>89</sup>
- G) Casa de Repouso Guararapes*
- 112.55. A Casa de Repouso Guararapes, hospital privado de saúde, de propriedade de Sérgio Antunes Ferreira Gomes, a qual foi contratada pelo Estado para prestar serviços de atendimento psiquiátrico, sob a direção do Sistema Único de Saúde e atuava como unidade pública de saúde em nome e por conta do Estado. No mês de outubro de 1999, cerca de 54 leitos de internação do hospital achavam-se vinculados ao SUS e as pessoas que os ocupavam eram pacientes do sistema público de saúde. Era a única instituição de internação ou de serviços ambulatoriais ou abertos, seja de caráter público ou privado, para pessoas portadoras de deficiência mental de toda a região de Sobral, cidade localizada a 200 Km de Fortaleza, capital do Estado do Ceará.<sup>90</sup>
- 112.56. Na Casa de Repouso Guararapes havia um contexto de violência, agressões e maus-tratos, em que diversos internos freqüentemente apresentavam lesões nos membros superiores e inferiores, causadas pelos empregados do hospital; os auxiliares de enfermagem e vigilância utilizavam pacientes para conter outros; aplicavam a “gravata” (manobra que implica possibilidade de asfixia) em alguns pacientes, os quais pensavam que essa prática “era a lei” ou que era “para manter a ordem”; determinavam a contenção física de forma indiscriminada, independentemente de este procedimento ter ou não sido indicado pelo médico responsável, e incentivavam enfrentamentos físicos entre os pacientes.<sup>91</sup>
- 112.57. As condições de confinamento na Casa de Repouso Guararapes eram desumanas e degradantes, a atenção médica aos pacientes era freqüentemente prestada na recepção, inclusive em presença de visitantes, já que por muito tempo o hospital não dispôs de um consultório médico, e freqüentemente faltava a medicação adequada aos pacientes. O hospital não oferecia as condições necessárias e era incompatível com o exercício ético-profissional da medicina.<sup>92</sup>
- 112.58. No contexto de violência contra os pacientes, e anteriormente à morte do senhor Damião Ximenes Lopes, ocorreram na Casa de Repouso Guararapes pelo menos duas mortes em circunstâncias violentas, que teriam incluído golpes na cabeça com objetos contundentes e em que os pacientes ingressavam na Casa

---

(expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2500 e 2501); e auto da Quinta Vara Cível expedido em 20 de junho de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2502 e 2503).

88. Cf. auto da Quinta Vara Cível expedido em 11 de setembro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2512 e 2513); ofício nº 372/2001 da Quinta Vara Cível, expedido em 24 de setembro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folha 2514); e ofício nº 468-M/2001, da Quinta Vara Cível, expedido em 30 de outubro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folha 2522).

89. Cf. ofício nº 170/200-CPD-02, da Direção Técnico-Científica do Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto, expedido em 21 de fevereiro de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folha 2525); ofício nº 795/2002 da Delegacia Regional de Sobral expedido em 2 de maio de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2548 e 2549); e laudo do exame cadavérico (exumação) realizado pelo Instituto Médico Legal Dr. Walter Porto no cadáver do senhor Damião Ximenes Lopes em 6 de abril de 2002, nota 48 *supra*.

90. Cf. Portaria nº 026 expedida pela Secretaria de Saúde e Assistência Social do Município de Sobral em 2 de março de 2000 (expediente de anexos à demanda, anexo 2, folhas 76 a 81); Portaria nº 113 expedida pela Secretaria de Saúde e Assistência Social do Município de Sobral em 10 de julho de 2000 (expediente de anexos à demanda, anexo 3, folhas 82 e 83); declaração de Francisco Ivo de Vasconcelos prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 16 de agosto de 2000 (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folhas 84 a 89); e escrito de Sérgio Antunes Ferreira Gomes apresentado à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 26 de março de 2001 (expediente de anexos à demanda, anexo 7, folhas 95 e 96).

91. Cf. relatório do Grupo de Acompanhamento e Avaliação da Assistência Psiquiátrica Hospitalar, emitido em 5 de novembro de 1999 (expediente de anexos à demanda, anexo 18, folhas 118 a 146); relatório de sindicância elaborado a pedido da Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social emitido em 18 de fevereiro de 2000, nota 43 *supra*; declaração de Francisco das Chagas Melo prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 16 de fevereiro de 2001, nota 62 *supra*; declaração de Carlos Alberto Rodrigues dos Santos prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 24 de abril de 2000 (expediente de anexos à demanda, anexo 12, folhas 108 a 110); e registro do livro de ocorrências diárias da Casa de Repouso Guararapes de 29 de dezembro de 1999 (expediente de anexos à demanda, anexo 13, folha 111).

92. Cf. relatório do Grupo de Acompanhamento e Avaliação da Assistência Psiquiátrica Hospitalar emitido em 5 de novembro de 1999, nota 91 *supra*; relatório de sindicância elaborado a pedido da Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social, emitido em 18 de fevereiro de 2000, nota 43 *supra*; e declaração de Francisco Ivo de Vasconcelos prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 16 de agosto de 2000, nota 90 *supra*.

de Repouso em boas condições físicas e faleciam durante o período de internação.<sup>93</sup> A senhora Raimunda Ferreira de Sousa morreu na Casa de Repouso Guararapes em outubro de 1987 e o senhor Gerardo Alves da Silva também ali faleceu em fevereiro de 1991.

112.59. As denúncias sobre maus-tratos e delitos praticados contra os pacientes, tais como uma acusação de estupro e outra de que um auxiliar de enfermagem teria quebrado o braço de um paciente, não eram investigadas pela direção da Casa de Repouso Guararapes, cujo diretor presidente, o senhor Sérgio Antunes Ferreira Gomes, não visitava a instituição nem mantinha contato algum com o pessoal médico ou de enfermagem e tampouco com os familiares dos pacientes internados.<sup>94</sup>

*H) Intervenção na Casa de Repouso Guararapes*

112.60. Em 13 de outubro de 1999, a senhora Albertina Viana Lopes apresentou denúncia à Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social contra a Casa de Repouso Guararapes, em que relatou as circunstâncias que cercaram a morte de seu filho, Damião Ximenes Lopes, ocorrida em 4 de outubro de 1999.<sup>95</sup>

112.61. Em 18 de outubro de 1999, a Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social, por ordem do Secretário Municipal de Saúde e Assistência Social do Município de Sobral, expediu a Portaria\* nº 001/CCAA, mediante a qual resolveu instituir uma Comissão de Sindicância\*\* para investigar os fatos denunciados pela senhora Albertina Viana Lopes. Em 18 de fevereiro de 2000, a Comissão de Sindicância, depois de realizar duas visitas de supervisão à Casa de Repouso Guararapes, ouvir dezenove pessoas e analisar diferentes documentos, apresentou seu relatório final, em que concluiu que a Casa de Repouso Guararapes “não oferec[ia] as condições exigíveis [e era] incompatível com o exercício ético-profissional da medicina”<sup>96</sup>.

112.62. A última inspeção realizada na Casa de Repouso Guararapes havia sido em 15 de maio de 1996, pelo Grupo de Acompanhamento de Assistência Psiquiátrica do Ministério da Saúde (GAP), na qual se havia recomendado o fechamento de duas enfermarias que funcionavam no local conhecido como “porão”, pela falta de condições de funcionamento, infiltração e outras irregularidades. A inspeção também constatou a existência de um número de pessoas superior ao número de camas hospitalares, o que comprovou a existência dos chamados “leitos-chão”, situação em que os pacientes dormiam no piso.<sup>97</sup>

112.63. Em 21 de outubro de 1999, o Departamento de Vigilância Sanitária da Secretaria de Saúde e Assistência Social realizou uma inspeção na Casa de Repouso Guararapes, em que concluiu que:

do ponto de vista da vigilância sanitária[...] o conjunto das ações e serviços referentes à Casa de Repouso Guararapes, encontram-se fora das normas de identidade e qualidade aceitáveis[. Ademais,] pode-se afirmar que:

- a unidade hospitalar não oferece a seus empregados aparelhos de proteção individual; [...]
- os empregados não são vacinados contra tétano nem contra hepatite B;

93. Cf. declaração de Maria Expedita Sousa Lira prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 15 de fevereiro de 2000, nota 55 *supra*; e declaração de Maria Gorete Silva prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 15 de fevereiro de 2000, nota 55 *supra*.

94. Cf. relatório de sindicância elaborado a pedido da Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social, emitido em 18 de fevereiro de 2000, nota 43 *supra*; relatório do Grupo de Acompanhamento e Avaliação da Assistência Psiquiátrica Hospitalar, emitido em 5 de novembro de 1999, nota 91 *supra*; declaração de Francisco das Chagas Melo prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 16 de fevereiro de 2001, nota 62 *supra*; declaração de Carlos Alberto Rodrigues dos Santos prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 24 de abril de 2000, nota 41 *supra*; registro do livro de ocorrências diárias da Casa de Repouso Guararapes, de 29 de dezembro de 1999, nota 91 *supra*; e declaração de Francisco Ivo de Vasconcelos prestada à Terceira Vara da Comarca de Sobral em 16 de agosto de 2000, nota 90 *supra*.

95. Cf. relatório de sindicância, elaborado a pedido da Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social, emitido em 18 de fevereiro de 2000, nota 43 *supra*; e denúncia de Albertina Viana Lopes apresentada à Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social em 13 de outubro de 1999, nota 49 *supra*.

96. Cf. Portaria nº 001/CCAA, expedida pela Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria em 18 de outubro de 1999 (anexos da contestação à demanda, anexo 1, tomo I, folha 1548); e relatório de sindicância elaborado a pedido da Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social emitido em 18 de fevereiro de 2000, nota 43 *supra*.

97. Cf. relatório do Grupo de Acompanhamento e Avaliação da Assistência Psiquiátrica Hospitalar emitido em 5 de novembro de 1999, nota 91 *supra*; e declaração de Lídia Dias Costa, prestada em 31 de julho de 2003 (expediente de anexos às solicitações, argumentos e provas, anexo 1, folhas 897 a 903).

\*Na versão em espanhol desta Sentença entenda-se como Portaria, decisión administrativa.

\*\*Na versão em espanhol desta Sentença entenda-se como Comissão de Sindicância, Comisión de Investigación Administrativa.



- nas áreas livres de convivência os pacientes não têm atividades de lazer;
- o isolamento dos pacientes é realizado em lugar não adequado, sem estrutura [nem] higienização;
- o armazenamento de alimentos é inadequado provocando [sua] putrefação;
- o uso do freezer é inadequado;
- as mesas do refeitório são cobertas com plásticos fixos com pregos e de difícil higienização;
- o quadro de distribuição de energia encontra-se danificado podendo provocar acidentes;
- as condições higiênicas do hospital são precárias (teto, paredes e piso necessitando de limpeza); [ , e]
- as condições sanitárias são precárias (banheiros [se encontram] danificados [e] sem chuveiros, sem lavatórios, sem lixeira, e o aparelho sanitário [se encontra] sem cobertura [nem] higienização).

[Por conseguinte,] os resultados encontrados evidenciam a necessidade de manutenção e de [a adoção de] diferentes ações voltadas para a promoção da saúde e qualidade de vida [...] na Casa de Repouso Guararapes.<sup>98</sup>

112.64. Em 4 de novembro de 1999, a Secretaria de Saúde e Assistência Social dirigiu ofício à Direção Administrativa da Casa de Repouso Guararapes, em que se referiu a uma visita realizada pela Coordenação de Controle, Avaliação e Auditoria e pelo médico do Sistema Municipal de Auditoria, em que haviam sido ressaltadas as seguintes irregularidades na Casa de Repouso Guararapes:

- a) ausência de médico plantonista;
- b) não há oxigênio, “aspirador de secreção”, vaporizador e outros instrumentos médicos, na sala de emergência;
- c) não existe sala de recuperação nem “carro de curativo”;
- d) os lugares destinados aos aparelhos mencionados nos itens b e c se encontram em precário estado de higiene; e
- e) não constam dos prontuários médicos a evolução ou os relatórios circunstanciados de acompanhamento a serem preparados pelos profissionais de assistência social, psicologia, terapia ocupacional e enfermagem (nível superior), “os quais são de fundamental importância aos cuidados de saúde mental”.

Em virtude dessas constatações, a Secretaria de Saúde e Assistência Social concedeu à Casa de Repouso Guararapes um prazo de 15 dias para que as irregularidades fossem corrigidas e informou que, caso persistissem, seria suspensa em caráter definitivo a emissão de autorizações de internação hospitalar.<sup>99</sup>

112.65. Em 5 de novembro de 1999, órgãos da Secretaria de Saúde e Assistência Social realizaram uma inspeção conjunta na Casa de Repouso Guararapes, mediante a qual concluíram que:

- a) desprende-se das entrevistas realizadas com pacientes que existem maus-tratos, especialmente contra pacientes do sexo masculino, e que esse trato começa quando os pacientes são levados à Casa de Repouso Guararapes por policiais;
- b) causa estranheza que a Coordenação de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social não haja desativado a Unidade Ulisses Pernambucano. Essa Unidade já havia sido denunciada em relatório anterior, datado de 15 de maio de 1996;
- c) as unidades Alice Ferreira Gomes e Ulisses Pernambucano devem ser desativadas; e
- d) é evidente a falta de administração da Casa de Repouso Guararapes. As pessoas que na prática assumem essa função não têm poder decisório e o proprietário não se encontra presente de maneira assídua.

A inspeção concluiu que a Casa de Repouso Guararapes não apresentava condições de funcionamento e sugeriu a intervenção por parte do Município de Sobral, em conjunto com a Secretaria de Saúde e Assistência Social, e mudanças na administração, ou então que fosse cassada sua autorização para prestar serviços no âmbito do Sistema Único de Saúde. A respeito da

98. Cf. inspeção da Vigilância Sanitária da Secretaria de Saúde e Assistência Social realizada na Casa de Repouso Guararapes em 21 de outubro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1551 a 1553).

99. Cf. ofício nº 1024/99, da Secretaria de Saúde e Assistência Social, dirigido à Direção Administrativa da Casa de Repouso Guararapes em 4 de novembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folha 1549).

morte do senhor Damião Ximenes Lopes, concluiu que se evidenciaram no caso uma assistência médica precária e maus-tratos.<sup>100</sup>

- 112.66. Em 29 de fevereiro de 2000, o Conselho Municipal de Saúde, com base nas conclusões do relatório da Comissão de Sindicância, determinou, mediante a Resolução/CMSS nº 001/2000, a intervenção na Casa de Repouso Guararapes por parte de um órgão municipal de saúde. Em 2 de março de 2000, o Secretário Municipal de Saúde e Assistência Social resolveu instituir uma junta interventora na Casa de Repouso Guararapes, pelo prazo de noventa dias, o qual foi prorrogado por mais trinta dias, com a finalidade de organizá-la técnica e administrativamente, controlando os recursos transferidos para o referido hospital pelo Sistema Único de Saúde.<sup>101</sup>
- 112.67. Ao cabo de uma intervenção de cento e vinte dias, em 10 de julho de 2000, a Secretaria de Saúde e Assistência Social, mediante a Portaria nº 113, decidiu “descredenciar a Casa de Repouso Guararapes como instituição contratada para prestar serviços ao [Sistema Único de Saúde] na área de assistência hospitalar em psiquiatria”.<sup>102</sup>

#### I) Pensões

- 112.68. O senhor Damião Ximenes Lopes recebia do Instituto Nacional do Seguro Social uma pensão do Estado por incapacidade. Em consequência de sua morte, e em conformidade com o artigo 3º da Lei nº 8.212, legislação geral aplicável a todo o território nacional, que dispõe que “[a] previdência social tem por fim assegurar aos seus beneficiários meios indispensáveis de manutenção, por motivo de incapacidade [...] e reclusão ou morte daqueles de quem dependiam economicamente”, a senhora Albertina Viana Lopes passou a receber um benefício social a título de pensão por morte, por ser ela a única dependente econômica do senhor Damião Ximenes Lopes. A pensão do Instituto Nacional do Seguro Social de que se tornou beneficiária a senhora Albertina Viana Lopes alcança, na data desta sentença, a soma de R\$350,00 (trezentos e cinquenta reais).<sup>103</sup> Esta pensão é concedida independentemente da causa e circunstâncias da morte.
- 112.69. Em 16 de junho de 2004, por decisão unilateral de sua Assembléia Legislativa, o Estado do Ceará aprovou a Lei nº 13.491, que concedeu “em favor da [s]enhora Albertina Viana Lopes, genitora do [s]enhor Damião Ximenes Lopes, falecido na Casa de Repouso Guararapes, na cidade de Sobral, Estado do Ceará, em 4 de outubro de 1999”, uma pensão mensal e vitalícia, que corresponde ao salário mínimo do Estado do Ceará, reajustável pelo índice de revisão geral anual aplicado aos servidores públicos estaduais, que para o mês de maio de 2006 alcançava a soma de R\$323,40 (trezentos e vinte e três reais e quarenta centavos).<sup>104</sup>

#### J) Os familiares do senhor Damião Ximenes Lopes

- 112.70. As senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, mãe e irmã, respectivamente, do senhor Damião Ximenes Lopes, sofreram seqüelas físicas e psicológicas em consequência da morte da suposta vítima. A senhora Albertina Viana Lopes sofreu depressões e problemas de saúde, tais como uma gastrite nervosa e uma úlcera duodenal. A senhora Irene Ximenes Lopes Miranda sofreu depressão por mais de três anos. Após a morte de seu irmão deixou de amamentar sua filha recém-nascida. Deixou de trabalhar e não concluiu seu contrato de trabalho que se encerrava em 31 de dezembro de 2004. Na busca por justiça que empreendeu junto aos órgãos judiciais e de direitos humanos, em virtude dos fatos deste caso, sofreu e reviveu de maneira constante as circunstâncias da morte do senhor Damião Ximenes Lopes e teve de separar-se de sua família por longos períodos.<sup>105</sup>

100. Cf. auditoria conjunta da Secretaria de Saúde e Assistência Social realizada na Casa de Repouso Guararapes em 5 de novembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1625 a 1637).

101. Cf. Portaria nº 026 do Secretário de Saúde e Assistência Social, expedida em 2 de março de 2000, nota 90 *supra*; e ofício nº 232/2000/SSAS, do Secretário de Saúde e Assistência Social, dirigido ao representante do Ministério Público no processo penal pela morte do senhor Damião Ximenes Lopes em 3 de março de 2000 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo I, tomo I, folhas 1419 e 1420).

102. Cf. Portaria nº 113 expedida pela Secretaria de Saúde e Assistência Social do Município de Sobral em 10 de julho de 2000, nota 90 *supra*.

103. Cf. carta de concessão de benefício do Instituto Nacional de Previdência Social a Albertina Viana Lopes, de 21 de novembro de 1999 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo II, folhas 2348 e 2349).

104. Cf. Lei nº 13.491, de 16 de junho de 2004 (expediente do procedimento perante a Comissão, tomo I, folha 359); e extratos de pagamento da pensão vitalícia de Albertina Viana Lopes, emitidos pelo Estado do Ceará – impressos da Internet – em 21 de junho de 2006 (expediente de prova para melhor resolver, folhas 3706 a 3721). No “extrato de pagamento” mais atualizado que apresentou o Estado, referente a maio de 2006, consta que o valor da pensão é de R\$323,40 (trezentos e vinte e três reais e quarenta centavos) e que o valor total a receber alcança a soma de R\$416,00 (quatrocentos e dezesseis reais), porquanto inclui um “complemento remuneratório” de R\$92,60 (noventa e dois reais e sessenta centavos).

105. Cf. depoimento de Irene Ximenes Lopes Miranda prestado na audiência pública realizada na Corte Interamericana em 30 de novembro de

112.71. Os senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, pai e irmão, respectivamente, do senhor Damião Ximenes Lopes, sofreram em consequência da morte da suposta vítima. O senhor Francisco Leopoldino Lopes mantinha laços familiares com o filho Damião Ximenes Lopes e sofreu com seu falecimento. O senhor Cosme Ximenes Lopes, irmão gêmeo da suposta vítima, que também esteve internado em instituições psiquiátricas, mantinha um vínculo afetivo e uma relação de identificação com o senhor Damião Ximenes Lopes. Ao receber a notícia da morte do irmão, entrou em estado de choque; posteriormente, sofreu depressão e deixou de trabalhar por algum tempo.<sup>106</sup>

**VIII**  
**Violação dos Artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana,**  
**em relação com o Artigo 1.1 do mesmo tratado**  
*(Direito à vida, à integridade pessoal e Obrigação de respeitar os direitos)*

*Alegações da Comissão*

113. A Comissão alegou, *inter alia*, o seguinte:

- a) Com relação à violação do direito à vida:
  - i. o Estado não cumpriu sua obrigação de proteger e preservar a vida do senhor Damião Ximenes Lopes. Esta violação pode ser percebida não somente porque seus agentes causaram sua morte, mas porque o Estado não exerceu devidamente a fiscalização da Casa de Repouso Guararapes; e
  - ii. a falta de investigação séria e punição dos responsáveis pela morte de Ximenes Lopes constitui uma violação por parte do Estado de sua obrigação de garantir o direito à vida.
- b) Com relação à violação do direito à integridade pessoal:
  - i. as condições de hospitalização na Casa de Repouso Guararapes eram *per se* incompatíveis com o respeito à dignidade da pessoa humana; pelo simples fato de haver sido internado nessa instituição como paciente do SUS, o senhor Damião Ximenes Lopes foi submetido a tratamento desumano ou degradante; e
  - ii. a contenção física aplicada ao senhor Damião Ximenes Lopes não levou em conta as normas internacionais sobre a matéria. A suposta vítima não foi mantida em condições dignas, nem sob o cuidado e a supervisão imediata e regular de pessoal qualificado em saúde mental.
- c) Com relação ao reconhecimento de responsabilidade internacional, está de acordo com o reconhecimento declarado pelo Estado, não há controvérsia a respeito dos fatos que antecederam a morte do senhor Damião Ximenes Lopes, os quais são descritos na demanda.

*Alegações dos representantes*

114. Os representantes salientaram, *inter alia*, o seguinte:

- a) Com relação à violação do direito à vida:
  - i. o Estado falhou em sua obrigação de preservar e proteger a vida do senhor Damião Ximenes Lopes, já que não adotou medidas de prevenção para impedir sua morte, não fiscalizou nem monitorou o funcionamento da Casa de Repouso Guararapes; e
  - ii. a falta de investigação séria e efetiva e de sanção dos responsáveis pela morte da suposta vítima constitui violação do Estado de sua obrigação de garantir o direito à vida.
- b) Com relação à violação do direito à integridade pessoal, o senhor Damião Ximenes Lopes foi submetido a tratamentos cruéis, desumanos e degradantes na Casa de Repouso Guararapes. As agressões foram perpetradas pelos indivíduos que detinham a custódia do senhor Damião Ximenes Lopes e que deviam dele cuidar e resguardar sua saúde e sua integridade pessoal. As condições de internação e os cuidados oferecidos por esse hospital autorizado pelo Sistema Único de Saúde eram,

2005, nota 38 *supra*; denúncia de Albertina Viana Lopes apresentada à Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social em 13 de outubro de 1999, nota 49 *supra*; relatório da psiquiatra Lídia Dias Costa apresentado a pedido de Irene Ximenes Lopes Miranda em 14 de dezembro de 2002, nota 38 *supra*; e relatório de sindicância elaborado a pedido da Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social, emitido em 18 de fevereiro de 2000, nota 38 *supra*.

106. *Cf.* depoimento de Irene Ximenes Lopes Miranda prestado na audiência pública realizada na Corte Interamericana em 30 de novembro de 2005, nota 38 *supra*; e relatório da psiquiatra Lídia Dias Costa apresentado a pedido de Irene Ximenes Lopes Miranda, em 14 de dezembro de 2002, nota 38 *supra*.

*per se*, atentatórios ao direito à integridade pessoal.

- c) Com relação ao reconhecimento de responsabilidade internacional, o Estado violou quatro de seus deveres com relação aos pacientes da Casa de Repouso Guararapes: a) prevenir danos não naturais; b) investigar e se manter informado sobre as condições do hospital; c) de monitorar e controlar os funcionários; e d) não causar, de forma negligente ou intencional, a morte de pacientes que se encontrassem sob sua custódia.

#### *Alegações do Estado*

115. O Estado manifestou, *inter alia*, que reconhece sua responsabilidade internacional pela violação dos artigos 4 e 5 da Convenção Americana, em demonstração de seu compromisso com a proteção dos direitos humanos.

#### *Considerações da Corte*

116. O artigo 1.1 da Convenção Americana estabelece que:

Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

117. O parágrafo 1 do artigo 4 da Convenção dispõe que:

[t]oda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

118. O artigo 5 da Convenção Americana estabelece que:

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano.

[...]

119. A Corte reitera que o reconhecimento de responsabilidade efetuado pelo Estado pela violação dos artigos 4 e 5 da Convenção, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes, constitui uma contribuição positiva para o desenvolvimento desse processo e reveste fundamental importância para a vigência dos princípios que inspiram a Convenção Americana<sup>107</sup> no Estado.

120. O Tribunal tem por estabelecido que na Casa de Repouso Guararapes existia um contexto de violência contra as pessoas ali internadas, que estavam sob a ameaça constante de serem agredidas diretamente pelos funcionários do hospital ou de que estes não impedissem as agressões entre os pacientes, uma vez que era freqüente que os funcionários não fossem capacitados para trabalhar com pessoas portadoras de deficiência mental. Os doentes se encontravam sujeitos a violência também quando seu estado de saúde se tornava crítico, já que a contenção física e o controle de pacientes que entravam em crise eram muitas vezes realizados com a ajuda de outros pacientes. A violência, no entanto, não era o único obstáculo para a recuperação dos pacientes da Casa de Repouso Guararapes, mas também as precárias condições de manutenção, conservação e higiene, bem como da assistência médica, igualmente constituíam uma afronta à dignidade das pessoas ali internadas. Na Casa de Repouso Guararapes o armazenamento dos alimentos era inadequado; as condições higiênicas e sanitárias eram precárias, os banheiros se achavam danificados, sem chuveiro, lavatório ou cesta de lixo, e o serviço sanitário se encontrava sem cobertura nem higiene; não havia médico de plantão, o atendimento médico aos pacientes era freqüentemente prestado na recepção do hospital e algumas vezes não havia medicação; faltavam aparelhos essenciais na sala de emergência, tais como tubos de oxigênio, “aspirador de secreção” e vaporizador; os prontuários médicos não registravam a evolução dos pacientes nem os relatórios circunstanciados de acompanhamento que deviam apresentar os profissionais de assistência social, psicologia, terapia ocupacional e enfermagem; o proprietário do hospital não se encontrava presente de maneira assídua, motivo por que era evidente a falta de administração. Em resumo, e conforme salientou a Comissão de Sindicância instaurada posteriormente à morte do senhor

107. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 55; *Caso Blanco Romero*, nota 20 *supra*, par. 100; e *Caso García Asto e Ramírez Rojas*, nota 20 *supra*, par. 60.

Damião Ximenes Lopes, a Casa de Repouso Guararapes “não oferec[ia] as condições exigíveis e [era] incompatível com o exercício ético-profissional da medicina” (par. 112.56, 112.57, 112.61, 112.63, 112.64 e 112.65 *supra*).

121. A Corte considerou provado que no momento da visita de Albertina Viana Lopes à Casa de Repouso Guararapes, em 4 de outubro de 1999, o senhor Damião Ximenes Lopes se encontrava sangrando, apresentava hematomas, tinha a roupa rasgada, estava sujo e cheirando a excremento, com as mãos amarradas para trás, com dificuldade para respirar, agonizante, gritando e pedindo socorro à polícia. Posteriormente a esse encontro, deram-lhe um banho ao senhor Damião Ximenes Lopes e este, ainda com as mãos atadas, caiu da cama. A suposta vítima permaneceu no solo, foi medicada e posteriormente faleceu, sem a presença ou supervisão de médico algum. A necropsia realizada ressaltou que o corpo apresentava escoriações localizadas na região nasal, ombro direito, parte anterior dos joelhos e do pé esquerdo, equimoses localizadas na região do olho esquerdo, ombro homolateral e punhos, motivo por que esta Corte considerou provado que a morte se deu em circunstâncias violentas (par. 112.9, 112.10, 112.11 e 112.14 *supra*).
122. No reconhecimento parcial de responsabilidade internacional, o Estado reconheceu os fatos da demanda relacionados com o falecimento do senhor Damião Ximenes Lopes e a falta de prevenção para superar as condições que permitiram que tal incidente ocorresse, bem como a precariedade do sistema de assistência mental a que a suposta vítima foi submetida, no momento dos fatos, o que constituiu uma violação do artigo 4 da Convenção. O Estado, ademais, reconheceu os maus-tratos de que o senhor Ximenes Lopes foi vítima antes de sua morte, em violação do artigo 5 da Convenção (par. 36, 63 e 66 *supra*).
123. Não obstante, a Corte considera pertinente analisar certos aspectos relativos à violação dos direitos consagrados nos artigos 4 e 5 da Convenção neste caso, já que esta é a primeira vez que o Tribunal tem a oportunidade de se pronunciar sobre a violação dos direitos de uma pessoa portadora de deficiência mental. A Corte analisará o tema sob duas perspectivas: A) os direitos das pessoas portadoras de deficiência mental; e B) os deveres do Estado com relação a essas pessoas.

A) *Os direitos das pessoas portadoras de deficiência mental*

1. *O direito à vida e à integridade pessoal*

124. Esta Corte reiteradamente afirmou que o direito à vida é um direito humano fundamental, cujo gozo constitui um pré-requisito para o desfrute de todos os demais direitos humanos. Em razão do caráter fundamental do direito à vida, não são admissíveis enfoques restritivos a tal direito.<sup>108</sup>
125. Em virtude deste papel fundamental que se atribui ao direito à vida na Convenção, a Corte tem afirmados em sua jurisprudência constante que os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições necessárias para que não se produzam violações a esse direito inalienável e, em particular, o dever de impedir que seus agentes atentem contra ele.<sup>109</sup> O artigo 4 da Convenção garante em essência não somente o direito de todo ser humano de não ser privado da vida arbitrariamente, mas também o dever dos Estados de adotar as medidas necessárias para criar um marco normativo adequado que dissuada qualquer ameaça ao direito à vida; estabelecer um sistema de justiça efetivo, capaz de investigar, castigar e reparar toda privação da vida por parte de agentes estatais ou particulares; e salvaguardar o direito de que não se impeça o acesso a condições que assegurem uma vida digna, o que inclui a adoção de medidas positivas para prevenir a violação desse direito.<sup>110</sup>

108. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 82 e 83; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa*, nota 4 *supra*, par. 150, 151 e 152; *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, nota 25 *supra*, par. 119 e 120; *Caso do Massacre de Mampirán*, nota 21 *supra*, par. 232; *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa*, nota 30 *supra*, par. 161 e 162; *Caso Huilca Tecse*. Sentença de 3 de março de 2005. Série C, nº 121, par. 65 e 66; *Caso “Instituto de Reeducação do Menor”*. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C, nº 112, par. 156 e 158; *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C, nº 110, par. 128 e 129; *Caso 19 Comerciantes*. Sentença de 5 de julho de 2004. Série C, nº 109, par. 153; *Caso Myrna Mack Chang*. Sentença de 25 de novembro de 2003. Série C, nº 101, par. 152 e 153; *Caso Juan Humberto Sánchez*, nota 30 *supra*, par. 110; e *Caso dos “Meninos de Rua” (Villagrán Morales e outros)*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C, nº 63, par. 144.

109. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 83; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa*, nota 4 *supra*, par. 151; *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, nota 25 *supra*, par. 120; *Caso Huilca Tecse*, nota 108 *supra*, par. 65; *Caso “Instituto de Reeducação do Menor”*, nota 108 *supra*, par. 156; *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*, nota 108 *supra*, par. 128; *Caso 19 Comerciantes*, nota 108 *supra*, par. 153; *Caso Myrna Mack Chang*, nota 108 *supra*, par. 152; *Caso Juan Humberto Sánchez*, nota 30 *supra*, par. 110; e *Caso dos “Meninos de Rua” (Villagrán Morales e outros)*, nota 108 *supra*, par. 144.

110. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 85; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaxa*, nota 4 *supra*, par. 153; *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, nota 25 *supra*, par. 120; *Caso do Massacre de Mampirán*, nota 21 *supra*, par. 232; *Caso Comunidade Indígena Yakye Axa*, nota 30 *supra*, par. 162; *Caso Huilca Tecse*, nota 108 *supra*, par. 66; *Caso “Instituto de Reeducação do Menor”*, nota 108 *supra*, par. 158; *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*, nota 108 *supra*, par. 129; *Caso 19 Comerciantes*, nota 108 *supra*, par. 153; *Caso Myrna Mack Chang*, nota 108 *supra*, par. 153; *Caso Juan Humberto Sánchez*, nota 30 *supra*, par. 110; e *Caso dos “Meninos de Rua” (Villagrán Morales e outros)*, nota 108 *supra*, par. 144.

126. A Convenção Americana, por sua vez, reconhece expressamente o direito à integridade pessoal, bem jurídico cuja proteção encerra a finalidade principal da proibição imperativa da tortura e penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Este Tribunal considerou de maneira constante em sua jurisprudência que essa proibição pertence hoje ao domínio do *jus cogens*.<sup>111</sup> O direito à integridade pessoal não pode ser suspenso em circunstância alguma.<sup>112</sup>
127. A Corte já estabeleceu que “[a] infração do direito à integridade física e psíquica das pessoas é uma espécie de violação que apresenta diversas conotações de grau e que abrange desde a tortura até outro tipo de vexames ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes cujas seqüelas físicas e psíquicas variam de intensidade segundo os fatores endógenos e exógenos que deverão ser demonstrados em cada situação concreta”,<sup>113</sup> ou seja, as características pessoais de uma presunta vítima de tortura ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes devem ser levadas em conta no momento de determinar se a integridade pessoal foi violada, já que essas características podem mudar a percepção da realidade do indivíduo e, por conseguinte, aumentar o sofrimento e o sentido de humilhação quando são submetidas a certos tratamentos.
2. *O direito ao respeito à dignidade e à autonomia das pessoas portadoras de deficiência mental e a um atendimento médico eficaz*
128. Os Estados têm o dever de assegurar atendimento médico eficaz às pessoas portadoras de deficiência mental.<sup>114</sup> Essa obrigação se traduz no dever estatal de assegurar seu acesso a serviços de saúde básicos; à promoção da saúde mental; à prestação de serviços dessa natureza que sejam o menos restritivos possível; e à prevenção das deficiências mentais.<sup>115</sup>
129. Em virtude de sua condição psíquica e emocional, as pessoas portadoras de deficiência mental são particularmente vulneráveis a qualquer tratamento de saúde e essa vulnerabilidade se vê aumentada quando essas pessoas ingressam em instituições de tratamento psiquiátrico. Essa vulnerabilidade aumentada se verifica em razão do desequilíbrio de poder existente entre os pacientes e o pessoal médico responsável por seu tratamento e pelo alto grau de intimidade que caracteriza os tratamentos das doenças psiquiátricas.<sup>116</sup>
130. A Corte considera que todo tratamento de saúde dirigido a pessoas portadoras de deficiência mental deve ter como finalidade principal o bem-estar do paciente e o respeito a sua dignidade como ser humano, que se traduz no dever de adotar como princípios orientadores do tratamento psiquiátrico o respeito à intimidade e à autonomia das pessoas. O Tribunal reconhece que este último princípio não é absoluto, já que a própria necessidade do paciente pode exigir algumas vezes a adoção de medidas sem seu consentimento. A deficiência mental, entretanto, não deve ser entendida como uma incapacidade para que a pessoa de determine e deve ser aplicada a presunção de que as pessoas portadoras desse tipo de deficiências são capazes de expressar sua vontade, a qual deve ser respeitada pelo pessoal médico e pelas autoridades. Quando seja comprovada a impossibilidade do doente para consentir, caberá aos seus familiares, representantes legais ou à autoridade competente emitir seu consentimento quanto ao tratamento a ser empregado.<sup>117</sup>

111. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 117; *Caso García Asto e Ramírez Rojas*, nota 20 *supra*, par. 222; *Caso Fermín Ramírez*. Sentença de 20 de junho de 2005. Série C, nº 126, par. 117; *Caso Caesar*. Sentença de 11 de março de 2005. Série C, nº 123, par. 59; *Caso Lori Berenson Mejía*, nota 24 *supra*, par. 100; *Caso De la Cruz Flores*. Sentença de 18 de novembro de 2004. Série C, nº 115, par. 125; *Caso Tibi*. Sentença de 7 de setembro de 2004. Série C, nº 114, par. 143; *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyaury*, nota 108 *supra*, par. 111 e 112; *Caso Maritza Urrutia*. Sentença de 27 de novembro de 2003. Série C, nº 103, par. 89 e 92; *Caso Bámaca Velásquez*. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C, nº 70, par. 154; e *Caso Cantoral Benavides*. Sentença de 18 de agosto de 2000. Série C, nº 69, par. 95.

112. Cf. artigos 5 e 27 da Convenção Americana. Ver nesse sentido *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, nota 25 *supra*, par. 119; e *Caso “Instituto de Reeducação do Menor”*, nota 108 *supra*, par. 157.

113. Cf. *Caso Caesar*, nota 111 *supra*, par. 69; e *Caso Loayza Tamayo*. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C, nº 33, par. 57.

114. Cf. Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e para a Melhoria do Atendimento de Saúde Mental, nota 32 *supra*, princípio 1; Organização Mundial da Saúde. Divisão de Saúde Mental e Prevenção do Abuso de Substâncias. Dez Princípios Básicos das Normas para o Atendimento da Saúde Mental, nota 37 *supra*, princípio 2; Normas Uniformes sobre Igualdade de Oportunidades para as Pessoas Portadoras de Deficiência. Resolução nº 48/96 da Assembleia Geral da ONU, Documento A/48/49 (1993), art. 2; Declaração dos Direitos do Retardado Mental. Resolução da Assembleia Geral da ONU, Documento A/8429 (1971), art. 2; e Programa de Ação Mundial para os Impedidos. Resolução nº 37/52 da Assembleia Geral da ONU, Documento A/37/51 (1982), par. 95 a 107.

115. Cf. Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, nota 35 *supra*, artigo III.2; e Organização Mundial da Saúde. Divisão de Saúde Mental e Prevenção do Abuso de Substâncias. Dez Princípios Básicos das Normas para o Atendimento da Saúde Mental, nota 37 *supra*, princípios 1, 2 e 4.

116. Cf. Normas Uniformes sobre Igualdade de Oportunidades para as Pessoas Portadoras de Deficiência, nota 114 *supra*, art. 9.4; Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Comentário Geral nº 5, “Pessoas portadoras de deficiência”, nota 35 *supra*, par. 9; e Normas do Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes, CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2004, par. 51. Nesse sentido, Cf. European Court of Human Rights, *Keenan v. United Kingdom*, Application no. 27229/95, judgment of 3 April 2001, p. 111, e European Court of Human Rights, *Herczegfalvy v. Austria*, Application no. 10533/83, judgment of 24 September 1992, p. 82.

117. Cf. Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e para a Melhoria do Atendimento de Saúde Mental, nota 32 *supra*, princípios 9.4 e 11; Organização Mundial da Saúde. Divisão de Saúde Mental e Prevenção do Abuso de Substâncias. Dez Princípios Básicos das Normas para

*i) Cuidados mínimos e condições de internação dignas*

131. Os Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e para a Melhoria do Atendimento de Saúde Mental, das Nações Unidas, oferecem um guia útil para determinar se o atendimento médico observou os cuidados mínimos com vistas à preservação da dignidade do paciente. Os princípios 1, 8 e 9 estabelecem as liberdades fundamentais e os direitos básicos e as normas de atendimento médico e do tratamento a ser prestado às pessoas portadoras de deficiência mental. Ademais, o lugar e as condições físicas em que se desenvolve o tratamento devem estar de acordo com o respeito à dignidade da pessoa, de acordo com o princípio 13.
132. A Corte considera que as precárias condições de funcionamento da Casa de Repouso Guararapes, tanto as condições gerais do lugar quanto o atendimento médico, se distanciavam de forma significativa das adequadas à prestação de um tratamento de saúde digno, particularmente em razão de que afetavam pessoas de grande vulnerabilidade por sua deficiência mental, e eram *per se* incompatíveis com uma proteção adequada da integridade pessoal e da vida.

*ii) O uso da sujeição*

133. Entende-se sujeição como qualquer ação que interfira na capacidade do paciente de tomar decisões ou que restrinja sua liberdade de movimento. A Corte observa que o uso da sujeição apresenta um alto risco de ocasionar danos ao paciente ou sua morte, e que as quedas e lesões são comuns durante esse procedimento.<sup>118</sup>
134. O Tribunal considera que a sujeição é uma das medidas mais agressivas a que pode ser submetido um paciente em tratamento psiquiátrico. Para que esteja de acordo com o respeito à integridade psíquica, física e moral da pessoa, segundo os parâmetros exigidos pelo artigo 5 da Convenção Americana, deve ser empregada como medida de último recurso e unicamente com a finalidade de proteger o paciente, ou o pessoal médico e terceiros, quando o comportamento da pessoa em questão seja tal que esta represente uma ameaça à segurança daqueles. A sujeição não pode ter outro motivo senão este e somente deve ser executada por pessoal qualificado e não pelos pacientes.<sup>119</sup>
135. Ademais, considerando que todo tratamento deve ser escolhido com base no melhor interesse do paciente e em respeito a sua autonomia, o pessoal médico deve aplicar o método de sujeição que seja menos restritivo, depois de uma avaliação de sua necessidade, pelo período que seja absolutamente necessário, e em condições que respeitem a dignidade do paciente e que minimizem os riscos de deterioração de sua saúde.<sup>120</sup>
136. O senhor Damião Ximenes Lopes foi submetido a sujeição com as mãos amarradas para trás entre a noite do domingo e a manhã da segunda-feira, sem uma reavaliação da necessidade de prolongar a contenção, e se permitiu que caminhara sem a adequada supervisão. Esta forma de sujeição física a que foi submetida a suposta vítima não atende à necessidade de proporcionar ao paciente um tratamento digno nem a proteção de sua integridade psíquica, física ou moral.

*B) Os deveres do Estado com relação às pessoas portadoras de deficiência mental*

137. A Corte já salientou que da obrigação geral de garantia dos direitos à vida e à integridade física nascem deveres especiais de proteção e prevenção, os quais, neste caso, se traduzem em deveres de cuidar e de regular.

*1. O dever de cuidar*

138. Com a finalidade de determinar as obrigações do Estado com relação às pessoas portadoras de deficiência

o Atendimento da Saúde Mental, nota 37 *supra*, princípios 5, 6 e 9; Organização Pan-Americana da Saúde, Declaração de Caracas, aprovada pela Conferência Regional para a Reestruturação da Atenção Psiquiátrica na América Latina, em 14 de novembro 1990, art. 3; Associação Psiquiátrica Mundial (APM), Declaração de Madri sobre Normas Éticas para a Prática Psiquiátrica, aprovada pela Assembleia Geral da APM em 25 de agosto de 1996, revisada em 26 de agosto de 2002, preâmbulo e par. 4; e *World Psychiatric Association (WPA), Declaration of Hawaii/II, adopted by the WPA General Assembly on 10th July 1983*, p. 2 e 5.

118. *Cf.* Normas do Comitê Europeu para a Prevenção da Tortura e das Penas ou Tratamentos Desumanos ou Degradantes, CPT/Inf/E (2002) 1 – Rev. 2004. Extraído do 8º Relatório Geral CPT/INF(98) 12, par. 47 a 49; *American Hospital Association/National Association of Psychiatric Health Systems, Guiding Principles on Restraint and Seclusion for Behavioral Health Services, 25 February 1999*; *American Geriatrics Society Position Statement: Guidelines For Restraint Use, Last Updated January 1st, 1997*; e *American Medical Association, Guidelines for the Use of Restraints in Long-Term Care Facilities, June 1989*, p. 5.

119. *Cf.* Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e para a Melhoria do Atendimento de Saúde Mental, nota 32 *supra*, princípio 11.11.

120. *Cf.* Princípios para a Proteção dos Doentes Mentais e para a Melhoria do Atendimento de Saúde Mental, nota 32 *supra*, princípio 11.11; Declaração de Madri sobre Normas Éticas para a Prática Psiquiátrica, nota 117 *supra*, preâmbulo; Organização Mundial da Saúde. Divisão de Saúde Mental e Prevenção do Abuso de Substâncias. Dez Princípios Básicos das Normas para o Atendimento da Saúde Mental, nota 117 *supra*, princípio 4.3; e *Declaration of Hawaii/II, adopted by the WPA General Assembly on 10th July 1983*, nota 37 *supra*, p. 1.

mental, a Corte julga necessário levar em conta, em primeiro lugar, a posição especial de garante que assume o Estado a respeito das pessoas que se encontram sob sua guarda ou cuidado, a quem o Estado tem a obrigação positiva de proporcionar condições necessárias para desenvolver uma vida digna.<sup>121</sup>

139. Em segundo lugar, o Tribunal considera que o acima exposto se aplica de maneira especial às pessoas que se encontrem recebendo atendimento médico, uma vez que a finalidade última da prestação de serviços de saúde é a melhoria da condição da saúde física ou mental do paciente, o que aumenta significativamente as obrigações do Estado e dele exige a adoção das medidas disponíveis e necessárias para impedir a deterioração da condição do paciente e otimizar sua saúde.
140. Finalmente, os cuidados de que são titulares todas as pessoas que estejam recebendo assistência médica alcançam sua máxima exigência quando se referem a pacientes com deficiência mental, dada sua particular vulnerabilidade quando se encontram em instituições psiquiátricas.

## 2. O dever de regular e fiscalizar

141. O Tribunal dispôs que o dever dos Estados de regular e fiscalizar as instituições que prestam serviço de saúde, como medida necessária para a devida proteção da vida e integridade das pessoas sob sua jurisdição, abrange tanto as entidades públicas e privadas que prestam serviços públicos de saúde quanto aquelas instituições que prestam exclusivamente serviços privados de saúde (par. 89 e 90 *supra*). Especialmente com relação às instituições que prestam serviço público de saúde, como fazia a Casa de Repouso Guararapes, o Estado não somente deve regular-las e fiscalizá-las, mas tem, ademais, o especial dever de cuidado com relação às pessoas ali internadas.
142. Neste caso a Casa de Repouso Guararapes funcionava no âmbito do sistema público de saúde e o Estado estava obrigado a regulamentá-la e fiscalizá-la, não somente em virtude de suas obrigações decorrentes da Convenção Americana, mas também em razão de sua normativa interna. Segundo o disposto no artigo 197 da Constituição, “são de relevância pública as ações e serviços de saúde, cabendo ao Poder Público dispor, nos termos da lei, sobre sua regulamentação, fiscalização e controle [...]”. Igualmente, o artigo 200 da Constituição ressalta que “[a]o [S]istema [Ú]nico de [S]aúde compete [...] controlar e fiscalizar procedimentos [...] executar as ações de vigilância sanitária [...]”. Por sua vez, o artigo 6º da Lei nº 8.080, de 1990, dispõe que “[e]stão incluídas ainda no campo de atuação do Sistema Único de Saúde (SUS), [*inter alia*,] a execução de ações [...] tanto de vigilância sanitária, [a qual] se entende por um conjunto de ações capaz de eliminar, diminuir ou prevenir riscos à saúde e de intervir nos problemas sanitários decorrentes [...] da prestação de serviços de interesse da saúde, [bem como] o controle e a fiscalização de serviços, produtos e substâncias de interesse para a saúde [...]”.
143. O Tribunal observa que o Estado conhecia as condições de internação que a Casa de Repouso Guararapes oferecia na época dos fatos. A violência contra os pacientes já havia sido o contexto da morte de duas pessoas internadas no referido hospital (par. 112.58 *supra*). Além disso, em 15 de maio de 1996, o Grupo de Acompanhamento de Assistência Psiquiátrica do Ministério da Saúde (GAP) havia emitido um relatório sobre o resultado da inspeção realizada na Casa de Repouso Guararapes, em que se recomendava o fechamento de duas enfermarias do hospital, por falta de condições de funcionamento, infiltração e outras irregularidades (par. 112.62 *supra*).
144. A Corte observa que foi até 21 de outubro de 1999 que os funcionários do Departamento de Vigilância Sanitária da Secretaria de Saúde e Assistência Social realizaram uma inspeção na Casa de Repouso Guararapes para averiguar se o hospital obedecia às especificações da normativa pertinente. Ademais, até 4 de novembro de 1999, a Coordenação de Controle, Avaliação e Auditoria e o Médico Auditor do Sistema Municipal de Auditoria visitaram a Casa de Repouso Guararapes. Coincidentemente, os três órgãos concluíram que o hospital não cumpria as exigências das normas pertinentes e recomendaram que fossem sanadas de imediato as irregularidades (par. 112.63 e 112.64 *supra*).
145. Apesar de a competência contenciosa da Corte ter sido reconhecida pelo Estado em 10 de dezembro de 1998, o Tribunal considera que o lapso de 10 meses e 11 dias desta data até 21 de outubro de 1999, período em que

121. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 120; *Caso López Álvarez*. Sentença de 1º de fevereiro de 2006. Série C, nº 141, par. 104 a 106; *Caso García Asto e Ramírez Rojas*, nota 20 *supra*, par. 221; *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa*, nota 30 *supra*, par. 162, *Caso Lori Berenson Mejía*, nota 24 *supra*, par. 102; *Caso Tibi*, nota 111 *supra*, par. 150; *Caso “Instituto de Reeducação do Menor”*, nota 108 *supra*, par. 152; *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*, nota 108 *supra*, par. 98; *Caso Bulacio*. Sentença de 18 de setembro de 2003. Série C, nº 100, par. 138; e *Caso Juan Humberto Sánchez*, nota 30 *supra*, par. 111. No mesmo sentido, *Caso da Penitenciária Urso Branco*. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 21 de setembro de 2005, sexto considerando, e *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*. Medidas Provisórias. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos, de 7 de maio de 2004, décimo terceiro considerando.



medida alguma foi adotada para melhorar as precárias condições de atendimento de saúde na Casa de Repouso Guararapes, não é compatível com o dever do Estado de regulamentar o atendimento de saúde prestado às pessoas sob sua jurisdição, em razão de que já havia uma situação irregular desde 15 de maio de 1996.

146. O Estado tem responsabilidade internacional por descumprir, neste caso, seu dever de cuidar e de prevenir a vulneração da vida e da integridade pessoal, bem como seu dever de regulamentar e fiscalizar o atendimento médico de saúde, os quais constituem deveres especiais decorrentes da obrigação de garantir os direitos consagrados nos artigos 4 e 5 da Convenção Americana.

### 3. O dever de investigar

147. A obrigação de garantir os direitos humanos consagrados na Convenção não se esgota na existência de uma ordem normativa destinada a tornar possível o cumprimento desta obrigação, mas compreende a necessidade de uma conduta governamental que assegure a existência, na realidade, de uma eficaz garantia do livre e pleno exercício dos direitos humanos.<sup>122</sup> Nesse sentido, uma dessas condições para garantir efetivamente o direito à vida e à integridade pessoal é o cumprimento do dever de investigar as afetações a eles, o que decorre do artigo 1.1 da Convenção em conjunto com o direito substantivo que deve ser amparado, protegido ou garantido.<sup>123</sup>
148. Em virtude do acima exposto, o Estado tem o dever de iniciar *ex officio* e sem demora uma investigação séria, imparcial e efetiva, que não se empreenda como uma mera formalidade condenada de antemão a ser infrutífera.<sup>124</sup> Esta investigação deve ser realizada por todos os meios legais disponíveis e orientada à determinação da verdade e à investigação, ajuizamento e punição de todos os responsáveis pelos fatos, especialmente quando estejam ou possam estar implicados agentes estatais.<sup>125</sup>
149. Para determinar se a obrigação de proteger os direitos à vida e à integridade pessoal mediante uma investigação séria do ocorrido foi cumprida cabalmente, é preciso examinar os procedimentos abertos internamente, destinados a elucidar os fatos, o que se efetuará no Capítulo X desta Sentença.

\* \* \*

150. As anteriores considerações levam a Corte a concluir que, por haver faltado com seus deveres de respeito, prevenção e proteção, com relação à morte e os tratos cruéis, desumanos e degradantes sofridos pelo senhor Damião Ximenes Lopes, o Estado tem responsabilidade pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal consagrados nos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 desse mesmo tratado, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes.

## IX

### **Violação do Artigo 5 da Convenção Americana em relação com o Artigo 1.1 do mesmo tratado**

*(Direito à integridade pessoal e Obrigação de respeitar os direitos)*

151. Os representantes alegaram no escrito de alegações finais que os familiares do senhor Damião Ximenes Lopes são supostas vítimas da violação do artigo 5 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 desse instrumento, com base nos fatos descritos na demanda sobre a morte do senhor Ximenes Lopes e aceitos pelo Estado em seu reconhecimento de responsabilidade. Consideram, por conseguinte, que o Estado deve reparar devidamente os familiares do senhor Damião Ximenes Lopes por essa violação.
152. Nem a Comissão nem o Estado apresentaram alegações acerca da referida violação do artigo 5 da Convenção, com respeito aos familiares da suposta vítima.

122. Cf. *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 167; e *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 142.

123. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 92; *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 142; e *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 21 *supra*, par. 233.

124. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 92 e 93; *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 143; e *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 21 *supra*, par. 219 e 223.

125. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 94; *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 143; e *Caso da Comunidade Moiwana*. Sentença de 15 de junho de 2005. Série C, nº 124, par. 203.

*Considerações da Corte*

153. O artigo 1.1 da Convenção Americana estabelece que:

Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

154. O artigo 5 da Convenção Americana dispõe que:

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.

[...]

155. Com respeito à alegada violação do artigo 5 da Convenção Americana, mencionada somente pelos representantes em suas alegações finais, que não consta do escrito de solicitações e argumentos, este Tribunal considera que esta alegação é extemporânea; não teria impedimento, no entanto, para analisá-la em conformidade com o princípio *iuria novit curia*.<sup>126</sup>

156. Esta Corte salientou, em reiteradas oportunidades,<sup>127</sup> que os familiares das vítimas de violações dos direitos humanos podem ser, por sua vez, vítimas. O Tribunal considerou violado o direito à integridade psíquica e moral de alguns familiares das vítimas em virtude do sofrimento adicional por que passaram, em consequência das circunstâncias especiais das violações praticadas contra seus seres queridos e das posteriores ações ou omissões das autoridades estatais frente aos fatos.<sup>128</sup>

157. Analisadas as circunstâncias do caso, com base na Convenção Americana, e à luz do princípio *iura novit curia*, a Corte considera provado o sofrimento da senhora de Albertina Viana Lopes, mãe do senhor Damião Ximenes Lopes, pelo tratamento a ele dado pelo Estado, que culminou com sua morte. Foi ela quem entregou o filho à guarda da Casa de Repouso Guararapes, por encontrar-se enfermo, à espera de sua recuperação. Três dias depois da internação, no entanto, o encontrou em condições deploráveis e nada pôde fazer por ele. Ela tomou conhecimento do falecimento do filho ao chegar a sua casa depois de havê-lo deixado no hospital. Tudo isso lhe causou grande dor e tristeza. Depois da morte do filho sofreu grandes depressões e problemas de saúde. A esse respeito, sua filha, Irene Ximenes Lopes Miranda, na audiência pública perante esta Corte, declarou que:

[sua mãe] ficou com a vida completamente arruinada, até hoje sofre de depressão e diz que tem vontade de morrer, perdeu o gosto pela vida, também teve uma gastrite nervosa e em consequência uma úlcera duodenal que [...] foi tratada com muita dificuldade [...].

158. Igualmente, de acordo com as particularidades do caso, este Tribunal estima necessário considerar a situação do senhor Francisco Leopoldino Lopes, pai do senhor Damião Ximenes Lopes, da senhora Irene Ximenes Lopes Miranda e do senhor Cosme Ximenes Lopes, estes últimos irmãos da suposta vítima, já que, segundo o alegado pelos representantes e manifestado pela senhora Irene Ximenes Lopes Miranda, entre os diversos familiares do senhor Damião Ximenes Lopes, eram sua mãe e seu pai, bem como os mencionados irmãos em particular, as pessoas afetivamente mais próximas dele.

159. A Corte considerou provado o sofrimento e angústia do pai da suposta vítima, senhor Francisco Leopoldino Lopes, que, embora estivesse separado da mãe do senhor Damião Ximenes Lopes, não havia rompido os laços familiares com o filho (par. 111.71 *supra*). O senhor Francisco Leopoldino Lopes sofreu com o falecimento do filho, que era tão jovem quando morreu, e viveu por muito tempo com um desejo de vingança, segundo declarou a senhora Irene Ximenes Lopes Miranda perante a Corte.

160. A irmã do senhor Damião Ximenes Lopes, ademais do sofrimento e tristeza que lhe causou a morte do irmão, sofreu seqüelas psicológicas, como uma depressão que durou mais de três anos, o que afetou suas relações familiares e a fez perder a capacidade de amamentar sua filha recém-nascida. Tendo um contrato de trabalho que se estenderia até 31 de dezembro de 2004, abandonou-o. Sofreu e reviveu de maneira constante as

126. Cf. *Caso das Meninas Yean e Bosico*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C, nº 130, par. 204; *Caso Cantos*. Sentença de 28 de novembro de 2002. Série C, nº 97, par. 58; e *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros*. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C, nº 94, par. 107.

127. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 128; *Caso López Álvarez*, nota 121 *supra*, par. 119; e *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, nota 25 *supra*, par. 154.

128. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 128; *Caso López Álvarez*, nota 121 *supra*, par. 119; e *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, nota 25 *supra*, par. 154.

circunstâncias da morte do irmão, Damião Ximenes Lopes, perante os órgãos judiciais e de direitos humanos, uma vez que se dedicou à busca da verdade e da justiça com relação a esses acontecimentos, para o que participou ativamente do processo judicial interno e dos trâmites seguidos perante a Comissão e agora perante esta Corte. Em virtude disso, separou-se da família por longos períodos.

161. A angústia que sofreu a irmã do senhor Damião Ximenes Lopes se observa na declaração prestada na audiência pública perante a Corte, quando manifestou que:

no dia do enterro [do] irmão no cemitério [ela] se ajoelhou sobre o caixão dele e jur[ou] que [sua] alma não sossega[ria] enquanto não houvesse justiça no caso [de Damião Ximenes Lopes], e [faz] seis anos que [ela] busca justiça [...].

162. O senhor Cosme Ximenes Lopes, que também esteve internado em instituições psiquiátricas, em razão do vínculo afetivo e da identificação que havia entre os dois irmãos pelo fato de serem gêmeos, sofreu com a perda do senhor Damião Ximenes Lopes. Logo que recebeu a notícia da morte do irmão, entrou em estado de choque; em seguida, entrou em depressão e deixou de trabalhar.

163. A Corte considera, com base no acima exposto, que o Estado tem responsabilidade pela violação do direito à integridade pessoal consagrado no artigo 5 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 do mesmo tratado, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e dos senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes.

## X

### **Violação dos Artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana em relação com o Artigo 1.1 do mesmo tratado**

*(Direito às Garantias judiciais, à Proteção judicial e Obrigação de respeitar os direitos)*

#### *Alegações da Comissão*

164. Com relação à suposta violação dos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção, em detrimento dos familiares do senhor Damião Ximenes Lopes, a Comissão Interamericana alegou, *inter alia*, que:

- a) no caso *sub judice* a falta de efetividade do processo interno pode ser demonstrada de duas maneiras: pelas omissões das autoridades que deixaram de realizar ações e investigações fundamentais para recolher todas as provas possíveis a fim de determinar a verdade dos fatos e pelas deficiências e falhas nas ações efetuadas;
- b) os erros na investigação mostram que as autoridades do Estado não procuraram efetivamente elucidar a verdade sobre a morte da suposta vítima por meio de uma investigação imediata, séria e exaustiva;
- c) a *notitia criminis* sobre a morte da suposta vítima chegou ao conhecimento das autoridades policiais no mesmo dia, por intermédio de sua família. O Delegado de Polícia de Sobral, no entanto, não instaurou imediatamente a investigação policial, mas somente 35 dias depois, em 9 de novembro de 1999. Segundo a Comissão essa demora afetou de maneira crucial a eficácia da investigação;
- d) em 27 de março de 2000, o Ministério Público apresentou a denúncia, na que tipificou a morte do senhor Damião Ximenes Lopes por agressão como uma morte por omissão ou privação de cuidados indispensáveis e alternativamente concluiu que, se a morte tivesse sido causada por agressão, o artigo 136 do Código Penal continuaria a ser a tipificação adequada;
- e) neste caso a atividade processual dos familiares da suposta vítima não é relevante para a análise do prazo razoável. Por conseguinte, as alegações do Estado de que as deficiências da investigação e da produção de prova poderiam ter sido supridas pela mãe do senhor Damião Ximenes Lopes, como assistente do Ministério Público na ação penal nº 674/00, carecem de fundamento;
- f) este caso não pode ser considerado complexo, como alegou o Estado, pelo suposto grande número de depoimentos. A conduta negligente e injustificada das autoridades estatais levou à demora do processo interno, uma vez que tardaram a iniciar as investigações, a realizar e comparecer às audiências, a expedir as intimações, notificações e cartas precatórias necessárias. As autoridades dedicaram-se a emitir meros autos interlocutórios sem motivação e por meses não se procedeu à execução de nenhuma diligência ou decisão. O volume de trabalho da Terceira Vara da Comarca da

- Secretaria de Sobral não pode servir de desculpa para a demora e os lapsos de inércia estatal; e
- g) a inexistência de uma sentença de primeira instância depois de seis anos da morte violenta do senhor Damião Ximenes Lopes e a situação atual do processo penal interno, ainda na fase de instrução, mostram que os familiares da suposta vítima se encontram em situação de denegação de justiça por parte das autoridades estatais.

#### *Alegações dos representantes*

165. Com relação à suposta violação dos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em detrimento dos familiares do senhor Damião Ximenes Lopes indicaram, *inter alia*, que:

- a) a investigação policial apresenta uma série de irregularidades que comprometem a elucidação da morte do senhor Damião Ximenes Lopes. As autoridades competentes ignoraram evidência material e testemunhas oculares que corroboram que a morte do senhor Ximenes Lopes foi resultado de golpes. Dentre as falhas salientam-se: a indicação de que a morte ocorreu por “causa indeterminada”; a deficiência do laudo de necropsia, que levanta suspeitas sobre a independência da investigação, e o desaparecimento de provas importantes contra os responsáveis pela Casa de Repouso Guararapes;
- b) transcorridos seis anos da morte do senhor Damião Ximenes Lopes nenhuma pessoa ou instituição foi responsabilizada, já que até esta data não se proferiu decisão judicial alguma;
- c) enquanto dure a inércia no processo judicial para punir os responsáveis pela morte do senhor Damião Ximenes Lopes, o Estado estará descumprindo sua obrigação de punir de maneira efetiva e em prazo razoável as violações de direitos humanos;
- d) este caso não apresenta particularidade alguma que o torne especialmente complexo. Cumpre salientar que os fatos foram objeto de investigação por vários órgãos e por particulares, gerando abundantes provas documentais e testemunhais; tanto as testemunhas quanto os acusados se encontram vivos e localizados e não há nenhum obstáculo, a não ser a falta de empenho das autoridades por essas ações no julgamento dos responsáveis;
- e) quanto à atividade processual dos interessados, a família do senhor Damião Ximenes Lopes fez tudo que estava a seu alcance para cooperar com os investigadores do Estado e promover o desenvolvimento do caso, para o que realizou inúmeras diligências e ações com relação à investigação policial e ao processo penal pela morte da suposta vítima;
- f) a possibilidade prevista na lei brasileira de que os familiares participem ativamente e colaborem na condução do caso, como assistente do Ministério Público na ação penal, não pode ser interpretada como substituição da responsabilidade do Estado de realizar uma investigação completa, imparcial, dentro de um prazo razoável, como parte da garantia do remédio legal;
- g) as ações dos agentes estatais obstruíram o processo contra os responsáveis pelos fatos;
- h) o Código de Processo Penal especifica que as ações criminais devem ser iniciadas e encerradas num período de 81 dias. Este caso se estende por mais de 2.200 dias, mais de vinte e oito vezes a duração estipulada no referido código; e
- i) os familiares da suposta vítima, em especial sua irmã Irene Ximenes Lopes Miranda, enviamos esforços extraordinários para cooperar e fazer avançar os procedimentos. Em consequência desses atrasos indevidos, que são atribuídos exclusivamente ao Estado, ao senhor “Damião [Ximenes Lopes] e a sua família [foram] negados seus direitos de acordo com os artigos 8 e 25 da Convenção Americana”.

#### *Alegações do Estado*

166. Com relação à suposta violação dos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção, em detrimento dos familiares do senhor Damião Ximenes Lopes, o Estado salientou, *inter alia*, que:

- a) a seriedade do Estado na busca da justiça foi devidamente demonstrada na instrução do caso e na exposição dos fatos e argumentos apresentados na contestação da demanda, em que se faz uma descrição de todas as medidas adotadas pelo Estado para investigar as circunstâncias do falecimento do senhor Damião Ximenes Lopes e sancionar os responsáveis pelos maus-tratos e a morte desse paciente da Casa de Repouso Guararapes;
- b) o Estado adotou todas as medidas necessárias para sancionar na esfera penal os responsáveis pela morte do

senhor Damião Ximenes Lopes. No entanto, não se pode esquecer que no processo penal também devem ser observadas as garantias fundamentais dos acusados;

- c) no que se refere à investigação efetiva, não há que falar de violação por parte do Estado. As funções investigativas, acusadoras, de defesa e decisória são exercidas por órgãos diferentes e independentes. A eventual omissão de provas no âmbito da investigação policial não acarretou prejuízo algum, uma vez que estas poderiam ter sido supridas em juízo. Neste caso as provas produzidas foram aptas para demonstrar ao Ministério Público a materialidade do delito e indícios de uma autoria;
- d) já está concluída neste caso a fase de instrução da ação penal, devendo ser proferida a sentença nos primeiros meses de 2006; e
- e) o Estado não violou os artigos 8 e 25 da Convenção, já que as investigações sobre a morte do senhor Damião Ximenes Lopes obedeceram a decisões legais, respeitando-se os princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa. A demora do processo penal é razoável, dado que se baseia na busca da verdade real, na complexidade da causa e nas peculiaridades do processo penal brasileiro.

#### *Considerações da Corte*

167. O artigo 1.1 da Convenção Americana dispõe que:

Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

168. O artigo 8.1 da Convenção Americana estabelece que:

[t]oda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

[...]

169. O artigo 25 da Convenção dispõe que:

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

[...]

170. A Comissão e os representantes alegaram neste caso a violação dos artigos 8 (Garantias judiciais) e 25 (Proteção judicial) da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 desse tratado, em detrimento dos familiares da suposta vítima, com fundamento em que o processo penal que se iniciou para investigar, identificar e sancionar os responsáveis pelos maus-tratos e pela morte do senhor Damião Ximenes Lopes ainda se encontra pendente, transcorridos mais de seis anos dos fatos, sem que até esta data se tenha proferido sentença de primeira instância (par. 112.43 *supra*). A ação civil de reparação, que busca uma compensação pelos danos, tampouco foi solucionada (par. 112.49 *supra*). A Corte julga necessário, por conseguinte, examinar as diversas diligências relacionadas com a investigação policial e o processo penal e a ação civil de reparação de danos que tramitam atualmente no âmbito interno. Esse exame deverá ser feito de acordo com o disposto nos artigos 8 e 25 da Convenção Americana, com relação aos familiares da suposta vítima.

171. O Tribunal deve determinar se os procedimentos foram desenvolvidos com respeito às garantias judiciais, em um prazo razoável, e se ofereceram um recurso efetivo para assegurar os direitos de acesso à justiça, de conhecimento da verdade dos fatos e de reparação aos familiares.

172. A Corte considera pertinente recordar que é um princípio básico do direito da responsabilidade internacional do Estado, amparado no Direito Internacional dos Direitos Humanos, que todo Estado é internacionalmente responsável por atos ou omissões de quaisquer de seus poderes ou órgãos em violação dos direitos internacionalmente consagrados, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana.<sup>129</sup>

129. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 140; *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 111 e 112; e *Caso do Massacre*

173. Os artigos 8 e 25 da Convenção consolidam, com referência às ações e omissões dos órgãos judiciais internos, o alcance do mencionado princípio de geração de responsabilidade pelos atos de qualquer dos órgãos do Estado.<sup>130</sup>
174. Em casos similares, esta Corte determinou que o esclarecimento de supostas violações por parte de um Estado de suas obrigações internacionais por meio da atuação de seus órgãos judiciais pode levar o Tribunal a examinar os respectivos processos internos. Isto posto, os procedimentos internos devem ser considerados como um todo, uma vez que a função do tribunal internacional é determinar se a integralidade dos procedimentos esteve conforme com as disposições internacionais.<sup>131</sup>
175. Para a realização dessa análise, a Corte considera que, de acordo com a Convenção Americana, os Estados Partes estão obrigados a proporcionar recursos judiciais efetivos às vítimas de violações dos direitos humanos (artigo 25), os quais devem ser substanciados em conformidade com as regras do devido processo legal (artigo 8.1), tudo isso compreendido na obrigação geral, a cargo dos próprios Estados, de garantir o livre e pleno exercício dos direitos reconhecidos pela Convenção a toda pessoa que se encontre sob sua jurisdição (artigo 1.1).<sup>132</sup>
176. Da análise dos fatos do presente caso deduz-se que foram as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda as que iniciaram e acompanharam as gestões, e nelas entrevistaram, para averiguar o que havia acontecido com o senhor Damião Ximenes Lopes, motivo por que o Tribunal passará a analisar se o Estado lhes proporcionou um recurso efetivo.

*A) Investigação policial e diligências relacionadas com a morte do senhor Damião Ximenes Lopes*

177. Os Estados têm o dever de investigar as afetações aos direitos à vida e à integridade pessoal como condição para garantir esses direitos, conforme se desprende do artigo 1.1 da Convenção Americana. Neste caso, a Corte estabeleceu que o Estado falhou em seus deveres de respeito, prevenção e proteção e que é, por conseguinte, responsável pela violação do direito à vida e à integridade pessoal do senhor Damião Ximenes Lopes (par. 150 *supra*).
178. Em consequência dos fatos, o Estado iniciou uma investigação policial e realizou diversas diligências relacionadas com a morte do senhor Damião Ximenes Lopes. A Corte analisará se aquelas foram sérias, imparciais e efetivas e se não foram empreendidas como simples formalidade.<sup>133</sup>
179. Considerando as circunstâncias violentas em que se deu a morte do senhor Damião Ximenes Lopes (par. 112.11 *supra*), este Tribunal julga que é necessário para a investigação de toda morte violenta observar regras similares às que constam do Manual para a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias e Sumárias das Nações Unidas. As autoridades estatais que conduzem uma investigação devem, *inter alia*: a) identificar a vítima; b) recuperar e preservar o material probatório relacionado com sua morte, a fim de colaborar em qualquer investigação; c) identificar possíveis testemunhas e obter suas declarações com relação à morte que se investiga; d) determinar a causa, forma, lugar e momento da morte, bem como qualquer procedimento ou prática que possa tê-la provocado; e e) distinguir entre morte natural, morte acidental, suicídio e homicídio. É necessário, ademais, investigar exaustivamente a cena do crime e se devem ser realizadas necropsias e análise dos restos humanos, de maneira rigorosa, por profissionais competentes e mediante o uso dos procedimentos mais adequados.<sup>134</sup>
180. Inicialmente, apesar da evidência de que se havia praticado violência contra Damião Ximenes Lopes, o médico Francisco Ivo de Vasconcelos, da Casa de Repouso Guararapes, que examinou a suposta vítima logo após sua morte, diagnosticou a causa da morte como “parada cardio-respiratória” (par. 112.12 *supra*).

de Mapiripán, nota 21 *supra*, par. 108.

130. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 141; *Caso López Álvarez*, nota 121 *supra*, par. 28; e *Caso Herrera Ulloa*. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C, nº 107, par. 109.

131. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 142; *Caso Lori Berenson Mejía*, nota 24 *supra*, par. 133; e *Caso Juan Humberto Sánchez*, nota 30 *supra*, par. 120.

132. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 143; *Caso López Álvarez*, nota 121 *supra*, par. 147; e *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 169.

133. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 92 e 93; *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 143 e 144; e *Caso Gómez Palomino*, nota 21 *supra*, par. 77.

134. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 96; *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 177; e *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 21 *supra*, par. 224. Ver também Manual para a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, Sumárias e Arbitrárias, das Nações Unidas, Doc. E/ST/CSDHA/12 (1991).

181. Com relação ao mencionado exame, o médico Francisco Ivo de Vasconcelos declarou, em 11 de janeiro de 2000, perante a Coordenação Municipal de Controle, Avaliação e Auditoria da Secretaria de Saúde e Assistência Social, que o cadáver do paciente “estava no chão, onde f[ez] o primeiro exame para tentar ver a causa de [sua] morte [...]”. Declarou também, em 11 de outubro de 2000, perante a Terceira Vara da Comarca de Sobral, que “passou a investigar a possível causa da morte e não percebeu nenhum tipo de objeto que pudesse ter asfixiado o paciente, não havia sinais de estrangulamento ou traumatismo, não havia tampouco sangramento externo, motivo por que [o declarante] atestou no certificado de óbito ‘parada cardio-respiratória’ [O paciente] não apresentava nenhuma lesão externa, nenhuma escoriação, o sangramento havia desaparecido, não apresentava nenhum hematoma no nível do couro cabeludo, não apresentava sinais de estrangulamento, abri[u] a cavidade bucal para ver se encontrav[a] algum objeto e então pedi[u] à enfermeira que avisasse a família do paciente sobre sua morte e que preparasse toda a documentação[...]”.
182. Esta Corte considera que o referido médico Francisco Ivo de Vasconcelos, ao examinar o corpo da suposta vítima, não adotou as medidas adequadas, uma vez que, como salientou em sua declaração, examinou o cadáver e não informou que o corpo apresentava lesões externas, que foram descritas posteriormente no laudo da necropsia, embora conhecesse as circunstâncias de violência na Casa de Repouso Guararapes, bem como as condições especiais da suposta vítima (par. 112.9 e 112.56 *supra*). Das referidas declarações desprende-se que em seu exame o médico descartou possíveis causas da morte, mas não fundamentou seu diagnóstico de morte por parada cardiorespiratória e ignorou a existência de lesões e deveria então ter determinado a realização de necropsia, a fim de proceder a um estudo exaustivo do cadáver da suposta vítima.
183. Ante a falta de clareza com relação às circunstâncias que cercaram a morte do senhor Ximenes Lopes, seus familiares levaram o corpo para o Instituto Médico Legal da cidade de Fortaleza, capital do Estado do Ceará, para a realização da necropsia.
184. O Instituto Médico Legal realizou a necropsia do senhor Damião Ximenes Lopes, concluindo que se tratava de “morte real de causa indeterminada” e deixando registrada a existência de diversas lesões, embora não mencionasse como teriam sido provocadas. Tampouco descreveu o exame do cérebro da suposta vítima, o que motivou o Ministério Público a pedir ao Delegado de Polícia que solicitasse ao Instituto Médico Legal esclarecimentos sobre o conteúdo da necropsia referente às lesões nela descritas. Após duas reiterações do Delegado de Polícia, o Instituto esclareceu que “[a]s lesões descritas [no laudo do exame cadavérico] foram provocadas por ação de instrumento contundente (ou por espancamento ou por tombos)” (par. 112.14 e 112.15 *supra*). Cumpre salientar que não foram tiradas fotografias do corpo do senhor Damião Ximenes Lopes.
185. Em 20 de junho de 2001, a Quinta Vara Cível, em que tramita a ação civil de reparação de danos, ordenou, como prova pericial, a realização da exumação do cadáver da suposta vítima. O relatório conclusivo mencionou novamente que a morte do senhor Ximenes Lopes era uma “morte real de causa indeterminada” (par. 112.16 e 112.54 *supra*).
186. A esse respeito, a senhora Lídia Dias Costa, na peritagem apresentada na audiência pública perante a Corte, declarou que na exumação do cadáver do senhor Damião Ximenes Lopes se pôde constatar que seu cérebro havia sido aberto como se faz nas necropsias, mas que não encontrava motivos justificados para que isso não fosse expresso ou descrito no laudo da necropsia realizada em 1999. Segundo a perita, trata-se de um procedimento de rotina e não há justificativa para não examinar o cérebro ou não descrever o que foi examinado. Declarou também que se poderia formular um diagnóstico, com base na evolução clínica do paciente, de morte violenta causada por traumatismo cranioencefálico (par. 47.4.a *supra*). O relatório do exame pos-exumático confirma que o crânio apresentava uma “craniotomia transversal”, resultado de exame pericial anterior (par. 112.16 *supra*).
187. Esta Corte considera que o protocolo da necropsia realizada ao senhor Damião Ximenes Lopes em 4 de outubro de 1999 não cumpriu as diretrizes internacionais reconhecidas para as investigações forenses, já que não apresentou, entre outros elementos, uma descrição completa das lesões externas e do instrumento que as teria provocado, da abertura e descrição das três cavidades corporais (cabeça, tórax e abdômen), referindo-se na conclusão à “causa indeterminada” da morte e, por conseguinte, tampouco mencionou o instrumento que as teria provocado. Por sua vez, a Direção Técnico-Científica do Instituto Médico Legal que realizou a exumação também concluiu que se tratava “de um caso de morte real de causa indeterminada”. Este Tribunal estima que os Estados, em atendimento a suas obrigações de investigar os delitos, devem designar uma autoridade competente para a realização das investigações forenses, entre as quais se inclui a necropsia, em observância das normativas interna e internacional. Neste caso está claro que o Instituto de Medicina Legal não realizou

as investigações nem documentou os achados encontrados no decorrer da necropsia, conforme dispõem as normas e práticas forenses.

188. Por outro lado, no que se refere à investigação policial sobre a morte do senhor Damião Ximenes Lopes, está demonstrado que foi iniciada pela Delegacia Regional de Sobral em 9 de novembro de 1999, 36 dias depois do ocorrido na Casa de Repouso Guararapes (par. 112.18 *supra*).
189. Houve uma falha das autoridades estatais quanto à devida diligência, ao não iniciarem imediatamente a investigação dos fatos, o que impediu inclusive a oportuna preservação e coleta da prova e a identificação de testemunhas oculares. Os funcionários estatais tampouco preservaram ou inspecionaram a Casa de Repouso Guararapes ou procederam a uma reconstrução dos fatos para explicar as circunstâncias em que morreu o senhor Ximenes Lopes.
190. Em virtude dessa falta de investigação, os familiares da suposta vítima denunciaram perante diversos organismos os fatos relacionados com a morte de Ximenes Lopes e reivindicaram justiça no caso. A senhora Albertina Viana Lopes, mãe da suposta vítima, recorreu à Coordenação Municipal de Controle e Avaliação da Secretaria de Saúde e Assistência Social, e a senhora Irene Ximenes Lopes Miranda, irmã da suposta vítima, recorreu à Comissão de Cidadania e Direitos Humanos da Assembléia Legislativa do Estado do Ceará (par. 112.17 *supra*).
191. Todas as falências mencionadas demonstram a negligência das autoridades encarregadas de examinar as circunstâncias da morte do senhor Damião Ximenes Lopes e constituem graves faltas do dever de investigar os fatos.<sup>135</sup>

#### B) Processo penal

192. O artigo 25.1 da Convenção dispõe a obrigação dos Estados de garantir a todas as pessoas sob sua jurisdição um recurso judicial efetivo contra atos que violem seus direitos fundamentais.<sup>136</sup> Não basta a existência formal dos recursos, mas é necessário que eles sejam efetivos, ou seja, devem ser capazes de produzir resultados ou respostas às violações de direitos contemplados na Convenção.<sup>137</sup> A existência desta garantia constitui um dos pilares básicos, não só da Convenção Americana, mas do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática, no sentido da Convenção.<sup>138</sup>
193. O recurso efetivo do artigo 25 da Convenção deve tramitar-se conforme as normas do devido processo estabelecidas no artigo 8 desse tratado, do qual se depreende que as vítimas das violações dos direitos humanos, ou seus familiares, devem dispor de amplas possibilidades de ser ouvidos e de atuar nos respectivos processos, tanto na tentativa de esclarecer os fatos e punir os responsáveis, quanto na busca de uma devida reparação.<sup>139</sup>
194. Em resposta aos tratamentos cruéis, desumanos e degradantes a que foi submetido o senhor Damião Ximenes Lopes, e a sua posterior morte, o primeiro recurso que cabia ao Estado ter proporcionado era uma investigação efetiva e um processo judicial realizado de acordo com os requisitos do artigo 8 da Convenção, com vistas ao esclarecimento dos fatos, à punição dos responsáveis e à concessão de compensação adequada.
195. O artigo 8.1 da Convenção dispõe, como um dos elementos do devido processo, que os tribunais decidam os casos submetidos ao seu conhecimento em prazo razoável. A razoabilidade do prazo deve ser apreciada em

135. Cf. *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 178; e *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 21 *supra*, par. 228.

136. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 144; *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, nota 4 *supra*, par. 214; e *Caso López Álvarez*, nota 121 *supra*, par. 137.

137. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 144; *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, nota 4 *supra*, par. 213; e *Caso López Álvarez*, nota 121 *supra*, par. 137.

138. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 144; *Caso López Álvarez*, nota 121 *supra*, par. 138; *Caso Palamara Iribarne*, nota 31 *supra*, par. 184; *Caso Acosta Calderón*. Sentença de 24 de junho de 2005. Série C, nº 129, par. 93; *Caso Yatama*. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C, nº 127, par. 169; *Caso das Irmãs Serrano Cruz*. Sentença de 1º de março de 2005. Série C, nº 120, par. 75; *Caso Tibi*, nota 111 *supra*, par. 131; *Caso 19 Comerciantes*, nota 108 *supra*, par. 193; *Caso Maritza Urrutia*, nota 111 *supra*, par. 117; *Caso Juan Humberto Sánchez*, nota 30 *supra*, par. 121; *Caso Cantos*, nota 126 *supra*, par. 52; *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros*, nota 126 *supra*, par. 150; *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awás Tingni*. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C, nº 79, par. 112; *Caso Ivcher Bronstein*. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C, nº 74, par. 135; *Caso do Tribunal Constitucional*. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C, nº 71, par. 90; *Caso Bámaca Velásquez*, nota 111 *supra*, par. 191; *Caso Cantoral Benavides*, nota 111 *supra*, par. 163; *Caso Durand e Ugarte*. Sentença de 16 de agosto de 2000. Série C, nº 68, par. 101; e *Caso dos "Meninos de Rua" (Villagrán Morales e outros)*, nota 108 *supra*, par. 234.

139. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 93 e 146; *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 144; *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 21 *supra*, par. 219; *Caso da Comunidade Moiwana*, nota 125 *supra*, par. 147; *Caso das Irmãs Serrano Cruz*, nota 138 *supra*, par. 63; *Caso 19 Comerciantes*, nota 108 *supra*, par. 186; *Caso Las Palmeras*. Sentença de 6 de dezembro de 2001. Série C, nº 90, par. 59; *Caso Durand e Ugarte*, nota 138 *supra*, par. 129; e *Caso dos "Meninos de Rua" (Villagrán Morales e outros)*, nota 108 *supra*, par. 227.



relação com a duração total do processo penal. Em matéria penal este prazo começa quando se apresenta o primeiro ato de procedimento contra determinada pessoa como provável responsável por certo delito e termina quando se profere sentença definitiva e firme.<sup>140</sup>

196. Para examinar se neste processo o prazo foi razoável, nos termos do artigo 8.1 da Convenção, a Corte levará em consideração três elementos: a) a complexidade do assunto; b) a atividade processual do interessado; e c) a conduta das autoridades judiciais.<sup>141</sup>
197. Com fundamento no exposto no capítulo sobre fatos provados, bem como nas alegações da Comissão, dos representantes e do Estado, este Tribunal considera que este caso não é complexo. Existe uma única vítima, que está claramente identificada e que morreu em uma instituição hospitalar, o que possibilita que o processo penal contra supostos responsáveis, que estão identificados e localizados, seja simples.
198. Ademais, do acervo probatório se desprende que a família do senhor Damião Ximenes Lopes cooperou na tramitação da investigação policial e dos procedimentos penal e civil, com a finalidade dar andamento ao procedimento, conhecer a verdade do ocorrido e estabelecer as respectivas responsabilidades. A senhora Albertina Viana Lopes é assistente do Ministério Público no processo penal, o que possibilitou que a família da suposta vítima participe do processo e fiscalize seu desenvolvimento. Nesse ponto cabe recordar que embora as vítimas de violações de direitos humanos, ou seus familiares, devem dispor de amplas oportunidades de participar e ser ouvidos durante o processo de investigação e o trâmite judicial (par. 193 *supra*), a investigação deve ter um sentido e ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples gestão de interesses particulares, que dependa da iniciativa processual das vítimas ou de seus familiares ou da contribuição privada de elementos probatórios, sem que a autoridade pública busque efetivamente a verdade.<sup>142</sup>
199. A demora do processo se deveu unicamente à conduta das autoridades judiciais. Em 27 de março de 2000, o Ministério Público apresentou a denúncia penal contra os supostos responsáveis pelos fatos e, transcorridos mais de seis anos do início do processo, ainda não se proferiu sentença de primeira instância. As autoridades competentes se limitaram a diligenciar o recebimento de provas testemunhais. Está provado que a Terceira Vara da Comarca de Sobral demorou mais de dois anos para realizar as audiências destinadas a ouvir as declarações de testemunhas e informantes e, em alguns períodos, não realizou atividade alguma com vistas à conclusão do processo (par. 112.29 *supra*). A esse respeito, esta Corte estima que não procede o argumento do Estado de que o atraso se deva, entre outros aspectos, ao grande número de declarações que teve de receber ou a ter tido de delegar a outras repartições judiciais o recebimento das declarações de testemunhas que não residiam em Sobral, ou ao volume de trabalho da repartição judicial que conhece da causa.
200. O Estado também alegou que o atraso no procedimento penal se deveu a que o Ministério Público, em 22 de setembro de 2003, aditou a acusação para incluir outras duas pessoas. Neste ponto é importante ressaltar que o Ministério Público é um órgão do Estado, motivo por que suas ações e omissões podem comprometer a responsabilidade internacional desse mesmo Estado. Esse Ministério tardou mais de três anos para aditar a denúncia para incluir os senhores Francisco Ivo de Vasconcelos, Diretor Clínico, e Elias Gomes Coimbra, auxiliar de enfermagem, ambos da Casa de Repouso Guararapes, apesar de ter sido o senhor Francisco Ivo de Vasconcelos o médico que atendeu o senhor Ximenes Lopes no dia de sua morte e o senhor Gomes Coimbra o enfermeiro que havia atendido a suposta vítima no decorrer de sua internação. O Centro de Apoio Operacional dos Grupos Socialmente Discriminados da Procuradoria-Geral de Justiça, do Ministério Público, em 25 de maio de 2000, dois meses após o início do processo penal, declarou ao promotor encarregado da causa referente à morte do senhor Damião Ximenes Lopes que, de acordo com o acervo probatório recolhido para essa finalidade, a denúncia deveria ser aditada, já que isso “constitu[ía] uma imposição institucional e legal”. A Corte considera que a referida alegação do Estado não é procedente para justificar a demora no procedimento penal.
201. Finalmente, após mais de dois anos do aditamento da acusação, o caso não progrediu de maneira significativa.
202. O Tribunal faz notar que o Estado informou em suas alegações finais que “já está concluída neste caso a fase de instrução da ação penal, devendo ser proferida a sentença nos primeiros meses de 2006”. No entanto, ficou

140. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par.150; *Caso López Álvarez*, nota 121 *supra*, par. 129; e *Caso Tibi*, nota 111 *supra*, par. 169.

141. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 151; *Caso López Álvarez*, nota 121 *supra*, par. 132; e *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 171.

142. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 93; *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 144; e *Caso Gómez Palomino*, nota 21 *supra*, par. 79.

demonstrado pela prova aportada pelas partes à Corte que o processo se encontra à espera de uma decisão interlocutória sobre o pedido de suspensão da apresentação das alegações finais por parte de um dos acusados originalmente e não está pronto para que o juiz profira sentença definitiva no caso (*supra* par. 112.42).

203. O prazo em que se desenvolveu o procedimento penal no caso *sub judice* não é razoável, uma vez que, após mais de seis anos, ou 75 meses de iniciado, ainda não se proferiu sentença de primeira instância e não foram apresentadas razões que possam justificar esta demora. Este Tribunal considera que este período excede em muito aquele a que se refere o princípio de prazo razoável consagrado na Convenção Americana e constitui uma violação do devido processo.<sup>143</sup>
204. Por outro lado, a falta de conclusão do processo penal teve repercussões particulares para as familiares do senhor Damião Ximenes Lopes, já que, na legislação do Estado, a reparação civil pelos danos ocasionados por um ato ilícito tipificado penalmente pode estar sujeita ao estabelecimento do delito em um processo de natureza criminal. Por este motivo na ação civil de reparação de danos tampouco se proferiu sentença de primeira instância, ou seja, a falta de justiça na ordem penal impediu que as familiares de Ximenes Lopes, em especial sua mãe, obtivessem compensação civil pelos fatos deste caso.
205. Pelo exposto, a Corte considera que o Estado não dispôs de um recurso efetivo para garantir, em um prazo razoável, o direito de acesso a justiça das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, mãe e irmã, respectivamente, do senhor Damião Ximenes Lopes, com plena observância das garantias judiciais.

\*\*\*

206. A Corte conclui que o Estado não proporcionou às familiares de Ximenes Lopes um recurso efetivo para garantir o acesso à justiça, a determinação da verdade dos fatos, a investigação, identificação, o processo e, se for o caso, a punição dos responsáveis e a reparação das conseqüências das violações. O Estado tem, por conseguinte, responsabilidade pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 desse mesmo tratado, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda.

## XI

### Reparações

#### *Aplicação do artigo 63.1*

#### *Obrigação de Reparar*

207. Em conformidade com a análise realizada nos capítulos precedentes, a Corte declarou, com base no reconhecimento parcial de responsabilidade do Estado, a violação dos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes; com base nos fatos do caso e na prova apresentada a este Tribunal, a violação do artigo 5 da Convenção, em relação com o artigo 1.1 desse tratado, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e dos senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, bem como a violação dos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção, em relação com o artigo 1.1 desse instrumento, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda. A Corte estabeleceu, em várias ocasiões, que toda violação de uma obrigação internacional que tenha provocado dano implica o dever de repará-lo adequadamente.<sup>144</sup> Para esses efeitos, o artigo 63.1 da Convenção Americana dispõe que:

[q]uando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as conseqüências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

208. Tal como salientou a Corte, o artigo 63.1 da Convenção Americana reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do direito internacional contemporâneo sobre a responsabilidade dos Estados. Desta maneira, ao ocorrer um fato ilícito imputável a um Estado, surge de imediato a responsabilidade

143. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 153; *Caso García Asto e Ramírez Rojas*, nota 20 *supra*, par. 167 a 172; e *Caso Gómez Palomino*, nota 21 *supra*, par. 85.

144. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 174; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 195; e *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, nota 4 *supra*, par. 294.

internacional deste pela violação da norma internacional de que se trata, com o conseqüente dever de reparação e de fazer cessar as conseqüências da violação.<sup>145</sup> Essa responsabilidade internacional é diferente da responsabilidade no direito interno.<sup>146</sup>

209. A reparação do dano ocasionado pela infração de uma obrigação internacional requer, sempre que seja possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), que consiste no restabelecimento da situação anterior à violação. Caso isso não seja possível, cabe ao Tribunal internacional determinar uma série de medidas para que, além de garantir o respeito dos direitos infringidos, sejam reparadas as conseqüências das infrações e estabelecido o pagamento de uma indenização como compensação pelos danos ocasionados<sup>147</sup> ou outras modalidades de satisfação. A obrigação de reparar, que se regulamenta em todos os aspectos (alcance, natureza, modalidades e determinação dos beneficiários) pelo direito internacional, não pode ser modificada ou descumprida pelo Estado obrigado, mediante a invocação de disposições de seu direito interno.<sup>148</sup>
210. As reparações, como indica o termo, consistem nas medidas destinadas a fazer desaparecer os efeitos das violações cometidas. Sua natureza e seu montante dependem do dano provocado nos planos tanto material quanto imaterial. As reparações não podem implicar o enriquecimento nem o empobrecimento da vítima ou seus sucessores.<sup>149</sup>
211. Em conformidade com os elementos probatórios recolhidos durante o processo, e à luz dos critérios anteriores, a Corte procede à análise das pretensões apresentadas pela Comissão e pelos representantes, bem como das considerações do Estado a respeito das reparações, com o objetivo de, em primeiro lugar, determinar quem são os beneficiários das reparações e em seguida dispor as medidas de reparação dos danos materiais e imateriais, as medidas de satisfação e de não-repetição e, por último, o relativo a custas e gastos.
212. A Corte resume a seguir os argumentos da Comissão Interamericana, dos representantes e do Estado sobre as reparações.

#### *Alegações da Comissão*

213. Com relação às reparações a Comissão alegou, *inter alia*, que:
- a) os beneficiários das reparações são os senhores Albertina Viana Lopes, mãe; Francisco Leopoldino Lopes, pai; Irene Ximenes Lopes Miranda, irmã, e Cosme Ximenes Lopes, irmão gêmeo.
  - b) Com relação ao dano material:
    - i. solicitou à Corte que fixe com equidade o montante da indenização correspondente ao dano emergente e lucro cessante; e
    - ii. com respeito ao lucro cessante, a Comissão observou que não houve perda de receita quanto à pensão por invalidez do Instituto Nacional do Seguro Social que a vítima recebia antes de sua morte. Salientou, entretanto, que a vítima poderia no futuro realizar atividades produtivas que aumentassem sua renda.
  - c) Com relação ao dano imaterial:
    - i. a Corte deve fixar com equidade o pagamento de uma compensação a título de dano imaterial, em razão da intensidade dos padecimentos a danos pessoais causados aos familiares do senhor Damião Ximenes Lopes em conseqüência de sua morte e da busca de justiça no caso; e
    - ii. a pensão mensal e vitalícia concedida à senhora Albertina Viana Lopes é insuficiente como reparação por dano imaterial, já que o Estado não considerou todos os aspectos do conceito de dano material e imaterial e não respeitou os padrões internacionais de compensação por violação dos direitos humanos.
  - d) Com relação a outras formas de reparação, solicitou à Corte que ordene a Estado que:

145. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 175; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 196; e *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, nota 4 *supra*, par. 295.

146. Cf. *Caso do Massacre de Mampiripán*, nota 21 *supra*, par. 211; *Caso das Irmãs Serrano Cruz*, nota 138 *supra*, par. 56; *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*, nota 108 *supra*, par. 73; e *Caso Cesti Hurtado. Exceções Preliminares*. Sentença de 26 de janeiro de 1999. Série C, nº 49, par. 47.

147. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 176; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 197; e *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, nota 4 *supra*, par. 296.

148. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 175; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 197; e *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, nota 4 *supra*, par. 296.

149. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 177; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 198; e *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, nota 4 *supra*, par. 297.

- i. adote as medidas necessárias para dar efetividade a sua obrigação de supervisionar as condições de hospitalização ou internação das pessoas portadoras de deficiência mental nos centros hospitalares, inclusive adequados sistemas de inspeção e controle judicial;
  - ii. adote as medidas necessárias para evitar a utilização de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes nos centros de saúde, inclusive programas de treinamento e capacitação, ademais da efetiva proibição e punição desse tipo de ação;
  - iii. implemente padrões mínimos para a elaboração de relatórios médicos, como os estabelecidos no Protocolo de Istambul;
  - iv. faça cessar de imediato a denegação de justiça a que continuam submetidos os familiares do senhor Ximenes Lopes no que diz respeito a sua morte;
  - v. leve o reconhecimento de responsabilidade parcial do Estado ao conhecimento da opinião pública de maneira oficial; e
  - vi. crie mecanismos de inspeção, denúncia e documentação de mortes, torturas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes de pessoas portadoras de deficiência mental.
- e) Com relação às custas e gastos, ressaltou que a Corte deve ordenar ao Estado o pagamento daquelas em que incorreram os familiares do senhor Damião Ximenes Lopes na tramitação do caso no âmbito nacional, caso existam, bem como na tramitação do caso perante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos.

#### *Alegações dos representantes*

214. Com relação às reparações mencionaram, *inter alia*, que:

- a) os beneficiários das reparações são os senhores Albertina Viana Lopes, mãe; Francisco Leopoldino Lopes, pai; Irene Ximenes Lopes Miranda, irmã; e Cosme Ximenes Lopes, irmão gêmeo.
- b) Com relação ao dano material:
  - i. relativamente ao dano emergente salientaram que os familiares incorreram em despesas que abrangem transporte entre os municípios de Sobral e Fortaleza para reunir documentos; sepultamento do senhor Damião Ximenes Lopes; traslado do corpo da vítima entre Sobral e Fortaleza para a realização da necropsia e medicamentos para os pais do senhor Ximenes Lopes. Solicitaram, por conseguinte, à Corte que fixe com equidade a quantia de US\$10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América). Incluem-se nesta rubrica despesas em instâncias nacionais e internacionais;
  - ii. com respeito ao lucro cessante, alegaram que uma pessoa portadora de deficiência mental pode chegar a ter uma vida produtiva. Considerando, portanto, a expectativa de vida da vítima e o salário mínimo do Estado, solicitaram que a Corte fixe com equidade a quantia de US\$67.550,00 (sessenta e sete mil e quinhentos e cinqüenta dólares dos Estados Unidos da América) a favor do senhor Damião Ximenes Lopes. Igualmente, a senhora Irene Ximenes Lopes Miranda passou três anos sem motivação para trabalhar e perdeu seu emprego após a morte de seu irmão. Solicitaram à Corte que fixe com equidade a quantia de US\$41.850,00 (quarenta e um mil e oitocentos e cinqüenta dólares dos Estados Unidos da América) a seu favor; e
  - iii. consideraram que a pensão concedida pela Lei nº 13.491 em favor da senhora Albertina Viana Lopes. Essa senhora recebe a pensão por invalidez que antes cabia ao senhor Damião Ximenes Lopes.
- c) Com relação ao dano imaterial:
  - i. pelos sofrimentos experimentados pelo senhor Damião Ximenes Lopes, solicitaram à Corte que fixe com equidade a quantia de US\$80.000,00 (oitenta mil dólares dos Estados Unidos da América) a seu favor;
  - ii. com respeito à senhora Albertina Viana Lopes, mãe da vítima, salientaram que passou a sofrer de depressão com a morte do filho, que atualmente é vítima de alguns distúrbios emocionais e que a pensão vitalícia estabelecida pelo Estado não pode ser considerada uma reparação para ela, nem para os demais familiares. Solicitaram, por conseguinte, à Corte que fixe com equidade a quantia de US\$50.000,00 (cinqüenta mil dólares dos Estados Unidos da América) a seu favor. Salientaram também que a referida senhora foi vítima direta dos abusos e maus-tratos sofridos pelo filho, já que presenciou os suplícios a que o submeteram e foi, ademais, tratada de maneira desrespeitosa pelo diretor da Casa de Repouso Guararapes. Por esse motivo, solicitaram à Corte que aumente a quantia a

- ela destinada em US\$25.000,00 (vinte e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América);
- iii. relativamente ao senhor Francisco Leopoldino Lopes, pai do senhor Damião Ximenes Lopes, ressaltaram que sofreu de depressão por um longo período e crê que nunca se fará justiça no caso de seu filho. Hoje frequenta a igreja em busca de consolo espiritual. Solicitaram, por conseguinte, à Corte que fixe com equidade a quantia de US\$50.000,00 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) a seu favor;
  - iv. quanto à senhora Irene Ximenes Lopes Miranda, irmã do senhor Damião Ximenes Lopes, a morte da vítima lhe trouxe sofrimento físico e psicológico; perdeu o emprego 26 dias depois dos fatos do caso e por três anos sofreu de depressão, a que lhe deixou sem motivação para trabalhar. Sofreu desgaste mental e emocional na busca de justiça, em virtude das inumeráveis reuniões e audiências a que compareceu perante órgãos vinculados às áreas de saúde e direitos humanos e ao Poder Judiciário, e sentiu “humilhação por mendigar justiça”. Por sua vez, para o senhor Cosme Ximenes Lopes, irmão gêmeo do senhor Damião Ximenes Lopes, a morte da vítima trouxe desespero, uma vez que poderia eventualmente ser vítima do que ocorrera ao irmão, no caso de voltar a necessitar de serviços psíquico-hospitalares. Sofreu seis anos de frustração pela impunidade dos responsáveis e constante amargura pela perda de seu irmão gêmeo. Em vista do exposto, solicitaram à Corte que fixe com equidade a quantia de US\$15.000,00 (quinze mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada um deles.
- d) Com relação a outras formas de reparação, mencionaram que:
- i. reconhecem as iniciativas do Estado para melhorar as condições do atendimento psiquiátrico;
  - ii. as denúncias de graves violações de direitos humanos cometidas em instituições de saúde mental devem ser eficazmente investigadas e todas as pessoas envolvidas devem ser responsabilizadas;
  - iii. os órgãos de fiscalização devem estabelecer procedimentos de supervisão do funcionamento das unidades de saúde;
  - iv. o Estado deve ordenar o fechamento das unidades psiquiátricas reprovadas pelo Programa Nacional de Avaliação dos Hospitais Psiquiátricos, que ainda estejam funcionando;
  - v. o Estado deve aprovar e implementar o Projeto de Lei nº 429/2003, que estabelece o “Estatuto das Pessoas Portadoras de Deficiências”; e
  - vi. o Estado deve adotar as medidas cabíveis para erradicar a prática de tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes; adequar as instituições psiquiátricas às condições exigidas pelos instrumentos internacionais que regulamentam a matéria e estabelecer a definitiva proibição e punição dessas práticas.
- e) Quanto às custas e despesas, alegaram que:
- i. a família Ximenes Lopes incorreu em uma série de despesas relacionadas com diligências administrativas e processuais posteriormente à morte da vítima, motivo por que solicitaram à Corte que fixe com equidade a quantia de US\$10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América); e
  - ii. a Justiça Global incorreu em despesas para a prestação de serviços jurídicos no litígio internacional. Solicitaram, portanto, que a Corte fixe com equidade a quantia de US\$20.000,00 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América) a seu favor. Além disso, os representantes indicaram as despesas em que incorreram a título de honorários de seus advogados no decorrer dos anos de tramitação do caso perante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e solicitaram à Corte que fixe com equidade a quantia de US\$25.000,00 (vinte e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) a seu favor.

### *Alegações do Estado*

215. Relativamente às reparações alegou, *inter alia*, que:

- a) quanto aos beneficiários, não existe dano que reparar com relação aos senhores Francisco Leopoldino Lopes, Irene Ximenes Lopes Miranda e Cosme Ximenes Lopes e, com relação a senhora Albertina Viana Lopes, o dano moral por ela sofrido já foi reparado, tanto civil quanto simbolicamente.
- b) Com respeito ao dano material:
  - i. a senhora Albertina Viana Lopes não sofreu perda patrimonial nem lucro cessante, já que percebe uma pensão mensal e vitalícia por morte do Instituto Nacional do Seguro Social. A pensão por

morte só é destinada a pessoas que dependam financeiramente do falecido. Não cabe, por conseguinte, o pagamento de pensão por morte e lucro cessante aos demais familiares da vítima, uma vez que estes tinham renda própria e não dependiam economicamente do senhor Damião Ximenes Lopes;

- ii. não há dano emergente, já que o processo penal foi promovido pelo Ministério Público;
  - iii. na ação civil de reparação de danos, a senhora Albertina Viana Lopes litigou gratuitamente;
  - iv. os gastos em que incorreram os familiares do senhor Damião Ximenes Lopes foram efetuados voluntariamente, motivo por que não compete ao Estado indenizá-los; e
  - v. o Estado do Ceará concedeu à senhora Albertina Viana Lopes uma pensão mensal e vitalícia no montante de R\$308,00 (trezentos e oito reais). Essa pensão correspondente ao salário mínimo do Estado do Ceará, ajustável pelo mesmo índice de revisão geral aplicado aos servidores públicos estaduais. Essa pensão contribui para o orçamento familiar e é perfeitamente adequada à compensação pelo dano sofrido, sem que se configure o enriquecimento sem causa.
- c) Quanto ao dano imaterial:
- i. a senhora Albertina Viana Lopes promoveu uma ação civil de reparação por “danos morais” contra particulares e não contra o Estado. Esse processo foi suspenso à espera do resultado da ação penal. Existe a possibilidade de que ocorra *bis in idem* neste caso, na hipótese de que na ação civil de reparação de danos se condene e se efetue o pagamento de uma indenização e que a Corte, por sua vez, decida condenar o Estado a pagar uma indenização “por danos morais” à senhora Albertina Viana Lopes. O mesmo dano estaria neste caso sendo duplamente reparado;
  - ii. o senhor Cosme Ximenes Lopes não tomou conhecimento da morte de seu irmão, não havendo, portanto, dano moral com base no desconhecido;
  - iii. a senhora Irene Ximenes Lopes Miranda não pode ser considerada parte diretamente lesada, já que não mantinha relação próxima com o senhor Damião Ximenes Lopes;
  - iv. o pai do senhor Damião Ximenes Lopes não mantinha relação familiar com o filho, motivo por que não pode ser beneficiário de indenização alguma por dano imaterial;
  - v. o senhor Damião Ximenes Lopes tinha nove irmãos. Em consideração à noção de “justiça justa”, não se pode conceber o pagamento de indenização por danos morais apenas a dois irmãos. Não há como medir a dor familiar que decorre da morte de um parente, de modo que os mesmos critérios para a reparação da dor moral sofrida por um irmão devam ser utilizados para reparação do dano psíquico de todos os demais; e
  - vi. reconheceu “os danos morais” e seu dever de indenizar materialmente a mãe do senhor Damião Ximenes Lopes, razão pela qual efetuou o pagamento de uma justa indenização no âmbito interno, mediante a pensão vitalícia estadual, acumulada com a pensão federal e vitalícia por morte a favor da senhora Albertina Viana Lopes, as quais devem ser consideradas pela Corte. À senhora Albertina Viana Lopes já foram reparados o “dano moral” e o dano civil ocasionados. Os demais familiares da vítima indicados pela Comissão e pelos representantes são naturalmente alcançados pelas outras formas de reparação.
- d) Com relação às outras formas de reparação, o Estado alegou que adotou todas as providências que se esperam de um Estado democrático de direito para evitar a repetição de eventos similares ao que atingiu o senhor Damião Ximenes Lopes. Adotou numerosas medidas no Município de Sobral, entre as quais estão as unidades especializadas no tratamento de pessoas portadoras de diversas doenças. Adotou também, entre outras, medidas no âmbito nacional, tais como a aprovação, em 2001, da Lei nº 10.216 conhecida como “Lei de Reforma Psiquiátrica”; realizou um seminário sobre “Direito à Saúde Mental – Regulamentação e Aplicação da Lei nº 10.216”; e implementou diversos programas relacionados com os serviços de saúde. Por último, o Estado informou que efetuou reparações simbólicas, ao dar ao Centro de Atenção Psicossocial de Sobral (CAPS), em homenagem à vítima, o nome de “Centro de Atenção Psicossocial Damião Ximenes Lopes”, ao realizar a Terceira Conferência Nacional de Saúde Mental na denominada Sala Damião Ximenes Lopes; e ao declarar publicamente na audiência realizada perante a Corte o reconhecimento parcial de sua responsabilidade internacional pela violação dos direitos consagrados nos artigos 4 e 5 da Convenção Americana.

- e) Com relação às custas e despesas, alegou que nada há a ser ressarcido aos familiares do senhor Damião Ximenes Lopes no âmbito interno e que tampouco efetuaram despesas com a tramitação deste caso, seja perante a Comissão, ou perante este Tribunal e, caso isso tenha ocorrido, não foram elas comprovadas.

*Considerações da Corte*

A) *BENEFICIÁRIOS*

216. A Corte considera como “parte lesada” o senhor Damião Ximenes Lopes, na qualidade de vítima das violações dos direitos consagrados nos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 do mesmo instrumento, motivo por que será credor das reparações que fixe o Tribunal a título de dano material e imaterial.
217. Este Tribunal considera, ademais, como “parte lesada” as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, familiares do senhor Damião Ximenes Lopes, na qualidade de vítimas da violação dos direitos consagrados nos artigos 5, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com seu artigo 1.1 (par. 163 e 206 *supra*). Esta Corte considera ainda como “parte lesada” os senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, também familiares de Ximenes Lopes, na qualidade de vítimas da violação do direito consagrado no artigo 5 da Convenção Americana, em relação com o artigo 1.1 desse instrumento (par. 163 *supra*). A Corte considera essas pessoas, por conseguinte, credoras das reparações que venha a fixar a esse respeito.
218. As senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e os senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, ademais, serão credores das reparações que o Tribunal fixe como consequência das violações cometidas em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes, as quais serão distribuídas da seguinte maneira:
- a) oitenta por cento (80%) da indenização respectiva deverá ser dividida em partes iguais entre as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda; e
  - b) vinte por cento (20%) da indenização respectiva deverá ser dividida em partes iguais entre os senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes.
219. Caso os familiares credores das indenizações que sejam fixadas nesta sentença venham a falecer antes que lhes seja entregue a indenização de que se trata, o montante a eles devido será distribuído conforme o direito interno.<sup>150</sup>

B) *DANO MATERIAL*

220. Esta Corte passa a determinar o dano material, que supõe a perda ou depreciação da renda da vítima e, quando cabível, de seus familiares, e as despesas efetuadas em consequência dos fatos no caso *sub judice*.<sup>151</sup> A esse respeito, fixará um montante indenizatório que procure compensar as consequências patrimoniais das violações declaradas na presente sentença. Para resolver sobre o dano material, serão considerados os argumentos das partes, o acervo probatório e a jurisprudência do próprio Tribunal.

*B.1. Perda de ingressos*

221. Os representantes e a Comissão solicitaram à Corte que determine uma indenização a título de perda de ingressos em favor do senhor Damião Ximenes Lopes.
222. Está provado que a única renda do senhor Damião Ximenes Lopes no momento de sua morte era a pensão por incapacidade que recebia do Instituto Nacional do Seguro Social. De acordo com o artigo 3 da Lei nº 8.212/91, como consequência da morte do beneficiário da pensão, surgiu o direito de seu dependente de passar a recebê-la. Neste caso, e em virtude de lei, o Estado mantém integralmente a pensão por morte a favor da senhora Albertina Viana Lopes, considerada dependente do senhor Damião Ximenes Lopes (par. 112.68 *supra*)
223. Do acima exposto, e dada a natureza da referida pensão, não ocorreu uma redução do percebido a esse título,

150. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 192; *Caso López Álvarez*, nota 121 *supra*, par. 203; e *Caso Gómez Palomino*, nota 21 *supra*, par. 123.

151. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 183; *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 216; e *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, nota 4 *supra*, par. 301.

motivo por que esta Corte considera que não procede a fixação de indenização por perda de ingressos a favor do senhor Damião Ximenes Lopes.

224. Por outro lado, os representantes alegaram que a senhora Irene Ximenes Lopes Miranda, irmã da vítima, deixou seu emprego na Municipalidade de Ipueiras em consequência da morte do irmão e solicitaram à Corte que fixe a quantia de US\$41.850 (quarenta e um mil e oitocentos e cinqüenta dólares dos Estados Unidos da América) a favor da referida senhora, a título de perda de ingressos.
225. Em vista das alegações dos representantes, esta Corte considera que há elementos para concluir que a senhora Irene Ximenes Lopes Miranda deixou de perceber seus ingressos por algum tempo ao não poder trabalhar, em virtude da morte de seu irmão. Este Tribunal considera, por conseguinte, procedente fixar com equidade a quantia de US\$10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) como indenização a título de dano material a favor da referida senhora, a qual lhe deverá ser entregue.

#### B.2) Dano emergente

226. Analisada a informação recebida pelas partes, os fatos do caso e sua jurisprudência, o Tribunal observa que, apesar de não terem sido aportados os comprovantes de despesas, é de presumir que os familiares do senhor Damião Ximenes Lopes incorreram em diversos gastos funerários,<sup>152</sup> bem como em outros gastos relacionados com o traslado do corpo da vítima da cidade de Sobral até a cidade de Fortaleza para a realização da necropsia. A Corte estima pertinente, portanto, fixar, com equidade, a quantia de US\$1.500,00 (mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América) como indenização a título de dano emergente, a qual deverá ser entregue a senhora Albertina Viana Lopes.

#### C) DANO IMATERIAL

227. O dano imaterial pode abranger os sofrimentos e as aflições, o menoscabo de valores muito significativos para as pessoas e as alterações, de caráter não-pecuniário, nas condições de existência das vítimas. Não sendo possível atribuir ao dano imaterial um equivalente monetário preciso, a reparação integral às vítimas só pode ser objeto de compensação de duas maneiras. Em primeiro lugar, mediante o pagamento de uma quantia em dinheiro ou a entrega de bens ou serviços apreciáveis em dinheiro, que o Tribunal determine em aplicação razoável do arbítrio judicial e em termos de equidade. Em segundo lugar, mediante a realização de atos ou obras de alcance ou repercussão públicos, que tenham como efeito, entre outros, reconhecer a dignidade da vítima e evitar a repetição das violações.<sup>153</sup>
228. No caso *sub judice*, este Tribunal declarou que o Estado é responsável pela violação de direitos consagrados nos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes; no artigo 5 da Convenção, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes e dos senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes; e nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes, todos em relação com o artigo 1.1 desse instrumento. O Estado deve, por conseguinte, reparar Damião Ximenes Lopes e seus familiares pelo dano causado.
229. Antes de passar a determinar as reparações cabíveis no presente caso, esta Corte estima oportuno referir-se à ação civil de reparação de danos interposta pela senhora Albertina Viana Lopes na jurisdição interna e à pensão vitalícia constituída pelo Estado do Ceará, mediante a Lei nº 13.491, a favor da referida senhora (par. 112.69 *supra*).
230. Com relação à ação civil de reparação de danos, o Estado alegou que a Corte deve evitar um *bis in idem* que ocorreria na suposição de que, por um lado, a ação civil de reparação de danos fosse declarada procedente na tramitação perante a jurisdição interna, com o consequente pagamento de uma indenização e, por outro, que a Corte decidisse condenar o Estado a pagar uma indenização por danos imateriais a favor da senhora Albertina Viana Lopes. Segundo o Estado o mesmo dano estaria sendo em consequência duplamente reparado. Aduziu, por sua vez, que o pedido da ação civil de reparação de danos havia sido interposto contra particulares e não contra o Estado.
231. A esse respeito, a Corte considera que as vítimas ou seus familiares mantêm o direito a que fazem jus de

152. Cf. *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*, nota 108 *supra*, par. 207.

153. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 188; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 219; e *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, nota 4 *supra*, par. 308.



reclamar perante a jurisdição interna uma indenização dos particulares que pudessem ser responsabilizados pelo dano. Neste caso, Albertina Viana Lopes exerceu esse direito ao interpor a ação civil de reparação de danos, que ainda se encontra pendente de solução.

232. Em virtude da responsabilidade internacional em que incorreu o Estado, nasce para esse mesmo Estado uma relação jurídica nova que consiste na obrigação de reparar,<sup>154</sup> distinta da reparação que os familiares da vítima pudessem obter de outras pessoas físicas ou jurídicas. Por conseguinte, o fato de que tramite uma ação civil de reparação de danos contra particulares no foro interno não impede que a Corte ordene uma reparação econômica a favor da senhora Albertina Viana Lopes, pelas violações da Convenção Americana. Caberá ao Estado, na sua jurisdição, resolver as conseqüências que possam eventualmente advir da ação civil de reparação de danos que a senhora Albertina Viana Lopes interpôs na jurisdição interna.
233. O Estado também solicitou à Corte que declare que efetuou o pagamento de uma justa indenização no âmbito interno, por meio da pensão vitalícia estadual, como compensação do “dano moral”. A esse respeito, está demonstrado que o Estado do Ceará expediu a Lei nº 13.491, que determinou uma pensão mensal vitalícia a favor da senhora Albertina Viana Lopes, que atualmente alcança o valor de R\$323.40 (trezentos e vinte e três reais e quarenta centavos), desde 16 de junho de 2004, depois de mais de quatro anos da morte da vítima (par. 112.69 *supra*).
234. A Corte reconhece o fato de que o Estado do Ceará estipulou *motu proprio* a referida pensão em benefício da senhora Albertina Viana Lopes. No entanto, em virtude das considerações expostas acima, este Tribunal estima procedente fixar uma indenização por dano imaterial a favor da mãe do senhor Damião Ximenes Lopes, ou de seus familiares, se for o caso, pelas violações de seus direitos humanos consagrados na Convenção Americana declaradas nesta Sentença (par. 163 e 206 *supra*), sem deixar de observar que a referida pensão constitui um benefício legal vitalício concedido à senhora Albertina Viana Lopes, que a Corte valoriza, independentemente das reparações que fixe a título de dano imaterial (par. 237.b e 238.b *infra*).

\* \* \*

235. No caso *sub judice*, em consideração aos sofrimentos causados ao senhor Damião Ximenes Lopes, e que também produziram sofrimentos a alguns de seus familiares, mudança de suas condições de existência e a outras conseqüências de ordem não pecuniária, a Corte estima pertinente determinar o pagamento de uma compensação, fixada equitativamente, a título de danos imateriais.<sup>155</sup>
236. Este Tribunal reconhece que às senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, familiares do senhor Damião Ximenes Lopes, foi causado um dano imaterial pela falta de uma investigação séria, diligente e efetiva por parte das autoridades estatais para determinar o ocorrido à vítima e, quando cabível, para identificar e punir os responsáveis. A Corte estima que neste caso não é pertinente ordenar o pagamento de compensação econômica a título de dano imaterial pela violação dos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, levando em conta que esta sentença constitui, *per se*, uma forma de reparação<sup>156</sup> e considerando que os atos ou obras de alcance ou repercussão públicos especificados nos seguintes parágrafos significam uma devida reparação nos termos do artigo 63.1 da Convenção.
237. Em consideração aos diferentes aspectos do dano aduzidos pela Comissão e pelos representantes, a Corte considera os seguintes aspectos:
- a) no que se refere ao senhor Damião Ximenes Lopes, este Tribunal leva em conta para a determinação da indenização a título de dano imaterial que está provado que este não recebeu assistência médica nem tratamento adequados como paciente portador de deficiência mental, que por sua condição era especialmente vulnerável e foi submetido a tratamentos cruéis desumanos e degradantes enquanto esteve hospitalizado na Casa de Repouso Guararapes, situação que se viu agravada com sua morte (par. 112.7, 112.8, 112.9, 112.11, 112.12, 112.56 e 112.57 *supra*);
  - b) na determinação da indenização a título de dano imaterial que cabe à senhora Albertina Viana Lopes,

154. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 175; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 196; e *Caso Baena Ricardo e outros*. Competência. Sentença de 28 de novembro de 2003. Série C, nº 104, par. 65.

155. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 189; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 220; e *Caso López Álvarez*, nota 121 *supra*, par. 200.

156. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 189; *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, nota 4 *supra*, par. 309; e *Caso López Álvarez*, nota 121 *supra*, par. 200.

- esta Corte toma em conta o fato de que é a mãe do falecido. Considera, ademais, que foi constatado o profundo sofrimento e angústia que lhe causou ver a situação deplorável em que se encontrava seu filho na Casa de Repouso Guararapes e seu conseqüente falecimento; e as seqüelas físicas e psicológicas posteriormente produzidas (par. 112.70 e 157);
- c) com respeito ao senhor Francisco Leopoldino Lopes, com a finalidade de determinar a indenização por danos imateriais, o Tribunal considera o fato de que era o pai do senhor Damião Ximenes Lopes, mantinha vínculo afetivo com ele e sofreu em conseqüência da morte do filho (par. 112.71 e 159 *supra*);
- d) no que se refere à senhora Irene Ximenes Lopes Miranda, irmã do senhor Damião Ximenes Lopes, o Tribunal, para a determinação da indenização a título de dano imaterial, considera o sofrimento causado pela morte de seu irmão, com quem mantinha um laço afetivo estreito, o que lhe causou sofrimentos e seqüelas psicológicas posteriores. A senhora Irene Ximenes Lopes Miranda, ademais, ainda em detrimento do bem-estar de suas filhas, procurou justiça a partir da morte do irmão, para o que recorreu a diversos órgãos na jurisdição interna e internacional, o que a fez sofrer e reviver de maneira constante as circunstâncias da morte do irmão (par. 112.70, 160 e 161 *supra*); e
- e) na determinação da indenização a título de dano imaterial que cabe ao senhor Cosme Ximenes Lopes, que também esteve internado em instituições psiquiátricas, a Corte considera o vínculo afetivo e a identificação que havia entre os dois irmãos e o fato de que o falecimento de seu irmão lhe causou dor e sofrimento, que esteve em estado de choque, sofreu depressão e deixou de trabalhar em conseqüência da morte do senhor Damião Ximenes Lopes (par. 112.71 e 162 *supra*).
238. Em consideração ao exposto, a Corte fixa com equidade o valor das compensações a esse título, nos seguintes termos :
- a) para o senhor Damião Ximenes Lopes a quantia de US\$50.000,00 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América), que deverá ser distribuída entre as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e os senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes;
- b) para a senhora Albertina Viana Lopes a quantia de US\$30.000,00 (trinta mil dólares dos Estados Unidos da América);
- c) para o senhor Francisco Leopoldino Lopes a quantia de US\$10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) ;
- d) para a senhora Irene Ximenes Lopes Miranda, a quantia de US\$25.000,00 (vinte e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América); e
- e) para o senhor Cosme Ximenes Lopes a quantia de US\$10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América).
239. A compensação determinada a favor do senhor Damião Ximenes Lopes será entregue em conformidade com o parágrafo 218 da presente Sentença e a compensação determinada a favor das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e dos senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes será entregue a cada um deles.

#### D) OUTRAS FORMAS DE REPARAÇÃO

(Medidas de Satisfação e Garantias de Não-Repetição)

240. Nos seguintes parágrafos o Tribunal determinará as medidas de satisfação que procuram reparar o dano imaterial, que não têm alcance pecuniário, bem como disporá medidas de alcance ou repercussão públicos.<sup>157</sup>
241. Para efeitos de uma desculpa pública aos familiares da vítima, a Corte acata e aprecia o reconhecimento parcial de responsabilidade internacional realizado pelo Estado na audiência pública realizada em 30 de novembro de 2005, com relação ao presente caso (par. 36 e 63 *supra*). Nessa oportunidade, o Estado manifestou que:
- reconhece a procedência da petição da Comissão Interamericana na que se refere à violação dos artigos 4 (Direito à vida) e 5 (Direito à integridade pessoal) da Convenção Americana.
242. Ademais, este Tribunal destaca o fato de que em 3 de novembro de 2005 o Estado deu ao Centro de Atenção Psicossocial de Sobral (CAPS), instalado na cidade de Sobral no âmbito da criação da Rede de Atenção Integral

157. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 193; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 228; e *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 264.

à Saúde Mental, o nome de “Centro de Atenção Psicossocial Damião Ximenes Lopes”. O Estado também deu à sala em que se realizou a Terceira Conferência de Saúde Mental o nome do senhor Damião Ximenes Lopes. Isso contribui para conscientizar quanto à não-repetição de fatos lesivos como os ocorridos neste caso e manter viva a memória da vítima.<sup>158</sup>

243. A Corte também reconhece que o Estado adotou internamente uma série de medidas para melhorar as condições da atenção psiquiátrica nas diversas instituições do Sistema Único de Saúde (SUS). Algumas dessas medidas foram adotadas pelo Município de Sobral, a saber: foi constituída uma comissão para investigar a responsabilidade da Casa de Repouso Guararapes em relação com a morte do senhor Damião Ximenes Lopes; foi implementada a Rede de Atenção Integral à Saúde Mental de Sobral; foi assinado no ano 2000 um convênio entre o Programa Saúde na Família e a Equipe de Saúde Mental do Município de Sobral; e foram criados uma Unidade de Internação Psiquiátrica no Hospital Dr. Estevão da Ponte do Município de Sobral; um Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) especializado no tratamento de pessoas portadoras de psicose e neurose; um Centro de Atenção Psicossocial (CAPS) especializado no tratamento de pessoas dependentes de álcool e outras substâncias psicotrópicas; o Serviço Residencial Terapêutico; e uma unidade ambulatorial de psiquiatria regionalizada no Centro de Especialidades Médicas e equipes do Programa Saúde na Família. O Estado também adotou várias medidas no âmbito nacional, entre as quais estão a aprovação da Lei nº 10.216, em 2001, conhecida como “Lei de Reforma Psiquiátrica”; a realização do seminário sobre “Direito à Saúde Mental – Regulamentação e aplicação da Lei nº 10.216”, em 23 de novembro de 2001; a realização da Terceira Conferência Nacional de Saúde Mental em dezembro de 2001; a criação a partir de 2002 do Programa Nacional de Avaliação dos Serviços Hospitalares Psiquiátricos; a implementação em 2004 do Programa de Reestruturação Hospitalar do Sistema Único de Saúde; a implementação do “Programa de Volta para Casa”; e a consolidação em 2004 do Fórum de Coordenadores de Saúde Mental.

244. Este Tribunal valoriza que o Estado adotou as referidas medidas, cuja eficaz aplicação possibilitará o melhoramento do atendimento de saúde e sua regulamentação e fiscalização no âmbito do Sistema Único de Saúde.

*a) Obrigação de investigar os fatos que geraram as violações no presente caso*

245. Os familiares de vítimas de violações de direitos humanos têm o direito a um recurso efetivo. O conhecimento da verdade dos fatos em violações de direitos humanos como as deste caso é um direito inalienável e um meio importante de reparação para a suposta vítima e, quando cabível, para seus familiares, além de constituir uma forma de esclarecimento fundamental para que a sociedade possa desenvolver mecanismos próprios de desaprovação e prevenção de violações como essas no futuro.<sup>159</sup>

246. Em conseqüência, os familiares das vítimas têm o direito, e os Estados têm a correspondente obrigação, a que o ocorrido seja efetivamente investigado pelas autoridades estatais, a que se inicie um processo contra os supostos responsáveis por esses ilícitos e, se for o caso, de que lhes sejam impostas as sanções pertinentes (par. 170 a 206 *supra*).<sup>160</sup>

247. Neste caso a Corte estabeleceu que, transcorridos mais de seis anos dos fatos, os autores dos tratamentos cruéis, desumanos e degradantes, bem como da morte do senhor Damião Ximenes Lopes, não foram responsabilizados, prevalecendo a impunidade (par. 170 a 206 *supra*).

248. A Corte adverte que o Estado deve garantir que em um prazo razoável o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos, conferindo aplicabilidade direta no direito interno às normas de proteção da Convenção Americana.

158. Cf. *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri*, nota 108 *supra*, par. 236; *Caso Myrna Mack Chang*, nota 108 *supra*, par. 286; e *Caso Trujillo Oroza. Reparaciones* (art. 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Sentença de 27 de fevereiro de 2002. Série C, nº 92, par. 122.

159. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 196; *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 266; e *Caso Gómez Palomino*, nota 21 *supra*, par. 78.

160. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 197; *Caso do Massacre de Puerto Bello*, nota 25 *supra*, par. 219; e *Caso Blanco Romero*, nota 20 *supra*, par. 62 e 96.

b) *Publicação da sentença*

249. Conforme o disposto em outros casos,<sup>161</sup> como medida de satisfação, o Estado deverá publicar no Diário Oficial e em outro jornal de ampla circulação nacional, uma só vez, o Capítulo VII, relativo aos fatos provados desta sentença, sem as respectivas notas de pé de página e, ademais, sua parte resolutiva. Para essas publicações fixa-se o prazo de seis meses, a partir da notificação da presente Sentença.

c) *Estabelecimento de programas de capacitação*

250. Ficou provado neste caso que no momento dos fatos não se dispensava adequada atenção ao tratamento e internação de pessoas portadoras de deficiência mental, como no caso da Casa de Repouso Guararapes, instituição que oferecia esse serviço no Sistema Único de Saúde. Embora se destaque o fato de que o Estado adotou diversas medidas destinadas a melhorar esse atendimento, este Tribunal considera que o Estado deve continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem, bem como para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o tratamento a ser oferecido às pessoas portadoras de deficiência mental, de acordo com as normas internacionais sobre a matéria e as dispostas nesta Sentença (par. 130 a 135).

\*\*\*

251. A presente Sentença constitui *per se* uma forma de reparação e satisfação para as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e os senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes.

E) *CUSTAS E GASTOS*

252. As custas e gastos estão compreendidas no conceito de reparação consagrado no artigo 63.1 da Convenção Americana. Compete ao Tribunal apreciar prudentemente e com base na equidade, seu alcance, considerando os gastos gerados nas jurisdições interna e interamericana e levando em conta sua comprovação, as circunstâncias do caso concreto e a natureza da jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos.<sup>162</sup>

253. A esse respeito, o Tribunal considera equitativo ordenar ao Estado que reembolse a quantia de US\$10.000.00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) ou seu equivalente em moeda do Brasil, que deverá ser entregue à senhora Albertina Viana Lopes para que, por um lado, compense as despesas em que incorreram os familiares do senhor Damião Ximenes Lopes e, por outro, entregue ao Centro de Justiça Global uma quantia que julgue pertinente, para compensar as realizadas por essa organização.

F) *MODALIDADE DE CUMPRIMENTO*

254. O Estado deverá pagar em dinheiro as indenizações e reembolsar as custas e gastos (par. 225, 226, 238 e 253 *supra*) em um ano, contado a partir da notificação desta sentença. No caso das outras reparações ordenadas deverá dar cumprimento às medidas em tempo razoável (par. 248 *supra*) ou naquele que esta sentença disponha especificamente (par. 249 *supra*).

255. O pagamento das indenizações estabelecidas a favor das vítimas será efetuado diretamente a elas. Se alguma delas vier a falecer, o pagamento será feito a seus herdeiros.

256. Se por causas atribuíveis aos beneficiários da indenização não lhes for possível recebê-la no prazo mencionado de um ano, o Estado consignará essas quantias a favor daqueles em uma conta ou certificado de depósito em uma instituição bancária brasileira solvente e nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancárias. Se a indenização não for reclamada ao cabo de dez anos, a soma respectiva será devolvida ao Estado, com os juros gerados.

257. O montante destinado à liquidação das custas e gastos gerados pelas gestões realizadas pelos familiares e pelos representantes nos procedimentos interno e internacional, conforme seja o caso, será transferido a senhora Albertina Viana Lopes (par. 253 *supra*), que efetuará os respectivos pagamentos.

161. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 194; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 236; e *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, nota 4 *supra*, par. 313.

162. Cf. *Caso Baldeón García*, nota 4 *supra*, par. 208; *Caso Comunidade Indígena Sawhoyamaya*, nota 4 *supra*, par. 237; e *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, nota 4 *supra*, par. 315.

258. O Estado deve cumprir as obrigações econômicas determinadas nesta Sentença mediante o pagamento em dólares dos Estados Unidos da América ou seu equivalente na moeda nacional do Brasil.
259. Os montantes fixados na presente Sentença a título de indenização, gastos e custas deverão ser entregues integralmente aos beneficiários, conforme o que se dispõe na Sentença. Não poderão, por conseguinte, ser afetados, reduzidos ou condicionados por motivos fiscais atuais ou futuros.
260. No caso de que o Estado incorra em mora, pagará juros sobre o montante devido, correspondente aos juros de mora bancários no Brasil.
261. Conforme determinou e praticou em todos os casos submetidos ao seu conhecimento, a Corte supervisionará o cumprimento da presente sentença em todos os seus aspectos. Esta supervisão é inerente às atribuições jurisdicionais do Tribunal e necessária para que este possa cumprir a obrigação a ele designada pelo artigo 65 da Convenção. O caso se dará por concluído uma vez que tenha o Estado dado cabal cumprimento ao disposto na Sentença. No prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado apresentará à Corte um primeiro relatório sobre as medidas adotadas para o cumprimento desta Sentença.

## XII Pontos Resolutivos

262. Portanto,

**A CORTE,**

**DECIDE,**

Por unanimidade,

1. Admitir o reconhecimento parcial de responsabilidade internacional efetuado pelo Estado pela violação dos direitos à vida e à integridade pessoal consagrados nos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos estabelecida no artigo 1.1 desse tratado, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes, nos termos dos parágrafos 61 a 81 da presente Sentença.

**DECLARA,**

Por unanimidade, que

2. O Estado violou, em detrimento do senhor Damião Ximenes Lopes, tal como o reconheceu, os direitos à vida e à integridade pessoal consagrados nos artigos 4.1 e 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos estabelecida no artigo 1.1 desse tratado, nos termos dos parágrafos 119 a 150 da presente Sentença.
3. O Estado violou, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e dos senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, familiares do senhor Damião Ximenes Lopes, o direito à integridade pessoal consagrado no artigo 5 da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos estabelecida no artigo 1.1 desse tratado, nos termos dos parágrafos 155 a 163 da presente Sentença.
4. O Estado violou, em detrimento das senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, familiares do senhor Damião Ximenes Lopes, os direitos às garantias judiciais e à proteção judicial consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação com a obrigação geral de respeitar e garantir os direitos estabelecida no artigo 1.1 desse tratado, nos termos dos parágrafos 170 a 206 da presente Sentença.
5. Esta Sentença constitui *per se* uma forma de reparação, nos termos do parágrafo 251 dessa mesma Sentença.

**E DISPÕE,**

Por unanimidade, que:

6. O Estado deve garantir, em um prazo razoável, que o processo interno destinado a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos, nos termos dos parágrafos 245 a 248 da presente Sentença.

7. O Estado deve publicar, no prazo de seis meses, no Diário Oficial e em outro jornal de ampla circulação nacional, uma só vez, o Capítulo VII relativo aos fatos provados desta Sentença, sem as respectivas notas de pé de página, bem como sua parte resolutiva, nos termos do parágrafo 249 da presente Sentença.
8. O Estado deve continuar a desenvolver um programa de formação e capacitação para o pessoal médico, de psiquiatria e psicologia, de enfermagem e auxiliares de enfermagem e para todas as pessoas vinculadas ao atendimento de saúde mental, em especial sobre os princípios que devem reger o trato das pessoas portadoras de deficiência mental, conforme os padrões internacionais sobre a matéria e aqueles dispostos nesta Sentença, nos termos do parágrafo 250 da presente Sentença.
9. O Estado deve pagar em dinheiro para as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda, no prazo de um ano, a título de indenização por dano material, a quantia fixada nos parágrafos 225 e 226, nos termos dos parágrafos 224 a 226 da presente Sentença.
10. O Estado deve pagar em dinheiro para as senhoras Albertina Viana Lopes e Irene Ximenes Lopes Miranda e para os senhores Francisco Leopoldino Lopes e Cosme Ximenes Lopes, no prazo de um ano, a título de indenização por dano imaterial, a quantia fixada no parágrafo 238, nos termos dos parágrafos 237 a 239 da presente Sentença.
11. O Estado deve pagar em dinheiro, no prazo de um ano, a título de custas e gastos gerados no âmbito interno e no processo internacional perante o sistema interamericano de proteção dos direitos humanos, a quantia fixada no parágrafo 253, a qual deverá ser entregue à senhora Albertina Viana Lopes, nos termos dos parágrafos 252 e 253 da presente Sentença.
12. Supervisionará o cumprimento íntegro desta Sentença e dará por concluído este caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto nesta Sentença. No prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado deverá apresentar à Corte relatório sobre as medidas adotadas para o seu cumprimento.

O Juiz Sergio García Ramírez deu a conhecer à Corte seu Voto Fundamentado e o Juiz Antônio Augusto Cançado Trindade deu a conhecer à Corte seu Voto Separado, os que acompanham a presente Sentença. Redigida em espanhol e português, fazendo fé o texto em espanhol, em San José, Costa Rica, em 4 de julho de 2006.

Sergio García Ramírez  
Presidente

Alirio Abreu Burelli  
Cecilia Medina Quiroga

Antônio A. Cançado Trindade  
Manuel E. Ventura Robles

Diego García-Sayán

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretario

Comunique-se e execute-se,

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretario

Sergio García Ramírez  
Presidente

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

1. Venho de contribuir com meu voto à adoção, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, da presente Sentença no caso *Ximenes Lopes versus Brasil*. Dada a particular relevância da matéria examinada pela Corte, vejo-me da obrigação de deixar consignadas, neste Voto Separado, minhas reflexões pessoais sobre o tratado pela Corte nesta Sentença, como fundamento de minha posição a respeito. Faço-o, como de costume nesta Corte, sob a pressão impiedosa do tempo, não tendo disposto de mais do que algumas horas para a elaboração e apresentação deste Voto. No propósito assinalado, abordarei, no presente Voto Separado, os seguintes pontos: a) a centralidade do sofrimento das vítimas no Direito Internacional dos Direitos Humanos; b) o reconhecimento de responsabilidade internacional pelo Estado demandado; c) o direito de acesso à justiça *lato sensu* na indissociabilidade entre os artigos 25 e 8 da Convenção Americana; d) o direito de acesso à justiça como direito à pronta prestação jurisdicional; e) a aplicabilidade direta da Convenção Americana no direito interno e as garantias de não-repetição dos fatos lesivos; e f) a necessidade de ampliação do conteúdo material do *jus cogens*.

#### I. A Centralidade do Sofrimento das Vítimas no Direito Internacional dos Direitos Humanos.

2. Há casos de violações de direitos humanos que evocam tragédias, revelando a perene atualidade destas últimas, como próprias da condição humana. Para recordar dois antecedentes, em meu Voto Separado no caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (mérito, Sentença de 25.11.2000) perante esta Corte, assaltou-me a mente a célebre tragédia de *Antígona* de Sófocles (parágrafos 8-9). Em meu Voto Separado no caso *Bulacio versus Argentina* (mérito e reparações, Sentença de 18.09.2003) permiti-me referir-me ao *Ajax* e ao *Filoctetes* de Sófocles (parágrafos 8 e 16), ao desespero de *Hécuba* de Eurípides (parágrafo 22), ao *Agamenon* de Ésquilo (parágrafos 26), e às *Eumênides* (a última obra da trilogia *Orestíada*) de Ésquilo (parágrafo 32).
3. O presente caso *Ximenes Lopes versus Brasil* é outro que contém ingredientes trágicos que me trazem de imediato à mente as imperecíveis e tão atuais tragédias gregas. É o que me trouxe à mente, e.g., a declaração testemunhal da irmã da vítima (Sra. Irene Ximenes Lopes Miranda), no transcorrer da audiência pública sobre o *cas d'espèce* perante esta Corte de 30 de novembro e 01 de dezembro de 2005. A referida e comovente declaração de Irene trouxe-me à mente a personagem *Electra*, tanto de Sófocles como de Eurípides. A *Electra* de Eurípides estava muito mais inclinada à justiça privada tão somente<sup>163</sup>, ao passo que a *Electra* de Sófocles se deixa abater, previamente e em muito maior grau, pela dor ante o anúncio (ainda que falso) da morte do irmão.
4. A *Electra* de Sófocles se descompôs ao ver na urna as cinzas que pensava ser de seu irmão Orestes (não o eram), e recordou em desespero seu afeto por ele (sem saber que estava vivo), antes de buscar a justiça privada, como era de praxe em seu tempo. Ao tocar as referidas cinzas, lamentou em prantos:

“(…) Ahora nada es lo que tengo entre mis manos, mientras que radiante en salud, oh hijo, te envié yo fuera de esta casa! Ojalá hubiera dejado yo la vida antes que te enviara a tierra extraña, ocultándote con mis manos y librándote de la muerte! (...) Ahora fuera del hogar y en otra tierra (...) mal acabaste lejos de tu hermana (...). Cuidado por manos extrañas, reducido vuelves a cenizas en reducida vasija! Ay de mí, desdichada, por todos mis inútiles cuidados de antes, que en torno tuyo prodigué con dulce fatiga! (...) Yo era quien te criaba, yo por tí siempre llamada `hermana'. Pero ahora, contigo muerto, se acaba esto en un sólo día, porque todo lo has arrebatado de golpe, como vendaval, al marcharte (...).

(…) Muerte me has dado de seguro, oh hermano! Por ello recíbeme tú en esta tu morada, a mí que nada soy tú que no eres nada, para que contigo habite bajo tierra en lo sucesivo, porque también, cuando estabas en la tierra, contigo participaba de las mismas cosas; por eso ahora deseo morir y no dejar tu tumba, pues no veo que los muertos sufran”<sup>164</sup>.

5. Irene, irmã de Damião Ximenes Lopes, que teve pior sorte que *Electra*: também se descompôs, ao tomar conhecimento que seu irmão, saído de sua casa e entregue aos cuidados da “previdência” social em uma casa de “repouso”, aí foi morto, e igualmente recordou seu afeto por ele:

“(…) Como irmã mais velha, eu cuidava de certa forma dele, (...) o acompanhava, o levava para minha casa, o visitava. (...) A minha relação com ele era a melhor possível, mais do que irmã, um pouco mãe também.

(...) Eu o vi já no caixão, pronto para o sepultamento. (...) Pude observar várias marcas de tortura. (...)

163. Eurípides, *Electra and Other Plays*, London, Penguin, 2004 [reed.], pp. 131-174.

164. Sófocles, *Electra*, Madrid, Ed. Clásicas, 1995 [reed.], pp. 69-70.

Ele havia sido espancado. (...)

[Tudo isto] me deixou chocada, me deixou aterrorizada, eu tive muitas e muitas noites de pesadelos (...). Fiquei aterrorizada (...). Eu sentia dor no peito, mas não era dor que lacerava o coração, mas a minha alma. (...)

[O ocorrido] ainda hoje tem efeito, (...) são seis anos de desespero por justiça. (...) Entrei em uma grande luta por justiça (...). Eu tive três anos de depressão, (...) viajei muito em busca de justiça (...)”<sup>165</sup>.

6. Irene pronta e efetivamente decidiu, à beira do túmulo de seu irmão querido, partir com determinação em busca da justiça pública, como é a *praxis* em seu tempo, em nosso tempo, que até hoje, com a adoção da presente Sentença da Corte Interamericana, não havia encontrado. Como o relatou perante esta Corte,

“(…) No dia do enterro de meu irmão no cemitério, eu me ajoelhei sobre o caixão dele e jurei que minha alma não sossegava enquanto não houvesse justiça, e são seis anos em que eu busco justiça. (...) Deixei agora minha alma sossegar, não deixei a morte de meu irmão impune, eu clamo por justiça”<sup>166</sup>.

A presente Sentença da Corte Interamericana, a ser devidamente cumprida pelo Estado brasileiro, vem reivindicar seu sofrimento e saciar sua sede de justiça. Revela, ademais, a relevância da jurisdição internacional em nossos dias.

7. A história de Electra e a de Irene são inteiramente distintas, passadas em épocas separadas por séculos. Não obstante, apresentam em comum a tragédia da condição humana, ante a persistência da indiferença e crueldade realçado no trato dos mais vulneráveis, assim como a busca desesperada e desesperadora da justiça (outrora privada, hoje pública). Desvendam a insondável presença da tragédia nos mistérios que circundam a vida, que alguns têm buscado simplificar caracterizando-a como destino. O sofrimento humano continua sendo irremediavelmente uma triste marca da condição humana ao longo dos séculos. Com particular clarividência, Sófocles advertia, já no século V a.C., em seu *Édipo Rei*<sup>167</sup>, que jamais há que dizer que alguém é feliz até o momento em que tenha transpassado o limite extremo da vida livre da dor.
8. E a evolução da justiça privada (dos antigos gregos) à justiça pública (dos “modernos” e “pós-modernos”) parece prosseguir inacabada, revestindo-se de um cunho sobretudo ritualista, contaminada pela erosão e “terceirização” dos serviços públicos e por uma justiça meramente formalista. Ao que se agrega a lamentável transformação de bens públicos como a saúde e a educação em mercadorias. Damião Ximenes Lopes teve morte violenta ao ser confiado à “previdência” social pública e ao ser confinado em uma casa de “repouso”, a de Guararapes.
9. A morte violenta do indefeso Damião, que buscava tratamento médico, teve um efeito devastador na vida não só de sua irmã Irene, mas nas de todos os familiares imediatos. Conforme o relato de Irene perante a Corte, o irmão gêmeo de Damião, Cosme, dada a proximidade com o irmão vitimado, “entrou em estado de choque” ao tomar conhecimento do falecimento de Damião. Mas, –agregou Irene,– “até hoje o Cosme não sabe os detalhes da tortura e da violência; nós omitimos porque isto ia causar muito sofrimento para ele e queríamos preservar a saúde dele”<sup>168</sup>. Em outras palavras, ele foi devidamente preservado da verdade, o que se mostra em determinadas circunstâncias necessário, pois a tragédia do conhecimento da condição humana pode afigurar-se por vezes insuportável, sobretudo aos mais vulneráveis ou sensíveis.
10. A vida da mãe foi “completamente arruinada”, está sempre a recordar-se da morte do filho Damião, “até hoje ela tem depressão e declara que tem desejo de morrer”<sup>169</sup>. Mãe e pai já se encontravam separados, mas haviam preservado os laços familiares de afeto com os filhos; o pai, tomado por “grande sofrimento” e “desejo de vingança” pela morte de Damião, buscou “ajuda espiritual” em uma igreja evangélica, o que “o amenizou”<sup>170</sup>. O sofrimento humano tem, ademais, uma dimensão intergeracional, passando de pais a filhos, –como advertido já no livro do *Gênesis*, que prognostica que serão todos os humanos conhecedores do bem e do mal (3,5).
11. As sombras da existência humana são retomadas pelo livro de *Jó*, em que os opressores dão aos oprimidos

165. Corte Interamericana de Derechos Humanos [CtIADH], *Transcripción de Audiencia Pública de 30.11.2005 e 01.12.2005 no Caso Ximenes Lopes versus Brasil*, pp. 23 e 27-28.

166. *Ibid.*, p. 28, e sobre a responsabilidade do Estado, cf. p. 32.

167. Na penetrante frase final –versos 1529-1530.

168. [CtIADH], *Transcripción de Audiencia Pública...*, op. cit. supra n. (3), p. 27.

169. *Ibid.*, p. 28.

170. *Ibid.*, pp. 28.



suas ordens, marcadas pela violência (24.2-4.9 e 24.5-8.10-12ab). Na época da morte de Damião, a irmã Irene tinha uma filha recém-nascida, que, em consequência do ocorrido, deixou de ser amamentada; como assinalou Irene perante esta Corte, “devido ao abalo emocional, eu fiquei semanas sem alimentá-la, e minhas mamas não produziram leite; minha filha ficou sem alimento natural, teve que tomar alimento artificial”<sup>171</sup>. O sofrimento humano passa de geração a geração, desde o início ao fim da vida. Como já o advertia o *Eclesiastes*,

“as lágrimas dos oprimidos não há quem as console; ninguém os apoia contra a violência de seus opressores” (4,1).

12. Sófocles bem o intuiu, nos coros tanto de *Antígona* como de *Édipo Rei*: o primeiro asseverou que

“Thrice happy are they who have  
never known disaster!  
Once a house is shaken of heaven, disaster  
Never leaves it, from generation to generation. (...)  
Then pray no more; from suffering that has been  
Decreed no man will ever find escape”<sup>172</sup>.

E o segundo indagou:

“Has any man won for himself  
More than the shadow of happiness,  
A shadow that swiftly fades away?”<sup>173</sup>

13. Como, no século XX, assinalou Edgar Morin, a própria história da cultura humana ergue-se sobre atos de crueldade, não havendo um só testemunho da cultura que não o seja igualmente de atos de barbárie<sup>174</sup>. O que o levou a acrescentar que

“Como la propia vida, el hombre se desenvuelve en el azar, contiene el azar en si mismo, está hecho para encontrarse con el azar, combatirlo, domesticarlo, escapar a él, fecundarlo, jugar con él, correr el riesgo que supone, aprovechar las oportunidades..

(...) La vida está siempre al borde del desastre. La muerte está en el universo físico-químico en el que la vida corre constantemente el riesgo de perecer, pero en el que se ha formado, tejido, desarrollado. La muerte está en la indeterminación micro-física, pero indeterminación que al mismo tiempo está en la fuente de las mutaciones y las creaciones, de toda creación. La mutación, fuente de la muerte, es también fuente de la vida. Lo desordenado, ese caos subterráneo y permanente, es a la vez lo que crea y lo que destruye.

(...) La muerte, para el hombre, está en el tejido del mundo, de su ser, de su espíritu, de su pasado, de su futuro”.

14. Não obstante, ainda que privado da felicidade, e abandonado ao acaso (como, no presente caso perante esta Corte, o Sr. Damião Ximenes Lopes, que, confiado à “previdência” social em uma casa de “repouso”, aí encontrou a morte violenta), o ser humano não pode abandonar a luta pela justiça, enquanto mantiver a capacidade de indignação. De outro modo, estará privado não só da felicidade, mas igualmente da busca do sentido da vida, ainda que tão breve e efêmera. Outra lição que pode ser extraída de *Electra* (e também, acrescento, da reação de Irene Ximenes Lopes), é que “a vida é muito mais cômoda quando se se submete às piores injustiças e se se esquece de que são injustiças”<sup>175</sup>. Mais cômoda, sim, se torna, mas também inteiramente sem sentido. Daí a inevitabilidade do sofrimento ante a crueldade humana.

15. Em meu *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, permito-me destacar precisamente a projeção do sofrimento humano no tempo e a *centralidade das vítimas* no Direito Internacional dos Direitos Humanos. Como aí pondero, *inter alia*, a esse respeito,

“O Direito Internacional dos Direitos Humanos, ao orientar-se essencialmente à condição das vítimas, tem em muito contribuído a restituir-lhes a posição central que hoje ocupam no mundo do Direito,—

171. *Ibid.*, p. [9].

172. Versos 584-587 y 1335-1337.

173. Versos 1189-1191.—Textos *in*: Sophocles, *Antigone—Oedipus the King, Electra*, Oxford, University Press, 1998 [reed. Oxford World's Classics].

174. E. Morin, *El Hombre y la Muerte* (1970), 4a. ed., Barcelona, Ed. Kairós, 2003 [reed.], p. 53.

175. Simone Weil, *La Fuente Griega*, Madrid, Ed. Trotta, 2005 [reed.], p. 66.

que tem sua razão de ser. A centralidade das vítimas no universo conceitual do Direito Internacional dos Direitos Humanos, insuficientemente analisada pela doutrina jurídica contemporânea até o presente, é da maior relevância e acarreta consequências práticas. Na verdade, é da própria essência do Direito Internacional dos Direitos Humanos, porquanto é na proteção estendida às vítimas que este alcança sua plenitude. Mas o *rationale* de sua normativa de proteção não se esgota no amparo estendido a pessoas já vitimadas. O Direito Internacional dos Direitos Humanos, por sua própria existência, universalmente reconhecida em nossos dias, protege os seres humanos também por meio da prevenção da vitimização. O alcance de seu *corpus juris* deve ser, pois, apreciado também sob esse prisma. (...)

O Direito Internacional dos Direitos Humanos contribui, assim, decisivamente, ao processo de *humanização* do Direito Internacional<sup>176</sup>. O tratamento dispensado aos seres humanos pelo poder público não é mais algo estranho ao Direito Internacional. Muito ao contrário, é algo que lhe diz respeito, porque os direitos de que são titulares todos os seres humanos emanam diretamente do Direito Internacional. Os indivíduos são, efetivamente, sujeitos do direito tanto interno como internacional. E ocupam posição central no âmbito do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sejam ou não vítimas de violações de seus direitos internacionalmente consagrados<sup>177</sup>.

## II. O Reconhecimento de Responsabilidade Internacional pelo Estado Demandado.

16. No tocante às considerações prévias da presente Sentença sobre o caso *Ximenes Lopes*, não há que passar despercebido que a Corte Interamericana valorou o reconhecimento de responsabilidade internacional efetuado pelo Estado demandado como “uma contribuição positiva ao desenvolvimento deste processo e à vigência dos princípios que inspiram a Convenção Americana no Brasil” (par. 80), em particular no tocante ao reconhecimento da violação dos artigos 4 e 5 da Convenção (pars. 119 e 122). Com isto cessou a controvérsia em quanto a determinados fatos do caso concreto, embora a Corte naturalmente não tivesse se eximido de proceder, como cabia, a sua própria valoração dos fatos.
17. Ademais, como se depreende da audiência pública perante esta Corte de 30 de novembro e 01 de dezembro de 2005, as partes intervenientes demonstraram um espírito construtivo e de cooperação processual, ademais do zelo e profissionalismo no envio de documentação à Corte e na apresentação de seus respectivos argumentos orais. Isto possibilitou à Corte cumprir o dever de prestação jurisdicional efetiva dentro de um prazo razoável sob a Convenção Americana,—em contraste com o ocorrido no plano do direito interno,—o que vem ressaltar a relevância da jurisdição intrnacional.
18. Em quanto à correta resolução por esta Corte da questão da exceção preliminar interposta pelo Estado demandado, não vejo necessidade de aqui reiterar integralmente meu Voto Concordante na anterior Sentença de 30.11.2005 no presente caso *Ximenes Lopes*, mas tão somente seu último parágrafo, em que afirmei, quanto à necessidade de maior reflexão acerca do aperfeiçoamento dos procedimentos sob a Convenção Americana, e de melhor esclarecimento do papel reservado à Comissão sob a Convenção:

“Minha posição a respeito é claríssima, registrada que se encontra no *Projeto de Protocolo à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*, que me permiti apresentar, em nome da Corte Interamericana, aos órgãos competentes da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 2001<sup>178</sup>, que consagra o acesso direto da pessoa humana à justiça internacional, a jurisdição automaticamente obrigatória da Corte Interamericana, a jurisdicalização do sistema interamericano de proteção, e a retenção, no âmbito deste último, na atualidade, do papel de fiscal da Comissão Interamericana” (par. 3).

## III. O Direito de Acesso à Justiça *Lato Sensu* na Indissociabilidade entre os Artigos 25 e 8 da Convenção Americana.

19. Permito-me, a seguir, retomar aqui uma das questões centrais examinadas pela Corte na presente Sentença no caso *Ximenes Lopes* (e tratada em sua jurisprudência constante, e em numerosos Votos que tenho emitido em casos contenciosos submetidos ao conhecimento deste Tribunal), qual seja, a do acesso à justiça *lato sensu*, consubstanciado na indissociabilidade—que há anos sustento no seio desta Corte—entre os artigos 25 e 8 da Convenção Americana. A respeito, em meu recente e extenso Voto Separado no caso do *Massacre*

176. Como temos reiteradamente assinalado em nossos Votos Separados em Sentenças da Corte Interamericana de Direitos Humanos, como, *inter alia*, nos casos dos “Meninos de Rua” (*Villagrán Morales e Outros versus Guatemala* (Reparações, 2001), de *Blake versus Guatemala* (Mérito, 1998, e Reparaciones, 1999), de *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (Mérito, 2000, e Reparaciones, 2002), assim como em nosso Voto Concordante no Parecer da Corte Interamericana sobre o Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal (1999).

177. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 434-436, parágrafos 48 e 50.

178. A.A. Cançado Trindade, *Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección*, vol. II, 2a. ed., San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, pp. 1-1015.

de *Pueblo Bello versus Colômbia* (Sentença de 31.01.2006), abordei, em seqüência lógica, o amplo alcance do dever geral de garantia (artigo 1(1) da Convenção Americana) e as obrigações *erga omnes* de proteção (pars. 2-13), a gênese, ontologia e hermenêutica dos artigos 25 e 8 da Convenção Americana (pars. 14-21), a irrelevância da alegação de dificuldades de direito interno (pars. 22-23), o direito a um recurso efetivo na construção jurisprudencial da Corte Interamericana (pars. 24-27); em seguida, examinei a indissociabilidade entre o acesso à justiça (direito a um recurso efetivo) e as garantias do devido processo legal (artigos 25 e 8 da Convenção Americana) (pars. 28-34), e concluí que tal indissociabilidade, consagrada na *jurisprudence constante* da Corte até o presente (pars. 35-43), constitui “um patrimônio jurídico do sistema interamericano de proteção e dos povos de nossa região”, razão pela qual “me oponho firmemente a qualquer tentativa de desconstruí-lo” (par. 33).

20. No mesmo Voto Separado no caso do *Massacre de Pueblo Bello*, sustentei a referida indissociabilidade entre os artigos 25 e 8 da Convenção Americana como um “avanço jurisprudencial intangível” (pars. 44-52)<sup>179</sup>. A seguir, abordei o direito de acesso à justiça *lato sensu*, observando que

“En los *Informes* que presenté, como entonces Presidente de la Corte Interamericana, a los órganos competentes de la Organización de los Estados Americanos (OEA), e.g., los días 19.04.2002 y 16.10.2002, sostuve mi entendimiento en el sentido del amplio alcance del derecho de acceso a la justicia a nivel internacional, del derecho de acceso a la justicia *lato sensu*<sup>180</sup>. Tal derecho 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, y encuéntrase subyacente a disposiciones interrelacionadas de la Convención Americana (como los artículos 25 y 8), además de permear el derecho interno de los Estados Partes<sup>181</sup>. El derecho de acceso a la justicia, dotado de contenido jurídico propio, significa, *lato sensu*, el derecho a obtener justicia. Configúrase, así, en suma, como el derecho a la propia *realización* de la justicia.

Uno de los componentes principales de ese derecho es precisamente el acceso directo a un tribunal competente, mediante un recurso efectivo y rápido, y el derecho a ser prontamente oído por dicho tribunal, independiente e imparcial, a niveles tanto nacional como internacional (artículos 25 y 8 de la Convención Americana). Como me permití señalar en una obra reciente, podemos aquí visualizar un verdadero *derecho al Derecho*, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico—a niveles tanto nacional como internacional—que efectivamente salvaguarde los derechos fundamentales de la persona humana<sup>182</sup>” (párrs. 61-62).

21. Enfim, no mesmo Voto Separado no caso do *Massacre de Pueblo Bello*, permiti-me reiterar meu entendimento no sentido de que o *direito ao Direito* constitui um “imperativo do *jus cogens*”:

“La indissociabilidad que sostengo entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana (*supra*) conlleva a caracterizar como siendo del dominio del *jus cogens* el acceso a la justicia entendido como la *plena realización* de la misma, o sea, como siendo del dominio del *jus cogens* la intangibilidad de todas las garantías judiciales en el sentido de los artículos 25 y 8 tomados *conjuntamente*. No puede haber duda de que las garantías fundamentales, comunes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario<sup>183</sup>, tienen una vocación universal al aplicarse en todas y cualesquiera circunstancias, conforman un derecho imperativo (perteneciendo al *jus cogens*), y acarrear obligaciones *erga omnes* de protección<sup>184</sup>.

Posteriormente a su histórica Opinión Consultiva n. 18, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, de 2003, la Corte ya podía y debía haber dado este otro salto cualitativo adelante en su jurisprudencia. Me atrevo a alimentar la esperanza de que la Corte lo hará lo más pronto posible, si realmente sigue adelante en su jurisprudencia de vanguardia,—en lugar de intentar frenarla,—y amplíe el avance logrado con fundamentación y coraje por su referida Opinión Consultiva n. 18 en la línea de la continua expansión del contenido material del *jus cogens*” (párrs. 64-65).

179. En el mismo Voto Razonado, también me referí a la superación de las vicisitudes en cuanto al derecho a un recurso efectivo en la construcción jurisprudencial de la Corte Europea de Derechos Humanos (párrs. 53-59).

180. Cf. también A.A. Cançado Trindade, “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 Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2003) pp. 53-83; A.A. Cançado Trindade, “Hacia la Consolidación de la Capacidad Jurídica Internacional de los Peticionarios en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos”, 37 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2003) pp. 13-52.

181. En ese sentido, cf. E.A. Alkema, “Access to Justice under the ECHR and Judicial Policy—A Netherlands View”, in *Afmaelisrit þór Vilhjálmsson*, Reykjavík, Bókútgáfa Orators, 2000, pp. 21-37.

182. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2002, cap. XX, p. 524, párr. 187.

183. E.g., artículo 75 del Protocolo I (de 1977) a las Convenciones de Ginebra (de 1949) sobre Derecho Internacional Humanitario.

184. Cf., también en ese sentido, e.g., M. El Kouhene, *Les garanties fondamentales de la personne en Droit humanitaire et droits de l'homme*, Dordrecht, Nijhoff, 1986, pp. 97, 145, 148, 161 y 241.

22. Para minha particular satisfação, a Corte Interamericana, na presente Sentença sobre o caso *Ximenes Lopes*, se manteve fiel, por unanimidade, a sua melhor *jurisprudence constante* a respeito, reiterando com a maior clareza seu entendimento da inelutável indissociabilidade entre os artigos 25 e 8 da Convenção Americana, tal como se depreende inequivocamente do parágrafo 191 da presente Sentença, ao assinalar que “o recurso efetivo do artigo 25 deve tramitar-se conforme as normas do devido processo legal estabelecidas no artigo 8 da Convenção”. A Corte ademais recordou que a responsabilidade internacional do Estado pela violação de normas internacionais é distinta de sua responsabilidade no direito interno (par. 193).
23. A par da posição assumida pela Corte a respeito, não posso deixar de aqui registrar que, em resposta a perguntas que lhes formulei na audiência pública perante a Corte de 30 de novembro e 01 de dezembro de 2005, tanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) como os representantes da vítima e seus familiares expressaram que a melhor hermenêutica dos artigos 8(1) e 25 da Convenção Americana é a que efetiva e necessariamente os vincula. A CIDH pronunciou-se em defesa do “conjunto integrado do devido processo e tutela judicial efetiva do artigo 8(1) e do artigo 25” da Convenção<sup>185</sup>, e os referidos representantes afirmaram no mesmo sentido que “a leitura mais clara dessa normativa dentro do sistema interamericano seria a de que os dois artigos deveriam ser analisados em conjunto, até porque a maioria da jurisprudência dessa Honorable Corte faz precisamente isso”<sup>186</sup>.

#### IV. O Direito de Acesso à Justiça como Direito à Pronta Prestação Jurisdicional.

24. O direito de acesso à justiça *lato sensu* pressupõe o entendimento de que se trata de direito à pronta prestação jurisdicional. Sua fiel observância não se constatou no presente caso *Ximenes Lopes*, como se depreende claramente dos próprios fatos. Por exemplo, aos 27.03.2000 o representante do Ministério Público apresentou denúncia criminal na Comarca de Sobral contra quatro pessoas supostamente incursas nas penas do Código Penal brasileiro (artigo 136(2)) por crime de maus-tratos resultando na morte da vítima (Sr. Damião Ximenes Lopes). Dois meses depois, os promotores do Centro de Apoio Operacional dos Grupos Socialmente Discriminados da Procuradoria Geral de Justiça manifestava ao Promotor de Justiça que atuava na causa que a ampliação da denúncia constituía uma “imposição institucional e legal”; pese ao anterior, foi somente aos 22.09.2003 que, ao apresentar suas alegações finais, a Promotoria ampliou a denúncia para incluir a duas outras pessoas.
25. A morosidade na tramitação tão só do aditamento da denúncia se prolongou ainda mais, porquanto somente aos 17.06.2004 o Juiz de Direito da Comarca de Sobral o recebeu. Ao fazê-lo, buscou justificar seu próprio atraso pelo “volume de serviço próprio da 3a. Vara da Comarca de Sobral”, ademais do gozo de “30 dias de férias”, somados a “60 dias de licença médica”. Ou seja, o aditamento da denúncia só foi recebido 8 meses e 25 dias depois de ter sido este apresentado. Na ocasião, o referido Juiz de Direito designou a citação dos novos acusados e determinou a intimação “*com a máxima urgência*” do assistente de acusação e dos advogados de defesa para apresentar suas alegações finais. Ou seja, a assim-chamada “*máxima urgência*” era para os demais, não para si próprio, conformando um retrato do ritual da “justiça” do direito interno não só do Estado demandado ante esta Corte, mas também de tantos outros Estados em distintas latitudes. Naquele momento, o processo penal no *cas d’espèce* completava mais de 4 anos e 2 meses sem que tivesse sido emitida sequer a sentença de primeira instância.
26. Na audiência pública de 30 de novembro e 01 de dezembro perante esta Corte Interamericana sobre o presente caso, recordei às partes intervenientes o dever estatal de “prestação jurisdicional efetiva e dentro de um prazo razoável” sob a Convenção Americana, e assinalai a premente necessidade—como problema não só brasileiro mas de todos os países—de “capacitação dos juizes nacionais em matéria de direitos humanos, que ficou patente neste caso, tanto nesta audiência como no exame do experiente do mesmo”<sup>187</sup>. Permito-me aqui recordar uma advertência, na mesma linha de pensamento, formulada há uma década e meia em um Seminário histórico e pioneiro, de mobilização nacional em torno da adesão do Brasil à Convenção Americana e aos dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas; na ocasião, o emérito Professor Washington Peluso Albino de Souza, ao referir-se à “sistemática de organização do poder judiciário” orientada à “carreira” e ao tipo de “formação” oferecida pelas Faculdades de Direito, ponderou com particular lucidez no decorrer dos debates:

185. CtIADH, *Transcrição da Audiência Pública...*, op. cit. supra n. (3), p. 125.

186. *Ibid.*, p. 126.

187. CtIADH, *Transcrição da Audiência Pública...*, op. cit. supra n. (3), pp. 123-124.

“Raramente se infunde a necessidade de penetração da realidade para o conhecimento do Direito. Praticase o método dogmático formando juizes legalistas por convicção. Ora, se a lei é alienada da realidade, a sentença decorrente não pode deixar de sê-lo. Concretiza-se desta forma, com plena segurança profissional, a injustiça em nome do Direito. Daí a descrença do cidadão na justiça em nosso país, com adágios correntes, como o de que `é melhor um mau acordo do que uma boa demanda”<sup>188</sup>.

### V. A Aplicabilidade Direta da Convenção Americana no Direito Interno e as Garantias de Não-Repetição dos Fatos Lesivos.

27. Felizmente hoje os *justiciáveis* no Estado demandado contam também com a jurisdição internacional, para a vindicação de seus direitos. Tal como assinalai em meu discurso de abertura do ano judiciário da Corte Européia de Direitos Humanos de 2004,—como convidado desta última para a referida cerimônia em Estrasburgo,—os dois tribunais internacionais de direitos humanos têm realizado notáveis avanços na realização da justiça internacional, da *perspectiva correta*, a saber, a *dos justiciáveis*<sup>189</sup>. Ambos contribuíram decisivamente à emancipação do ser humano *vis-à-vis* seu próprio Estado, ao estabelecimento de um novo paradigma no presente domínio de proteção internacional, e à *humanização do Direito Internacional*<sup>190</sup>.
28. Em um parágrafo lapidar da presente Sentença, acerca das medidas de satisfação aos vitimados e das garantias de não-repetição dos fatos lesivos (como medidas de reparação não-pecuniária), adverte a Corte que
- “o Estado deve garantir que em um prazo razoável o processo interno tendente a investigar e sancionar os responsáveis pelos fatos deste caso surta seus devidos efeitos, dando aplicabilidade direta no direito interno à normativa de proteção da Convenção Americana” (parágrafo 244).
29. Na supracitada audiência pública, no presente caso, de 30 de novembro e 01 de dezembro perante esta Corte, em resposta a uma das perguntas que me permiti formular sobre as atuais perspectivas gerais a respeito, uma das testemunhas expressou que “os constitucionalistas mais justos são extremamente pessimistas com relação ao resultado do que possa ocorrer do ponto do engessamento do judiciário brasileiro”<sup>191</sup>. Minha pergunta tinha em mente o novo parágrafo 3 do artigo 5 da Constituição Federal brasileira<sup>192</sup>. Não é meu propósito aqui examinar este dispositivo (tampouco o merece), senão a ele referir-me da perspectiva da Convenção Americana, como direito aplicável no *cas d'espece*.
30. Esta nova disposição busca outorgar, de forma bisonha, *status* constitucional, no âmbito do direito interno brasileiro, tão só aos tratados de direitos humanos que sejam aprovados por maioria de 3/5 dos membros tanto da Câmara dos Deputados como do Senado Federal (passando assim a ser equivalentes a emendas constitucionais). Mal concebido, mal redigido e mal formulado, representa um lamentável retrocesso em relação ao modelo aberto consagrado pelo parágrafo 2 do artigo 5 da Constituição Federal de 1988, que resultou de uma proposta de minha autoria à Assembléia Nacional Constituinte, como historicamente documentado<sup>193</sup>. No tocante aos tratados anteriormente aprovados, cria um *imbroglio* tão a gosto de publicistas estatocêntricos, insensíveis às necessidades de proteção do ser humano; em relação aos tratados a aprovar, cria a possibilidade de uma diferenciação tão a gosto de publicistas autistas e míopes, tão pouco familiarizados,—assim como os parlamentares que lhes dão ouvidos,—com as conquistas do Direito Internacional dos Direitos Humanos.
31. Este retrocesso provinciano põe em risco a interrelação ou indivisibilidade dos direitos protegidos no Estado demandado (previstos nos tratados que o vinculam), ameaçando-os de fragmentação ou atomização, em

188. *Cit. in*: A.A. Cançado Trindade, *A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras* (Atas do Seminário de Brasília de 1991), Brasília/San José de Costa Rica, IIDH/F.-Naumann-Stiftung, 1992, p. 170 (intervenção do Prof. Washington P. Albino de Souza).

189. A.A. Cançado Trindade, “Le développement du Droit international des droits de l'homme à travers l'activité et la jurisprudence des Cours européenne et interaméricaine des droits de l'homme”, 16 *Revue universelle des droits de l'homme* (2004) n. 5-8, pp. 177-180; A.A. Cançado Trindade, “The Development of International Human Rights Law by the Operation and the Case-Law of the European and Inter-American Courts of Human Rights”, 25 *Human Rights Law Journal* (2004) n. 5-8, pp. 157-160. E, para um estudo mais amplo, cf. A.A. Cançado Trindade, “Approximations and Convergences in the Case-Law of the European and Inter-American Courts of Human Rights”, in *Le rayonnement international de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme* (eds. G. Cohen-Jonathan e J.-F. Flauss), Bruxelles, Nemesis/Bruylant, 2005, pp. 101-138.

190. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-409.

191. CtIADH, *Transcrição da Audiência Pública...*, *op. cit. supra* n. (3), p. 98 (declaração do Sr. João Alfredo Teles Melo).

192. Consoante a emenda constitucional n. 45, de 08.12.2004.

193. Para um histórico circunstanciado do parágrafo 2 do artigo 5 da Constituição Federal brasileira, com as referências devidas às fontes documentológicas, cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 597-643; A.A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): As Primeiras Cinco Décadas*, 2a. ed., Brasília, Edit. Universidade de Brasília (Ed. Humanidades), 2000, pp. 1-214; G.R. Bandeira Galindo, *Tratados Internacionais de Direitos Humanos e Constituição Brasileira*, Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2002; Sílvia M. da Silveira Loureiro, *Tratados Internacionais sobre Direitos Humanos na Constituição*, Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2005.

favor dos excessos de um formalismo e hermetismo jurídicos evitados de obscurantismo. A nova disposição é vista com complacência e simpatia pelos assim-chamados “constitucionalistas internacionalistas”, que se arvoram em jusinternacionalistas sem chegar nem de longe a sê-lo, porquanto só conseguem vislumbrar o sistema jurídico internacional através da ótica da Constituição nacional. Não está sequer demonstrada a constitucionalidade do lamentável parágrafo 3 do artigo 5, sem que seja minha intenção pronunciar-me aqui a respeito; o que sim, afirmo no presente Voto,—tal como o afirmei em conferência que ministrei em 31.03.2006 no auditório repleto do Superior Tribunal de Justiça (STJ) em Brasília, ao final de audiências públicas perante esta Corte que tiveram lugar na histórica Sessão Externa da mesma recentemente realizada no Brasil,—é que, na medida em que o novo parágrafo 3 do artigo 5 da Constituição Federal brasileira abre a possibilidade de restrições indevidas na aplicabilidade direta da normativa de proteção de determinados tratados de direitos humanos no direito interno brasileiro (podendo inclusive inviabilizá-la), mostra-se *manifestamente incompatível com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos* (artigos 1(1), 2 e 29).

32. Do prisma do Direito Internacional dos Direitos Humanos em geral, e da normativa da Convenção Americana em particular, o novo parágrafo 3 do artigo 5 da Constituição Federal brasileira não passa de uma lamentável aberração jurídica. O grave retrocesso que representa vem a revelar, uma vez mais, que a luta pela salvaguarda dos direitos humanos nos planos a um tempo nacional e internacional não tem fim, como no perene recomeçar, imortalizado pelo mito do Sísifo. Ao descer a montanha para voltar a empurrar a rocha para cima, toma-se *consciência* da condição humana, e da tragédia que a circunda (como ilustrado pelas histórias de *Electra*, e de Irene Ximenes Lopes Miranda).
33. Mas há que continuar lutando, inclusive para que a justiça pública reaja imediatamente e *ex officio* à comissão do ilícito e à vitimização, e não movida a aparente contragosto e a duras penas pelos familiares das vítimas. Há que continuar lutando, pois, na verdade, não há outra alternativa:

“Sisyphé, revenant vers son rocher, contemple cette suite d’actions sans lien qui devient son destin, crée par lui, uni sous le regard de sa mémoire et bientôt scellé par sa mort. (...) Sisyphé enseigne la fidélité supérieure qui (...) soulève les rochers. (...) La lutte elle-même vers les sommets suffit à remplir un coeur d’homme. Il faut imaginer Sisyphe heureux”<sup>194</sup>.

34. Os triunfalistas da recente inserção do parágrafo 3 no artigo 5 da Constituição Federal brasileira, reféns de um direito formalista e esquecidos do Direito material, não parecem se dar conta de que, do prisma do Direito Internacional, um tratado como a Convenção Americana ratificado por um Estado o vincula *ipso jure*, aplicando-se de imediato e diretamente, quer tenha ele previamente obtido aprovação parlamentar por maioria simples ou qualificada. Tais providências de ordem interna,—ou, ainda menos, de *interna corporis*,—são simples *factos* do ponto de vista do ordenamento jurídico internacional, ou seja, são, do prisma jurídico-internacional e da responsabilidade internacional do Estado, inteiramente irrelevantes.
35. A responsabilidade internacional do Estado por violações comprovadas de direitos humanos permanece intangível, independentemente dos malabarismos pseudo-jurídicos de certos publicistas (como a criação de distintas modalidades de prévia aprovação parlamentar de determinados tratados com pretendidas conseqüências jurídicas, a previsão de pré-requisitos para a aplicabilidade direta de tratados humanitários no direito interno, dentre outros), que nada mais fazem do que oferecer subterfúgios vazios aos Estados para tentar evadir-se de seus compromissos de proteção do ser humano no âmbito do contencioso internacional dos direitos humanos. Em definitivo, a proteção internacional dos direitos humanos constitui uma conquista humana irreversível, e não se deixará abalar por melancólicos acidentes de percurso do gênero.
36. Como vivemos em um mundo surrealista, se não irracional, já me permitira, no *Memorial* que apresentei no painel inaugural da *III Conferência Nacional de Direitos Humanos* no Congresso Nacional em Brasília em maio de 1998, formular uma advertência contra eventuais e futuras emendas constitucionais restritivas. Decorrida mais de meia-década, foi exata e lamentavelmente o que vem de ocorrer. O formalismo jurídico vazio primou sobre a identidade de propósito entre o direito público interno e o direito internacional no tocante à proteção integral dos direitos inerentes à pessoa humana. Em minha premonição de 1998, assim adverti para os riscos de futuras restrições ao disposto no artigo 5(2) da Constituição Federal de 1988:

“Modificá-lo, para adaptá-lo—melhor dizendo, aprisioná-lo—à tese hermética e positivista da ‘constitucionalização’ dos tratados, implicaria a meu ver um retrocesso conceitual em nosso país neste particular. Há que ir mais além da ‘constitucionalização’ estática dos tratados de direitos humanos. Aqui, novamente, se impõe uma mudança fundamental de mentalidade, uma melhor compreensão da

194. A. Camus, *Le mythe de Sisyphe*, Paris, Gallimard, 1942, p. 168.

matéria. Não se pode continuar pensando dentro de categorias e esquemas jurídicos construídos há várias décadas, ante a realidade de um mundo que já não existe”<sup>195</sup>.

37. A garantia da não-repetição de violações dos direitos humanos, determinada pela presente Sentença da Corte Interamericana no caso *Ximenes Lopes* (parágrafo 246, *supra*), passa necessariamente pela educação e capacitação em direitos humanos. Em minha referida intervenção de 1998 no Congresso Nacional em Brasília, acrescentei que a “nova mentalidade” que propugnava “haverá de manifestar-se, com maior vigor,— enfatizei,—“no seio de uma sociedade mais integrada e imbuída de um forte sentimento de solidariedade humana, sem a qual pouco logra avançar o Direito”<sup>196</sup>. Daí a relevância da educação, formal e não-formal, em direitos humanos; neste propósito, tornam-se essenciais a difusão e o melhor conhecimento da jurisprudência protetora dos direitos da pessoa humana da Corte Interamericana, cuja aplicabilidade direta se impõe no direito interno dos Estados Partes.

#### VI. A Necessidade de Ampliação do Conteúdo Material do *Jus Cogens*.

38. Na presente Sentença no caso *Ximenes Lopes versus Brasil*, a Corte Interamericana advertiu que o direito à integridade pessoal, consagrado na Convenção Americana, tem por “finalidade principal” a “proibição imperativa da tortura e penas ou tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes”, não admitindo, pois, suspensão em “circunstância alguma” (par. 126). A Corte já o havia advertido em sua Sentença (de 18.08.2000) no caso *Cantoral Benavides versus Peru* (pars. 95-96). Em outras palavras, a referida proibição recai no domínio do *jus cogens*.

39. O fato de ser a vítima direta do presente caso uma pessoa portadora de deficiência mental (o primeiro caso do gênero perante a Corte) reveste-o de *circunstância agravante*. Na presente Sentença, a Corte reconhece a “proteção especial” que requerem as pessoas particularmente vulneráveis, portadoras de deficiência mental,— como o Sr. Damião Ximenes Lopes, vítima fatal no *cas d’espèce* (pars. 103-105),—e adverte que

“(…) A vulnerabilidade intrínseca das pessoas com deficiências mentais é agravada pelo alto grau de intimidade que caracteriza os tratamentos das enfermidades psiquiátricas, que torna essas pessoas mais suscetíveis a tratamentos abusivos quando são submetidas a internação” (par. 106).

40. As obrigações de proteção,—ainda mais em uma situação de alta vulnerabilidade da vítima como a presente,— revestem-se de caráter *erga omnes* (par. 85), abarcando também as relações interindividuais, tendo presente o dever do Estado de prevenção e de devida diligência, sobretudo em relação a pessoas que se encontram sobre seus cuidados. A saúde pública é um bem público, não uma mercadoria. Em meus numerosos escritos e Votos no seio desta Corte, venho expressando há tantos anos meu entendimento no sentido de que todas as obrigações convencionais de proteção revestem-se de um caráter *erga omnes*. É-me particularmente difícil escapar da impressão que me assalta no sentido de que em todo esse tempo talvez tenha eu escrito e continue escrevendo para os pássaros..

41. Teria apreciado se a Corte tivesse se esmerado mais na fundamentação de seus próprios *obiter dicta* a respeito, mas não houve tempo para tal, em razão do ritmo desnecessariamente quase frenético que ultimamente tem imposto a si mesma—contra meu parecer—para tomar decisões em tempo récorde. Como tenho reiteradamente manifestado à maioria da Corte, oponho-me a sacrificar a fundamentação completa e cabal de suas sentenças à produtividade. Aqui reitero meu entender de que não me considero “agente de produção” (nem tampouco “recurso humano”), e não posso aceitar que o valor maior de um Tribunal internacional venha a ser a produtividade, em razão das deficiências crônicas da Organização dos Estados Americanos (OEA) na alocação de recursos à Corte e à Comissão Interamericanas de Direitos Humanos.

42. A Corte poderia e deveria ter dedicado mais tempo à fundamentação da supracitada proibição de *jus cogens*, tal como o vinha fazendo até a emissão de seu transcendental Parecer n. 18, de 2003 (cf. *infra*). Tratando-se do primeiro caso ante esta Corte sobre portadores de deficiências mentais (par. 123), poderia e deveria ter se aprofundado mais a respeito. Recorde-se que um grande legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993),—da qual participei do primeiro ao último minuto, e inclusive de seu processo preparatório,—residiu no reconhecimento da legitimidade da preocupação de toda a comunidade internacional com as condições de vida da população em todas partes, e em especial de seus segmentos mais vulneráveis<sup>197</sup>.

195. A.A. Cançado Trindade, “Memorial em Prol de uma Nova Mentalidade quanto à Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Internacional e Nacional”, 51 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1998) pp. 90-91.

196. *Ibid.*, p. 94.

197. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2a. ed., Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 39, 91-100 e 242-251.

43. Ora, as pessoas portadoras de deficiências (mais de 600 milhões de pessoas, ou seja, aproximadamente 10% da população mundial) integram estes segmentos mais vulneráveis da população, e em relação a elas assume transcendental importância o princípio básico da igualdade e não-discriminação<sup>198</sup>. A Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra Pessoas Portadoras de Deficiências de 1999 atribui capital relevância a este princípio, reiteradamente invocado tanto em seu preâmbulo<sup>199</sup> como em sua parte operativa (artigos I(2)(a) e (b), II, III(1), IV(1), V(2) e VI(1) e (5)). No entanto, na presente Sentença, a Corte refere-se a ele de modo, a meu ver, tão só oblíquo e insatisfatório (par. 105), quando, em sua própria jurisprudência, há elementos preciosos que poderia ter fortalecido sua fundamentação.

44. Assim, em seu pioneiro e histórico Parecer Consultivo n. 18 sobre a *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados* (de 17.09.2003), internacionalmente aclamada e à frente de seu tempo, a Corte afirma com acerto que o mencionado princípio da igualdade e não-discriminação

“impregna toda actuación del poder del Estado, en cualquiera de sus manifestaciones, relacionada con el respeto y garantía de los derechos humanos. Dicho principio puede considerarse efectivamente como imperativo del derecho internacional general, en cuanto es aplicable a todo Estado, independientemente de que sea parte o no en determinado tratado internacional, y genera efectos con respecto a terceros, inclusive a particulares.

(...) Este Tribunal considera que el principio de igualdad (...) y no-discriminación pertenece al *jus cogens* (...). Hoy día no se admite ningún acto jurídico que entre en conflicto con dicho principio fundamental, no se admiten tratos discriminatorios en perjuicio de ninguna persona (...).

(...) El incumplimiento de estas obligaciones genera la responsabilidad internacional del Estado, y ésta es tanto más grave en la medida en que ese incumplimiento viola normas perentorias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (pars. 100-101 e 106).

45. Sobre este ponto, dei-me ao trabalho de emitir no supracitado Parecer Consultivo n. 18 um extenso Voto Concordante (pars. 1-89), em defesa da ampliação do conteúdo material do *jus cogens* e do amplo alcance das correspondentes obrigações *erga omnes* de proteção. Esta tem sido invariavelmente minha posição no seio desta Corte, como evidenciado por meus Votos Separados nos casos *Massacre de Mapiripán versus Colômbia* (Sentença de 15.09.2005, pars. 25-29 do Voto), *Acosta Calderón versus Equador* (Sentença de 24.06.2005, par. 7 do Voto), *Yatama versus Nicarágua* (Sentença de 23.06.2005, pars. 6-8 do Voto), *Comunidade Moiwana versus Suriname* (Sentença de 15.06.2005, par. 30 do Voto), *Caesar versus Trinidad e Tobago* (Sentença de 11.03.2005, pars. 85-92 do Voto), *Massacre de Plan de Sánchez versus Guatemala* (mérito, Sentença de 29.04.2004, pars. 29-33 do Voto; e reparações, Sentença de 19.11.2004, pars. 5-6 do Voto), *Tibi versus Equador* (Sentença de 07.09.2004, pars. 26-35 do Voto), *Irmãos Gómez Paquiyauri versus Peru* (Sentença de 08.07.2004, pars. 37-44 do Voto), *Myrna Mack Chang versus Guatemala* (Sentença de 25.11.2003, par. 29 do Voto), *Hilaire, Constantine e Benjamin e Outros versus Trinidad e Tobago* (exceções preliminares, Sentenças de 01.09.2001, par. 38 dos Votos; e mérito, Sentença de 21.06.2002, par. 16 do Voto), *Trujillo Oroza versus Bolívia* (Sentença de 27.02.2002, par. 18 do Voto), *“Meninos de Rua” (Villagrán Morales e Outros) versus Guatemala* (reparações, Sentença de 26.05.2001, par. 36 do Voto), *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (Sentença de 25.11.2000, par. 27 do Voto), *Las Palmeras versus Colômbia* (exceções preliminares, Sentença de 04.02.2000, par. 6 do Voto); e *Blake versus Guatemala* (exceções preliminares, Sentença de 02.07.1996, pars. 11 e 14 do Voto; e mérito, Sentença de 24.01.1998, pars. 23-30 do Voto; e reparações, Sentença de 22.01.1999, par. 39-42 do Voto); e, além disso, como corroborado em meus Votos Concordantes nos casos *Maritza Urrutia versus Guatemala* (Sentença de 27.11.2003, par. 5-10 do Voto), *Barrios Altos versus Peru* (Sentença de 14.03.2001, par. 11 do Voto), assim como por meu Voto Dissidente no caso *Irmãos Serrano Cruz versus El Salvador* (exceções preliminares, Sentença de 23.11.2004, pars. 32 e 39-43), acrescidos de numerosos outros Votos meus em medidas provisórias de proteção ordenadas por esta Corte<sup>200</sup>.

198. Cf., e.g., G. Quinn e T. Degener *et alii*, *Derechos Humanos y Discapacidad—Uso Actual y Posibilidades Futuras de los Instrumentos de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en el Contexto de la Discapacidad*, N.Y./Genebra, Naciones Unidas (doc. HR/PUB/02/1), 2002, pp. 1-202.

199. *Consideranda* 1, 3 y 5.

200. Casos *Crianças e Adolescentes Privados de Liberdade no Complexo do Tatuapé da FEBEM versus Brasil* (de 30.11.2005, pars. 24-26 do meu Voto Concordante); *Prisões de Mendoza versus Argentina* (de 18.06.2005, pars. 7-20 do meu Voto Concordante); *Povo Indígena de Sarayaku versus Equador* (de 06.07.2004, par. 8 do meu Voto Concordante; e de 17.06.2005, pars. 20-26 do meu Voto Concordante); *Comunidades do Jigüamiandó e do Curbaradó versus Colômbia* (de 15.03.2005, pars. 8-10 do meu Voto Concordante); *Comunidade de Paz de San José de Apartadó versus Colômbia* (de 15.03.2005, pars. 8-10 do meu Voto Concordante); *Emissora de Televisão ‘Globovisión’ versus Venezuela* (de 04.09.2004, par. 13 do meu Voto Concordante); *Prisão de Urso Branco versus Brasil* (de 07.07.2004, par. 8 do meu Voto Concordante); e *Povo Indígena Kankuamo versus Colômbia* (de 05.07.2004, par. 10 do meu Voto Concordante).



46. Penso, pois, que a Corte podia e devia ter se respaldado em sua jurisprudência mais avançada sobre a matéria em apreço na presente Sentença no caso *Ximenes Lopes*. Talvez o tivesse feito se tivesse concedido a si mesma mais tempo para deliberar. Como reza o conhecido adágio, a pressa é inimiga da perfeição. Mais do que isto, até início de 2004 a Corte Interamericana vinha sendo, reconhecidamente, um dos tribunais internacionais contemporâneos que mais vinha contribuindo para a evolução do conteúdo material do *jus cogens*, seguida pelo Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para a Ex-Iugoslávia. Por alguma razão que escapa a minha compreensão, ultimamente parece ter se refreado em sua construção doutrinário-jurisprudencial a respeito.
47. No meu entender, na presente Sentença no caso *Ximenes Lopes*, ao determinar as violações não só dos artigos 4 e 5 da Convenção (reconhecidas pelo próprio Estado), mas também dos artigos 8(1) e 25 da Convenção, deveria ter ido mais além quanto a estes últimos, estendendo o domínio do *jus cogens* também ao direito de acesso à justiça *lato sensu*, aí compreendidas as garantias do devido processo legal. Nesse sentido tenho me pronunciado no seio desta Corte nos dois últimos anos, a exemplo, *inter alia*, do sustentado em meus Votos Separados nos casos *López Álvarez versus Honduras* (Sentença 01.02.2006, pars. 53-55 do Voto), *Massacre de Pueblo Bello versus Colômbia* (Sentença de 31.01.2006, pars. 63-65 do Voto), *Baldeón García versus Perú* (Sentença de 06.04.2006, par. 10 do Voto), e *Comunidade Indígena Sawhoyamaya versus Paraguai* (Sentença de 29.03.2006, par. 36 do Voto). Espero tenha a Corte o valor de vir em breve a dar este novo salto qualitativo em sua construção jurisprudencial, já que não o fez na presente Sentença no caso *Ximenes Lopes*. A partir do dia em que o fizer—espero que muito em breve—estará contribuindo a tornar mais difícil que se repitam histórias como as de *Electra* e Irene em meio à impunidade.

Antônio Augusto Cançado Trindade  
Juiz

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

**VOTO FUNDAMENTADO DO JUIZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ  
COM RELAÇÃO À SENTENÇA DA  
CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS  
NO CASO XIMENES LOPES VERSUS BRASIL,  
PROFERIDA EM 4 DE JULHO DE 2006**

### **1. DIREITOS GERAIS E ESPECIAIS**

1. No espaço da sua jurisprudência, cada vez mais abundante e compreensiva, a Corte Interamericana se ocupou do exame e da precisão dos direitos e liberdades de indivíduos e membros de grupos, conjuntos ou comunidades, bem como das respectivas obrigações e funções do Estado em determinadas hipóteses específicas. A referência a estas últimas contribuiu para enriquecer consideravelmente a jurisprudência da Corte a serviço dos direitos das pessoas, no âmbito de sua realidade estrita, que encerra diversas circunstâncias e múltiplas necessidades e expectativas.
2. Os direitos e as garantias universais, que têm caráter básico e foram “pensados” para a generalidade das pessoas, devem ser complementados, afinados, precisados com direitos e garantias que operam junto a indivíduos pertencentes a grupos, setores ou comunidades específicos, isto é, que adquirem sentido para a particularidade de algumas ou muitas pessoas, mas não todas. Isto permite ver, por detrás do desenho genérico do ser humano, membro de uma sociedade uniforme – que pode alçar-se na abstração a partir de sujeitos homogêneos –, o “caso” ou os “casos” de seres humanos de carne e osso, com perfil característico e exigências diferenciadas.
3. Certamente é tarefa do Estado – e isto se acha em sua origem e justificação – preservar os direitos de todas as pessoas sujeitas a sua jurisdição, conceito de amplo alcance, que naturalmente transcende as conotações territoriais, observando para isso as condutas ativas ou omissivas que melhor correspondam a essa tutela para favorecer o gozo e exercício dos direitos. Nesse sentido, o Estado deve evitar escrupulosamente a desigualdade e a discriminação e proporcionar o amparo universal das pessoas que se encontrem sob sua jurisdição, sem mirar para condições individuais ou de grupo que possam subtrair-las da proteção geral ou impor-lhes – de *jure* ou de *facto* – ônus adicionais ou desproteções específicas.

### **2. MEIOS DE COMPENSAÇÃO**

4. É igualmente certo, por outro lado, que incumbe ao Estado, quando a desigualdade de fato coloca o titular de direitos em situação difícil – que pudesse levar ao absoluto inexercício dos direitos e das liberdades –, proporcionar os meios de correção, igualação, compensação ou equilíbrio que possibilitem ao sujeito o acesso a esses direitos, mesmo em condições relativas, condicionadas e imperfeitas, que a tutela do Estado procura aliviar. Esses meios constituem outras tantas “proteções” razoáveis, pertinentes, eficientes, que se destinam a estender as oportunidades e melhorar o destino, justamente para alcançar a expansão natural da pessoa, não para reduzi-la ou evitá-la sob o pretexto de assistência e proteção.
5. Os fatores de (vantagem ou) desvantagem são muito numerosos. Alguns decorrem de condições próprias do sujeito – a saúde, a idade ou o sexo, entre elas -; outras, de circunstâncias sociais – a condição de indígena, estrangeiro, detido, por exemplo. É obrigação do Estado, manifestada em tratados e convenções de natureza diversa, enfrentar essas desigualdades, eliminar a fonte das discriminações e acompanhar com eficácia – do “berço ao túmulo”, se for necessário, como rezava o lema do Estado de bem-estar – o acidentado curso da existência, procurando prevenir, moderar e remediar suas contingências.

### **3. ESTADO “GARANTE”**

6. Com respeito a estas questões analisa-se o papel de garante que cabe ao poder público. Dispõe o artigo 1 da Convenção Americana que o Estado deve (reconhecer), respeitar e garantir os direitos e liberdades consagrados no Pacto de San José. E sustenta o artigo 2 que, pelo mesmo motivo, deve ele remover os obstáculos que se oponham ao curso dessas faculdades e adotar medidas de natureza diversa para colocá-las efetivamente ao alcance de todas as pessoas.
7. O exercício de alguns poderes, por conseguinte, que constituem a jurisdição do Estado sob o qual se coloca o indivíduo – a título de nacional, cidadão, residente, refugiado *et cetera* –, leva ao estabelecimento da qualidade de garante que o próprio Estado tem frente às pessoas sobre as quais exerce essa jurisdição e à definição do alcance e das características do cuidado e da proteção específicos que essa qualidade implica e que deve ser examinada frente às possibilidades reais de autoridade e proteção.

8. Aquele que atua como garante de algo ou de alguém, ou seja, aquele que assume a função de garantir a proteção de certos bens a favor de determinadas pessoas, assume o dever de oferecer cuidados a esses bens e pessoas, compatíveis com a tarefa que assume, proveniente da lei, de um acordo de vontades ou de outras fontes do dever de garantia. O Estado é garante, em geral, dos que se acham sob sua jurisdição. O dever de cuidado que lhe cabe transita, conforme as circunstâncias, pelas mais diversas situações: desde a garantia geral de paz e segurança, até o preciso dever de cuidado que a ele concerne no manejo de serviços públicos de primeira ordem e na atenção a sujeitos que não possam valer-se por si mesmos ou tenham severamente limitada sua capacidade de fazê-lo. O dever de cuidado do Estado garante varia, pois, em qualidade e intensidade, conforme as características do bem garantido e dos titulares desse bem. Nesta ordem, dificilmente poderia haver maior exigência que a que se apresenta na prestação de serviços médicos, matéria da sentença a que anexo este *Voto*.
9. O Estado atua como garante dos direitos e liberdades dos que se acham sob sua jurisdição porque assim dispõem as normas fundamentais internas – especialmente a Constituição Política – e assim o decidem as disposições internacionais que amparam os direitos humanos. Ser garante não implica relevar o sujeito em suas decisões e atuações, mas proporcionar os meios para que possa decidir e atuar do melhor modo possível, desenvolver suas potencialidades e cumprir seu destino. Garante-se o gozo e exercício do direito e da liberdade por meio de abstenções e prestações. A função garantista do Estado, que abriu caminho por meio dos direitos de primeira geração e sua conseqüente observância pelo Estado – em geral uma observância negativa –, avançou consideravelmente por meio dos direitos de segunda geração que com eles trouxeram a exigência de promoções e prestações públicas.

#### 4. AUTONOMIA PESSOAL

10. Naturalmente o desenvolvimento do ser humano não se sujeita às iniciativas e cuidados do poder público. Numa perspectiva geral, aquele possui, mantém e desenvolve, em termos mais ou menos amplos, a capacidade de conduzir sua vida, resolver sobre a melhor forma de fazê-lo, valer-se de meios e instrumentos para esta finalidade, escolhidos e utilizados com autonomia – que é virtude da maturidade e condição de liberdade – e inclusive recusar ou rechaçar de forma legítima a ingerência indevida e as agressões a ele dirigidas. Isso exalta a idéia de autonomia e descarta tentações opressoras, que possam ocultar-se sob um suposto desejo de beneficiar o sujeito, estabelecer sua conveniência e antecipar ou iluminar suas decisões.

#### 5. HIPÓTESES ESPECÍFICAS DE PROTEÇÃO

11. Por outro lado, numa perspectiva especial, o Estado assume obrigações particulares, características – que se identificam com garantias setoriais, específicas ou individuais, ao lado das universais ou genéricas antes mencionadas –, com relação a determinados grupos de pessoas – ou, melhor dito, com pessoas integrantes de certos grupos identificados conforme hipóteses de vida, necessidade ou expectativa que lhes são próprias. Nessas hipóteses, a condição de garante que tem o Estado frente às pessoas sob sua jurisdição adota traços peculiares, inescapáveis para o poder público e geradores de direitos para o indivíduo.
12. Essas peculiaridades do papel garantidor do Estado ou, dito de outro modo, de sua condição de garante do efetivo acesso a direitos e liberdades, pode manifestar-se ao amparo de decisões políticas de caráter geral que pretendem avançar no equilíbrio entre os integrantes da sociedade e ganhar espaços para a justiça social. Isso ocorre, por exemplo, quando a função garantidora especial se exerce a favor de setores menos dotados de força econômica ou política, como os trabalhadores e os camponeses, os indígenas, as crianças e adolescentes, com as respectivas variantes, muito pronunciadas.
13. A condição especial de garante do Estado pode, por sua vez, ser considerada em hipóteses específicas decorrentes de uma situação jurídica ou uma determinação biopsicológica que põe nas mãos do poder público – por si ou por meios descentralizados e subsidiários – uma carga maior de deveres de condução e/ou proteção de caráter direto e em correspondência determinam no indivíduo uma certa redução de sua essencial autonomia, que abre zonas propícias e exigentes para a atuação imediata do Estado. A esta categoria heterogênea correspondem as hipóteses de privação de liberdade, que restringem este e outros direitos – não obstante as proclamações em sentido diferente –, com finalidades de salvaguarda ou punição (presos), terapêuticas (enfermos) ou educativas (educandos internos). Nesses casos variam as características e a intensidade da intervenção legítima do Estado e, por conseguinte, o grau de responsabilidade e autoridade deste, de forma paralela à redução – em virtude de elementos naturais ou de mandamentos de autoridade – da liberdade e capacidade do indivíduo de definir, organizar e conduzir sua própria vida.

## 6. DOENÇA MENTAL, AUTONOMIA E DESVALIMENTO

14. Parece evidente que a redução mais intensa do autogoverno pessoal se apresenta nos doentes mentais – há, naturalmente, diversas categorias de doença, das quais decorrem diferentes situações pessoais -, freqüentemente excluídos, quando se acham em regime de internação determinado por doenças graves, das mais elementares decisões e confiados – no seio de uma instituição dotada dos regulamentos e sujeições mais intensos – à autoridade quase absoluta de seus tratantes e custódios. Não sucede o mesmo, apesar da existência de notáveis fatores de redução, em outras hipóteses: nem sequer no que diz respeito aos infratores, que mantêm grau diverso de autonomia, mais ou menos elementar, em função da lucidez que preservam e do espaço – às vezes muito reduzido física, social e institucionalmente – em que podem exercê-la. Contudo, a história da autonomia – ou melhor, da heteronomia – e da sujeição nas prisões corre paralelamente à história desses mesmos fenômenos nas instituições para doentes mentais, personagens do universo dos excluídos. Dão-se as mãos, nessa crônica sombria, o criminoso e o “possesso”.
15. O doente mental internado em instituição do Estado sói ser, por conseguinte, o sujeito mais mal atendido, o mais desvalido, o duplamente marginalizado – pela exclusão social em que é tido e pela estranheza que traz consigo a doença que o acomete -, o menos competente para exercer uma rareada autonomia – que às vezes carece de rumo e sentido e pode naufragar em circunstâncias de dano e perigo -, e por tudo isso suscita uma acrescentada condição de garante a cargo do Estado, que se estende até as funções mais elementares.
16. A Corte Interamericana examinou a intensidade especial da qualidade de garante do Estado com respeito aos povoadores de instituições em que se aplica um minucioso regime de vida, imposto à ultrança, que pretende abarcar todo o tempo e quase todos os acontecimentos da existência, como acontece nas prisões e nos estabelecimentos de reclusão para crianças e adolescentes. No *Caso Ximenes Lopes*, o Tribunal examina pela primeira vez a situação do doente mental internado, que se encontra sob a garantia – preservação e relativo exercício de direitos inderrogáveis – do Estado: seja direta, seja por meio da sub-rogação de um serviço, que em todo caso substitui as mãos que o prestam, mas não cancela a responsabilidade pública pela prestação eficaz e respeitosa da *lex artis* respectiva – que marca os deveres de cuidado no atendimento psiquiátrico –, da ética específica pertinente ao tratamento dos pacientes em geral e dos pacientes psiquiátricos em particular e da assunção de ônus e respostas em virtude do desempenho e dos resultados do serviço.
17. Se o doente mental sofre o mais radical abatimento da autonomia – no duplo plano do discernimento crítico e da capacidade de condução – e se acha na maior dependência imaginável com respeito ao sujeito responsável por seu atendimento – o agente do Estado, direto ou indireto, principal ou sub-rogado –, torna-se o indivíduo mais carente de atenção entre quantos se achem sujeitos à jurisdição do Estado, e este assume uma posição de garante ainda mais imperiosa e intensa, comprometedora e completa que a que exerce em quaisquer outras funções.

## 7. O “ENCONTRO” ENTRE O DOENTE MENTAL E O ESTADO

18. Em consideração de que existe uma responsabilidade mais ampla, que solicita uma resposta mais completa–integral, absoluta -, cabe esperar do Estado que atende ao paciente psiquiátrico uma garantia mais extensa, profunda e constante dos direitos do indivíduo privado das condições que lhe permitiriam exercê-los por si mesmo: vida, alimento, saúde, relação, por exemplo. Esta garantia se projeta em todas as direções naturalmente praticáveis: tanto em abstenções–*v.g.*, respeito à integridade, abstenção de experimentos ilícitos, maus-tratos – como em ações ou prestações – a aplicação de satisfatores que moderem a desgraça e favoreçam, quando possível, a recuperação da saúde ou a supressão da dor e da angústia.
19. Junto à deplorável condição das prisões, considerada e salientada uma e outra vez pela Corte Interamericana, surge agora a péssima condição de algumas–quantas? – instituições de tratamento de doentes mentais. A resistência dos afetados, naqueles casos, sói ser qualificada como motim – certamente não como inconformidade democrática – e reprimida com severidade. O protesto, se o há, por parte dos doentes mentais, vencendo as brumas da ausência ou da estranheza, pode desembocar em um destino acaso pior: a absoluta indiferença ou a aplicação de corretivos “terapêuticos” que constituem, no fundo, castigos muito severos ou intimidações sem sentido. A reação do prisioneiro é consequência da “má índole”; a do doente mental, da “loucura”: esta é, por definição, irracional e inatendível.
20. Salientei que o encontro entre o suposto ou provável delinqüente e o Estado julgador e executor expõe a região mais nebulosa para o império dos direitos humanos: enfrentam-se o “crime” e a “lei”; é previsível o destino do

enfrentamento. No entanto, talvez seja mais densa a penumbra, a propósito desse império, no encontro entre o Estado terapeuta e o doente mental: chocam-se a razão e a ausência de razão, a cordura e a loucura. O final do lance também é previsível.

21. Entre o ser humano privado de razão e o Estado dotado de poder – não apenas a força física do guardião, mas a força científica do tratante—só existe a linha divisória dos direitos humanos e a disposição do Estado de cumprir o encargo de garante que lhe atribui a Constituição. A Sentença se referiu a alguns aspectos desta questão ao mencionar o “desequilíbrio intrínseco de poder entre uma pessoa internada e as pessoas que detêm a autoridade (que) se multiplica muitas vezes nas instituições psiquiátricas”.
22. Cabe supor—embora não seja necessário fazê-lo: o tema se acha extensamente estudado e documentado, há tempos, em muitos meios—as características do encontro entre o doente mental e aqueles que o cercam, como custódios, tratantes e autoridades, quando aquele se acha em uma instituição que se adapta às características das instituições totais, minuciosamente reguladas, e assume a maior autoridade – técnica, com suas implicações fáticas – do tratante e a menor autonomia do tratado, que por definição carece das condições de apreciação, deliberação e previsão em que se fundamenta, razoavelmente, o exercício da autonomia pessoal. Daí a peremptória necessidade de que o regime em tais instituições – e, em geral, no trato entre a instituição, o facultativo e o paciente – se ache sujeita a supervisões e corretivos que devem operar com fluidez, competência, constância e responsabilidade.

## 8. PRINCÍPIO DE LEGALIDADE

23. No âmbito do tratamento psiquiátrico—especialmente o tratamento institucional, mas também o doméstico ou ambulatorial, de que constituem parte importante os que se acham próximos do doente – adquirem significado especial o princípio de legalidade que deve projetar-se sobre toda forma de detenção e o direito à segurança. Hoje – e desde muito -, a lei detalha as condições para a detenção das pessoas com base numa hipótese de crime ou infração e estabelece os limites e condições da reclusão. Isso faz parte da legalidade penal, freqüentemente evadida ou distraída.
24. Menos cuidadoso é o regime destinado à legitimação da internação de doentes mentais – ainda que se tenham multiplicado as regras, princípios e declarações sobre a matéria -, como se a liberdade ou o cativo destes, justificados pelo tratamento – noção que se discute no caso dos presos, mas campeia no dos doentes -, merecessem menos a proteção do direito à liberdade pessoal. Pelo contrário, este só poderia decair quando houvesse justificação bastante que o autorizasse, ancorada precisamente na lei e não somente na opinião ou no arbítrio do tratante, do familiar ou da autoridade administrativa.
25. Por sua condição humana e a despeito de sua enfermidade, o doente mental conserva direitos que só é legítimo afetar por meio de medidas legalmente previstas e rigorosamente acreditadas, conseqüentes com as características do padecimento e as necessidades do tratamento, razoáveis e moderadas na maior medida possível, que evitem o sofrimento e preservem o bem-estar. A evolução do delinqüente ou do menor de idade, que finalmente saíram do império da força – ou da pura benevolência, no melhor dos casos – para ingressar no do direito e da razão, investidos de faculdades exigíveis e garantias acessíveis, não se apresentou com a mesma diligência, se acaso alguma, e intensidade, seja esta a que for, no âmbito dos pacientes psiquiátricos, muito mais expostos que aqueles ao império do custódio e da decisão do profissional.

## 9. DELEGAÇÃO DE SERVIÇOS E RESPONSABILIDADE ESTATAL

26. Os fatos em que o senhor Damião Ximenes Lopes perdeu a vida ocorreram enquanto se achava submetido a medidas terapêuticas numa instituição médica privada que atuava, no caso, por delegação do Estado. A observância do direito universal à proteção da saúde, que ganhou amplo terreno em textos nacionais e internacionais, constitui o marco organizacional do sistema de saúde, em que intervêm agentes públicos e privados sobre os quais se exerce, em grau diverso, a supervisão do Estado. A partir daqui constroem-se diversos modelos de tratamento que atravessam diversos espaços da ordem administrativa: desde a centralização pública estrita até a prestação livre de serviços profissionais.
27. Não é meu propósito – nem foi o da Corte na Sentença a que anexo este *Voto*—examinar esses modelos e analisar suas vantagens e desvantagens. É preciso destacar, no entanto, como o fez a Sentença, que quando o Estado resolve trasladar a outras mãos a prestação de um serviço que naturalmente lhe cabe – porque faz parte do acervo de direitos sociais aos quais correspondem deveres estatais -, não fica desvinculado em absoluto – ou

seja, “excluído de sua responsabilidade estrita” – da atenção que se oferece à pessoa cujo cuidado confia a um terceiro. O encargo é público e a relação entre o Estado que delega e o tratante delegado existe no âmbito da ordem pública. O tratante privado só é o braço do Estado para levar adiante uma ação que cabe a este e pela qual o próprio Estado mantém responsabilidade integral; ou seja, “responde por ela”, sem prejuízo de que a entidade ou o sujeito delegados também respondam perante o Estado.

28. É possível distinguir entre a mera supervisão – que não é, no entanto, distância total e indiferença institucional – por parte do Estado com respeito aos entes privados, tanto facultativos quanto empresas médicas, que atuam sobre os usuários do serviço (pacientes) com apoio numa relação de direito privado, embora revista interesse público ou social, e a responsabilidade material que conserva o Estado quando intervém, por acordo deste e com ele, um ente privado que opera em uma relação de direito público com o Estado de que recebe seu encargo, relação que transcende para o usuário do serviço convertido em beneficiário dessa relação.

#### **10. RECONHECIMENTO DE RESPONSABILIDADE**

29. No *Caso Ximenes Lopes*, o Estado demandado reconheceu sob diversos títulos os fatos que lhe foram atribuídos e as características destes, e o fez mediante explícitas admissões de fatos e formulou reconhecimento parcial de responsabilidade internacional. Esta atitude do Estado – que tem repercussões substantivas e processuais – foi apreciada pela Corte e faz parte de uma crescente corrente de entendimento que favorece a composição entre as partes. As dimensões éticas e jurídicas deste comportamento processual merecem reflexão. Fenômenos semelhantes, que a Corte tem valorizado, se observaram no mesmo período de sessões em que se proferiu a resolução sobre este litígio, naquilo que respeita aos outros dois casos examinados em julho de 2006: *Caso dos Massacres de Ituango* (Colômbia) e *Caso Montero Aranguren* (Venezuela).

Esta é uma tradução ao português do *Voto* original em espanhol.

Sergio García Ramírez  
Juiz

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário



**CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**  
**CASO ACEVEDO BUENDÍA E OUTROS**  
**(“DEMITIDOS E APOSENTADOS DA CONTROLADORIA”) VS. PERU**  
**SENTENÇA DE 1º DE JULHO DE 2009**  
**(Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas)**

No caso *Acevedo Buendía e outros* (“*Demitidos e Aposentados da Controladoria*”),<sup>1</sup>

a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Corte”, “a Corte Interamericana” ou “o Tribunal”), integrada pelos seguintes juízes:<sup>2</sup>

Cecilia Medina Quiroga, Presidenta;  
Sergio García Ramírez, Juiz;  
Manuel E. Ventura Robles, Juiz;  
Leonardo A. Franco, Juiz;  
Margarette May Macaulay, Juíza;  
Rhadys Abreu Blondet, Juíza, e  
Víctor Oscar Shiyín García Toma, Juiz *ad hoc*;

presentes, ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e  
Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta;

em conformidade com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “a Convenção” ou “a Convenção Americana”) e com os artigos 29, 31, 37.6, 56 e 58 do Regulamento da Corte<sup>3</sup> (doravante denominado “o Regulamento”), profere a presente Sentença.

**I**

**Introdução da Causa e Objeto da Controvérsia**

1. Em 1º de abril de 2008, em conformidade com os artigos 51 e 61 da Convenção Americana, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Comissão” ou “a Comissão Interamericana”) apresentou à Corte uma demanda contra a República do Peru (doravante denominado “o Estado” ou “o Peru”). Esta demanda foi originada na denúncia nº 12.357 enviada à Secretaria da Comissão em 12 de novembro de 1998 pelos integrantes da Associação de Demitidos e Aposentados da Controladoria Geral da República do Peru (doravante denominada “a Associação” ou “a Associação de Demitidos e Aposentados”) e ampliada em 24 de janeiro de 2000, data em que designaram como representante legal, *inter alia*, o Centro de Assessoria Laboral (doravante denominado “CEDAL”). Em 9 de outubro de 2002, a Comissão aprovou o Relatório de Admissibilidade nº 47/02, por meio do qual declarou admissível a petição. Posteriormente, em 27 de outubro de 2006, a Comissão aprovou o Relatório de Mérito nº 125/06, nos termos do artigo 50 da Convenção, o qual

---

1. Durante o procedimento deste caso perante a Corte e, anteriormente, durante o procedimento da petição perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, foi utilizado o nome “Integrantes da Associação de Demitidos e Aposentados da Controladoria Geral da República Vs. Peru” para se referir a este caso. Entretanto, doravante a Corte utilizará o nome “Acevedo Buendía e outros (“Demitidos e Aposentados da Controladoria”) Vs. Peru”.

2. O Juiz Diego García-Sayán, de nacionalidade peruana, escusou-se de conhecer sobre o presente caso, em conformidade com os artigos 19.2 do Estatuto e 19 do Regulamento da Corte, em razão de que, em sua condição de Ministro da Justiça do Peru no ano de 2001, recebeu da Associação informação geral sobre as gestões que vinham realizando perante o Ministério de Economia e Finanças do Peru e perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos. Embora o conhecimento dessa informação não afete sua independência e imparcialidade para conhecer do caso, considerou prudente se escusar.

3. Em conformidade com o disposto no artigo 72.2 do Regulamento da Corte Interamericana que entrou em vigor em 24 de março de 2009, “[o]s casos em curso continuarão tramitando conforme este Regulamento, com a exceção daqueles casos em que se tenha convocado a audiência no momento de entrada em vigor do presente Regulamento, os quais seguirão tramitando conforme as disposições do Regulamento anterior”. Desse modo, o Regulamento da Corte mencionado na presente Sentença corresponde ao instrumento aprovado pelo Tribunal em seu XLIX Período Ordinário de Sessões realizado de 16 a 25 de novembro de 2000 e reformado parcialmente pela Corte em seu LXI Período Ordinário de Sessões, realizado de 20 de novembro a 4 de dezembro de 2003.



contém determinadas recomendações para o Estado.<sup>4</sup> Em 1º de abril de 2008, a Comissão decidiu, nos termos dos artigos 51.1 da Convenção e 44 de seu Regulamento, apresentar o presente caso à jurisdição da Corte, considerando que “o Estado não havia cumprido as recomendações” indicadas no Relatório de Mérito nº 125/06. A Comissão designou como Delegados o senhor Paolo Carozza, Comissário, e o senhor Santiago A. Canton, Secretário Executivo, e como assessoras jurídicas as senhoras Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta, Norma Colledani e Manuela Cruz Rodríguez, especialistas da Secretaria Executiva da Comissão.

2. Na demanda, a Comissão se referiu ao suposto descumprimento das sentenças judiciais do Tribunal Constitucional do Peru de 21 de outubro de 1997 e 26 de janeiro de 2001 que ordenam “que a Controladoria Geral da República cumpra o pagamento aos integrantes da Associação demandante das remunerações, gratificações e bonificações que recebem os servidores em atividade da citada Controladoria que desempenhem cargos idênticos, similares ou equivalentes aos que tiveram os demitidos ou aposentados”, em relação aos duzentos e setenta e três (273) integrantes da Associação de Demitidos e Aposentados da Controladoria Geral da República (doravante denominadas “as supostas vítimas” ou “os 273 integrantes da CGR”).<sup>5</sup> A Comissão afirmou que “[embora]

4. No Relatório de Mérito a Comissão concluiu que “o Estado peruano é responsável pela violação dos direitos à proteção judicial e à propriedade consagrados nos artigos 25 e 21 da Convenção Americana, em detrimento dos demitidos e aposentados da Controladoria Geral da República. O anterior constituiu também violação por parte do Estado peruano à obrigação genérica de respeito e garantia que lhe impõe o artigo 1(1) deste instrumento internacional”. Posteriormente, a Comissão recomendou ao Estado “[t]omar as medidas necessárias para dar cumprimento de forma eficiente às sentenças do Tribunal Constitucional d[de] Peru proferidas em 21 de outubro de 1997 e [em] 26 de janeiro de 2001”.

5. As 273 supostas vítimas no presente caso são: Acevedo Buendía, Alejandro; Acevedo Castro, Apolonio; Acevedo León de Dávila, Isabel Zoila; Acosta Arandia, Asunción Graciela; Acosta Trujillo, Marcial; Agüero Ayala, Zóimo; Aguilar Arévalo, Augusto Marcos; Aguilar Serrano, Miguel Tulio; Aguirre Calderon, Emilio Fernando; Alarcón Coronado De Pérez, Nilda René; Alayo Fajardo, Félix Agustín; Alcalá Contreras, Carmen Alejandra; Alcóser Gutiérrez, Moisés Ernesto; Almenara Valdez De Hemmerde, Luisa; Almeyda Flores, Gerardo; Álvarez Postigo, Víctor Augusto; Alza Ahumada, Carlos Eugenio; Amico Ramos Viúva de Errea, Leticia; Ampuero Pasten, Alejandro Augusto; Anaya Viúva De Faura, María Cristina; Aparicio Sifuentes, José Melchor; Aquije Alvarez, Luis Alberto; Arana Pozo, Iraida Eumelia; Arancivia De Valdez, Jaqueline Tania Silvana; Aranda De Los Ríos, María Rosa; Arce Meza, Fernando Aníbal; Arce Viúva De Hipólito, Carmen Julia; Arevalo Dávila Viúva de Pujazón, Martha Leticia; Arroyo Montes, Carmen Liliana; Arroyo Villa Viúva de Arriola, Hilda Teresa; Ascencios Ramírez De Cuneo, María Emma; Bacigalupo Hurtado De Salgado, María Cristina; Balabarca Morales, Rosa Elvira; Banda De Palacios, Josefa Eusebia; Barandiarán Ibáñez, Germán Julio César; Barreda Espinoza, Gerardo Adán; Beaumont Callirgos, Fortunata Raquel; Becerra Quiroz, Delia; Becerra Quiroz, Julia Auristela; Begazo Mansisidor, Roberto Isidoro; Beltrán Paz De Vega, Ana María Vicente; Berrios Berrios, Martha María Antonieta; Berrocal Soto, Vladimiro Jesús; Blas Moreno, Carmen; Blotte Adams, Manuel Edmundo; Bojorquez Gonzáles, Dalton Jesús; Borrero Briceño, Julio Cesar; Bravo Torres, Enrique; Cabrera Jurado, Leoncio Ruperto; Cadenillas Gálvez, Luis Francisco; Cahua Bernales, Juan Antonio; Calderón Escala, Francisco Armando; Campos Sotelo, Héctor Ciro; Candela Vasallo, Héctor Oswaldo; Cárdenas Abarca, Saúl Edmundo; Carmelino Del Carpio Delí, Liliana; Carpio Valdivia, Carmen Jacinto; Carranza Espinoza, Pedro Víctor; Carranza Guerra, Jaime Leoncio; Carrasco Valencia, René Javier; Carrillo Salinas, Enrique; Carrión Martínez, Pedro Antonio; Castagneto Vélez, Juan Antonio; Castañeda Acevedo, Manuel Segundo; Castilla Meza, Jorge Clímaco; Castro Contreras, Jaime Raúl; Castro Zapata, Norberto; Cavassa Urquiaga, Juana María; Celis Cairo, César Manuel; Centurión Marchena De Ramírez, Carmen Isabel; Céspedes Romero, Pablo; Chamorro Díaz De Bezir, María Del Carmen; Chapofán Prada, Ricardo; Chávez Del Carpio, Genaro Remigio; Chicoma Mendoza, Juan Vicente; Chozo Nosiglia, Fernando; Chumpitaz Huapaya, José Hugo Félix; Chura Quisocola, Germán Amadeo; Collantes Sora, César Daniel; Cortes De Durand, Sofía; Cuadros Valdivia, Gregorio Hipólito; Cubas Castillo, Martha; Cuero Jaimes, Mariano; Dávila Ramos, Pablo; Dawson Vásquez, Harry; De La Cruz Arteta, José Enrique; Defilippi Viúva de Queirolo, Adela; Delgado Gorvenia, Frida Eriberta; Delgado Vega, Roberto Alfredo; Dextre Dextre, Víctor Manuel; Dueñas Aristizábal, Antonio Pelagio; Egúsqiza Flores, José Wilfredo; Escobar Salas, José Santiago; Escudero De Beraun, Nelly; Espejo Vivanco, María Luz; Espinoza Zazzali, Moisés Ernesto; Falcón Carbajal, Guillermo; Falconi Delboy, Mercedes Gabriela; Faustino Tataje, Fermín; Ferreccio Alejos, Elsa Mirtha; Ferrel Ayma, Claudio; Figueroa Guerrero, Elmer Enrique; Figueroa Pozo, Doris María Flora; Flores Konja, Julio Vicente; Flores Ojeda De Pérez, Blanca Néliida; Gala Conislla, Roque; Galvez Martínez De Talledo, Mirella Teresa; García Flores, César Augusto; García Mendoza, Rafael Francisco; García Salvatecci, Carmen Rosa; García y García De Gómez, Néliida; Gómez Córdova, Juan Aníbal; Gonzáles Miranda, Luis; Gotuzzo Romero, Mario Bartolomé; Gutiérrez García, Darío Alejandro; Guzmán Rodríguez, Jorge Segundo; Hernández Cotrina, Amado; Hernández Fernandini, Constanza; Hernando Galvez, José Antonio; Herrera Meza, José Santos; Huamán Efrío De Revilla, Mirtha Luz; Huamán Huilca, Valerio Francisco; Ibarra Márquez, Juan Amador; Icochea Arroyo, José Félix; Ishiyama Cervantes Miguel; Iturregui Santoyo, Pedro Gonzalo; Iturrizaga Arredondo, Rafael; Jiménez Lumbereras, Mauro Esteban; Lam Sánchez De Torres, Consuelo; Lamas Vargas, Julia Elvira; Lazarte Terry, Máximo Ernesto; Lazo Loayza, Dante Eusebio; Lazo Zegarra, Nora Ruth; Leau Caballero De Herrera, Betty Eudocia; Libaque Villanueva, Manuel Isaac; Linares Ruiz, María Ilmer; López Rubiños De Rivero, Nelly Esperanza; López Solórzano Viúva de Sunico, Rosa Judith; López Rubiños, Jorge Percy; Lora Cortínez, Juan; Lucero Álvarez, Manuel Gerónimo; Lucero Palomares, Abraham; Luna Heredia De Rodríguez, María Maruja Elvira; Macchiavello Leon Viúva de León, Teresa Yolanda; Manyari Palacios, Guido Alberto; Marin Gil, Juan; Martínez Marin, Alicia; Martínez Estremadoyro, Juan Bautista; Martínez Hubner, Fernando Marcos; Martínez Torres, Raúl Domingo; Matos Huanes, Carlos Alberto; Medina Morán, Juan José; Mejía Montes, Félix Espimaco; Meléndez Meléndez, Rita; Meléndez Hidalgo De Bojorquez, Nora Angelina; Meléndez Romani, Jesús; Melgar Medina, Jesús M.; Menéndez Butrón, Judith Damiana; Mercado, Luis Fernando; Merino Sánchez, Eduardo; Mesías Sandoval, Vidal Hernán; Meza Gamarra, Arturo Higino; Meza Ingar, Patricia Edelmira; Miranda Roldán, Rosa Luz; Miyasato Higa Viúva de Kamisato, Victoria Alejandrina; Mondragón Roncal, Fernando Eleuterio; Monsante Ramírez, César; Montero Garavito, Guillermina; Montero Vargas, Edgardo Demetrio; Montoya Villalobos, Carlos Alejandro; Morales Chavarría, Samuel Enrique; Morales Martínez, Ángel; Moreno Dorado, Blanca Frida; Mostajo Colzani, Manuel Fernando; Mueras Orcon, Lucio; Muñoz Pardo, Edgardo; Navarro Quispe De Morales, Julia Ricardina; Negri Cabrera, Otto Alberto; Neyra Castro, Luis Mauro; Neyra Ríos, Marina; Niño García, Víctor Raúl; Ochoa Ochoa, Pedro; Odría Bastas, Víctor Manuel; Odría Torres Víctor; Ojeda Sánchez, Luis Octavio; Olaechea Granda, Luis Adolfo; Ormeño Wilson, Julio Eduardo; Oropeza Guía, Leonardo; Padilla González De Gordillo, Irene; Paredes Tapia, Eugenia Martha; Peña Ugarte, Juan Manuel; Peñaranda Portugal, Percy; Pérez Gallegos, Gabriel; Pérez Rosales, José Manuel; Pérez Ugarte, Urbana Eugenia; Portugal Vizcarra, José Antonio; Pozo Calva, Gabino Ulises; Pozo Vega, Luis Daniel; Quinde Villacrez, Edgardo; Quiroz Arata, Juan; Ramírez Gandini, César Manuel; Reátegui Noriega, Nancy; Ríos Nash De Reátegui, María Teresa; Rivera Dávalos, Julio César; Robles Freyre Viúva de Kajatt, María Victoria; Rodríguez Balbuena, Edilberto; Rodríguez Vildosola Viúva de Cussianovich, María Zulema; Rodríguez Yépez, Laura Angélica; Rodríguez Zarzosa, Pablo Víctor; Romero Maceda, Ricardo Héctor; Romero Pacora, Jesús; Romero Vivanco, Judith María Del Rosario; Rosario Chirinos, Marcos; Ruiz Botto, José Guillermo; Saenz Arana, Luz Aurea; Salas Luna, Ulderico; Salazar Souza Ferreyra, César Enrique; Salinas De Córdova, Elsa Luisa; San Román Viúva de Riquelme, Luz; Sánchez Canelo, José Edmundo; Sánchez Huarcaya, Luisa Flora; Sánchez Quiñónez, Juan Zenobio; Sanez Gárate, Betty Soledad; Santamaría Vidaurre, César Augusto; Santayana Valdivia, Atilio; Seperack G. De Caro, Rosa; Serrano Mendieta, Valerio Humberto; Sevilla Aspillaga, Guillermo Eduardo; Sifuentes Del Aguila, Leoncio Oswaldo; Sigarrostegui Bindels De Gonzáles, Norma; Solis Romero, Jaime Juan; Sosa Castillo, Julio Edmundo; Soto Bautista, Emilio Felipe; Taboada Morales, César Hugo; Tapia Campos, Antero Santiago; Taquia Vila, Víctor; Távora Ocaña De Ruiz, Herminia Beatriz; Terán Suárez, Félix Enrique; Tolentino Zagal, Rossana; Tompson Ortega, Andrés Avelino; Torres Rodríguez, Mario

- o Estado tenha dado cumprimento parcial a uma parte da sentença [do Tribunal Constitucional] ao nivelar as pensões das [supostas] vítimas a partir de novembro de 2002, não cumpriu a devolução dos valores de pensão retidos a partir do mês de abril do ano de 1993 até outubro de 2002”.
3. Em função do anterior, a Comissão solicitou à Corte que declarasse que o Estado é responsável pela violação dos direitos reconhecidos nos artigos 21 (Direito à Propriedade Privada) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) da mesma, em detrimento das 273 supostas vítimas. Como consequência do anteriormente exposto, a Comissão solicitou à Corte, em conformidade com o artigo 63.1 (Obrigação de Reparar) da Convenção, que ordene ao Estado a adoção “das medidas necessárias para dar cumprimento de forma eficiente às sentenças do Tribunal Constitucional d[o] Peru proferidas em 21 de outubro de 1997 e [em] 26 de janeiro de 2001”, bem como o pagamento “das custas e gastos legais em que tenham incorrido as [supostas] vítimas na tramitação do caso no âmbito nacional [e] perante o [S]istema [I]nteramericano”.
  4. Em 7 de julho de 2008, o senhor Javier Mujica Petit, advogado encarregado do Programa de Direitos Humanos do CEDAL (doravante denominado “o representante”), e a senhora Isabel Acevedo León, presidente da Associação de Demitidos e Aposentados, apresentaram o escrito de petições, argumentos e provas (doravante denominado “escrito de petições e argumentos”) nos termos do artigo 23 do Regulamento. Neste escrito foi pedido à Corte que declarasse que o Estado havia realizado as mesmas violações de direitos invocadas pela Comissão e, adicionalmente, foi alegado que o Estado era responsável pelo descumprimento do artigo 26 (Desenvolvimento Progressivo dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais) da Convenção, em relação ao artigo 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) da mesma. Também foi pedido que a Corte ordenasse ao Estado a adoção de certas medidas de reparação e o reembolso das custas e gastos. No mesmo escrito foi indicado que o CEDAL “representa 248 demitidos ou aposentados dos 273 integrantes da Associação mencionados na demanda” e que as “25 [supostas] vítimas ou seus familiares que não estão representadas pelo [CEDAL], serão representadas pela Comissão, segundo o artigo 33.3 do Regulamento da Corte”. Entretanto, as procurações e atas apresentadas como anexos à demanda e ao escrito de petições e argumentos permitem a este Tribunal concluir que o senhor Mujica Petit representa 251 supostas vítimas e que, portanto, são 22 as representadas pela Comissão.<sup>6</sup>
  5. Em 5 de setembro de 2008, o Estado, representado pela Agente Delia Muñoz Muñoz, apresentou seu escrito de contestação da demanda e de observações ao escrito de petições e argumentos (doravante denominada “contestação da demanda”), no qual objetou a competência da Corte *ratione materiae*, indicando que esta “carece de competência para conhecer, em sede jurisdicional, de direitos de natureza econômica[,] social ou cultural”. Em seu escrito de alegações finais, o Estado esclareceu que a exceção preliminar está baseada “na falta de competência em razão da matéria da Corte para se pronunciar sobre a suposta violação ao direito à previdência social, devendo unicamente analisar e eventualmente declarar a responsabilidade internacional do Estado em relação ao direito de proteção judicial e ao direito de propriedade contemplados na Convenção”. Além disso, o Estado afirmou que não é responsável pelas violações alegadas “já que desde o a[n]o de 2002 [...] vem pagando as pensões às supostas vítimas[,] a totalidade das mesmas[,] em conformidade com o mandato das sentenças invocadas”, rejeitando “a obrigação do pagamento de juros acumulados de pensões, por não estar contida [...] na decisão das [s]entenças do Tribunal Constitucional”. Posteriormente, o Estado solicitou declarar improcedente e infundado o pedido de reparações e de reembolso de custas e gastos. Em conformidade com o artigo 37.4 do Regulamento, em 10 e 21 de outubro de 2008, o representante e a Comissão, respectivamente, apresentaram suas alegações sobre a exceção preliminar interposta pelo Estado, solicitando que a Corte a rejeitasse.

Simón; Trujillo Rodríguez, Raquel; Ubillus Martino, Mario Pastor; Ugarte Alarcón, Alberto Walter; Urrelo Moreno De Cardich, Rosa; Valencia Amador, Elizabeth Milagro; Valencia Pacheco De Cárdenas, Blanca Concepción; Valverde Bernal, Adolfo; Vargas Calvo, Alberto; Vargas Giles, Juan Augusto; Vargas Prieto Viúva de Barcelli, María Esther; Vargas Salas, Cosme Marino; Vargas Salazar, Enrique Eduardo; Vargas Salinas, Eileen G.; Vásquez Del Castillo, Elena; Vega Alarcón, César Augusto; Vela Lazo De Peralta, Consuelo Emperatriz; Velarde Falcón, Amelia Juana; Velásquez Del Carpio, César; Vicuña Arias De Valdez, Edelmira; Villalobos Rodríguez, Marcos; Villanueva Ipanaque, Carmen Isabel; Vitkovic Trujillo, José Baltasar; Vizcaya Jáuregui, Nicolás Ramiro; Yap Cruz, José Leoncio; Yarasca Montano, Pedro Lucio; Yong Flores, Raúl; Zapata Barrientos, Pedro Sigifredo; Zapata Benites, Alberto; Zavala Rivera, Víctor Manuel; Zavala Torres, Dora Jasmine; Zevallos Alzamora, Olga Cecilia, e Zuloeta Camacho, Ángel.

6. As 22 supostas vítimas que não concederam procuração de representação ao senhor Javier Mujica Petit são: Agüero Ayala, Zósimo; Aguilar Arévalo, Augusto Marcos; Banda De Palacios, Josefa Eusebia; Berríos Berríos, Martha María Antonieta; Blas Moreno, Carmen; Cárdenas Abarca, Saúl Edmundo; Chaponán Prada, Ricardo; Defilippi Viúva de Queirolo, Adela; Falconi Delboy, Mercedes Gabriela; García Mendoza, Rafael Francisco; Iturrizaga Arrédondo, Rafael; Jiménez Lumberreras, Mauro Esteban; Lora Cortínez, Juan; Marín Gil, Juan; Montero Garabito, Guillermina; Morales Martínez, Ángel; Moreno Dorado, Blanca Frida; Odría Torres, Víctor Manuel; Ormeño Wilson, Julio Eduardo; Pérez Ugarte, Urbana Eugenia; Sigarrostegui Bindels de González, Norma, e Vargas Prieto Viúva de Barcelli, María Esther.

## II

## Procedimento Perante A Corte

6. Em 5 de maio de 2008, a Secretaria da Corte (doravante denominada “a Secretaria”), após o exame preliminar realizado pela Presidente da Corte, e em conformidade com os artigos 34 e 35.1 do Regulamento, notificou a demanda via fac-símile ao Estado<sup>7</sup> e ao representante. Em 6 de junho de 2008, o Estado designou o senhor Víctor Oscar Shiyin García Toma como Juiz *ad hoc*.
7. Em 5 de dezembro de 2008, a Presidente da Corte emitiu uma Resolução, na qual ordenou a apresentação, através de declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*), de um testemunho, uma declaração a título informativo e uma perícia propostos pelo representante e pela Comissão. Além disso, admitiu quatro declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) apresentadas pelo representante em 13 de novembro de 2008, apesar de seu envio prematuro no processo. As partes tiveram oportunidade de apresentar observações sobre todas as declarações requeridas e admitidas. Ao mesmo tempo, a Presidente convocou a Comissão, o representante e o Estado a uma audiência pública para receber as declarações de duas testemunhas propostas pelo representante, bem como as alegações finais orais sobre a exceção preliminar e os eventuais mérito, reparações e custas.<sup>8</sup>
8. Em 5 de janeiro de 2009, o representante apresentou o testemunho da senhora Dicha Laura Arias Laureano de Pozo, prestado perante agente dotado de fé pública e, em 6 de janeiro de 2009, a Comissão apresentou a declaração a título informativo e o parecer pericial dos senhores Javier Cabanillas Reyes e Flavia Marco Navarro, respectivamente, ambos prestados perante agente dotado de fé pública. Em 16 de janeiro de 2009, o Estado apresentou observações ao testemunho de Dicha Laura Arias Laureano de Pozo, bem como à declaração a título informativo e ao parecer pericial apresentados pelos senhores Javier Cabanillas Reyes e Flavia Marco Navarro. Nesse dia, o representante apresentou observações a estas duas últimas declarações.
9. Em 21 de janeiro de 2009 foi realizada a audiência pública, durante o LXXXII Período Ordinário de Sessões da Corte.<sup>9</sup>
10. Em 23 de fevereiro de 2009, a Comissão, o Estado e o representante apresentaram, respectivamente, suas alegações finais escritas sobre a exceção preliminar e os eventuais mérito, reparações e custas. Já que o Estado e o representante enviaram prova documental com seus escritos de alegações finais, a Corte solicitou às partes observações a estes anexos através de nota de 11 de março de 2009. Em 20 de março de 2009, a Comissão afirmou que “não t[inha] observações a formular” sobre a prova apresentada pelo Estado e pelo representante com suas respectivas alegações finais escritas. O Estado e o representante não apresentaram observações a esse respeito.
11. Em 30 de março de 2009, foi pedido ao representante que enviasse ao Tribunal os recibos e prova relacionados com as custas e gastos, indicados no anexo 5 do escrito de petições e argumentos no presente caso. Em 20 de abril de 2009, o representante solicitou uma extensão de prazo de 30 dias para a apresentação desta prova, a qual foi concedida pela Presidenta da Corte. Em 28 de maio de 2009, o representante solicitou “uma extensão do prazo de 30 dias adicionais” para a apresentação da referida prova. A esse respeito, a Presidenta do Tribunal concedeu ao representante um novo prazo até 12 de junho de 2009 para a apresentação da documentação referida. Em 17 de junho de 2009, o representante afirmou que havia enviado uma “relação de gastos” através de correio postal, e em 22 e 23 de junho de 2009 apresentou via correio eletrônico os anexos indicados nesta comunicação. Foi concedido ao Estado e à Comissão um prazo até 29 de junho de 2009 para a apresentação de observações a esse respeito. Em 30 de junho de 2009, o Estado apresentou suas respectivas observações. Até a data de emissão da presente Sentença, as observações da Comissão não haviam sido recebidas neste Tribunal.

7. No momento da notificação da demanda ao Estado, informou-se que podia designar um juiz *ad hoc* para que participasse na consideração do presente caso.-

8. Resolução emitida pela Presidenta da Corte Interamericana em 5 de dezembro de 2008.

9. As seguintes pessoas estiveram presentes na audiência pública: a) pela Comissão Interamericana: Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Adjunta; Juan Pablo Albán A., assessor; Lilly Ching Soto, especialista da Secretaria Executiva, e Silvia Serrano, especialista da Secretaria Executiva; b) pelas supostas vítimas e pelo representante: Javier Mujica Petit, representante das supostas vítimas; Isabel Zoila Acevedo León, suposta vítima e Presidenta da Associação Nacional de Demitidos e Aposentados da Controladoria Geral da República; Luis Adolfo Olaechea Granda, suposta vítima e Vice-Presidente da Associação Nacional de Demitidos e Aposentados da Controladoria Geral da República, e María Cristina Bacigalupo de Salgado, suposta vítima e Assessora da Direção da Associação Nacional de Demitidos e Aposentados da Controladoria Geral da República, e c) pelo Estado: Delia Muñoz Muñoz, Procuradora Pública Especializada Supranacional do Sistema de Defesa Jurídica do Estado; Rosa María Silva Hurtado, Secretária Técnica do Conselho de Defesa Jurídica do Estado; Edgar Alarcón Tejada, Gerente Geral do Conselho de Defesa Jurídica do Estado, e Héctor Maldonado Montalvo, Procurador Adjunto da Controladoria Geral da República.

## III

**Exceção Preliminar *Ratione Materiae***

12. Em seu escrito de contestação da demanda, o Estado argumentou que a Corte carece de competência *ratione materiae* para conhecer do presente caso. Em seu escrito de alegações finais, o Estado esclareceu que a exceção preliminar se baseia “na falta de competência em razão da matéria da Corte para se pronunciar sobre a suposta violação ao direito à previdência social, devendo unicamente analisar e eventualmente declarar a responsabilidade internacional do Estado em relação ao direito de proteção judicial e ao direito de propriedade contemplados na Convenção”. A esse respeito, o Estado alegou que o direito à previdência social fica fora do alcance da competência da Corte em razão da matéria, já que este não está contemplado na Convenção Americana nem é um dos dois direitos (direitos sindicais e direito à educação) que excepcionalmente seriam protegidos perante o Sistema Interamericano, em conformidade com o indicado no artigo 19.6 do Protocolo de San Salvador.
13. A esse respeito, a Comissão considerou que “a exceção preliminar apresentada por parte do Estado deve ser rejeitada por carecer de fundamento jurídico”. Primeiro, afirmou que o Estado “não levantou nenhuma objeção ao cumprimento dos requisitos de admissibilidade” durante o trâmite perante a mesma, razão pela qual sua exceção “é inadmissível em virtude do princípio de *estoppel*”. Além disso, indicou que “o objeto da demanda apresentada pela Comissão não se centra em estabelecer se os integrantes da Associação [...] têm ou não um direito à previdência social, e se esse direito foi ou não respeitado, garantido ou cumprido pelo Estado peruano. Esse direito já foi reconhecido como tal pelas sentenças do Tribunal Constitucional d[o] Peru de 21 de outubro de 1997 e 26 de janeiro de 2001. Seu conteúdo não está em discussão perante a Corte [...]. O que está em discussão [...] é o descumprimento destas sentenças, e as consequências que esse descumprimento tem no direito [à] propriedade das vítimas sobre suas pensões”. Por outro lado, a Comissão afirmou que, embora o alegado descumprimento do artigo 26 da Convenção “não forma parte do caso apresentado por [ela,] a jurisprudência do [S]istema confirma que a Corte tem competência material para se pronunciar sobre u[m] alegad[o] descumprimento] desta norma”. Em todo caso, afirmou que “a discussão sobre se o Estado incorreu ou não em u[m] descumprimento] do artigo 26 da Convenção pertence ao mérito do presente assunto”. Posteriormente, destacou que “nem a Comissão nem [o] representant[e] das [supostas] vítimas alegaram a violação de disposições do [Protocolo de San Salvador]”, de modo que é “desnecessário que a Corte se pronuncie sobre sua competência material em relação a este tratado”.
14. Por sua vez, o representante também solicitou que a Corte rejeitasse a exceção preliminar apresentada pelo Estado. Alegou que a Corte é competente “para interpretar e fixar o alcance das obrigações gerais de respeito e garantia, e de adequação normativa, em relação aos direitos que se derivam das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, contidas na Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, a que faz referência o artigo 26” da Convenção. Além disso, afirmou que a Convenção Americana “não exclui [da competência da Corte] a interpretação e aplicação [de] nenhum direito ou disposição [deste instrumento]. Portanto, deve-se entender que todos os seus artigos [...] são suscetíveis de serem interpretados pela Corte ao exercer sua competência contenciosa”. Igualmente, afirmou que embora “a matéria objeto de controvérsia neste caso consiste em estabelecer se o Estado peruano incorreu em responsabilidade internacional ao descumprir duas sentenças judiciais, [...] o direito à proteção judicial implica necessariamente a proteção indireta dos direitos amparados por [estas] sentenças judiciais, [...] inclusive quando estes [direitos] não gozam de proteção da Convenção”. Nesse sentido, o representante afirmou que a Corte “decidiu casos com o mesmo ou similar padrão fático [ao] que agora é submetido à sua consideração”, sem encontrar limitações à sua competência para se pronunciar sobre o artigo 26 da Convenção. Destacou, também, que “o que [solicitou] à Corte é que [determine] u[m] descumprimento] do artigo 26 da Convenção”, e não que se “estabeleça a violação de direitos contidos no Protocolo de San Salvador”.
15. A controvérsia no presente caso, conforme se observa dos escritos apresentados pelas partes, tem como objeto determinar a responsabilidade internacional do Estado pelo suposto descumprimento do ordenado a favor das 273 supostas vítimas em duas sentenças proferidas pelo Tribunal Constitucional peruano no que respeita ao direito à previdência social destes no Peru. Segundo a Comissão, este suposto descumprimento constitui uma violação dos direitos reconhecidos nos artigos 25 e 21 da Convenção, em relação à obrigação geral contida no artigo 1.1 do mesmo instrumento. Por sua vez, o representante solicitou um pronunciamento adicional da Corte em relação ao artigo 26 da Convenção. A exceção preliminar apresentada pelo Estado está focalizada na suposta falta de competência em razão da matéria em relação ao referido artigo 26 da Convenção. Portanto, corresponde ao Tribunal analisar se é competente para se pronunciar sobre um suposto descumprimento deste artigo.

16. Como todo órgão com funções jurisdicionais, este Tribunal tem o poder inerente a suas atribuições para determinar o alcance de sua própria competência (*compétence de la compétence*). Para fazer esta determinação, a Corte deve ter em consideração que os instrumentos de reconhecimento da cláusula facultativa da jurisdição obrigatória (artigo 62.1 da Convenção) pressupõem a admissão, pelos Estados que a apresentam, do direito da Corte a resolver qualquer controvérsia relativa à sua jurisdição.<sup>10</sup> Além disso, o Tribunal afirmou anteriormente que os termos amplos em que está redigida a Convenção indicam que a Corte exerce uma jurisdição plena sobre todos seus artigos e disposições.<sup>11</sup>
17. Adicionalmente, já que o Peru é Estado Parte da Convenção Americana e reconheceu a competência contenciosa da Corte, esta é competente para decidir se o Estado incorreu em uma violação ou descumprimento de algum dos direitos reconhecidos na Convenção, inclusive em relação ao artigo 26 da mesma. Portanto, a análise desta controvérsia, ou seja, a determinação de se o Estado é responsável pelo descumprimento do artigo 26 da Convenção, será realizada no capítulo de mérito da presente Sentença (pars. 92 a 107 *infra*).
18. Por outro lado, o Tribunal observa que no presente caso não foi alegada uma violação do Protocolo de San Salvador, de modo que a Corte considera desnecessário resolver se pode exercer competência sobre este Tratado.
19. Consequentemente, o Tribunal rejeita a exceção preliminar de falta de competência da Corte *ratione materiae* apresentada pelo Estado e considera que é competente para analisar as alegações relacionadas com o mérito do presente caso.

\*\*\*

20. A Corte observa que o Estado afirmou em suas alegações finais que ainda se encontra pendente no âmbito interno um “processo de execução” das sentenças em questão. Este Tribunal observa que esta indicação não foi apresentada explicitamente pelo Estado como uma exceção preliminar de incompetência em razão de uma suposta falta de esgotamento de recursos internos. Portanto, não corresponde ao Tribunal se pronunciar a respeito, além de reiterar sua jurisprudência constante,<sup>12</sup> na qual se afirma que se a exceção de não esgotamento dos recursos internos não é interposta oportunamente, perde-se a possibilidade de fazê-lo. Consequentemente, o Estado deveria haver apresentado esta exceção preliminar, se assim o pretendia, no momento processual oportuno, o que não foi feito. Entretanto, ao analisar o mérito da controvérsia, a Corte apreciará a indicação do Estado em relação ao suposto “processo de execução” que segue em trâmite no âmbito interno.

#### IV Competência

21. A Corte é competente para conhecer do presente caso, nos termos do artigo 62.3 da Convenção Americana, já que o Peru é Estado Parte da Convenção desde 28 de julho de 1978 e reconheceu a competência contenciosa da Corte em 21 de janeiro de 1981.

#### V Prova

22. Com base no estabelecido nos artigos 44 e 45 do Regulamento, bem como na jurisprudência do Tribunal a respeito da prova e sua apreciação,<sup>13</sup> a Corte examinará e avaliará os elementos probatórios que constam nos autos.

10. Cf. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Peru. Competência*. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C N° 54, pars. 32 e 34; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C N° 186, par. 23, e *Caso García Prieto e outros Vs. El Salvador. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de novembro de 2007. Série C N° 168, par. 38.

11. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C N° 1, par. 29, e *Caso 19 Comerciantes Vs. Colômbia. Exceção Preliminar*. Sentença de 12 de junho de 2002. Série C N° 93, par. 27.

12. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez*, par. 88, nota 11 *supra*; *Caso Bayarri Vs. Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de outubro de 2008. Série C N° 187, par. 16, e *Caso Heliodoro Portugal*, par. 14, nota 10 *supra*.

13. Cf. *Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 8 de março de 1998. Série C N° 37, par. 76; *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 3 de abril de 2009. Série C N° 196, par. 36, e *Caso Perozo e outros Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C N° 195, par. 91.

**A) Prova Documental, Testemunhal e Pericial**

23. A pedido da Presidência,<sup>14</sup> o Tribunal recebeu os testemunhos e as declarações a título informativo prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) pelas seguintes pessoas:

- a) *Cosme Marino Vargas Salas*;
- b) *Juan José Medina Morán*;
- c) *César Daniel Collantes Sora*;
- d) *Julio César Borrero Briceño*, e
- e) *Dicha Laura Arias Laureano*.

Todas as testemunhas anteriores foram propostas pelo representante na qualidade de supostas vítimas como membros da Associação de Demitidos e Aposentados. Declararam sobre as supostas consequências econômicas, pessoais e familiares que lhes tem ocasionado o alegado descumprimento das decisões do Tribunal Constitucional do Peru que são objeto do presente caso, e sobre as supostas gestões realizadas através da Associação de Demitidos e Aposentados, tanto no âmbito interno como internacional, para obter o cumprimento destas sentenças, bem como os resultados das mesmas;

- f) *Javier Cabanillas Reyes*, declarante a título informativo proposto pela Comissão, perito judicial peruano. Sua declaração versou sobre o procedimento de execução de sentença realizado perante o 66° Juizado Especial Cível de Lima, e sobre um relatório pericial que alegadamente determina o montante total atualizado a título de pensões acumuladas a partir do mês de abril de 1993 ao mês de outubro de 2002, e
- g) *Flavia Marco Navarro*, perita proposta pela Comissão, é advogada e especialista em sistemas previdenciários. Sua declaração versou sobre aspectos de reparações e modos de cumprimento vinculados às sentenças proferidas pelo Tribunal Constitucional do Peru no presente caso.

24. Durante a audiência pública, a Corte recebeu a declaração das seguintes testemunhas:

- a) *José Guillermo Ruiz Boto*, suposta vítima e testemunha proposta pelo representante. Declarou, *inter alia*, sobre as alegadas consequências do alegado descumprimento das decisões do Tribunal Constitucional do Peru objeto do presente caso em relação às supostas vítimas, e as supostas gestões realizadas através da Associação de Demitidos e Aposentados, tanto no âmbito interno como internacional, para obter o cumprimento destas sentenças, e
- b) *José Baltasar Vitkovic Trujillo*, suposta vítima e testemunha proposta pelo representante. Declarou, *inter alia*, sobre as particularidades do regime de pensões do Decreto-Lei n° 20.530, as alegadas consequências do alegado descumprimento das decisões do Tribunal Constitucional do Peru objeto do presente caso nas supostas vítimas, e as supostas gestões realizadas tanto no âmbito interno como internacional para obter o cumprimento destas sentenças.

25. Além das declarações e perícias indicadas anteriormente, a Comissão, o representante e o Estado enviaram elementos probatórios em diversas oportunidades processuais, bem como na audiência pública (pars. 9, 10 e 11 *supra*).

**B) Apreciação da Prova**

26. No presente caso, como em outros,<sup>15</sup> o Tribunal admite a apreciação probatória dos documentos e declarações enviados pelas partes no momento processual oportuno, nos termos do artigo 44 do Regulamento, que não foram controvertidos nem objetados, nem cuja autenticidade foi questionada.

27. Em relação aos testemunhos, declarações a título informativo e pareceres prestados pelas testemunhas e peritos através de declarações juramentadas (*affidavits*) e em audiência pública que não foram objetados pelas partes, a Corte os considera pertinentes na medida em que se ajustem ao objeto que foi definido pelo Tribunal na Resolução na qual ordenou recebê-los (par. 7 *supra*) e os admite para serem apreciados em conformidade com as regras da crítica sã e o conjunto de provas no processo. Este Tribunal considera que as declarações testemunhais apresentadas pelas supostas vítimas não podem ser apreciadas isoladamente,

14. Resolução emitida pela Presidenta da Corte, nota 8 *supra*.

15. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C N° 4, par. 140; *Caso Kawas Fernández*, par. 39, nota 13 *supra*, e *Caso Perozo e outros*, par. 94, nota 13 *supra*.

dado que estas pessoas têm um interesse direto neste caso, razão pela qual serão apreciadas dentro do conjunto das provas do processo e em conformidade com as regras da crítica sã.

28. Em sua demanda, a Comissão solicitou à Corte que requeresse ao Estado “a apresentação de cópias autênticas e íntegras dos autos nº 2027-98 que se tramita perante o 66º Juizado Especial Cível de Lima”. Por sua vez, o Estado solicitou que fosse declarado inadmissível o pedido da Comissão “por não ser pertinente no presente caso”. A esse respeito, a Corte observa que o acervo probatório que integra os autos perante a mesma é suficiente para resolver as controvérsias apresentadas no presente caso (pars. 1 a 5 *supra*), de modo que considerou desnecessário solicitar esta documentação.
29. Por outro lado, o representante e o Estado enviaram prova juntamente com suas observações às declarações juramentadas (*affidavits*) apresentadas no presente caso.<sup>16</sup> O Tribunal observa que, embora a prova apresentada pelo representante tenha sido enviada com posterioridade à apresentação do escrito de petições e argumentos (par. 8 *supra*), a mesma está relacionada a um fato superveniente que não existia no momento de apresentar este escrito. A Corte também observa que a prova apresentada pelo Estado consiste em várias resoluções e escritos que foram emitidos, notificados ou apresentados entre os meses de dezembro de 2008 e janeiro de 2009, ou seja, com posterioridade à data de apresentação da contestação da demanda, ou que se relacionam a tais fatos supervenientes. Além disso, a Corte observa que esta prova não foi objetada pelas partes (pars. 8, 9 e 10 *supra*) e que é útil e pertinente para a determinação dos fatos no presente caso. Portanto, em conformidade com o artigo 44.3 do Regulamento da Corte, o Tribunal admite para ser apreciada em conjunto com o restante do acervo probatório e em conformidade com as regras da crítica sã.
30. O Estado impugnou a declaração da senhora Flavia Marco Navarro por “não cumpr[ir] os requisitos de competência, idoneidade ou especialidade para atuar como perita nos temas que foram definidos como objeto da perícia [...] pois, longe de se referir [a este] objeto [...], refere-se a temas totalmente diferentes”. A Corte constatou, havendo visto o *curriculum vitae* da perita Flavia Marco Navarro, que esta é apresentada como especialista em sistemas previdenciários e que prestou seu parecer sobre o modo através do qual o Estado deveria realizar os pagamentos que a perita considera estarem pendentes de cumprimento em razão das sentenças proferidas pelo Tribunal Constitucional do Peru no presente caso. O anterior é ajustado, ao menos parcialmente, ao objeto da perícia requerida pelo Tribunal. Portanto, a Corte toma em consideração as observações apresentadas pelo Estado e considera que a referida declaração pode contribuir à determinação, por parte do Tribunal, dos fatos no presente caso, enquanto se relacione com o objeto definido pela Corte, de modo que a admite para ser apreciada em conjunto com o restante do acervo probatório e em conformidade com as regras da crítica sã.
31. O Estado impugnou, também, a declaração a título informativo do senhor Javier Cabanillas Reyes, indicando que esta declaração a título informativo “omite informação relevante relacionada ao procedimento de execução, bem como a referência a atuações processuais relevantes ocorridas dentro dele”. A esse respeito, a Corte observa que a objeção por parte do Estado não possui relação com a pertinência e admissibilidade da prova apresentada, mas com a apreciação que possa fazer o Tribunal em relação a esta. Portanto, a Corte admite esta prova enquanto se relaciona com o objeto estabelecido na Resolução da Presidência (par. 7 *supra*), para ser apreciada em conjunto com o restante do acervo probatório e em conformidade com as regras da crítica sã, tendo em consideração as observações realizadas pelo Estado a esse respeito.
32. Igualmente, o Estado impugnou a declaração da senhora Dicha Laura Arias Laureano, indicando que esta “não cumpriu sua finalidade, tendo em consideração o objeto da declaração que foi definido pela Corte”. O Estado alegou que, “[c]ontrariamente ao que sugere a declarante, [...] não descumpriu as sentenças do Tribunal Constitucional”. Afirmou, também, que “não existe uma relação de causalidade adequada entre [os] fatos [padecidos pela declarante e sua família] e os supostos descumprimentos atribuídos ao Estado” e, por último, que as respostas da declarante em relação aos recursos interpostos por seu esposo para conseguir o reembolso das pensões não concedidas foram insuficientes, pois a declarante não detalhou

16. O representante enviou a seguinte prova: a) Decisão proferida pela Sexta Vara Cível da Corte Superior de Lima, de 27 de novembro de 2008 e notificada à Associação de Demitidos e Aposentados em 8 de janeiro de 2009; b) cópia das Leis nºs 28.046 e 28.047, citadas na referida Decisão de 27 de novembro de 2008; c) cópia do Regulamento da Lei nº 28.046, também relacionado com a Decisão de 27 de novembro de 2008, e d) cópia da sentença do Tribunal Constitucional do Peru de 20 de setembro de 2004, citada pela Sexta Vara Cível da Corte Superior de Lima em sua Decisão de 27 de novembro de 2008. Por sua vez, o Estado enviou a seguinte prova: Resolução nº 266, de 1º de julho de 2008 (notificada em 24 de dezembro de 2008); Resolução nº 291, de 12 de dezembro de 2008; Resolução nº 296, de 30 de dezembro de 2008; Resolução nº 298, de 9 de janeiro de 2009; Escrito de 13 de janeiro de 2009 apresentado pela Procuradora Pública da Controladoria Geral da República; Resolução nº 299, de 14 de janeiro de 2009, e Resolução nº 300, de 15 de janeiro de 2009.

- as ações efetuadas. A esse respeito, a Corte observa que a objeção por parte do Estado não possui relação com a pertinência e admissibilidade da prova apresentada, mas com a apreciação que o Tribunal possa fazer em relação a esta. Portanto, a Corte leva em consideração as observações apresentadas pelo Estado e considera que a declaração da senhora Dicha Laura Arias Laureano pode contribuir à determinação, por parte do Tribunal, dos fatos no presente caso, de modo que a admite para ser apreciada em conjunto com o restante do acervo probatório e em conformidade com as regras da crítica são.
33. O Estado impugnou “a apresentação, aceitação e atuação das provas documentais apresentadas no Anexo nº 3 [da demanda da Comissão Interamericana] sobre legislação e sentenças do regime de pensões por serem impertinentes e por não estarem vinculada[s] à matéria do presente processo”. A esse respeito, o Tribunal observa que a controvérsia no presente caso versa sobre o suposto descumprimento de certas decisões internas nas quais foram analisados temas do regime de pensões aplicável no Peru. Portanto, a Corte leva em consideração as observações apresentadas pelo Estado e considera que os referidos documentos são pertinentes e podem ser úteis para a determinação, por parte do Tribunal, dos fatos no presente caso, de modo que os admite para serem apreciados em conjunto com o restante do acervo probatório e em conformidade com as regras da crítica são, na medida em que possuam relação com o objeto do caso.
34. O Estado também impugnou, “em sua totalidade, o oferecimento de provas [documentais realizado pelo representante em seu escrito de petições e argumentos], por não estarem vinculadas ao núcleo das pretensões do presente processo”. Este oferecimento trata do seguinte: a) duas sentenças do Tribunal Constitucional do Peru que demonstrariam a suposta “problemática do descumprimento de sentenças em geral [no Peru] e, em particular, as relativas aos direitos de caráter social”, o qual a Corte considera pertinente e relevante para determinar o suposto contexto no qual se alega foi produzido o descumprimento das sentenças matéria do presente caso; b) respostas de 95 integrantes da Associação de Demitidos e Aposentados a perguntas sobre a forma como alegadamente “lhes afetou a redução de suas pensões a partir do mês de março de 1993”, o que a Corte considera pertinente e relevante para analisar, caso seja pertinente, o suposto dano material e imaterial sofrido pelas supostas vítimas; c) contratos realizados com o Escritório de advogados Carlos Blancas Bustamente e uma relação de gastos e custas em que supostamente incorreu o representante, o que é pertinente e relevante para a determinação, se for o caso, das custas e gastos gerados no presente caso; d) uma relação de membros ativos e falecidos da Associação de Demitidos e Aposentados e vinte e duas (22) certidões de sucessão de pensionistas falecidos pertencentes a esta Associação, o que é pertinente e relevante para a determinação, se for o caso, da distribuição das reparações que o Tribunal possa ordenar em relação às supostas vítimas falecidas. Portanto, havendo determinado que a prova objetada pode ser pertinente e relevante para a análise do presente caso, este Tribunal a admite para ser apreciada em conjunto com o restante do acervo probatório e em conformidade com as regras da crítica são, tendo em consideração as observações apresentadas pelo Estado.
35. Igualmente, o Estado impugnou diversos documentos de prova apresentados pelo representante em 22 e 23 de junho de 2009, relacionados às custas e gastos incorridos no trâmite do presente caso desde o ano de 2004 até o ano de 2008, consistentes, *inter alia*, em notas fiscais e recibos por serviços telefônicos e de envios, materiais, passagens de avião, hospedagem, reembolsos de traslados e refeições e honorários. O Estado afirmou que esta prova deveria ter sido enviada “no escrito de petições e argumentos dos petionários”. A esse respeito, a Corte observa que estes documentos e comprovantes foram requeridos pela Corte ao serem considerados pertinentes e necessários para a determinação, se for o caso, das reparações solicitadas pela Comissão e pelo representante no presente caso. Portanto, o Tribunal admite esta prova em conformidade com o artigo 45.1 de seu Regulamento para ser apreciada em conjunto com o restante do acervo probatório e em conformidade com as regras da crítica são.
36. Tanto o representante como o Estado apresentaram prova adicional juntamente com suas alegações finais escritas (par. 10 *supra*). O Tribunal observa que os documentos contidos nos Anexos 1 e 3 das alegações finais escritas do representante, a saber, o Relatório nº 08-2008-JUS/CNDH-SE-CESAPI de 14 de janeiro de 2008 e a Resolução Administrativa nº 022-2001-CG/B190, já formavam parte do acervo probatório, correspondendo aos Anexos 1.61 e 4.8 da demanda, respectivamente, e que estes já foram admitidos pelo Tribunal (par. 26 *supra*). Os seguintes documentos apresentados como anexos às alegações finais escritas do Estado também constam no acervo probatório: a) o Anexo 2, intitulado “Sentenças do Tribunal Constitucional de 21 de outubro de 1997 e 26 de janeiro de 2001”, corresponde aos Anexos 4.3 e 4.7 da demanda, e b) os Anexos 4, 5 e 6, que contêm as Decisões nº 291, 298, e 299 do 4º Juizado Especial Cível da Corte Superior de Justiça de Lima,



correspondem aos Anexos 3.2, 3.4 e 3.6 das observações do Estado às declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavits*), sobre cuja admissibilidade e apreciação o Tribunal já se pronunciou (par. 29 *supra*).

37. Apesar do anterior, o Estado e o representante apresentaram vários documentos juntamente com suas alegações finais escritas que não haviam sido enviados no momento processual oportuno, em conformidade com o artigo 44 do Regulamento. O Estado enviou a demanda interposta pelos membros da Associação de Demitidos e Aposentados de 27 de maio de 1993, bem como a Decisão n° 63 do 4° Juizado Especial Cível da Corte Superior de Justiça de Lima, de 24 de janeiro de 2005, e um expediente de jurisprudência do Tribunal Constitucional do Peru em torno a seus critérios de interpretação e execução de sentenças. A Corte observa que esta prova foi apresentada extemporaneamente dentro do processo perante a mesma e que não está relacionada a fatos supervenientes. Entretanto, ao se tratar de documentos relacionados com o procedimento interno no presente caso e de jurisprudência relevante para a determinação das normas processuais aplicáveis para a execução das sentenças matéria desta controvérsia, o Tribunal considera que esta é pertinente e necessária para a determinação, por parte do Tribunal, dos fatos no presente caso. Portanto, tendo em consideração que a mesma tampouco foi objetada pelas demais partes (par. 10 *supra*), o Tribunal a admite de conformidade com o artigo 45.1 de seu Regulamento para ser apreciada em conjunto com o restante do acervo probatório e em conformidade com as regras da crítica sã.
38. Igualmente, o representante apresentou, juntamente com seu escrito de alegações finais, a seguinte prova documental que não havia sido enviada no momento processual oportuno, em conformidade com o artigo 44 do Regulamento: a) no Anexo 2, o “Parecer da Comissão Geral de Orçamento e Contas da República elaborado em relação ao Projeto de Lei n° 2.029/2007-PE” de 16 de dezembro de 2008; b) no Anexo 4, a “Decisão Judicial n° 152 de 19 de julho de 2006”; c) no Anexo 5, o “Ofício n° 692-2007-JUZ/CNDH-SE” de 26 de abril de 2007; d) no Anexo 6, o “Ofício n° 247-2006-CG/RH” de 17 de junho de 2006, e e) no Anexo 7, uma cópia das “declarações da Chefe da SUNAT ([publicadas em dois] jornais [peruanos,] *PERÚ 21* e *GESTIÓN* de 17 de janeiro de 2009)”. A esse respeito, a Corte observa que esta prova foi apresentada extemporaneamente dentro do presente processo e que, com exceção do referido “Parecer da Comissão de Orçamento” de 16 de dezembro de 2008, não se relaciona com fatos supervenientes. O Tribunal admite como prova superveniente o referido “Parecer da Comissão de Orçamento” de 16 de dezembro de 2008, de acordo com o artigo 44.3 do Regulamento da Corte, já que este não foi objetado pelas partes (par. 10 *supra*) e é pertinente para a determinação dos fatos do caso. Além disso, considera que os demais documentos<sup>17</sup> se referem à suposta falta de execução das sentenças objeto do presente caso, de modo que são pertinentes e necessários para a determinação dos fatos e os admite, em conformidade com o artigo 45.1 de seu Regulamento, para serem apreciados em conjunto com o restante do acervo probatório e em conformidade com as regras da crítica sã.
39. Em relação aos documentos de imprensa apresentados pelo representante no Anexo 7 de suas alegações finais escritas, este Tribunal considera que serão apreciados na medida em que reúnam fatos públicos e notórios ou declarações de funcionários do Estado, ou quando corroborem aspectos relacionados ao caso.<sup>18</sup>

\*\*\*

40. Efetuado o exame dos elementos probatórios que constam nos autos, a Corte procede a analisar as violações alegadas em consideração dos fatos que considere provados, bem como dos argumentos de direito apresentados pelas partes.

17. No Anexo 4, a “Decisão Judicial n° 152 de 19 de julho de 2006”; no Anexo 5, o “Ofício n° 692-2007-JUZ/CNDH-SE” de 26 de abril de 2007; no Anexo 6, o “Ofício n° 247-2006-CG/RH” de 17 de junho de 2006, e no Anexo 7, uma cópia das “declarações da Chefe da SUNAT ([publicadas em dois] jornais [peruanos,] *PERÚ 21* e *GESTIÓN* de 17 de janeiro de 2009)”.

18. *Cf. Caso Velásquez Rodríguez*, par. 146, nota 15 *supra*; *Caso Kwas Fernández*, par. 43, nota 13 *supra* e *Caso Perozo e outros*, par. 101, nota 13 *supra*.

## VI

**Violação dos Artigos 25.1 E 25.2.C (Proteção Judicial),<sup>19</sup> E 21.1 E 21.2 (Direito à Propriedade Privada)<sup>20</sup> da Convenção Americana, em Relação ao Artigo 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos)<sup>21</sup> da Mesma**

41. A Corte procederá a examinar neste capítulo os seguintes três assuntos: primeiro, descreverá o processo judicial interno e analisará o alcance do ordenado nas sentenças judiciais do Tribunal Constitucional do Peru de 21 de outubro de 1997 e 26 de janeiro de 2001; segundo, determinará se o Estado garantiu às supostas vítimas um recurso judicial efetivo contra atos violatórios de seus direitos, à luz do artigo 25.1 e 25.2.c da Convenção; posteriormente, caso seja pertinente, examinará se o cumprimento ou não do ordenado nas referidas sentenças teve como consequência alguma afetação ao direito à propriedade das supostas vítimas, segundo o artigo 21 da Convenção.
42. Antes de analisar se o Estado descumpriu alguma obrigação da Convenção, é pertinente descrever o processo judicial que deu origem às sentenças matéria deste caso.

**A) O regime de pensões sobre o qual se pronunciaram as sentenças de 1997 e 2001 e o direito amparado por estas**

43. É um fato não controvertido que as supostas vítimas se acolheram ao regime de aposentadorias regulamentado pelo Decreto-Lei nº 20.530 (*Regime de Pensões e Compensações por Serviços Cívicos Oferecidos ao Estado não Compreendidos no Decreto-Lei nº 19.990*),<sup>22</sup> o qual estabelece uma pensão de aposentadoria nivelável progressivamente com a remuneração do titular em atividade da Controladoria Geral da República (doravante denominada “CGR”) que ocupe o mesmo posto ou função análoga à que elas desempenhavam na data de sua aposentadoria. A Constituição Política do Peru de 1979 integrou o regime de nivelção das pensões dos servidores civis do Estado em sua Oitava Disposição Geral e Transitória, a qual foi desenvolvida posteriormente por meio da Lei nº 23.495, de 19 de novembro de 1982. Entretanto, em 7 de julho de 1992 foi publicado o Decreto-Lei nº 25.597, que encarregou o Ministério de Economia e Finanças (doravante denominado “MEF”) de assumir o pagamento das remunerações, pensões e similares que até esse momento correspondia à CGR, e cortou o direito dos integrantes da Associação a continuar recebendo uma pensão nivelável em conformidade com o Decreto-Lei nº 20.530. Igualmente, por meio do Decreto Supremo nº 036-93-EF, publicado em 17 de março de 1993, foi concedida aos pensionistas a cargo do Estado uma bonificação por escolaridade, a fim de substituir a Bonificação Anual por Educação Ocupacional que recebiam os membros integrantes da Associação, cujo montante era maior. Assim, a partir do mês de abril de 1993, deixou-se de pagar às supostas vítimas os valores das pensões correspondentes aos títulos de nivelção.
44. Diante disso, em 27 de maio de 1993, a Associação interpôs um mandado de segurança (ação de amparo) contra a CGR e o MEF perante o Sexto Juizado Cível de Lima, a fim de que declarasse a inaplicabilidade dos dispositivos legais mencionados a favor de seus integrantes. Em 9 de julho de 1993, o Sexto Juizado proferiu sentença<sup>23</sup> declarando improcedente a demanda de amparo por considerar, entre outras razões, que os peticionários não questionaram oportunamente a aplicação do Decreto-Lei nº 25.597.<sup>24</sup> Os peticionários interpuseram recurso de apelação perante a Primeira Vara Cível Especializada da Corte Superior de Justiça de Lima, que, por meio de decisão de 14 de dezembro de 1993, revogou a sentença apelada e declarou com mérito a demanda, declarando inaplicáveis aos integrantes da Associação os artigos 9º inciso c) e 13º do Decreto-Lei nº 25.597, bem como o artigo 5º do Decreto Supremo nº 036-93 EF, e ordenou:

19. O artigo 25.1 da Convenção indica que “[t]oda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juizes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais. Por sua vez, o artigo 25.2.c estabelece que “Os Estados comprometem-se: [...] c) a assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso.”

20. O artigo 21.1 e 21.2 (Direito à Propriedade Privada) da Convenção indica que: [...] Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social. [...] Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo através do pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei. [...]

21. O artigo 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) da Convenção dispõe: Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social. [...]

22. O Decreto-Lei nº 19.990 indica que o montante da Pensão Mínima para o Regime deste Decreto-Lei recai sobre as pensões recebidas com um mínimo de 20 anos de contribuição ao Sistema Nacional de Pensões.

23. Sentença de 9 de julho de 1993 do Sexto Juizado Cível de Lima (expediente de anexos às demandas, Anexo 4.1, tomo 6, folhas 1651-1656).

24. O artigo 37 da Lei de Habeas Corpus e Amparo de 8 de dezembro de 1982 estabelece que “[o] exercício da ação de Amparo caduca aos sessenta dias úteis de produzida a afetação, sempre que o interessado, naquela data, houvesse se encontrado na possibilidade de interpor a ação. Se nesta data isso não houvesse sido possível, o prazo será computado desde o momento da remoção do impedimento”.

[...] que a [CGR] cumpra em pagar aos integrantes da Associação demandante as remunerações, gratificações e bonificações que recebem os servidores em atividade da citada Controladoria que desempenhem cargos idênticos, similares ou equivalentes aos que tiveram os demitidos e aposentados.<sup>25</sup>

Deste modo, a Primeira Vara concluiu que no caso “foi [...] produ[zida] a omissão por parte da Controladoria de um ato de cumprimento obrigatório”.<sup>26</sup>

45. Posteriormente, a CGR interpôs um recurso de nulidade perante a Vara de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça da República. Esta, em 3 de outubro de 1994, declarou a nulidade da referida decisão de 14 de dezembro de 1993 e improcedente o mandado de segurança ao considerar que foi impetrado fora do prazo indicado pela lei e que, em relação ao Decreto Supremo nº 036-93-EF, não havia operado a caducidade, mas a norma não era incompatível com a Constituição Política do Estado. Contra esta decisão, a Associação interpôs um recurso extraordinário perante o Tribunal Constitucional, que, através de sentença de 21 de outubro de 1997, revogou a sentença proferida pela Vara de Direito Constitucional e Social, declarando com mérito o mandado de segurança e, em consequência, confirmando a decisão da Primeira Vara Cível da Corte Superior de Justiça de Lima de 14 de dezembro de 1993. Também, o Tribunal Constitucional estabeleceu que “o direito à pensão nivelável da Previdência Social está garantido aos beneficiários da Administração Pública, cujo exercício está consagrado pela Constituição, [é] irrenunciável, e todo pacto contrário a esse respeito é nulo”.<sup>27</sup> Igualmente, destacou que “o serviço de pagamento das pensões constitui um ato contínuo de forma periódica e sucessiva, [o] mesm[o] que reiteradamente t[em] sido violad[o] em cada nova oportunidade pela entidade demandada”.<sup>28</sup>
46. Em 10 de dezembro de 1997, foi notificada a Ordem Executória do Tribunal Constitucional do Peru. A partir disso, a Primeira Vara Empresarial Transitória Especializada em Direito Público requereu em mais de uma oportunidade à CGR e ao MEF que cumprissem o ordenado pelo Tribunal Constitucional.<sup>29</sup> Em 6 de outubro de 1998, o Procurador Público do MEF solicitou a esta Vara deixar sem efeito o requerimento por considerar que seu cumprimento não correspondia a essa entidade, mas à CGR. Em 16 de outubro de 1998, a referida Vara Empresarial declarou improcedente o pedido do Procurador Público do MEF e este interpôs recurso de apelação. Por sua vez, em 5 de janeiro de 1999, a CGR manifestou que estava gerindo perante o MEF os recursos para atender este pagamento. Posteriormente, por meio da Decisão de 12 de fevereiro de 1999 e se referindo à falta de idoneidade do Mandado de Segurança para a solução deste caso, a Vara Empresarial Transitória Especializada em Direito Público da Corte Superior de Justiça de Lima declarou nula a Decisão de 16 de outubro de 1998 e ineficaz todo o atuado na fase de execução, “deixando a salvo o direito da [Associação], para que o faça valer na forma e modo que corresponda”.<sup>30</sup>
47. Em 27 de maio de 1999, diante deste novo pronunciamento a Associação apresentou um segundo mandado de segurança (ação de amparo) perante a Vara de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça da República solicitando: 1) “[a] inaplicabilidade ao caso da Decisão de 12 de [f]evereiro de 1999”; 2) “[a] reposição da causa a seu estado de execução de sentença”, e 3) “[o] pagamento dos gastos, custos e custas do processo”.<sup>31</sup> Em 5 de maio de 2000, esta Vara confirmou a decisão de 12 de fevereiro de 1999 e, a seguir, em 27 de maio de 2000, a Associação apresentou um recurso extraordinário perante o Tribunal Constitucional.
48. O Tribunal Constitucional, através da sentença de 26 de janeiro de 2001, revogou a Decisão da Vara de Direito Constitucional e Social da Corte Suprema de Justiça de 5 de maio de 2000 e declarou com mérito o mandado de segurança e, em consequência, inaplicável a Decisão de 12 de fevereiro de 1999 da Vara Empresarial Transitória Especializada em Direito Público da Corte Superior de Justiça de Lima, ordenando “restituir a causa ao estado de execução de sentença para que o órgão judicial respectivo cumpra de forma imediata e incondicional o mandato derivado da sentença do Tribunal Constitucional de [21 de outubro de 1997]”.<sup>32</sup>

25. Sentença de 14 de dezembro de 1993 da Primeira Vara Cível Especializada da Corte Superior de Justiça de Lima (expediente de anexos à demanda, Anexo 4.2, tomo 6, folha 1660).

26. Sentença de 14 de dezembro de 1993 da Primeira Vara Cível Especializada da Corte Superior de Justiça de Lima, (folha 1659), nota 25 *supra*.

27. Sentença de 21 de outubro de 1997 do Tribunal Constitucional do Peru (expediente de anexos à demanda, Anexo 4.3, tomo 6, folha 1663, fundamento nº 4).

28. Sentença de 21 de outubro de 1997 do Tribunal Constitucional do Peru (folha 1663, fundamento nº 5), nota 27 *supra*.

29. Decisões de 17 de junho, 15 de julho e 14 de dezembro de 1998 da Primeira Vara Empresarial Transitória Especializada em Direito Público da Corte Superior de Justiça de Lima (expediente de anexos à demanda, Anexo 4.4, tomo 6, folhas 1678-1679 e 1720).

30. Decisão de 12 de fevereiro de 1999 da Vara Empresarial Transitória Especializada em Direito Público da Corte Superior de Justiça de Lima (expediente de anexos à demanda, Anexo 4.5, tomo 6, folhas 1681-1682).

31. Mandado de Segurança apresentado pelas supostas vítimas perante o Presidente da Vara Empresarial Transitória Especializada em Direito Público (expediente de anexos à demanda, Anexo nº 4.6, tomo 6, folhas 1685-1715).

32. Sentença de 26 de janeiro de 2001 do Tribunal Constitucional do Peru (expediente de anexos à demanda, Anexo nº 4.7, tomo 6, folhas 1719-1722).

49. Através da Resolução Administrativa n° 022-2001-CG/B190, de 29 de março de 2001, a CGR resolveu “[a]provar a homologação [das pensões das supostas vítimas] com relação a seu pessoal ativo em seus diversos níveis”<sup>33</sup> e a Direção Nacional do Orçamento Público do MEF autorizou o pagamento das respectivas pensões niveladas a partir de novembro de 2002,<sup>34</sup> as quais se mantiveram até dezembro de 2004.<sup>35</sup>
50. Em relação ao reembolso dos valores das pensões acumulados deixados de receber entre abril de 1993 e outubro de 2002, as supostas vítimas iniciaram um processo de execução de sentença com posterioridade à decisão proferida em 26 de janeiro de 2001 pelo Tribunal Constitucional. Neste processo, por meio da Decisão n° 63 de 24 de janeiro de 2005, o 4° Juizado Especial Cível ordenou “que as entidades demandadas dever[iam] efetuar o pagamento das pensões acumuladas da Associação demandante em conformidade com [as Leis Nos. 27.584 e 27.684]”.<sup>36</sup>
51. Por meio da Decisão n° 244 de 23 de julho de 2007,<sup>37</sup> o 66° Juizado Especial Cível de Lima aprovou como “o valor das pensões acumuladas, mais juros[,] devido pela [CGR] a soma de S/. 240.204.220,66 ([d]uzentos e quarenta milhões, duzentos e quatro mil, duzentos e vinte e sessenta e seis centavos) de [n]ovos [s]oles, pelo período compreendido entre [a]bril de 1993 e [o]utubro de 200[2], em conformidade com o estabelecido [nos respectivos] Relatório[s] Pericial[is]”,<sup>38</sup> requerendo o cumprimento do pagamento “dentro d[do] terceiro [...] dia de notificada” a referida resolução. Entretanto, por meio da Decisão n° 298 de 9 de janeiro de 2009, o 4° Juizado Especial Cível da Corte Superior de Justiça de Lima ordenou uma nova liquidação por parte do perito judicial, levando em consideração que a Sexta Vara Cível da mesma corte havia declarado nula a Resolução n° 244 através da resolução de 1° de julho de 2008.<sup>39</sup>

\*\*\*

52. Não está controvertido que, através das sentenças de 21 de outubro de 1997 e 26 de janeiro de 2001, o Tribunal Constitucional do Peru declarou que a aplicação de uma normativa contrária à Constituição então vigente restringiu indevidamente o direito a uma pensão nivelável que as supostas vítimas haviam adquirido (pars. 45 e

33. Resolução Administrativa n° 022-2001-CG/190 de 29 de março de 2001 (expediente de anexos à demanda, Anexo n° 4.8, tomo 6, folhas 1724-1729).

34. Cf. Relatório n° 237-2004-EF/76.14, Ministério de Economia e Finanças, Departamento Nacional do Orçamento Público, 21 de outubro de 2004 (expediente de anexos à demanda, Anexo 1.24, Tomo 2, folha 412).

35. Cf. Lei n° 28.389, publicada no Diário Oficial “*El Peruano*” em 17 de novembro de 2004, e Lei n° 28.449, publicada em 30 de dezembro de 2004 (expediente de anexos à demanda, Anexo 2.8, Tomo 2, folhas 598 a 601).

36. O Artigo 42° “Execução de obrigações de dar soma em dinheiro” da Lei n° 27.584 (*Lei que regulamenta o processo contencioso administrativo*) foi modificado pelo Artigo 1° da Lei n° 27.684 (*Lei que modifica artigos da Lei n° 27.584 e cria uma comissão especial encarregada de avaliar o atendimento das dívidas dos balanços orçamentários*, que dispõe o seguinte: É substituído o Artigo 42° da Lei n° 27.584, promulgada em 22 de novembro de 2001, a cuja vigência, seu texto será o seguinte: “Artigo 42°. – Execução de obrigações de dar soma em dinheiro As sentenças na qualidade de coisa julgada que ordenem o pagamento de soma em dinheiro, serão atendidas única e exclusivamente por meio da Proposta Orçamentária de onde se gerou a dívida, sob a responsabilidade do Proponente do Orçamento, e seu cumprimento será feito de acordo com os procedimentos que a seguir são indicados: 42.1 O Escritório Geral de Administração ou o responsável pelo Orçamento requerido deverá proceder em conformidade com o mandato judicial e dentro do contexto das leis anuais de orçamento.

42.2 No caso de que para o cumprimento da sentença o financiamento ordenado no número anterior resulte insuficiente, o Proponente do Orçamento, através de prévia avaliação e priorização das metas orçamentárias, poderá realizar as modificações orçamentárias dentro dos quinze dias de notificada, fato que deverá ser comunicado ao órgão jurisdicional correspondente.

42.3 Caso existam requerimentos que superem as possibilidades de financiamento expressas nos números precedentes, os balanços orçamentários, sob responsabilidade do Proponente do Orçamento, através de comunicação escrita do Escritório Geral de Administração, farão de conhecimento da autoridade judicial seu compromisso de atender estas sentenças no exercício orçamentário seguinte, para o qual se obriga a destinar até três por cento (3%) da designação orçamentária que corresponda à proposta da fonte de recursos ordinários. Segundo seja o caso, o Ministério de Economia e Finanças é o Escritório de Previsão de Normalização, calcularão os três por cento (3%) referidos no parágrafo precedente deduzindo o valor correspondente à designação para o pagamento do serviço da dívida pública, a reserva de contingência e as obrigações previstas.

42.4 Transcorridos seis meses da notificação judicial sem haver se iniciado o pagamento ou obrigado ao mesmo em conformidade com algum dos procedimentos estabelecidos nos números 42.1, 42.2 e 42.3 precedentes, poderá ser dado início ao processo de execução de decisões judiciais previsto no Artigo 713° e seguintes do Código de Processo Civil. Não poderão ser matéria de execução os bens de domínio público em conformidade com o Artigo 73° da Constituição Política do Peru”.

37. Decisão n° 244 de 23 de julho de 2007 proferida pelo 66° Juizado Especial Cível de Lima (expediente de anexos à demanda, Anexo n° 4.9, tomo 6, folhas 1732-1740).

38. Relatório Pericial n° 090-2006-PJ-JC, esclarecido com o Relatório Pericial n° 113-2007-PJ-JC, esclarecido, por sua vez, com o Relatório Pericial n° 128-2007-PJ-JC (expediente de anexos à demanda, Anexo n° 4.9, tomo 6, folhas 1732-1740).

39. O 4° Juizado Especial Cível da Corte Superior de Justiça de Lima resolveu: “considerando a data do ofício anterior proveniente da Sexta Vara Cível da Corte Superior de Justiça de Lima, com a decisão de 1° de [j]ulho de 2008, através da qual RESOLVEM: DECLARAR NULA a resolução n° 244, que declara com mérito, em parte, as observações formuladas pela parte demandada, em consequência, cumpra-se o executado, e fique resolvido através das decisões 287, 288, 290 e 291” (expediente de anexos ao escrito de alegações finais apresentado pelo Estado, Anexo 5, folha 2721). A Decisão n° 291 do 4° Juizado dispõe “ENVIAR os autos à Equipe Técnica Pericial da Corte Superior de Justiça de Lima, com o fim de que o Perito Judicial Javier Cabanillas Reyes, realice uma nova liquidação das pensões acumuladas no presente processo de acordo com o ordenado na sentença e em conformidade com os termos da Decisão 288, 290, e a presente resolução” (expediente de anexos ao escrito de alegações finais apresentado pelo Estado, Anexo 5, folha 2720).

48 *supra*). Portanto, em conformidade com o objeto do presente caso, não compete a este Tribunal analisar se as supostas vítimas tinham o direito a receber uma pensão nivelável nem tampouco se o Estado violou esse direito. Estes assuntos já foram resolvidos a favor das supostas vítimas através das referidas sentenças internas.

53. Tampouco está em controvérsia que, entre os meses de abril de 1993 e outubro de 2002, as supostas vítimas receberam uma pensão não nivelada que era muito menor que a que lhes correspondia segundo o regime de pensão nivelável ao qual optaram. O que está em controvérsia e forma parte do objeto do presente caso é o pagamento dos valores correspondentes à pensão nivelável que as supostas vítimas deixaram de receber entre os meses de abril de 1993 e outubro de 2002.
54. Segundo a Comissão e o representante, não existe controvérsia sobre a existência da obrigação de pagar às supostas vítimas estas pensões acumuladas entre 1993 e 2002. Nesse sentido, a Comissão ressaltou na demanda que, em todo o processo do caso perante ela, “o Estado somente se referiu às limitações orçamentárias existentes para dar cumprimento ao pagamento devido às vítimas”. Além disso, a Comissão afirmou que, “depois da adoção do Relatório de Mérito por parte da Comissão [no ano de 2006, ou seja, com posterioridade à nivelção das pensões entre os anos de 2002 e 2005, o Estado] solicitou um total de seis prorrogações para a remissão do caso à Corte[,] fundamentando-as em que no âmbito interno estavam sendo realizadas gestões de alto nível para pagar o devido às vítimas do presente caso”.<sup>40</sup>
55. Entretanto, durante o trâmite do caso perante esta Corte, o Estado mudou sua defesa e alegou que as referidas sentenças não ordenaram o pagamento das pensões acumuladas entre 1993 e 2002, mas sim que esta obrigação surgiu a partir de janeiro de 2005, quando tal pagamento foi ordenado judicialmente no processo de execução que continua aberto. Segundo o Estado, “[u]ma simples leitura da sentença da Corte Superior [de 14 de dezembro de 1993 – confirmada pela sentença do Tribunal Constitucional de 1997] é suficiente para perceber que ela não ordena que o Estado pague nenhum valor acumulado. Somente ordena que pague aos [p]eticionários suas pensões de aposentadorias com o denominado ‘efeito espelho’”, o qual o Estado cumpriu a partir de novembro de 2002. Além disso, o Estado afirmou que a “segunda sentença do Tribunal Constitucional [de 26 de janeiro de 2001] tampouco se refere a nenhum pagamento acumulado [, pois n]ada acrescenta à primeira [...] que não seja insistir em sua execução”. O Estado ressaltou que as supostas vítimas iniciaram o processo de execução de decisões judiciais “depois de proferida a segunda sentença do Tribunal Constitucional” e que a promulgação da Decisão n° 63 de 24 de janeiro de 2005, que ordena o pagamento das pensões acumuladas (par. 50 *supra*), “era necessária [...] porque as sentenças do Tribunal Constitucional [...] não [...] ordena[vam este pagamento]”.
56. O Estado justificou esta mudança de postura afirmando que:
- [q]uando o Estado peruano formula suas propostas para alcançar uma solução amistosa [perante a Comissão Interamericana], o faz sem entrar em uma análise de mérito dos fatos e do direito invocado pelos petionários. Entretanto quando é identificado pela [...] Corte, como ente que deve tutelar por sua população em geral e salvaguardar os direitos de todos seus cidadãos, e dado que o impacto [do pagamento em questão no presente caso] é de pelo menos 75 milhões de dólares, foi realizada uma análise multidisciplinar do tema jurídico e da atuação na esfera supranacional [e] se chegou à conclusão que [as sentenças em questão não contêm um mandato que o condene ao pagamento dos valores das pensões acumulados entre os meses de abril de 1993 e outubro de 2002]”.
57. Em conformidade com sua jurisprudência e o Direito Internacional,<sup>41</sup> esta Corte considerou em várias oportunidades que um Estado que adotou uma determinada posição, a qual produz efeitos jurídicos, não pode depois, em virtude do princípio de *estoppel* e da doutrina de atos próprios (*non concedit venire contra factum proprium*), assumir outra conduta que seja contraditória com a primeira e que mude o estado de coisas sobre o

40. Os pedidos de prorrogação de prazos solicitados pelo Estado peruano seguiram o seguinte cronograma: através de Notas 7-5-M/081 e 7-5-M/082, recebidas pela Comissão em 22 de fevereiro de 2007, o Estado solicitou uma extensão para “continuar com a exaustiva análise de um tema complexo por suas consequências financeiras e jurídicas dentro do marco legal vigente e poder apresentar uma adequada proposta de pagamento [aos] trabalhadores demi[tidos] e aposentados da [CGR], em atenção às recomendações estabelecidas [pela Comissão em seu] Relatório de Mérito” do artigo 50. A Comissão lhe concedeu uma extensão de dois meses. Através de Nota n° 7-5-M/196, apresentada em 27 de abril de 2007, o Estado solicitou “uma extensão adicional de 60 dias [para apresentar uma] proposta de cumprimento em relação às recomendações formuladas” pela Comissão em seu relatório do artigo 50. A CIDH lhe concedeu uma extensão adicional de dois meses. Através de Nota n° 7-5-M/274, apresentada em 25 de junho de 2007, o Estado solicitou uma extensão de 90 dias, a qual foi concedida pela Comissão. Também, através de Nota n° 7-5-M/379 de 4 de setembro de 2007 solicitou outra extensão, e a Comissão outorgou um prazo até o dia 11 de setembro de 2007. Através da Nota n° 7-5-M/425 de 26 de setembro de 2007, o Estado novamente pediu uma extensão para cumprir as recomendações da Comissão e esta lhe concedeu um prazo adicional de três meses. Posteriormente, através de Nota n° 7-5-M/608, apresentada em 26 de dezembro de 2007, o Estado solicitou e a Comissão concedeu um prazo adicional de três meses.

41. Cf. *Territorial Dispute (Libyan Arab Jamahiriya/Chad)*, I.C.J. Reports 1994, sentença de 3 fevereiro de 1994, pars. 56, 68, 75; *Nuclear Tests (Australia v. France)*, I.C.J. Reports 1974, sentença de 20 de dezembro de 1974, pars. 42-46, e *Temple of Preah Vihear (Cambodia v. Thailand)*, I.C.J. Reports 1962, sentença de 15 de junho de 1962, par. 32.

qual se baseou a outra parte.<sup>42</sup> Além disso, este Tribunal<sup>43</sup> aplicou o princípio de *estoppel* para conceder plenos alcances ao reconhecimento de responsabilidade efetuado pelo Estado, que pretendeu desconhecer em etapas posteriores do processo.<sup>44</sup>

58. Particularmente, em relação ao efeito que possam chegar a ter aqueles atos de reconhecimento realizados no trâmite de um caso perante a Comissão, o Tribunal determinou em outro caso contra o Peru que:

cada ato de reconhecimento realizado por [este Estado, tanto no âmbito interno como] perante a Comissão criou um *estoppel*. Por isso, ao haver admitido como legítima, por meio de um ato jurídico unilateral de reconhecimento, a pretensão apresentada no procedimento perante a Comissão, o Peru fic[ou] impedido de se contradizer posteriormente. Tanto as supostas vítimas [e] seus representantes como a Comissão Interamericana atuaram no procedimento perante este órgão com base nessa posição de reconhecimento adotada pelo Estado.<sup>45</sup>

59. Desta maneira, os atos de reconhecimento realizados durante o trâmite de uma petição perante a Comissão são necessariamente relevantes para a determinação da aplicação do princípio de *estoppel* em relação às posições contrárias alegadas durante o procedimento do caso perante a Corte. Isto é assim já que, em conformidade com o artigo 61.2 da Convenção Americana, não pode ser iniciado um processo perante a Corte Interamericana sem que previamente tenha sido tramitado perante a Comissão Interamericana e esgotado os procedimentos previstos nos artigos 48 a 50 deste instrumento. Conseqüentemente, a controvérsia que a Comissão submete à jurisdição da Corte deve ser cingida ao indicado no relatório contemplado no artigo 50 da Convenção. Portanto, se a controvérsia apresentada perante o Tribunal é baseada necessariamente neste relatório, fundamentado em certos atos de reconhecimento realizados pelo Estado durante o procedimento perante a Comissão, este não pode posteriormente negar o efeito jurídico que têm estes pronunciamentos na determinação da controvérsia que a Comissão apresente perante a Corte.

60. Entretanto, nem toda posição adotada dentro do contexto do procedimento perante a Comissão gera automaticamente um reconhecimento de fatos ou de responsabilidade, nem a assunção de um dever correspondente. Dada a natureza do procedimento perante a Comissão, um Estado pode chegar a um acordo e se comprometer a realizar certos atos, sem que disto se observe que o Estado esteja aceitando como certos os fatos que lhe são imputados nem reconhecendo que é responsável pelas conseqüências jurídicas destes. Concretamente, somente um ato unilateral específico de reconhecimento de fatos ou uma clara manifestação de responsabilidade no contexto deste procedimento, sobre o qual a Comissão ou os representantes tenham atuado e que, conseqüentemente, tenha gerado efeitos jurídicos, compromete o Estado nesse sentido e, portanto, resulta-lhe oponível no processo perante a Corte.

61. No presente caso, segundo se observa dos autos perante a Comissão, depois de haver cumprido a nivelção das pensões das supostas vítimas em novembro de 2002, o Estado afirmou em várias oportunidades que “deve ficar claramente estabelecido que em nenhum momento foi dado por esgotado o cumprimento das sentenças do Tribunal Constitucional” e que estava realizando ações dirigidas “a financiar o pagamento das pensões acumuladas a que alude [...] a Associação”.<sup>46</sup> Assim, o Estado afirmou que “o pagamento das pensões acumuladas constitui

42. Cf. *Caso Neira Alegría e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares*. Sentença de 11 de dezembro de 1991. Série C N° 13, par. 29; *Caso do Massacre de La Rochela Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C N° 163, par. 46, e *Caso Trabalhadores Demitidos do Congresso (Aguado Alfaro e outros) Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de Novembro de 2006. Série C N° 158, par. 60.

43. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos também aplicou o princípio de *estoppel* em relação às objeções de jurisdição e admissibilidade que são apresentadas pelos Estados tardiamente. Cf. ECHR, *Case of Mizzi v. Malta*, Judgment of 12 January 2006, n° 26111/02, par. 43-48; *Case of Tuquabo-tekle and others v. The Netherlands*, Judgment of 1 December 2005, n° 60665/00, par. 26-32; *Case of Artico v. Italy*, Judgment of 13 May 1980, Série A N° 37, par. 25-28, e *Case of De Wilde, Ooms and Versyp v. Belgium*, Judgment of 18 June 1971, Série A N° 12, par. 58-59.

44. Cf. *Caso do Caracazo Vs. Venezuela. Reparações e Custas*. Sentença de 29 de agosto de 2002. Série C N° 95, par. 52; *Caso do Massacre de La Rochela*, pars. 46 e 48, nota 42 *supra*, e *Caso Montero Aranguren e outros (Retén de Catia) Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de junho de 2006. Série C N° 150, par. 49.

45. Cf. *Caso Acevedo Jaramillo e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 7 de fevereiro de 2006. Série C N° 144, par. 177.

46. Cf., também, o Relatório n° 34-JUS/CNDH-SE, apresentado perante a Comissão em 2 de maio de 2001 pela Representação Permanente do Peru perante a Organização dos Estados Americanos (doravante denominada, “a OEA”) através de nota 7-5-M/39 de 27 de abril de 2001, concluiu que “[embora] a Controladoria Geral tenha realizado diversas ações[,] ainda não havia cumprido a decisão do Tribunal Constitucional” (expediente de anexos à demanda, Anexo 1.7, tomo 1, folhas 181-185); o Ofício n° 247-2006-CG/RH de 17 de junho de 2006, apresentado pela Controladoria Geral da República perante a Associação, afirmou que estava adotando as medidas necessárias “a fim de dar cumprimento ao mandato contido na sentença do Tribunal Constitucional de 1997” (expediente de anexos ao escrito de alegações finais apresentado pelo representante, Anexo 6, folha 2685); o Relatório n° 08-2008-JUS/CNDH-SE-CESAPI, apresentado perante a Comissão em 16 de janeiro de 2008 pela Representação Permanente do Peru perante a OEA através de nota 7-5-M/21 de 15 de janeiro de 2007 (*sic*), concluiu que, “com a finalidade de cumprir as recomendações da [Comissão], [havia] sido formulado um projeto de norma que permit[iria] um primeiro pagamento a favor dos peticionários e p[elo] qual se autoriza[va] a Controladoria Geral da República a superar os limites estabelecidos pela Lei Geral de

um problema econômico antes de ser um problema jurídico, já que a Controladoria [...] não tem os recursos econômicos [para efetuar o pagamento correspondente]”.<sup>47</sup>

62. Esta obrigação de reembolso dos acumulados também se observa, *inter alia*, dos seguintes documentos emitidos por diferentes instituições e órgãos estatais ao longo do procedimento interno e do procedimento perante a Comissão:

- a) o Projeto de Lei n° 2.029-2007-PE que o Presidente Constitucional da República e o Presidente do Conselho de Ministros submeteram à consideração do Presidente do Congresso da República por meio do Ofício n° 303-2007-PR, de 27 de dezembro de 2007. Este projeto “autoriza a constituição de um depósito para o pagamento de obrigações [pendentes] da Controladoria Geral da República”. É importante mencionar que a “Exposição de Motivos” do referido Projeto de Lei afirma que “[a] posição do Estado peruano diante do Caso n° 12.357 tem se centrado basicamente em que [...] ‘o descumprimento da sentença do Tribunal Constitucional se deve em primeira ordem a uma realidade orçamentária, a mesma que à data é impossível de atender’, e se refere de forma explícita ‘ao pagamento de acumulados [durante] o período [a]bril 1993 a [o]utubro de 2002’ (sem grifo no original). Além disso, faz menção dos Ofícios Nos. 019-2007-CG/GG e 079-2007-CG/GG de 9 de fevereiro de 2007 e 17 de julho de 2007, respectivamente, através dos quais o Gerente Geral da Controladoria, tendo em consideração o “[r]elatório [p]ericial emitido pelo [p]erito designado pelo 66° [Juizado Especial Cível de Lima]”, solicitou à Direção Nacional de Orçamento Público do Ministério de Economia e Finanças que “apr[ovasse] uma demanda adicional [no orçamento da Controladoria no] valor [de S/. 244.314.787,00 novos soles,] destinada a cobrir o pagamento da dívida acumulada a favor dos pensionistas” da Associação de Demitidos e Aposentados;
- b) a Decisão Judicial n° 152 de 19 de julho de 2006 do 66° Juizado Especial Cível de Lima encarregado da execução da sentença da Primeira Vara Cível da Corte Superior de Justiça de Lima de 14 de dezembro de 1993 (confirmada pela sentença do Tribunal Constitucional de 21 de outubro de 1997), que resolveu “enviar [o expediente] ao Escritório de Perícias Judiciais” para que fosse designado o perito judicial que liquidaria as pensões acumuladas devidas aos pensionistas integrantes da Associação pelo período compreendido entre o mês de abril de 1993 e o mês de outubro de 2002;
- c) a nota n° 7-5-M/608 de 20 de dezembro de 2007, apresentada pela representação do Peru perante a OEA em 26 de dezembro de 2007 no processo perante a Comissão, por meio da qual informou, “com a finalidade de demonstrar a vontade do Estado peruano de cumprir as recomendações do Relatório [da Comissão] n° 125/06, [que havia sido] aprovado um primeiro pagamento a favor dos demitidos e aposentados da Controladoria Geral da República”. Também, solicitou uma extensão para “programar a modalidade de cumprimento [do pagamento] do valor restante a favor dos petionários”;
- d) o Projeto de Decreto de Urgência de 11 de janeiro de 2008, apresentado pela Secretaria Executiva do Conselho Nacional de Direitos Humanos através de Ofício n° 094-2008-JUS/CNDH-SE perante o Assessor da Presidência do Conselho de Ministros, que propôs que “fosse autorizada, de forma excepcional, o Departamento Nacional do Tesouro Público a constituir um fundo de até [cento e vinte milhões] de [novos soles] (S/. 120.000.000,00), para serem destinados exclusivamente ao cumprimento da dívida originada pelos mandatos judiciais aos que se refere o Relatório Final da Comissão”, e
- e) a Resolução Administrativa n° 022-2001-CG/B190 de 29 de março de 2001, do Escritório de Administração da Controladoria Geral da República do Peru, através da qual se dispôs que “o Departamento de Recursos Humanos da Controladoria Geral da República efetue a liquidação pertinente em relação aos débitos a título de acumulados”.

63. Portanto, a Corte considera que, por meio destes atos no processo perante a Comissão, o Estado peruano reconheceu como certos alguns fatos ou pretensões apresentadas pelo representante e que estes, conseqüentemente, geraram um efeito jurídico sobre o qual tanto o representante como a Comissão atuaram.

Orçamento” (expediente de anexos à demanda, Anexo 1.61, folhas 1403-1406), e o Parecer da Comissão Geral de Orçamento e Contas da República de 16 de dezembro de 2008, elaborado em relação ao Projeto de Lei n° 2.029/2007-PE, “apresent[ou a] promulga[ção de] uma norma com categoria de Lei para constituir um depósito de até S/. 4 milhões a fim de respaldar as obrigações de pagamento produto de sentenças do Poder Judicial [a favor dos] 270 demitidos e aposentados da Controladoria Geral da República” (expediente de anexos ao escrito de alegações finais apresentado pelo representante, Anexo 2, folhas 2657-2669).

47. Ofício n° 0957-2003-CG/DC de 30 de maio de 2003, encaminhado pelo Controlador Geral da República ao Conselho Nacional de Direitos Humanos (expediente de anexos à demanda, Anexo 1.20, folhas 303-304).

Portanto, a conduta contraditória que pretende assumir o Estado no trâmite do caso perante esta Corte fica impedida em razão do princípio de *estoppel*. Assim, o Estado está impossibilitado de desconhecer aqueles atos por meio dos quais reconheceu que tem a obrigação de pagar os valores correspondentes à pensão nivelável que as supostas vítimas deixaram de receber entre os meses de abril de 1993 e outubro de 2002.

64. Ademais, a Corte observa que o Estado reconheceu perante este Tribunal que as supostas vítimas iniciaram um processo de execução de sentença depois da promulgação da segunda sentença do Tribunal Constitucional e que, através da Decisão nº 63 de 24 de janeiro de 2005, o 4º Juizado Especial Cível ordenou ao Estado “efetuar o pagamento das pensões acumuladas da Associação”.<sup>48</sup> Neste processo de execução ficou demonstrado novamente que o Estado tem a obrigação de pagar às supostas vítimas os valores correspondentes à pensão nivelável que deixaram de receber entre os meses de abril de 1993 e outubro de 2002. Até a data da emissão da presente Sentença, o que fica pendente neste processo é a determinação do valor respectivo.
65. Uma vez estabelecido que a obrigação do Estado emanada das sentenças em questão inclui o pagamento dos valores das pensões retidos desde abril de 1993 até outubro de 2002, corresponde ao Tribunal examinar se o Estado incorreu em uma violação ou descumprimento dos artigos 25, 21 e 26 da Convenção.

### **B) O direito à proteção judicial**

66. A Comissão alegou que “os recursos de mandado de segurança (ou de amparo) interpostos pelas [supostas] vítimas, [...] não foram simples, nem rápidos, nem eficazes”, portanto o Estado violou o artigo 25 da Convenção. Afirmou que, “[e]m primeiro lugar, o simples fato de que as [supostas] vítimas se viram obrigadas a interpor um segundo mandado de segurança para buscar a execução do decidido no primeir[o], demonstra que não se tratou de recursos simples. [...] Em segundo lugar, dada a natureza tutelar dos recursos interpostos, a resposta das autoridades judiciais devia ser dada com a maior celeridade possível [...]; entretanto, entre a interposição do primeiro mandado de segurança, [...] e o pronunciamento de uma sentença definitiva sobre o mesmo foi preciso transcorrer quatro anos e cinco meses; e desde a interposição do segundo mandado de segurança, [...] quase dois anos; ou seja, nenhum dos dois recursos foi rápido. [...] Em terceiro lugar, [em conformidade com o artigo 25 da Convenção Americana,] o processo deve tender à materialização da proteção do direito reconhecido no pronunciamento judicial por meio da aplicação idônea [deste], o que no presente caso não ocorreu com nenhum dos dois mandados de segurança[, de modo que] estes recursos não foram eficazes”. Além disso, a Comissão “observ[ou] que o Estado não adotou medidas dirigidas a reduzir ou superar as circunstâncias orçamentárias alegadas em relação à falta de recursos econômicos, tais como a programação e implementação de um plano de pagamento ou financiamento a favor dos pensionistas da Controladoria, a fim de dar cumprimento efetivo às referidas sentenças”, “configurando-se uma demora injustificada de mais de 10 anos na implementação efetiva [das mesmas]”.
67. Por sua vez, o representante alegou que “o descumprimento das sentenças do Tribunal Constitucional [...] constitui uma violação [específica] do artigo 25.1 e do 25.2.c. [da Convenção]”. De acordo com o representante, esta violação se configura de quatro maneiras: “1) porque até agora, transcorridos mais de 11 anos de proferida a primeira sentença, permanecem descumpridos os mandatos judiciais nela contidos [...]; 2) porque persiste no Peru uma prática generalizada de descumprir sentenças judiciais; 3) porque não foram adotadas medidas encaminhadas a enfrentar, superar ou diminuir a situação orçamentária que o Estado invoca como razão do descumprimento destas sentenças[,] e 4) porque o descumprimento das sentenças judiciais [...] implica uma violação permanente do direito à previdência social das [supostas] vítimas”. De acordo com o representante, “[o] descumprimento dos mandatos judiciais [...] perpetua a situação violatória que supostamente devia ser reparada, não somente por meio da determinação judicial do direito, mas também por meio da posterior execução ou cumprimento da sentença. Se a ordem judicial não é cumprida, o direito violado permanece violado; e esta violação é, por sua vez, uma violação do direito à proteção judicial”.
68. O Estado alegou que “não se verificou o descumprimento das obrigações contidas nos artigos 21 e 25 da Convenção”. Isso, porque “desde o mês de outubro de 2002 [...] vêm pagando aos 273 integrantes da Associação [...] suas remunerações com o efeito espelho[,] em conformidade com o disposto na primeira sentença [do Tribunal Constitucional] e em conformidade com o reiterado na segunda sentença [do mesmo]”. Em relação ao pagamento dos valores das pensões acumuladas entre 1993 e 2002, o Estado afirmou que “apenas no ano de 2006 os [p]eticionários ha[via]m apresentado [...] sua liquidação de parte[, e] que a determinação dos

48. Decisão nº 63, de 24 de janeiro de 2005, proferida pelo 4º Juizado Especial Cível da Corte Superior de Justiça de Lima (expediente de anexos ao escrito de alegações finais apresentado pelo Estado, folhas 2716 e 2717).



acumulados é [...] complex[a] [na medida em que se deve definir] o que corresponde a cada um dos mais de [200] peticionários, muitos dos quais contam com circunstâncias distintas (cargos, tempos e remuneração referencial diferente, etc.)”, de maneira que o Estado não incorreu no descumprimento de um pagamento cujo valor ainda não se tem com precisão.

69. A Corte afirmou que o artigo 25.1 da Convenção contempla a obrigação dos Estados Partes de garantir, a todas as pessoas sob sua jurisdição, um recurso judicial efetivo contra atos violatórios de seus direitos fundamentais.<sup>49</sup> Esta efetividade supõe que, além da existência formal dos recursos, estes dêem resultados ou respostas às violações de direitos contemplados seja na Convenção, na Constituição<sup>50</sup> ou nas leis.<sup>51</sup> Nesse sentido, não podem ser considerados efetivos aqueles recursos que, pelas condições gerais do país ou inclusive pelas circunstâncias particulares de um caso dado, sejam ilusórios. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando sua inutilidade tenha ficado demonstrada pela prática, porque faltam os meios para executar suas decisões ou por qualquer outra situação que configure um quadro de denegação de justiça.<sup>52</sup> Assim, o processo deve estar dirigido à materialização da proteção do direito reconhecido no pronunciamento judicial por meio da aplicação idônea deste pronunciamento.<sup>53</sup>

70. Além disso, o artigo 25.2.c da Convenção estabelece a obrigação do Estado de garantir “o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que tenha sido considerado procedente o recurso”.<sup>54</sup>

71. Por sua vez, embora a Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais não tenha incluído um artigo equivalente ao 25.2.c da Convenção Americana, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos se referiu às exigências do mesmo em seu pronunciamento sobre o artigo 6 da citada Convenção, sobre o direito a um processo equitativo.<sup>55</sup> Assim, o Tribunal Europeu declarou que,

40. [...] este direito[, o de acesso à proteção judicial.] seria ilusório se o sistema legal dos Estados Partes permitisse que uma resolução final e de obrigatório cumprimento permanecesse inoperante em detrimento de uma das partes [envolvidas em um processo]. Seria inconcebível que o artigo 6 par. 1 (art. 6-1) descrevesse em detalhe todas as garantias processuais com que contam os litigantes -procedimentos justos, públicos e rápidos- sem proteger a implementação de decisões judiciais; construir o artigo 6 (art. 6) o referindo unicamente ao acesso à justiça e ao desenvolvimento dos procedimentos provavelmente daria lugar a situações incompatíveis com o princípio de “estado de direito” que os Estados Partes se comprometeram a respeitar quando ratificaram a Convenção. (ver, *mutatis mutandi*, *Golder v. The United Kingdom*, Sentença de 21 de fevereiro de 1975, Série A N° 18, págs. 16-18, pars. 34-36). A execução de uma sentença proferida por qualquer tribunal deve, portanto, ser entendida como parte integral do “juízo” sob os termos do artigo 6”.<sup>56</sup>

72. Nesse sentido, nos termos do artigo 25 da Convenção, é possível identificar duas responsabilidades concretas do Estado. A primeira, consagrar normativamente e assegurar a devida aplicação de recursos efetivos perante as autoridades competentes, que amparem todas as pessoas sob sua jurisdição contra atos que violem seus

49. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez*, par. 91, nota 11 *supra*; *Caso Kawas Fernández*, par. 110, nota 13 *supra*, e *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de agosto de 2008. Série C N° 184, par. 34.

50. Em conformidade com o artigo 139.2 da Constituição Política do Peru, “[n]enhuma autoridade pode [...] deixar sem efeito decisões que tenham passado em autoridade de coisa julgada, nem interromper procedimentos em trâmite, nem modificar sentenças nem retardar sua execução”.

51. Cf. *Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C N° 71, par. 90; *Caso Bayarri*, par. 102, nota 12 *supra*, e *Caso Castañeda Gutman*, par. 78, nota 49 *supra*. Veja-se também, *Garantias Judiciais em Estados de Emergência (artigos 27.2, 25 e 8 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-9/87 de 6 de outubro de 1987. Série A N° 9, par. 23.

52. Cf. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C N° 74, par. 137; *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, par. 213, nota 45 *supra*, e *Caso 19 Comerciantes Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de julho de 2004. Série C N° 109, par. 192.

53. Cf. *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, par. 217, nota 45 *supra*, e *Caso Baena Ricardo e outros Vs. Panamá. Competência*. Sentença de 28 de novembro de 2003. Série C N° 104, par. 73.

54. 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° 112, par. 248, e *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de março de 2006. Série C N° 146, par. 92.

55. O artigo 6.1 da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (Direito a um processo equitativo) indica que:  
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 caráter 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. [...]

56. Cf. *ECHR, Case of Hornsby v. Greece*, Judgment of 19 March 1997, par. 40; *Case of Popov v. Moldova*, Judgment of 18 January 2005, n° 74153/01, par. 40; *Case of Assanidze v. Georgia*, Judgment of 8 April 2004, n° 71503/01, par. 182; *Case of Jasiúniene v. Lithuania*, Judgment of 6 March 2003, n° 41510/98, par. 27, e *Case of Burdov v. Russia*, Judgment of 7 May 2002, n° 59498/00, par. 34.

direitos fundamentais ou que levem à determinação dos direitos e obrigações destas.<sup>57</sup> A segunda, garantir os meios para executar as respectivas decisões e sentenças definitivas emitidas por tais autoridades competentes, de maneira que sejam protegidos efetivamente os direitos declarados ou reconhecidos.<sup>58</sup> Este último, devido a que uma sentença com caráter de coisa julgada concede certeza sobre o direito ou controvérsia discutidos no caso concreto e, portanto, tem como um de seus efeitos a obrigatoriedade ou necessidade de cumprimento.<sup>59</sup> O contrário supõe a negação mesma do direito envolvido.<sup>60</sup>

73. Assim, esta Corte declarou a violação do artigo 25 da Convenção em outro caso contra o Peru, devido a que o Estado não executou as sentenças proferidas pelos tribunais internos durante um longo período de tempo<sup>61</sup> e, em outro caso, não assegurou que uma sentença de *habeas corpus* “fosse apropriadamente executada”.<sup>62</sup> Isso porque se o ordenamento jurídico interno de um Estado permite que uma decisão judicial final e obrigatória permaneça ineficaz em detrimento de uma das partes, o direito à proteção judicial é ilusório.<sup>63</sup>
74. No presente caso, as supostas vítimas impetraram ações de mandado de segurança que, por sua própria natureza e segundo o indicado no artigo 25.1 da Convenção, deviam ser recursos simples e rápidos. Portanto, o Estado tinha a obrigação de estabelecer procedimentos expressos e evitar qualquer atraso em sua resolução para prevenir que fosse gerada uma afetação do direito concernente.<sup>64</sup> Entretanto, a Corte observa que transcorreram quase quatro anos e meio desde que as supostas vítimas interpuseram o primeiro mandado de segurança e este foi resolvido. Também, passaram quase dois anos sem que fosse resolvido o segundo mandado de segurança que foi apresentado com o propósito de que fosse cumprido o ordenado no primeiro. Isso demonstra que a tramitação dos mandados de segurança não foi rápida.
75. Assim mesmo, os recursos não foram de todo eficazes para garantir o direito em questão. Apesar de terem impetrado dois mandados de segurança, os quais foram resolvidos a seu favor, a proteção do direito que lhes foi reconhecido por essa via às supostas vítimas ainda não foi materializada por completo (par. 89 *infra*), faltando que lhes sejam pagos os valores das pensões que deixaram de receber entre os meses de abril de 1993 e outubro de 2002 (pars. 61 a 65 *supra*). A esse respeito, o Estado indicou insuficiências orçamentárias como justificação para o descumprimento desta obrigação (pars. 61 e 62 *supra*). Nesse sentido, cabe reiterar que para que os mandados de segurança apresentados no presente caso fossem verdadeiramente eficazes, o Estado teve que adotar as medidas necessárias para seu cumprimento, o que inclui medidas de caráter orçamentário. Embora o Estado tenha manifestado que adotou uma série de medidas de natureza administrativa, legislativa e judicial orientadas a superar a referida limitação econômica com o propósito de cumprir suas obrigações convencionais (pars. 61 e 62 *supra*), estas ainda não foram concretizadas. A esse respeito, o Tribunal afirmou que as normas de orçamento não podem justificar a demora de anos para o cumprimento de sentenças.<sup>65</sup>
76. Por outro lado, o Tribunal reconhece que a normativa peruana contempla um procedimento de execução de sentenças, o qual foi formalmente implementado com posterioridade à sentença de 26 de janeiro de 2001 (pars. 50, 51 e 64 *supra*), e que neste processo devem ser realizadas determinações para dar cumprimento ao ordenado pelo Tribunal Constitucional e proferir diversas decisões. Além disso, a Corte observa, como enfatizou o Estado, que a determinação judicial do montante devido ainda não foi estabelecida (pars. 51 e 64 *supra*). Entretanto, isto, mais que eximir o Estado de sua responsabilidade, demonstra a ineficácia dos recursos apresentados para garantir os direitos que o Tribunal Constitucional considerou violados e não pode ser considerado como uma justificativa razoável perante a falta de execução das sentenças definitivas deste tribunal.<sup>66</sup> A obrigação do Estado

57. Cf. *Caso Suárez Rosero Vs. Equador. Mérito*. Sentença de 12 de novembro de 1997. Série C N° 35, par. 65; *Caso Claude Reyes e outros Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C N° 151, par. 130, e *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, par. 216, nota 45 *supra*.

58. Cf. *Caso Baena Ricardo e outros*, par. 82, nota 53 *supra*, e *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, pars. 216 e 220, nota 45 *supra*.

59. Cf. *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, par. 167, nota 45 *supra*.

60. Cf. *Caso Baena Ricardo e outros*, par. 82, nota 53 *supra*, e *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, par. 220, nota 45 *supra*.

61. Cf. *Caso “Cinco Aposentados” Vs. Peru*. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C N° 98, pars. 138 e 141.

62. Cf. *Caso Cesti Hurtado Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 29 de setembro de 1999. Série C N° 56, par. 133.

63. Cf. *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, par. 219, nota 45 *supra*. Ver também ECHR, *Case of Antoneto v. Italy*, Judgment of 20 July 2000, n° 15918/89, par. 27; *Case of Immobiliare Saffi v. Italy [GC]*, Judgment of 28 July 1999, n° 22774/93, par. 63, e *Case of Hornsby v. Greece*, par. 40, nota 56 *supra*.

64. Cf. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primeira do Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C N° 182, pars. 156 e 170.

65. Cf. *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, par. 219, nota 45 *supra*. Ver também ECHR, *Case of “Amat-G” LTD and Mebaghishvili v. Georgia*, Judgment of 27 September 2005, n° 2507/03, par. 48; *Case of Popov v. Moldova*, Judgment of 18 January 2005, n° 74153/01, par. 54, y *Case of Shmalko v. Ukraine*, Judgment of 20 July 2004, n° 60750/00, para. 44.

66. Cf. *Caso Acevedo Jaramillo e outros*, par. 269, nota 45 *supra*.

de garantir a eficácia de seus recursos judiciais surge da Convenção Americana e não pode ser limitada por disposições de procedimento no direito interno nem deve depender exclusivamente da iniciativa processual da parte demandante dos processos.<sup>67</sup>

77. Além da obrigação de prover um recurso rápido, simples e eficaz às supostas vítimas para garantir seus direitos, o que não ocorreu, a Convenção estabelece que o direito à proteção judicial exige que o Estado garanta o cumprimento das decisões que o Tribunal Constitucional do Peru proferiu a esse respeito. Nesse sentido, o Tribunal observa que, no total, transcorreram mais de 11 e 8 anos desde a promulgação da primeira e última sentença do Tribunal Constitucional, respectivamente – e quase 15 anos desde a sentença da Primeira Vara Cível Especial da Corte Superior de Lima – sem que estas tenham sido efetivamente cumpridas. A ineficácia destes recursos causou que o direito à proteção judicial das supostas vítimas tenha sido ao menos parcialmente ilusório, determinando a negação mesma do direito envolvido.
78. É pertinente recordar que o Tribunal Constitucional, através de sentença de 26 de janeiro de 2001, afirmou que no processo interno “foram [...] violados [...] os incisos 1) e 2) seção c) pertencentes ao artigo 25 da Convenção Americana [sobre] Direitos Humanos”.<sup>68</sup>
79. Por todo o anteriormente exposto, a Corte considera que o Estado violou o direito à proteção judicial reconhecido no artigo 25.1 e 25.2.c da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo tratado, em detrimento das 273 pessoas indicadas no parágrafo 113 da presente Sentença.

### **C) O direito à propriedade em relação à violação do direito à proteção judicial**

80. Fica pendente a determinação, por parte da Corte, sobre se o descumprimento parcial das sentenças do Tribunal Constitucional gerou uma violação ao direito à propriedade que as vítimas supostamente têm sobre os efeitos patrimoniais derivados do direito à pensão nivelada que adquiriram segundo a legislação interna peruana.
81. A esse respeito, a Comissão alegou que “uma vez que as [supostas] vítimas deixaram de prestar serviços na [CGR] e optaram pelo regime de aposentadorias previsto no Decreto-Lei nº 20.530, adquiriram, em conformidade com o estabelecido na jurisprudência da Corte Interamericana, [...] ‘um direito de propriedade sobre os efeitos patrimoniais do direito à pensão[,] em conformidade com [este] Decreto [...] e os termos do artigo 21 da Convenção Americana’”. “Em consequência, a Comissão consider[ou] que o pagamento das pensões acumuladas entre abril de 1993 e outubro de 2002 é um bem que foi incorporado ao patrimônio das vítimas”. Portanto, para a Comissão, “a falta de cumprimento [das] sentenças judiciais proferidas[, privou] os integrantes da Associação [...] de direitos legalmente reconhecidos, violando seu direito à propriedade”.
82. De igual maneira, o representante alegou que “a falta de pagamento da pensão nivelada desde abril de 1993 até outubro de 2002, [...] configura uma violação do conteúdo do direito à propriedade privada, consagrado no artigo 21 da Convenção”. Além disso, afirmou “que todo tipo de pensão, sempre e quando tenha ingressado ao patrimônio de uma pessoa ao satisfazer os requisitos que o direito interno estabelece, está protegida pelo artigo 21”. Nesse sentido, quando os integrantes da Associação cumpriram os requisitos estabelecidos no Decreto-Lei nº. 20.530, o direito à pensão ingressou a seu patrimônio, “e estes adquiriram um direito de propriedade sobre suas pensões”, de modo que “[a] violação do direito à propriedade é mantido na medida em que estas somas, até agora, não foram reintegradas [a seu] patrimônio”. Na mesma linha e remetendo-se ao direito interno peruano, o representante indicou que “o artigo 886 do Código Civil peruano afirma que são bens móveis as rendas ou ‘pensões de qualquer classe’; ou seja, as que são reguladas por regimes específicos e as que não”.
83. Por sua vez, o Estado apresentou os mesmos argumentos indicados anteriormente com relação à violação do artigo 25 da Convenção.
84. Este Tribunal desenvolveu em sua jurisprudência um conceito amplo de propriedade que inclui, entre outros, o uso e gozo dos bens, definidos como coisas materiais apropriáveis, bem como todo direito que possa formar parte do patrimônio de uma pessoa.<sup>69</sup> A Corte também tem protegido os direitos adquiridos através do artigo 21 da Convenção, entendidos como direitos que foram incorporados ao patrimônio das pessoas.<sup>70</sup> É necessário

67. Cf. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Equador. Exceção Preliminar e Mérito*. Sentença de 6 de maio de 2008. Série C Nº 179, par. 83.

68. Sentença de 26 de janeiro de 2001 do Tribunal Constitucional do Peru, (folha 1721) nota 32 *supra*.

69. Cf. *Caso Ivcher Bronstein*, pars. 120-122, nota 52 *supra*; *Caso Salvador Chiriboga*, par. 55, nota 67 *supra*, e *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Iñiguez Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C Nº 170, par. 174.

70. Cf. *Caso Salvador Chiriboga*, par. 55, nota 67 *supra*, e *Caso “Cinco Aposentados”*, par. 102, nota 61 *supra*.

- reiterar que o direito à propriedade não é absoluto e, nesse sentido, pode ser objeto de restrições e limitações,<sup>71</sup> sempre e quando estas sejam realizadas pela via legal adequada<sup>72</sup> e em conformidade com os parâmetros estabelecidos neste artigo 21.<sup>73</sup>
85. Em um caso similar ao presente,<sup>74</sup> esta Corte declarou uma violação do direito à propriedade pela afetação patrimonial causada pelo descumprimento de sentenças que pretendiam proteger o direito a uma pensão – direito que havia sido adquirido pelas vítimas naquele caso, em conformidade com a normativa interna. Naquela sentença, o Tribunal afirmou que desde o momento em que um aposentado paga suas contribuições a um fundo de pensões e deixa de prestar serviços à instituição concernente para se acolher ao regime de aposentadorias previsto na lei, adquire o direito a que sua pensão seja regida nos termos e condições previstas nesta lei. Também, declarou que o direito à pensão que adquire esta pessoa tem “efeitos patrimoniais”,<sup>75</sup> os quais estão protegidos sob o artigo 21 da Convenção. Consequentemente, naquele caso o Tribunal declarou que ao haver mudado arbitrariamente o valor das pensões que vinham recebendo as supostas vítimas e ao não haver dado cumprimento às sentenças judiciais proferidas em razão das ações de garantia interpostas por estes, o Estado violou o direito à propriedade reconhecido no artigo 21 da Convenção.<sup>76</sup>
86. Nesse mesmo sentido, o Decreto-Lei nº. 20.530, matéria do presente caso, estabelecia um regime de pensões no qual os trabalhadores do setor público nacional “adqui[ria]m [o] direito a [uma] pensão” sob determinados pressupostos.<sup>77</sup> Ademais, o Tribunal Constitucional também estabeleceu que “o direito à pensão nivelável da Previdência Social[, cujo exercício estava consagrado pela Constituição,] est[ava, naquele momento,] garantido aos beneficiários da Administração Pública, [ e era] irrenunciáv[el]”.<sup>78</sup>
87. Também foi estabelecido que as vítimas cumpriram todos os pressupostos ou elementos necessários para a aquisição do direito a uma aposentadoria nivelada, regulada em conformidade com os termos e condições previstos no Decreto-Lei nº. 20.530, e que ao cessar seu serviço na Controladoria Geral se acolheram ao regime de aposentadoria nivelável previsto nesta norma. Posteriormente, a partir de abril de 1993 até outubro de 2002, o Estado lhes restringiu este direito, reduzindo o valor de suas pensões, em aplicação do Decreto-Lei nº. 25.597 e do Decreto Supremo nº. 036-93-EF que, segundo declarou posteriormente o Tribunal Constitucional do Peru eram inconstitucionais e inaplicáveis às vítimas (pars. 45 e 48 *supra*).
88. Dito em outras palavras, o direito à aposentadoria nivelável que as vítimas adquiriram, em conformidade com a normativa peruana aplicável, gerou um efeito no patrimônio destas, que recebiam os valores correspondentes a cada mês. Esse patrimônio se viu impactado diretamente pela redução de maneira ilegal, segundo o indicado pelo Tribunal Constitucional, no valor recebido entre abril de 1993 e outubro de 2002. Portanto, as vítimas não puderam gozar integralmente de seu direito à propriedade sobre os efeitos patrimoniais de sua aposentadoria nivelável, legalmente reconhecida, entendendo aqueles como os valores deixados de receber.
89. Na medida em que o Estado, até a presente data, ainda não cumpriu a devolução às vítimas dos valores das pensões retidos entre abril de 1993 e outubro de 2002, esta afetação a seu patrimônio continua. O anterior é uma consequência direta da falta de cumprimento integral do ordenado nas sentenças proferidas pelo Tribunal Constitucional, o que gerou que se continue negando o direito que estas sentenças pretenderam proteger (pars. 77 e 79 *supra*).
90. Em conclusão, a Corte considera que, da prolongada e injustificada inobservância das decisões judiciais internas deriva a infração ao direito à propriedade reconhecido no artigo 21 da Convenção, que não haveria sido configurada se estas sentenças houvessem sido acatadas de forma rápida e completa.
91. Por todo o anteriormente exposto, a Corte reitera que o Estado violou o direito à proteção judicial reconhecido

71. Cf. *Caso Ivcher Bronstein*, par. 128, nota 52 *supra*; *Caso Perozo e outros*, par. 399, nota 13 *supra*, e *Caso Salvador Chiriboga*, pars. 60 e 61, nota 67 *supra*.

72. Em igual sentido, e a modo de exemplo, a Corte observa que o artigo 5 do Protocolo Adicional à Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais somente permite aos Estados estabelecer limitações e restrições ao gozo e exercício dos direitos econômicos, sociais e culturais, “através de leis promulgadas com o objetivo de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática, na medida em que não contrariem o propósito e razão dos mesmos”.

73. Cf. *Caso Salvador Chiriboga*, par. 54, nota 67 *supra*.

74. Cf. *Caso “Cinco Aposentados”*, nota 61 *supra*.

75. Cf. *Caso “Cinco Aposentados”*, par. 103, nota 61 *supra*.

76. Cf. *Caso “Cinco Aposentados”*, pars. 115 e 121, nota 61 *supra*.

77. Artigos 1 e 4 do Decreto-Lei nº. 20.530, Regime de Pensões e Compensações por Serviços Cívicos Oferecidos ao Estado não compreendidos no Decreto-Lei nº 19.990 (expediente de anexos à demanda, Anexo 3.1, Tomo 6, folha 1523).

78. Sentença de 21 de outubro de 1997 do Tribunal Constitucional do Peru, (folha 1663, fundamento nº 4), nota 27 *supra*.

no artigo 25.1 e 25.2.c da Convenção Americana (par. 79 *supra*) e também violou o direito à propriedade privada, reconhecido no artigo 21.1 e 21.2 deste instrumento, tudo isso em relação ao artigo 1.1 do mesmo tratado, em detrimento das 273 pessoas indicadas no parágrafo 113 da presente Sentença.

## VII

### Artigo 26 (Desenvolvimento Progressivo dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais)<sup>79</sup> da Convenção Americana

92. O representante alegou que “a falta de pagamento das pensões acumuladas a partir de abril de 1993 até outubro de 2002 [...] configura também uma violação do direito à previdência social protegido pelo artigo 26 da Convenção, que contém uma cláusula de remissão às normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura contidas na Carta da OEA”. Assim, para o representante, “as obrigações gerais de respeito e garantia, bem como a de adequação do direito interno, que se aplicam em relação a todos os direitos civis e políticos [...], também se aplicam em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais”.
93. Nessa mesma linha, o representante afirmou que “o direito [à pensão nivelável] que adquiriram [as vítimas,] como as condições que o configuram, [...] forma parte de seu direito à previdência social”, o qual foi especificamente amparado pela sentença do Tribunal Constitucional de 21 de outubro de 1997. Portanto, “[o] descumprimento das sentenças judiciais [neste] caso não somente leva a uma violação do direito à tutela jurisdicional efetiva, senão que implica, também, uma violação direta do direito à previdência social [...], plenamente justificável nesta sede jurisdicional”.
94. Desta maneira, o representante enfatizou que “ao adotar e aplicar os [D]ecretos [números] 25.597 e 036-93-EF o Estado violou o dever de progressividade que lhe competia no contexto da implementação do direito humano à previdência social”, em conformidade com o artigo 10 da Constituição peruana, segundo o qual “[o] Estado reconhece o direito universal e progressivo de toda pessoa à previdência social, para sua proteção diante das contingências que precise a lei e para a elevação de sua qualidade de vida”. O representante também afirmou que, “a partir de abril de 1993 até outubro de 2002, [o Estado] regrediu o nível de proteção que este direito havia alcançado em relação a cada uma das vítimas, de quem foi confiscado o valor de suas pensões em 9/10 de seu valor mensal, violando com isso seu direito à previdência social”. “[Esse] retrocesso foi injustificado, na medida em que o Estado não alegou nem provou, em nenhum momento, que implementou o confisco produzido com o objeto de preservar o bem-estar geral dentro de uma sociedade democrática”.
95. A Comissão não alegou o descumprimento do artigo 26 da Convenção Americana.
96. Por sua vez, o Estado apresentou sua posição a esse respeito através de sua exceção preliminar (par. 12 *supra*), precisando que se “os direitos supostamente violados pelo Estado peruano são de pensões, [...] [estar-se-ia] em uma situação de excesso do âmbito de competência da [...] Corte [Interamericana]”.
97. A Corte considera pertinente reiterar o indicado no capítulo III da presente Sentença, no sentido de que o Tribunal é plenamente competente para analisar violações de todos os direitos reconhecidos na Convenção Americana (par. 16 *supra*). Além disso, embora a Comissão não tenha alegado o descumprimento do artigo 26 da Convenção, a Corte estabeleceu que a suposta vítima, seus familiares ou seus representantes pedem invocar direitos distintos dos compreendidos na demanda da Comissão, com base nos fatos apresentados por esta.<sup>80</sup>
98. O Tribunal observa que os argumentos do representante estão focalizados primordialmente nos seguintes dois pontos: a) a falta de pagamento da totalidade dos montantes acumulados a partir de abril de 1993 até outubro de 2002 e o descumprimento das sentenças judiciais que ordenaram este reembolso e b) a adoção e aplicação dos Decretos números 25.597 e 036-93-EF.
99. Antes de proceder a analisar estes dois assuntos, a Corte considera pertinente realizar algumas considerações gerais a esse respeito. Nesse sentido, o Tribunal recorda que o conteúdo do artigo 26 da Convenção foi objeto

79. O artigo 26 da Convenção (Desenvolvimento Progressivo) estabelece que: “Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como por meio da cooperação internacional, em especial econômica e técnica, a fim de alcançar progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados”.

80. Cf. *Caso “Cinco Aposentados”*, par. 155, nota 61 *supra*; *Caso Kawas Fernández*, par. 127, nota 13 *supra*, e *Caso Perozo e outros*, par. 32, nota 13 *supra*.

de um intenso debate nos trabalhos preparatórios desta, nascido do interesse dos Estados por consignar uma “menção direta” aos “direitos” econômicos, sociais e culturais; “uma disposição que estabeleça certa obrigatoriedade jurídica [...] em seu cumprimento e aplicação”;<sup>81</sup> bem como “os [respectivos] mecanismos [para sua] promoção e proteção”,<sup>82</sup> já que o Anteprojeto de tratado realizado pela Comissão Interamericana fazia referência a estes em dois artigos que, de acordo com alguns Estados, somente “reun[iam] em um texto meramente declarativo, conclusões estabelecidas na Conferência de Buenos Aires”.<sup>83</sup> A revisão destes trabalhos preparatórios da Convenção também demonstra que as principais observações com base nas quais esta foi aprovada puseram especial ênfase em “dar aos direitos econômicos, sociais e culturais a máxima proteção compatível com as condições peculiares à grande maioria dos Estados Americanos”.<sup>84</sup> Assim, como parte do debate nos trabalhos preparatórios também foi proposto “faz[er] possível [a] execução [destes direitos] através da ação dos tribunais”.<sup>85</sup>

100. Além disso, é pertinente observar que, embora o artigo 26 esteja no capítulo III da Convenção, intitulado “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, também está localizado na Parte I deste instrumento, intitulado “Deveres dos Estados e Direitos Protegidos” e, portanto, está sujeito às obrigações gerais contidas nos artigos 1.1 e 2 indicados no capítulo I (intitulado “Enumeração de Deveres”), bem como os artigos 3 a 25 indicados no capítulo II (intitulado “Direitos Civis e Políticos”).
101. Nesse sentido, a Corte considera pertinente recordar a interdependência existente entre os direitos civis e políticos e os econômicos, sociais e culturais, já que devem ser entendidos integralmente como direitos humanos, sem hierarquia entre si e exigíveis em todos os casos perante aquelas autoridades que resultem competentes para isso. A esse respeito, é oportuno citar a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos que, no caso *Airey* afirmou que:

O Tribunal não ignora que a progressiva realização dos direitos sociais e econômicos depende da situação de cada Estado, e principalmente de sua situação econômica. Por outro lado, a Convenção [Europeia] deve ser interpretada à luz das condições do presente [...] e foi desenhada para proteger o indivíduo de maneira real e efetiva em relação aos direitos protegidos por esta Convenção [...]. Embora a Convenção reúna direitos essencialmente civis e políticos, grande parte deles têm implicações de natureza econômica e social. Por isso, o Tribunal considera, como o faz a Comissão, que o fato de que uma interpretação da Convenção possa ser estendida à esfera dos direitos sociais e econômicos não é fator decisivo contra esta interpretação, já que não existe uma separação cortante entre essa esfera e o campo coberto pela Convenção.<sup>86</sup>

102. O Tribunal observa que o desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais foram matéria de pronunciamento por parte do Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas, no sentido de que a plena efetividade destes “não poderá ser alcançada em um breve período de tempo” e que, nessa medida, “requer um dispositivo de flexibilidade necessária que reflita as realidades do mundo [...] e as dificuldades que implica para cada país assegurar [esta] efetividade”.<sup>87</sup> No contexto desta flexibilidade quanto a prazo e modalidades, o Estado terá essencialmente, ainda que não exclusivamente, uma obrigação de fazer, ou seja, de adotar providências e disponibilizar os meios e elementos necessários para responder às exigências de efetividade dos direitos envolvidos, sempre na medida dos recursos econômicos e financeiros de que disponha para o cumprimento do respectivo compromisso internacional adquirido.<sup>88</sup>

81. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos (San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969). Atas e Documentos. Observações do governo do Chile ao Projeto da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, págs. 42-43.

82. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, nota 81 *supra*, Intervenção do Delegado do governo do Chile no debate sobre o Projeto da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, na Décima Quarta Sessão da Comissão “I”, pág. 268.

83. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, nota 81 *supra*, Observações do governo do Uruguai ao Projeto da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, pág. 37.

84. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, nota 81 *supra*, Observações e Emendas do governo do Brasil ao Projeto da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, pág. 125.

85. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, nota 81 *supra*, Intervenção do Delegado do governo da Guatemala no debate sobre o Projeto da Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, na Décima Quarta Sessão da Comissão “I”, págs. 268-269.

86. ECHR, *Case of Airey v. Ireland*, Judgment of 9 October 1979, Série A, N° 32, par. 26.

87. Nações Unidas, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral n° 3: A natureza das obrigações dos Estados Partes (parágrafo 1 do artigo 2 do Pacto), U.N. Doc. E/1991/23, Quinto Período de Sessões (1990), par. 9.

88. O Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas afirmou que “[q]uando estude uma comunicação em que se afirme que um Estado Parte não adotou medidas até o máximo dos recursos de que disponha, [...] examinará as medidas, legislativas ou de outro caráter, que o Estado Parte tenha efetivamente adotado. Para determinar se essas medidas são ‘adequadas’ ou ‘razoáveis’, o Comitê poderá ter em consideração, entre outras, as seguintes considerações: a) [a]té que ponto as medidas adotadas foram deliberadas, concretas e orientadas ao desfrute dos direitos econômicos, sociais e culturais; b) [s]e o Estado Parte exerceu suas faculdades discricionárias de maneira não discriminatória e não arbitrária; c) [s]e a decisão do Estado Parte de não designar recursos disponíveis foi ajustada às normas internacionais de direitos humanos; d) [e]m caso de que existam várias opções em matéria de normas, se o Estado Parte se inclinou pela

Assim, a implementação progressiva destas medidas poderá ser objeto de prestação de contas e, se for o caso, o cumprimento do respectivo compromisso adquirido pelo Estado poderá ser exigido perante as instâncias convocadas a resolver eventuais violações aos direitos humanos.

103. Como correlato do anterior, observa-se um dever –embora condicionado– de não regressividade, que nem sempre deverá ser entendido como uma proibição de medidas que restrinjam o exercício de um direito. A esse respeito, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas afirmou que “as medidas de caráter deliberadamente re[gressivo] neste aspecto requererão a consideração mais cuidadosa e deverão ser justificadas plenamente por referência à totalidade dos direitos previstos no Pacto [Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais] e no contexto do aproveitamento pleno do máximo dos recursos de que [o Estado] disponha”.<sup>89</sup> Na mesma linha, a Comissão Interamericana considerou que para avaliar se uma medida regressiva é compatível com a Convenção Americana, deverá ser “determinado se está justificada por razões de peso suficiente”.<sup>90</sup> Por todo o exposto, cabe afirmar que a regressividade é protegida (justiciável) quando se trate de direitos econômicos, sociais e culturais.

**A) O artigo 26 da Convenção em relação à falta de pagamento da totalidade dos valores acumulados e o descumprimento das sentenças judiciais que ordenam este pagamento neste caso**

104. Este Tribunal já considerou na presente Sentença (pars. 69 a 79 *supra*) que o Estado violou o direito à proteção judicial dos integrantes da Associação por motivo da falta de efetividade dos recursos apresentados e do descumprimento das sentenças que ordenaram o pagamento dos valores das pensões deixados de receber entre abril de 1993 e outubro de 2002. Além disso, a Corte considerou que a falta de pagamento destes valores continua afetando o direito à propriedade das vítimas enquanto estas ainda não podem gozar integralmente dos efeitos patrimoniais que lhes correspondia, em conformidade com o regime de pensão nivelável ao que se acolheram (pars. 84 a 91 *supra*).
105. O descumprimento das referidas sentenças judiciais e o conseqüente efeito patrimonial que este teve sobre as vítimas são situações que afetam os direitos à proteção judicial e à propriedade, reconhecidos nos artigos 25 e 21 da Convenção Americana, respectivamente. Em contrapartida, o compromisso exigido do Estado pelo artigo 26 da Convenção consiste na adoção de providências, em especial econômicas e técnicas – na medida dos recursos disponíveis, seja por via legislativa ou outros meios apropriados – para alcançar progressivamente a plena efetividade de certos direitos econômicos, sociais e culturais. Nesse sentido, a obrigação estatal que se observa do artigo 26 da Convenção é de natureza diferente, embora complementar, àquela relacionada com os artigos 21 e 25 deste instrumento.
106. Portanto, tendo em consideração que o que está sob análise não é uma providência adotada pelo Estado que tenha impedido o desenvolvimento progressivo do direito a uma pensão, mas, ao contrário, o descumprimento estatal do pagamento ordenado por seus órgãos judiciais, o Tribunal considera que os direitos afetados são aqueles protegidos nos artigos 25 e 21 da Convenção e não encontra motivo para declarar adicionalmente o descumprimento do artigo 26 deste instrumento. Desta maneira, o Tribunal se remete ao decidido anteriormente em relação às conseqüências jurídicas que teve este descumprimento e falta de pagamento em relação à violação do direito à proteção judicial (pars. 69 a 79 *supra*) e à propriedade privada (pars. 84 a 91 *supra*).

opção que menos limitava os direitos reconhecidos no Pacto; e) [o] contexto cronológico em que foram adotadas as medidas[, e] f) [s]e as medidas foram adotadas tendo em consideração a precária situação das pessoas e dos grupos desfavorecidos e marginalizados, se as medidas foram não discriminatórias e se foi dada prioridade às situações graves ou de risco”. Nações Unidas, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Declaração sobre a “Avaliação da obrigação de adotar medidas até o ‘máximo dos recursos de que disponha’ em conformidade com um protocolo facultativo do Pacto”, E/C.12/2007/1, 38º Período de Sessões, 21 de setembro de 2007, par. 8.

89. Nações Unidas, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral nº 3, nota 87 *supra*. Segundo o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “[e]m caso de que um Estado Parte alegue ‘limitações de recursos’ para explicar qualquer medida regressiva que tenha adotado, [...] examinará essa informação em função das circunstâncias concretas do país em questão e com sustentação dos seguintes critérios objetivos: a) [o] nível de desenvolvimento do país; b) [a] gravidade da suposta infração, tendo particularmente em consideração se a situação afeta o desfrute dos direitos básicos enunciados no Pacto; c) [a] situação econômica do país nesse momento, tendo particularmente em consideração se o país atravessa um período de recessão econômica; d) [a] existência de outras necessidades importantes que o Estado Parte deva satisfazer com os recursos limitados de que dispõe; por exemplo, devido a um recente desastre natural ou a um recente conflito armado interno ou internacional; e) [s]e o Estado Parte tratou de encontrar opções de baixo custo[.] e f) [s]e o Estado Parte obteve cooperação e assistência da comunidade internacional ou rejeitou sem motivos suficientes os recursos oferecidos pela comunidade internacional para a aplicação do disposto no Pacto”. Nações Unidas, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Declaração sobre a “Avaliação da obrigação de adotar medidas até o ‘máximo dos recursos de que disponha’ em conformidade com um protocolo facultativo do Pacto”, E/C.12/2007/1, 38º Período de Sessões, 21 de setembro de 2007, par. 10.

90. Relatório de Admissibilidade e Mérito nº 38/09, Caso 12.670, Associação Nacional de Ex-Servidores do Instituto Peruano de Previdência Social e outras Vs. Peru, emitido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos em 27 de março de 2009, pars. 140 a 147.

**B) A adoção e aplicação dos Decretos 25.597 e 036-93-EF**

107. Por outro lado, o representante alegou o descumprimento do artigo 26 da Convenção pela criação do Decreto-Lei nº 25.597 e do Decreto Supremo nº 036-93-EF como medidas legislativas de natureza regressiva, ou seja, opostas à realização progressiva do direito à previdência social. A esse respeito, a Corte reitera que no presente caso não existe controvérsia entre as partes sobre se as vítimas tinham ou não direito a uma pensão nivelada ou se tal direito se viu impactado pela aplicação injustificada dos referidos decretos (par. 52 *supra*). Efetivamente, como ficou estabelecido, as partes no presente caso estão de acordo em que os 273 pensionistas da CGR, ao terminarem de trabalhar nesta instituição, obtiveram o direito à aposentadoria nivelável por inatividade sob o regime estabelecido no Decreto-Lei nº 20.530 (par. 43 *supra*), direito que foi reconhecido posteriormente pelas instâncias judiciais perante a inaplicabilidade ao caso do Decreto-Lei nº 25.597 e do Decreto Supremo nº 036-93-EF, por serem inconstitucionais (pars. 45, 48 e 52 *supra*). Nesse sentido, ao não ser matéria da presente controvérsia, este Tribunal não se pronunciará sobre o suposto descumprimento do exigido pelo artigo 26 da Convenção como consequência da promulgação destas normas.

**VIII****Reparações****(Aplicação do artigo 63.1 da Convenção Americana)<sup>91</sup>**

108. É um princípio de Direito Internacional que toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido dano implica o dever de repará-lo adequadamente.<sup>92</sup> Essa obrigação está regulada pelo Direito Internacional.<sup>93</sup> Em suas decisões a este respeito, a Corte tem se baseado no artigo 63.1 da Convenção Americana.
109. Em conformidade com as considerações sobre o mérito e as violações à Convenção declaradas nos capítulos correspondentes, bem como à luz dos critérios fixados na jurisprudência do Tribunal em relação à natureza e alcances da obrigação de reparar,<sup>94</sup> a Corte procederá a analisar tanto as pretensões apresentadas pela Comissão e pelo representante como os argumentos do Estado a esse respeito, com o objetivo de dispor medidas dirigidas a reparar estas violações.
110. Antes de examinar as reparações pretendidas, a Corte observa que o Estado não apresentou alegações específicas sobre as medidas de reparação solicitadas pela Comissão ou pelo representante, mas que somente considerou “improcedentes e infundados os pedidos de reparação” apresentados por estes, e pediu que sejam rejeitados pela Corte. Entretanto, solicitou que, no suposto de que a Corte declarasse a responsabilidade do Estado, “a forma de indenizar [seja determinada] com referência à jurisdição nacional peruana”.

**A) Parte lesada**

111. A Comissão e o representante coincidiram ao indicar como “parte lesada” “os 273 integrantes da Associação”. Sobre o particular, a Comissão acrescentou que “[d]eve se ter em consideração que várias vítimas do presente caso morreram, de modo que o montante que lhes é devido deve ser pago a seus herdeiros”.
112. A esse respeito, o Tribunal reitera que se considera parte lesada aquelas pessoas que foram declaradas vítimas de violações de algum direito consagrado na Convenção.<sup>95</sup> Do mesmo modo, a jurisprudência desta Corte afirmou que as supostas vítimas devem estar indicadas na demanda e no relatório da Comissão segundo o artigo 50 da Convenção.<sup>96</sup>

91. O artigo 63.1 da Convenção dispõe que:

Quando [a Corte] decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos [na] Convenção, [...] determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada.

92. *Cf. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas.* Sentença de 21 de julho de 1989. Série C Nº 7, par. 25; *Caso Kawas Fernández*, par. 156, nota 13 *supra*, e *Caso Perozo e outros*, par. 404, nota 13 *supra*.

93. *Cf. Caso Aloboetoe e outros Vs. Suriname. Mérito.* Sentença de 4 de dezembro de 1991. Série C Nº 11, par. 44; *Caso Perozo e outros*, par. 404, nota 13 *supra* e *Caso Ríos e outros Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas.* Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C Nº 194, par. 395.

94. *Cf. Caso Velásquez Rodríguez*, pars. 25 a 27, nota 92 *supra*; *Caso Perozo e outros*, par. 406, nota 13 *supra*, e *Caso Ríos e outros*, par. 397, nota 93 *supra*.

95. *Cf. Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas.* Sentença de 25 de maio de 2001. Série C Nº 76, par. 82; *Caso Kawas Fernández*, par. 160, nota 13 *supra*, e *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas.* Sentença de 27 de janeiro de 2009, Série C Nº 193, par. 180.

96. *Cf. Caso dos Massacres de Ituango Vs. Colômbia. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas.* Sentença de 1º de julho de 2006. Série C Nº 148, par. 98; *Caso Kawas Fernández*, par. 27, nota 13 *supra* e *Caso Perozo e outros*, par. 50, nota 13 *supra*.



113. Portanto, este Tribunal considera como “parte lesada”, em conformidade com o artigo 63.1 da Convenção Americana, os 273 integrantes da Associação indicados na demanda da Comissão, bem como na seguinte tabela, que em seu caráter de vítimas das violações declaradas (pars. 79 e 91 *supra*) serão credores das reparações que o Tribunal ordene a seguir:

1. Acevedo Buendía, Alejandro	138.López Solórzano Viúva de Sunico, Rosa Judith
2. Acevedo Castro, Apolonio	139.López Rubiños, Jorge Percy
3. Acevedo León de Dávila, Isabel Zoila	140.Lora Cortínez, Juan
4. Acosta Arandia, Asunción Graciela	141.Lucero Álvarez, Manuel Gerónimo
5. Acosta Trujillo, Marcial	142.Lucero Palomares, Abraham
6. Agüero Ayala, Zósimo	143.Luna Heredia De Rodríguez, María Maruja Elvira
7. Aguilar Arévalo, Augusto Marcos	144.Macchiavello León Viúva de León, Teresa Yolanda
8. Aguilar Serrano, Miguel Tulio	145.Manyari Palacios, Guido Alberto
9. Aguirre Calderón, Emilio Fernando	146.Marin Gil, Juan
10. Alarcón Coronado De Pérez, Nilda René	147.Martínez Marin, Alicia
11. Alayo Fajardo, Félix Agustín	148.Martínez Estremadoyro, Juan Bautista
12. Alcalá Contreras, Carmen Alejandra	149.Martínez Hubner, Fernando Marcos
13. Alcóser Gutiérrez, Moisés Ernesto	150.Martínez Torres, Raúl Domingo
14. Almenara Valdez De Hemmerde, Luisa	151.Matos Huanes, Carlos Alberto
15. Almeyda Flores, Gerardo	152.Medina Morán, Juan José
16. Álvarez Postigo, Víctor Augusto	153.Mejía Montes, Félix Espimaco
17. Alza Ahumada, Carlos Eugenio	154.Meléndez Meléndez, Rita
18. Amico Ramos Viúva De Errea, Leticia	155.Meléndez Hidalgo De Bojorquez, Nora Angelina
19. Ampuero Pasten, Alejandro Augusto	156.Meléndez Romani, Jesús
20. Anaya Viúva De Faura, María Cristina	157.Melgar Medina, Jesús M.
21. Aparicio Sifuentes, José Melchor	158.Menéndez Butrón, Judith Damiana
22. Aquije Alvarez, Luis Alberto	159.Mercado, Luis Fernando
23. Arana Pozo, Iraida Eumelia	160.Merino Sánchez, Eduardo
24. Arancivia De Valdez, Jaqueline Tania Silvana	161.Mesías Sandoval, Vidal Hernán
25. Aranda Dos Ríos, María Rosa	162.Meza Gamarra, Arturo Higinio
26. Arce Meza, Fernando Aníbal	163.Meza Ingar, Patricia Edelmira
27. Arce Viúva De Hipólito, Carmen Julia	164.Miranda Roldán, Rosa Luz
28. Arevalo Dávila Viúva de Pujazón, Martha Leticia	165.Miyasato Higa Viúva de Kamisato, Victoria Alejandrina
29. Arroyo Montes, Carmen Liliana	166.Mondragón Roncal, Fernando Eleuterio
30. Arroyo Villa Viúva de Arriola, Hilda Teresa	167.Monsante Ramírez, César
31. Asencios Ramírez De Cuneo, María Emma	168.Montero Garavito, Guillermina
32. Bacigalupo Hurtado De Salgado, María Cristina	169.Montero Vargas, Edgardo Demetrio
33. Balabarca Morales, Rosa Elvira	170.Montoya Villalobos, Carlos Alejandro
34. Banda De Palacios, Josefa Eusebia	171.Morales Chavarría, Samuel Enrique
35. Barandiarán Ibáñez, Germán Julio César	172.Morales Martínez, Ángel

36. Barreda Espinoza, Gerardo Adán	173. Moreno Dorado, Blanca Frida
37. Beaumont Callirgos, Fortunata Raquel	174. Mostajo Colzani, Manuel Fernando
38. Becerra Quiroz, Delia	175. Mueras Orcon, Lucio
39. Becerra Quiroz, Julia Auristela	176. Muñoz Pardo, Edgardo
40. Begazo Mansisidor, Roberto Isidoro	177. Navarro Quispe De Morales, Julia Ricardina
41. Beltrán Paz De Vega, Ana María Vicente	178. Negri Cabrera, Otto Alberto
42. Berríos Berríos, Martha María Antonieta	179. Neyra Castro, Luis Mauro
43. Berrocal Soto, Vladimiro Jesús	180. Neyra Ríos, Marina
44. Blas Moreno, Carmen	181. Niño Garcia, Víctor Raúl
45. Blotte Adams, Manuel Edmundo	182. Ochoa Ochoa, Pedro
46. Bojorquez Gonzáles, Dalton Jesús	183. Odría Bastas, Víctor Manuel
47. Borrero Briceño, Julio César	184. Odría Torres, Víctor
48. Bravo Torres, Enrique	185. Ojeda Sánchez, Luis Octavio
49. Cabrera Jurado, Leoncio Ruperto	186. Olaechea Granda, Luis Adolfo
50. Cadenillas Gálvez, Luis Francisco	187. Ormeño Wilson, Julio Eduardo
51. Cahua Bernales, Juan Antonio	188. Oropeza Guia, Leonardo
52. Calderon Escala, Francisco Armando	189. Padilla Gonzáles De Gordillo, Irene
53. Campos Sotelo, Héctor Ciro	190. Paredes Tapia, Eugenia Martha
54. Candela Vasallo, Héctor Oswaldo	191. Peña Ugarte, Juan Manuel
55. Cárdenas Abarca, Saúl Edmundo	192. Peñaranda Portugal, Percy
56. Carmelino Del Carpio Deli, Liliana	193. Pérez Gallegos, Gabriel
57. Carpio Valdivia, Carmen Jacinto	194. Pérez Rosales, José Manuel
58. Carranza Espinoza, Pedro Víctor	195. Pérez Ugarte, Urbana Eugenia
59. Carranza Guerra, Jaime Leoncio	196. Portugal Vizcarra, José Antonio
60. Carrasco Valencia, Reneé Javier	197. Pozo Calva, Gabino Ulises
61. Carrillo Salinas, Enrique	198. Pozo Vega, Luis Daniel
62. Carrión Martínez, Pedro Antonio	199. Quinde Villacrez, Edgardo
63. Castagneto Vélez, Juan Antonio	200. Quiroz Arata, Juan
64. Castañeda Acevedo, Manuel Segundo	201. Ramírez Gandini, César Manuel
65. Castilla Meza, Jorge Clímaco	202. Reátegui Noriega, Nancy
66. Castro Contreras, Jaime Raúl	203. Ríos Nash De Reátegui, María Teresa
67. Castro Zapata, Norberto	204. Rivera Dávalos, Julio César
68. Cavassa Urquiaga, Juana María	205. Robles Freyre Viúva de Kajatt, María Victoria
69. Celis Cairo, César Manuel	206. Rodríguez Balbuena, Edilberto
70. Centurión Marchena De Ramírez, Carmen Isabel	207. Rodríguez Vildosola Viúva de Cussianovich, María Zulema
71. Céspedes Romero, Manuel	208. Rodríguez Yépez, Laura Angélica
72. Chamorro Díaz De Bezir, María Del Carmen	209. Rodríguez Zarzosa, Pablo Víctor
73. Chapoñán Prada, Ricardo	210. Romero Maceda, Ricardo Héctor

74. Chávez Del Carpio, Genaro Remigio	211.Romero Pacora, Jesús
75. Chicoma Mendoza, Juan Vicente	212.Romero Vivanco, Judith María Del Rosario
76. Choz Nosiglia, Fernando	213.Rosario Chirinos, Marcos
77. Chumpitaz Huapaya, José Hugo Félix	214.Ruiz Botto, José Guillermo
78. Chura Quisocala, Germán Amadeo	215.Saenz Arana, Luz Aurea
79. Collantes Sora, César Daniel	216.Salas Luna, Ulderico
80. Cortes De Durand, Sofía	217.Salazar Souza Ferreyra, César Enrique
81. Cuadros Valdivia, Gregorio Hipólito	218.Salinas De Córdoba, Elsa Luisa
82. Cubas Castillo, Martha	219.San Román Viúva De Riquelme, Luz
83. Cuiro Jaimes, Mariano	220.Sánchez Canelo, José Edmundo
84. Dávila Ramos, Pablo	221.Sánchez Huarcaya, Luisa Flora
85. Dawson Vásquez, Harry	222.Sánchez Quiñónez, Juan Zenobio
86. De La Cruz Arteta, José Enrique	223.Sanez Gárate, Betty Soledad
87. Defilippi Viúva de Queirolo, Adela	224.Santamaría Vidaurre, César Augusto
88. Delgado Gorvenia, Frida Eriberta	225.Santayana Valdivia, Atilio
89. Delgado Vega, Roberto Alfredo	226.Seperack G. De Caro, Rosa
90. Dextre Dextre, Víctor Manuel	227.Serrano Mendieta, Valerio Humberto
91. Dueñas Aristizábal, Antonio Pelagio	228.Sevilla Aspillaga, Guillermo Eduardo
92. Egúsqiza Flores, José Wilfredo	229.Sifuentes Del Águila, Leoncio Oswaldo
93. Escobar Salas, José Santiago	230.Sigarrostegui Bindels De Gonzáles, Norma
94. Escudero De Beraun, Nelly	231.Solis Romero, Jaime Juan
95. Espejo Vivanco, María Luz	232.Sosa Castillo, Julio Edmundo
96. Espinoza Zazzali, Moisés Ernesto	233.Soto Bautista, Emilio Felipe
97. Falcón Carbajal, Guillermo	234.Taboada Morales, César Hugo
98. Falconi Delboy, Mercedes Gabriela	235.Tapia Campos, Antero Santiago
99. Faustino Tataje, Fermín	236.Taquia Vila, Víctor
100.Ferreccio Alejos, Elsa Mirtha	237.Tavara Ocaña De Ruiz, Herminia Beatriz
101.Ferrel Ayma, Claudio	238.Terán Suárez, Félix Enrique
102.Figueroa Guerrero, Elmer Enrique	239.Tolentino Zagal, Rossana
103.Figueroa Pozo, Doris María Flora	240.Tompson Ortega, Andrés Avelino
104.Flores Konja, Julio Vicente	241.Torres Rodríguez, Mario Simón
105.Flores Ojeda De Pérez, Blanca Nélica	242.Trujillo Rodríguez, Raquel
106.Gala Conislla, Roque	243.Ubillus Martino, Mario Pastor
107.Galvez Martínez De Talledo, Mirella Teresa	244.Ugarte Alarcón, Alberto Walter
108.García Flores, Cesar Augusto	245.Urrelo Moreno De Cardich, Rosa
109.García Mendoza, Rafael Francisco	246.Valencia Amador, Elizabeth Milagro
110.García Salvatecci, Carmen Rosa	247.Valencia Pacheco De Cárdenas, Blanca Concepción
111.García y García De Gómez, Nélica	248.Valverde Bernal, Adolfo

112. Gómez Córdova, Juan Aníbal	249. Vargas Calvo, Alberto
113. Gonzáles Miranda, Luis	250. Vargas Giles, Juan Augusto
114. Gotuzzo Romero, Mario Bartolomé	251. Vargas Prieto Viúva de Barcelli, María Esther
115. Gutiérrez García, Darío Alejandro	252. Vargas Salas, Cosme Marino
116. Guzmán Rodríguez, Jorge Segundo	253. Vargas Salazar, Enrique Eduardo
117. Hernández Cotrina, Amado	254. Vargas Salinas, Eileen G.
118. Hernández Fernandini, Constanza	255. Vásquez Del Castillo, Elena
119. Hernando Galvez, José Antonio	256. Vega Alarcón, César Augusto
120. Herrera Meza, José Santos	257. Vela Lazo De Peralta, Consuelo Emperatriz
121. Huamán Effio De Revilla, Mirtha Luz	258. Velarde Falcón, Amelia Juana
122. Huamán Huilca, Valerio Francisco	259. Velásquez Del Carpio, César
123. Ibarra Márquez, Juan Amador	260. Vicuña Arias De Valdez, Edelmira
124. Icochea Arroyo, José Félix	261. Villalobos Rodríguez, Marcos
125. Ishiyama Cervantes Miguel	262. Villanueva Ipanaque, Carmen Isabel
126. Iturregui Santoyo, Pedro Gonzalo	263. Vitkovic Trujiilo, José Baltasar
127. Iturrizaga Arredondo, Rafael	264. Vizcaya Jáuregui, Nicolás Ramiro
128. Jiménez Lumbreras, Mauro Esteban	265. Yap Cruz, José Leoncio
129. Lam Sánchez De Torres, Consuelo	266. Yarasca Montano, Pedro Lucio
130. Lamas Vargas, Julia Elvira	267. Yong Flores, Raúl
131. Lazarte Terry, Máximo Ernesto	268. Zapata Barrientos, Pedro Sigifredo
132. Lazo Loayza, Dante Eusebio	269. Zapata Benites, Alberto
133. Lazo Zegarra, Nora Ruth	270. Zavala Rivera, Víctor Manuel
134. Leau Caballero De Herrera, Betty Eudocia	271. Zavala Torres, Dora Jasmine
135. Libaque Villanueva, Manuel Isaac	272. Zevallos Alzamora, Olga Cecilia
136. Linares Ruiz, María Ilmer	273. Zuloeta Camacho, Ángel
137. López Rubiños De Rivero, Nelly Esperanza	274.

114. Por outro lado, embora tenha sido apresentada prova no presente caso sobre os supostos danos sofridos por alguns familiares das 273 vítimas como suposta consequência das violações declaradas, a Corte considera que nem a Comissão nem o representante alegaram que estas pessoas foram vítimas de alguma violação a um direito consagrado na Convenção Americana. Em razão do anterior, e tendo em consideração a jurisprudência do Tribunal, a Corte não considera como “parte lesada” os familiares das vítimas no presente caso e precisa que serão credores de reparações unicamente na qualidade de beneficiários, ou seja, quando a vítima tenha falecido e sempre em conformidade com o estabelecido na legislação interna.

## B) Indenizações

### i. Dano material

115. A Corte desenvolveu o conceito de dano material e as hipóteses em que corresponde indenizá-lo.<sup>97</sup>

116. A Comissão afirmou que “corresponde às vítimas a concretização de suas pretensões” sobre o dano material

97. Este Tribunal estabeleceu que o dano material supõe “a perda ou redução da renda das vítimas, os gastos efetuados por motivo dos fatos e as consequências de caráter pecuniário que tenham um nexo causal com os fatos do caso”. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C N° 91, par. 43; *Caso Kawas Fernández*, par. 162, nota 13 *supra*, e *Caso Perozo e outros*, par. 405, nota 13 *supra*.

sofrido, enquanto o representante solicitou à Corte que no momento de fixar o montante da indenização compensatória a título de dano material, tivesse em consideração, “em particular[,] a venda de bens e a contratação de empréstimos em que incorreram as vítimas [...] para fazer frente à abrupta redução de suas pensões”. Em conformidade com o representante, as vítimas se viram obrigadas a realizar gastos para “atenuar a drástica redução dos meios que, até o mês de abril de 1993, permitiam-lhes cobrir suas necessidades básicas de alimentação e moradia, bem como as de educação de seus filhos”. Em seus *affidavits* e testemunhos, algumas das vítimas fizeram referência a gastos realizados no pagamento de medicamentos e tratamento de doenças alegadamente originadas ou agravadas em razão dos fatos do caso.<sup>98</sup>

117. O Tribunal observa que embora a Comissão, o representante e as vítimas tenham feito referência a perdas patrimoniais como consequência da violação de direitos declarada,<sup>99</sup> não realizaram alegações específicas a esse respeito nem apresentaram prova suficiente que permitisse ao Tribunal determinar o montante desta perda, se efetivamente ocorreu e se foi motivada diretamente pelos fatos do caso.<sup>100</sup> Em relação aos gastos por problemas de saúde das vítimas alegadamente causados pelos fatos do presente caso, por exemplo, a Corte não conta, além do alegado, com elementos que permitam confirmar essa situação, nem o nexos causal com os fatos do presente caso.<sup>101</sup> Consequentemente, este Tribunal não fixará nenhuma indenização a título de dano material a favor das vítimas.

*ii. Dano imaterial*

118. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano imaterial e as hipóteses em que corresponde indenizá-lo.<sup>102</sup>
119. A Comissão solicitou que a Corte tome em consideração “a natureza do impacto da situação ocorrida com as vítimas [...] e as características das mesmas”. Nesse sentido, destacou que um número “significativo [...] de vítimas no presente caso são pessoas de idade avançada, portanto com uma menor expectativa de vida[,] e o impacto da falta de cumprimento do reembolso de ativos já ordenada no âmbito interno é diferente [do impacto em] outras vítimas de menor idade”.
120. O representante afirmou que “o desconhecimento do direito à pensão nivelável [e] o descumprimento das sentenças judiciais [do Tribunal Constitucional], geraram [nas vítimas] e em suas famílias uma sensação permanente de angústia, de incerteza e de impotência, ao constatar cotidianamente que apesar da existência de duas sentenças judiciais e das inúmeras gestões realizadas, ainda não conseguem que o Estado lhes pague o valor devido”. Além disso, o representante afirmou que os fatos violatórios dos direitos das vítimas “trunc[aram] radicalmente seus projetos de vida”. Nesse sentido, solicitou à Corte que “fixe em equidade o valor da indenização compensatória a título de dano imaterial”.
121. Corresponde então que a Corte determine se, no presente caso, o descumprimento das sentenças do Tribunal Constitucional e a consequente afetação ao direito à propriedade privada, gerou um dano imaterial em detrimento das vítimas.
122. Assim, o senhor Cosme Marino Vargas Salas manifestou, por meio de *affidavit*, que “o corte de [sua] pensão prejudicou gravemente [sua] possibilidade de [...] cobrir [...] todas as despesas necessárias para [a] subsistência [de sua família,]” e que, entre outras consequências, “[seu] filho [...] não alcançou se formar como advogado [...] e se dedicou a trabalhar em uma farmácia para poder ajudar [com estas] despesas”.<sup>103</sup>

98. *Cf., inter alia*, declaração prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Cosme Marino Vargas Salas (expediente de *affidavits* e suas observações, folha 2557); declaração prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Juan José Medina Morán (expediente de *affidavits* e suas observações, folhas 2559-2560); declaração prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por César Daniel Collantes Sora (expediente de *affidavits* e suas observações, folhas 2561-2562); declaração prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Julio César Borrero Briceño (expediente de *affidavits* e suas observações, folhas 2563-2564), e declaração prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Dicha Laura Arias Laureano (expediente de *affidavits* e suas observações, folha 2570).

99. *Cf.* declaração prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Cosme Marino Vargas Salas, (folha 2557), nota 98 *supra*; declaração prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Julio César Borrero, (folha 2563), nota 98 *supra*; declaração de José Luis Guillermo Ruiz Boto prestada perante a Corte Interamericana em audiência pública realizada em 21 de janeiro de 2009, e declaração de José Baltasar Vitkovic Trujillo prestada perante a Corte Interamericana em audiência pública realizada em 21 de janeiro de 2009.

100. *Cf. Caso Tristán Donoso*, par. 184, nota 95 *supra*.

101. *Cf. Caso Tristán Donoso*, par. 184, nota 95 *supra*.

102. Este Tribunal estabeleceu que o dano imaterial “pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causados à vítima direta e a seus parentes próximos, a deterioração de valores muito significativos para as pessoas, bem como as alterações, de caráter não pecuniário, nas condições de existência da vítima ou sua família”. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C N° 77, par. 84; *Caso Kawas Fernández*, par. 179, nota 13 *supra*, e *Caso Perozo e outros*, par. 405, nota 13 *supra*.

103. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Cosme Marino Vargas Salas, (folha 2557), nota 98 *supra*.

123. No mesmo sentido, o senhor Juan José Medina Morán manifestou, através de *affidavit*, que no procedimento seguido para obter o cumprimento das sentenças do Tribunal Constitucional, as vítimas foram “objeto de grosserias e humilhações por [sua] condição de demitidos e por não serem considerados [...] pessoal produtivo da administração pública”. Ao não poder satisfazer suas necessidades básicas e ter que “[se] apresentar perante diferentes entidades para gerar renda, [foi] impactado gravemente [seu] estado de ânimo.”<sup>104</sup>
124. Por sua vez, também por meio de *affidavit*, o senhor César Daniel Collantes Sora declarou que “[se viu obrigado a suspender [seu] descanso [como aposentado] e começar a trabalhar para suprir necessidades primárias”, causando-lhe também “problemas de ordem psicológica, [...] sensação de desânimo e frustração ao ver que em [seu] país são ignoradas as leis que protegiam a quem havia oferecido os melhores anos de [sua] vid[a] a serviço do país. [...] Isto [lhe] diminuiu as possibilidades de ter uma melhor qualidade de vida”.<sup>105</sup>
125. O senhor Julio César Borrero Briceño afirmou como parte de seu *affidavit* que o descumprimento das sentenças do Tribunal Constitucional gerou “muitas frustrações em [seu] projeto de vida”, já que “os estudos universitários de [suas] duas filhas foram prolongados[, seus] filhos menores [...] tiveram que sair de colégios particulares e estudar em colégios nacionais [, e sua última filha] pass[ou] muitas necessidades”. O senhor Borrero Briceño afirmou, também, que sentiu muita “frustração [...] ao não poder cobrir as necessidades de [seu] lar”, razão pela qual baixou consideravelmente de peso e foi prejudicada sua autoestima ao estar, ele e sua família, angustiados ao extremo.<sup>106</sup>
126. A senhora Dicha Laura Arias Laureano, esposa do senhor Gabino Ulises Pozo Calva, vítima no presente caso, afirmou em seu *affidavit* (par. 23 *supra*) que “[seu] esposo foi [bastante] afetado emocionalmente”, já que à família “[n]ão [lhe] alcançava para cobrir os gastos de alimentação [...] e educação”. Assim, “sobreviv[eram] com o apoio de [seus] filhos que deixaram de estudar para se dedicar a trabalhar e colaborar nos gastos da casa”. A senhora Arias Laureano afirmou que além da doença física de que padecia seu esposo, este “entrou em uma depressão [...] que ia lhe tirando a vontade de viver”.<sup>107</sup>
127. Em sua declaração na audiência pública perante a Corte, o senhor José Luis Guillermo Ruiz Boto manifestou que “quase todos os companheiros da Associação ou da Controladoria [tiveram que] busca[r] uma forma de suporta[r], principalmente, as despesas familiares que são as mais difíceis”. Afirmou assim que “conhe[cia] muitos casos de [vítimas] que por serem maior[es] de idade, já não podiam trabalhar em nenhum lugar, [razão pela qual] sofreu muito, inclusive [...] muitos [...] chegaram a morrer”. O senhor Ruiz Boto afirmou que teve que retirar seus filhos de colégios particulares “e colocá-los em colégios nacionais”. Também, teve que “se dedicar ao negócio de turismo”, oferecendo serviços de transporte noturno. Posteriormente, acrescentou que “sent[e] uma frustração muito grande porque durante a permanência na Controladoria fo[i] considerado um funcionário de nível superior [e, posteriormente,] em razão das circunstâncias [, realizou] trabalhos [...] para pessoas não alfabetizadas”.<sup>108</sup>
128. Por sua vez, também através de declaração na audiência pública perante a Corte, o senhor José Baltasar Vitkovic Trujillo ressaltou que os efeitos do corte de sua pensão íntegra foram “imensos” porque “[sua] ideia era dar a [seus] filhos a educação que [...] mereciam” e que as circunstâncias não lhe permitiram fazê-lo.<sup>109</sup>
129. Posteriormente, o Tribunal observa que o representante apresentou as declarações prestadas perante agente dotado de fé pública por 95 integrantes da Associação ou seus familiares, as quais o Estado objetou em relação à sua admissibilidade, mas não quanto a seu conteúdo (par. 34 *supra*). Ou seja, o Estado alegou que as mesmas não deviam ser admitidas por considerar que “não esta[vam] vinculadas ao núcleo das pretensões do presente processo”, mas não questionou a veracidade do indicado nestas sobre o dano imaterial sofrido por tais pessoas. A esse respeito, a Corte já declarou esta prova admissível ao considerá-la pertinente e relevante para analisar o dano imaterial sofrido pelas vítimas (par. 34 *supra*).
130. Destas declarações se observa que as vítimas no presente caso sofreram frustrações e angústias emocionais pela deterioração repentina e drástica de sua situação econômica.
131. Assim, a Corte considera que uma aspiração natural de um trabalhador demitido ou aposentado é desfrutar

104. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Juan José Medina Morán, (folhas 2559-2560), nota 98 *supra*.

105. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por César Daniel Collantes, (folhas 2561-2562), nota 98 *supra*.

106. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Julio César Borrero, (folhas 2563-2564), nota 98 *supra*.

107. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por Dicha Laura Arias Laureano de Pozo, (folha 2570), nota 98 *supra*.

108. Cf. declaração de José Luis Guillermo Ruiz Boto, nota 99 *supra*.

109. Cf. declaração de José Baltasar Vitkovic Trujillo, nota 99 *supra*.

da liberdade e do descanso, que supõe cumprir o tempo de prestação laboral, contando com a garantia e segurança econômicas que representa o pagamento da pensão íntegra da qual se torna credor a partir de suas contribuições. Através de suas declarações, as vítimas se referiram a seus casos particulares e ao dos 273 membros da Associação em geral, para informar sobre o cancelamento ou impedimento do gozo de suas prestações e aposentadorias, já que se viram obrigados a conseguir novos trabalhos, a comprometer seu patrimônio e pessoa através de empréstimos ou venda de seus bens, ou a se adaptar a uma nova realidade socioeconômica precisamente na etapa de sua vida na qual poderiam prescindir de um emprego e na qual o direito à pensão adquirida garantiria certa tranquilidade econômica. Embora não se trate de um resultado seguro, que haveria de ser apresentado necessariamente, mas de uma situação provável–não meramente possível–dentro do natural e previsível desenvolvimento das vítimas, no presente caso é possível presumir que esta situação foi interrompida e contrariada pelo descumprimento das sentenças do Tribunal Constitucional.

132. Portanto, a Corte observa que a leitura e análise das referidas declarações permite concluir que as 102 vítimas concernentes (100 que apresentaram *affidavits* e 2 que declararam em audiência pública) e as 171 restantes sofreram uma clara incerteza e vulnerabilidade diante do descumprimento das sentenças do Tribunal Constitucional, o que por sua vez lhes causaram angústia e sofrimento psicológico pela impossibilidade ou limitação para responder a suas expectativas e responsabilidades com uma pensão reduzida substancialmente de maneira repentina. Tais alterações nas condições de existência das vítimas constituem um dano não pecuniário derivado, não obstante, da falta de cumprimento das sentenças do Tribunal Constitucional.
133. Embora em reiterada jurisprudência este Tribunal tenha estabelecido que uma sentença declaratória de uma violação de direitos constitui *per se* uma forma de reparação,<sup>110</sup> e assim o reitera nesta oportunidade, no presente caso a Corte considera, adicionalmente que a incerteza, angústia e sofrimento gerados às 273 vítimas como consequência do descumprimento das sentenças judiciais proferidas a seu favor, determina a configuração de um dano imaterial suscetível de reparação, por via substitutiva, através de uma indenização compensatória, de acordo com a equidade.
134. Portanto, a Corte fixa em equidade, a título de dano imaterial, a quantia de US\$ 2.000,00 (dois mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada uma das 273 vítimas que figuram na tabela no parágrafo 113 desta Sentença. O Estado deve efetuar o pagamento deste montante diretamente aos beneficiários dentro do prazo de um ano, a partir da notificação da presente Sentença.

### C) Medidas de satisfação e garantias de não repetição

135. Nesta seção o Tribunal determinará as medidas de satisfação que buscam reparar o dano imaterial e que não têm natureza pecuniária, e disporá medidas de alcance ou repercussão pública.<sup>111</sup>

#### i. Execução das sentenças do Tribunal Constitucional

136. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado tomar “as medidas necessárias para dar cumprimento de forma eficiente e rápida ao importante aspecto pendente das sentenças do Tribunal Constitucional d[o] Peru proferidas em 21 de outubro de 1997 e 26 de janeiro de 2001, ou seja, o pagamento da[s] diferenças por nivelção acumuladas entre abril de 1993 e novembro de 2002”.
137. O representante também solicitou à Corte que ordene ao Estado o pagamento das remunerações, gratificações e bonificações deixadas de receber pelas vítimas entre abril de 1993 e outubro de 2002. Sobre o particular, e como parte de suas alegações finais, o representante informou que, em 8 de janeiro de 2009, a Sexta Vara Cível da Corte Superior de Justiça de Lima resolveu “um recurso apresentado durante o [P]rocesso de [E]xecução [de Resoluções Judiciais], decreta[ndo] que as pensões acumuladas que devem ser pagas às vítimas a título das pensões que não lhes foram pagas no devido momento, desde 1993, sejam oneradas tributariamente através do pagamento da contribuição estabelecida” pela Lei nº 28.046 de 31 de julho de 2003. “[E]sta lei impôs uma carga às pensões dos demitidos e aposentados do regime previdenciário do Decreto-Lei [nº] 20.530 que fossem superiores a duas (2) Unidades Impositivas Tributárias (UITs), vigentes à data que correspondesse ao pagamento da pensão”. Assim, em conformidade com o representante, esta decisão de 2009 determinaria que “as vítimas neste caso pu[desse]m terminar financiando – em uma porcentagem provavelmente de 30% –

110. Cf. *Caso Neira Alegria e outros Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 1996. Série C Nº 29, par. 56; *Caso Kawas Fernández*, par. 184, nota 13 *supra*, e *Caso Perozo e outros*, par. 413, nota 13 *supra*.

111. Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros)*, par. 84, nota 102 *supra*; *Caso Kawas Fernández*, nota 221, nota 13 *supra*, e *Caso Perozo e outros*, nota 362, nota 13 *supra*.

as pensões que o Estado estava obrigado a lhes pagar desde o ano de 1993”.

138. A esse respeito, a Corte se remete ao resolvido no capítulo referente ao artigo 25.1 e 25.2.c da Convenção, bem como ao artigo 21.1 e 21.2 da mesma, no qual fica estabelecido que a prolongada e injustificada inobservância das sentenças do Tribunal Constitucional geraram uma violação dos direitos à proteção judicial e à propriedade privada das 273 vítimas no presente caso (pars. 79 e 91 *supra*), situação que não teria ocorrido se estas sentenças houvessem sido acatadas de forma rápida e completa. Em consequência, este Tribunal ordena o cumprimento total das referidas sentenças, no entendido de que elas compreendem a obrigação estatal de reintegrar os valores acumulados deixados de receber pelas vítimas entre abril de 1993 e outubro de 2002, em aplicação da legislação interna referida à execução de decisões judiciais e com pleno respeito e garantia do direito das vítimas a receber o pagamento correspondente em um período de tempo razoável, tendo em conta os mais de 11 e 8 anos transcorridos desde a promulgação da primeira e última sentenças do Tribunal Constitucional, respectivamente.
139. No que diz respeito à aplicação da Lei n° 28.046 de 31 de julho de 2003, este Tribunal considera que as quantias a serem designadas como consequência da execução da presente Sentença, incluídos os juros, não deverão ser afetadas por nenhum encargo fiscal.

*ii. Publicação da Sentença da Corte, reconhecimento público da responsabilidade internacional do Estado e mecanismo ou política pública que assegure o cumprimento de sentenças.*

140. Como parte de uma “reparação integral”, o representante solicitou adicionalmente: 1) a publicação no Diário Oficial “*El Peruano*” e em outro de ampla circulação nacional dos fatos estabelecidos no caso e dos pontos resolutivos da sentença que profira a Corte; 2) o reconhecimento público da responsabilidade internacional do Estado e o pedido público de desculpas pelo descumprimento das sentenças do Tribunal Constitucional, através de uma carta, documento ou anúncio público que seja difundido em ao menos dois jornais de ampla circulação no Peru e cujo texto seja previamente combinado com a Associação, e 3) a adoção e colocação em funcionamento de um mecanismo ou política pública para assegurar o cumprimento de sentenças judiciais no Peru.
141. A esse respeito, como a Corte dispôs em outros casos,<sup>112</sup> como medida de satisfação, o Estado deverá publicar no Diário Oficial e em outro jornal de ampla circulação nacional, por uma única vez, os parágrafos 2 a 5, 17, 19, 52, 53, 61, 65, 69 a 79, 84 a 91, 104 a 107 e 113 da presente Sentença, sem as notas de rodapé correspondentes e com os títulos dos capítulos respectivos, bem como a parte resolutiva da mesma. Para realizar estas publicações é fixado o prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença.
142. Em relação às outras duas medidas solicitadas (par. 140 *supra*), o Tribunal não considera pertinente ordená-las para reparar as violações constatadas no presente caso. Nesse sentido, a Corte considera que a promulgação da presente Sentença e a ordem de publicação de parte da mesma no Diário Oficial e em outro jornal de ampla circulação, são suficientes para difundir publicamente a responsabilidade internacional do Estado no presente caso.<sup>113</sup>

#### **D) Custas e gastos**

143. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado “o pagamento das custas e gastos devidamente provados pelo [representante] e em atenção às características especiais do caso”.
144. O representante solicitou que a Corte ordene o reembolso das custas e gastos realizados pelas vítimas para avançar o presente caso no âmbito interno e perante os órgãos do Sistema Interamericano, o que inclui: (1) “despesas de transporte, de comunicações e de papelaria, além de tempo e esforço”; (2) os serviços jurídicos do Escritório Carlos Blancas Bustamante Advogados E.I.R.L., com o pagamento de honorários equivalente a 10% do montante das somas que sejam restituídas aos membros da Associação, do qual foram pagos 300.000,00 (trezentos mil) novos soles, e (3) as “atividades de assessoria e apoio jurídico” do Centro de Assessoria Laboral do Peru (CEDAL). Nesse sentido, o representante proporcionou um detalhamento dos gastos incorridos pelo CEDAL no processo levado perante o Sistema Interamericano, que ascende a US\$16.956,60 (dezesseis mil novecentos e cinquenta e seis dólares e sessenta centavos dos Estados Unidos da América).

112. Cf. *Caso Barrios Altos Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 30 de novembro de 2001. Série C N° 87, Ponto Resolutivo 5 d); *Caso Kawas Fernández*, par. 199, nota 13 *supra*, e *Caso Perozo e outros*, par. 415, nota 13 *supra*.

113. Cf. *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primeira do Contencioso Administrativo”)*, par. 250, nota 64 *supra*.



145. O Estado afirmou, por sua vez, que não “foram provadas as somas pagas pelos peticionários em razão do processo seguido no âmbito interno”. Em relação ao processo internacional, o Estado alegou que o CEDAL, ao ser uma organização sem fins de lucro financiada pela cooperação internacional, “não representou nenhum gasto para as supostas vítimas”. Além disso, questionou “em sua totalidade os conceitos[,] e por conseguinte os montantes”, indicados na prova documental apresentada pelo representante, já que não enviou um relatório que sustente como esta prova está “ligad[a] ao desenvolvimento do processo em relação ao caso em particular”. Assim, alegou que a prova apresentada não está “vinculad[a] estreitamente e diretamente com as ações manifestadas no presente caso”. Posteriormente, o Estado afirmou que “no Peru os processos de ação constitucional ou de garantia são gratuitos”.
146. Como a Corte já afirmou em oportunidades anteriores, as custas e gastos estão compreendidos dentro do conceito de reparação consagrado no artigo 63.1 da Convenção Americana, já que a atividade realizada pelas vítimas, seus familiares ou seus representantes com o fim de obter justiça, tanto no âmbito nacional como internacional, implica gastos que devem ser compensados quando a responsabilidade internacional do Estado é declarada através de sentença condenatória. Em relação a seu reembolso, corresponde ao Tribunal considerar prudentemente seu alcance, o qual compreende os gastos gerados perante as autoridades da jurisdição interna, bem como os gerados no curso do processo perante o Sistema Interamericano, tendo em consideração as circunstâncias do caso concreto e a natureza da jurisdição internacional da proteção dos direitos humanos. Esta apreciação pode ser realizada com base no princípio de equidade e tendo em consideração os gastos indicados pelas partes, sempre que seu *quantum* seja razoável.<sup>114</sup>
147. Desta maneira, o Tribunal observa que o contrato realizado em 29 de abril de 1993 entre o Escritório Carlos Blancas Bustamante Advogados E.I.R.L. e a Associação de Demitidos e Aposentados compromete esta última ao pagamento de um “[h]onorário [f]ixo” de US\$ 2.400,00 (dois mil e quatrocentos dólares dos Estados Unidos da América), e um “[h]onorário de [ê]xito” igual a “10% das somas que sejam reintegradas a cada trabalhador por consequência de se obter [uma] resolução favorável em cada caso”. Além disso, compromete a Associação a assumir os “gastos que demande a tramitação da ação”. Além disso, o Tribunal nota que o contrato realizado pelo Escritório e a Associação em 21 de maio de 1999 compromete a Associação ao pagamento de um “[h]onorário [f]ixo” de US\$ 4.000,00 (quatro mil dólares dos Estados Unidos da América), além de US\$ 1.000,00 (mil dólares dos Estados Unidos da América) caso seja necessário interpor um “recurso extraordinário” perante o Tribunal Constitucional do Peru. Ao mesmo tempo, ratifica os compromissos do contrato realizado no ano de 1993 sobre o pagamento de um “[h]onorário de [ê]xito” e os gastos incorridos na tramitação do caso.
148. Por outro lado, a Corte ressalta que o representante proporcionou um detalhamento dos gastos incorridos pelo CEDAL por causa de suas atividades de assessoria e apoio jurídico no processo levado perante o Sistema Interamericano, mas não enviou prova que comprovasse o anterior, juntamente com seu escrito de petições e argumentos. Nesse sentido, por meio das cartas da Secretaria do Tribunal de 11 e 30 de março, 24 de abril e 29 de maio de 2009 foi pedido ao representante que enviasse os recibos e prova relacionada com as custas e gastos indicados no anexo 5 do escrito de petições e argumentos (pars. 10 e 11 *supra*). Em 17 de junho de 2009, o representante afirmou que havia enviado uma “lista de gastos” através de correio postal, e em 22 e 23 de junho de 2009 apresentou via correio eletrônico os anexos indicados nesta comunicação. Foi concedido ao Estado e à Comissão um prazo até 29 de junho de 2009 para a apresentação de observações a esse respeito. Em 30 de junho de 2009, o Estado apresentou suas respectivas observações, nas quais objetou o montante pedido pelo representante como reembolso de custas e gastos. No momento da promulgação da presente Sentença, as observações da Comissão não haviam sido recebidas neste Tribunal.
149. A esse respeito, o Tribunal considera que o detalhamento e demais documentos de prova enviados pelo representante não permitem uma determinação da relação com o presente caso de alguns dos gastos de hospedagem, transporte, e serviço telefônico e de envio indicados.<sup>115</sup> Entretanto, o Tribunal pode constatar que o representante incorreu em gastos relacionados com a tramitação do presente caso perante o mesmo, incluindo o traslado de advogados e testemunhas do Peru à sede da Corte em San José da Costa Rica.
150. Consequentemente, o Tribunal ordena, em equidade, o pagamento de US\$ 20.000,00 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América) à Associação de Demitidos e Aposentados, a título de custas e gastos incorridos

114. Cf. *Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C N° 39, par. 82; *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C N° 192, par. 243, e *Caso Ticona Estrada e outros Vs. Bolívia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C N° 191, par. 179.

115. Cf. *Caso Garrido e Baigorria*, par. 80, nota 114 *supra*; *Caso Kawas Fernández*, nota 219, nota 13 *supra* e *Caso Perozo e outros*, par. 419, nota 13 *supra*.

durante a tramitação do presente caso perante o foro doméstico e os órgãos do Sistema Interamericano. Esta quantidade deverá ser entregue diretamente à Associação dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença. As vítimas entregarão, por sua vez, a quantia que considerem adequada a quem foram seus representantes no foro interno e no processo perante o Sistema Interamericano. Os montantes ordenados neste parágrafo incluem os futuros gastos em que possam incorrer as vítimas no âmbito interno ou durante a supervisão do cumprimento desta Sentença.

#### **E) Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados**

151. O pagamento das indenizações e o reembolso de custas e gastos serão feitos diretamente às vítimas. Caso alguma dessas pessoas houver falecido ou faleça antes que lhe seja conferida a respectiva indenização, esta será entregue a seus herdeiros, em conformidade com o direito interno aplicável.<sup>116</sup>
152. O Estado deve cumprir suas obrigações através do pagamento em dólares dos Estados Unidos da América ou seu equivalente em moeda nacional peruana, utilizando para o respectivo cálculo o tipo de câmbio que esteja vigente no mercado internacional no dia anterior ao pagamento.
153. Se por causas atribuíveis aos beneficiários dos pagamentos não for possível que estes os recebam dentro do prazo indicado, o Estado consignará estes montantes a favor dos beneficiários em uma conta ou certificado de depósito em uma instituição financeira peruana, em dólares estadunidenses e nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancária. Caso depois de 10 anos a indenização não for reclamada, as quantias serão devolvidas ao Estado com os juros acumulados.
154. As quantidades designadas na presente Sentença como indenização e como reembolso de custas e gastos deverão ser entregues aos beneficiários em forma íntegra, em conformidade com o estabelecido nesta Sentença, sem reduções derivadas de eventuais encargos fiscais.
155. Caso o Estado incorra em mora, deverá pagar juros sobre a quantia devida, correspondente ao juro bancário moratório no Peru.
156. Em conformidade com sua prática constante, a Corte se reserva a faculdade inerente a suas atribuições e derivada, ademais, do artigo 65 da Convenção Americana, de supervisionar o cumprimento íntegro da presente Sentença. O caso será dado por concluído uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto na presente Decisão.
157. Dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado deverá apresentar à Corte um relatório sobre as medidas adotadas seu cumprimento.

### **IX Pontos Resolutivos**

Portanto,

#### **A CORTE**

#### **DECIDE:**

Por unanimidade,

1. Rejeitar a exceção preliminar interposta pelo Estado, nos termos dos parágrafos 16, 17, 18 e 19 da presente Sentença.

#### **DECLARA:**

Por unanimidade, que:

2. O Estado violou o direito à proteção judicial, reconhecido no artigo 25.1 e 25.2.c da Convenção Americana sobre Direitos Humanos e o direito à propriedade privada, reconhecido no artigo 21.1 e 21.2 deste instrumento, tudo isso em relação ao artigo 1.1 do mesmo tratado, nos termos dos parágrafos 79 e 91 da presente Sentença, em detrimento dos 273 integrantes da Associação de Demitidos e Aposentados da Controladoria Geral da República do Peru indicados no parágrafo 113 da Decisão.

<sup>116</sup> Cf. *Caso Garrido e Baigorria*, par. 86, nota 114 *supra*; *Caso Kawas Fernández*, par. 221, nota 13 *supra*, e *Caso Valle Jaramillo e outros*, par. 245, nota 114 *supra*.

3. Não foi comprovado no presente caso o descumprimento da obrigação reconhecida no artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, nos termos do parágrafo 106 da presente Sentença.

**E DISPÕE:**

Por unanimidade, que:

4. Esta Sentença constitui, *per se*, uma forma de reparação.
5. O Estado deve realizar os pagamentos das quantias estabelecidas na presente Sentença a título de dano imaterial e reembolso de custas e gastos dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente Decisão, nos termos dos parágrafos 134, 150, 151, 152, 153, 154 e 155 do mesmo.
6. O Estado deve dar cumprimento total às sentenças do Tribunal Constitucional do Peru de 21 de outubro de 1997 e 26 de janeiro de 2001, no tocante ao reembolso dos valores acumulados deixados de receber pelas vítimas entre abril de 1993 e outubro de 2002, dentro de um prazo razoável, em conformidade com o parágrafo 138 da presente Sentença. O pagamento dos referidos valores acumulados e os juros não deverão ser afetados por nenhum encargo fiscal, nos termos do parágrafo 139 da presente Decisão.
7. O Estado deve publicar no Diário Oficial e em outro jornal de ampla circulação nacional, por uma única vez, os parágrafos 2 a 5, 17, 19, 52, 53, 61, 65, 69 a 79, 84 a 91, 104 a 107 e 113 da presente Sentença, sem as notas de rodapé correspondentes e com os títulos dos capítulos respectivos, bem como a parte resolutiva da mesma, no prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente decisão, nos termos do parágrafo 141 do mesmo.
8. Supervisionará o cumprimento íntegro desta Sentença, e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cumprimento ao disposto na mesma. Dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação desta Sentença, o Estado deverá apresentar à Corte um relatório sobre as medidas adotadas para dar-lhe cumprimento.

O Juiz García Ramírez e o Juiz *ad hoc* García Toma deram a conhecer à Corte seus respectivos Votos Fundamentados, os quais acompanham esta Sentença.

Redigida em espanhol e inglês, fazendo fé o texto em espanhol, em San José, Costa Rica em 1º de julho de 2009.

Cecilia Medina Quiroga  
Presidenta

Sergio García Ramírez  
Leonardo A. Franco  
Rhadys Abreu Blondet

Manuel E. Ventura Robles  
Margarette May Macaulay  
Víctor Oscar Shiyín García Toma  
*Ad hoc*

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

Comunique-se e execute-se,

Cecilia Medina Quiroga  
Presidente

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

**VOTO CONCORDANTE DO JUIZ SERGIO GARCÍA RAMÍREZ  
EM RELAÇÃO À SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS  
NO CASO ACEVEDO BUENDÍA E OUTROS (“DEMITIDOS E APOSENTADOS DA CONTROLADORIA”),  
DE 1º DE JULHO DE 2009**

**I. Perda da oportunidade de realizar atos no julgamento**

1. Em conformidade com as normas do procedimento interamericano de proteção dos direitos humanos—normas de obrigatoria observância—o Estado dispõe de oportunidades processuais, claramente estabelecidas, para apresentar suas defesas. Em alguns casos, o Estado omitiu a interposição dessas defesas perante a Comissão e somente as invocou, por via de exceções preliminares, quando a disputa foi apresentada perante a Corte.
2. Em geral, este Tribunal considerou tais omissões sob o conceito de renúncia “tácita” a uma defesa, que traz consigo a impossibilidade de discuti-la no curso do processo. A qualificação feita pela Corte suscitou certos questionamentos: alguns Estados afirmam que não existe semelhante “renúncia”. O ato de renúncia supõe — como já foi dito— uma decisão do Estado nesse sentido.
3. A este respeito, convém recordar que os atos processuais estão sujeitos a determinadas regras, de cuja observância dependem sua admissibilidade e eficácia, com tudo o que isso implica para o curso, a modificação, a detenção ou a conclusão do julgamento. Entre as regras figuram as correspondentes ao tempo (oportunidade) para realizar os atos. Em realidade, a Corte não tem por que considerar desnecessariamente que houve “renúncia tácita” à defesa—consideração que somente significa uma qualificação nominal da omissão, mas não altera sua natureza e consequências -, atribuindo assim à omissão do Estado um sentido ou um propósito que suscitem dúvidas ou obrigações. O que importa é que o Estado deixou de produzir determinado ato na oportunidade prevista para isso, e que uma vez transcorrida esta foi perdida a possibilidade de realizá-lo. Assim ocorre no muito explorado curso de qualquer procedimento ordinário.
4. Anteriormente, sustentei que a Corte poderia modificar as expressões habituais nesta matéria, modificação que efetivamente ocorreu em várias sentenças recentes, às quais se agrega a do presente caso. Nestas já não se alude à “renúncia tácita”, mas à perda ou esgotamento da oportunidade processual para a apresentação da defesa. Desde logo, a Corte poderia ir além na consideração desta matéria e explorar a verdadeira natureza do tema, que acaso se reconheceria como um pressuposto de preclusão ou de insatisfação de uma carga processual, com as consequências inerentes a estes fenômenos bem conhecidos pela disciplina do processo. Não basta voltar o olhar para a técnica e a doutrina do processo, reunidas na teoria geral respectiva, quando se trata precisamente de uma questão processual, independentemente de que esta se apresente em um procedimento internacional.
5. O estabelecimento destes efeitos para a omissão de defesa—perda da possibilidade de apresentá-la, uma vez transcorrida a oportunidade para fazê-lo—não significa que a Corte Interamericana não possa reconsiderar decisões adotadas no procedimento perante a Comissão em determinados pressupostos, de maneira verdadeiramente excepcional e nos termos examinados pela jurisprudência da própria Corte. Não pretendo reproduzir ou analisar agora esta questão, sobre a qual o Tribunal se pronunciou em algumas resoluções.

**II. Expressões do Estado na procura de soluções amistosas**

6. Foi indicado que o Estado pode expor no procedimento perante a Comissão Interamericana considerações e sugestões dirigidas a alcançar uma solução amistosa da controvérsia, e que estas não deveriam lhe causar prejuízo no caso de que não prospere a solução procurada e seja submetido o litígio à Corte. Caso se entenda que qualquer expressão do Estado, dirigida a favorecer a composição entre as partes, necessariamente gera efeitos desfavoráveis para este no processo perante a Corte, seria desencorajada a solução extrajudicial ou litígios.
7. Desde logo, é desejável que os litígios em matéria de direitos humanos, como em outros âmbitos, encontrem solução através de entendimentos entre as partes, quando isto seja possível e adequado em função da tutela efetiva dos direitos humanos, tendo em consideração a natureza das violações, as reparações que são oferecidas e o interesse e a vontade dos litigantes. Daqui não se observa, entretanto, que as manifestações feitas pelo Estado no curso do procedimento perante a Comissão careçam de eficácia no processo perante a Corte. É preciso conciliar a necessidade de promover soluções consensuais e a pertinência de reconhecer o valor que têm, segundo suas próprias características, os atos de confissão ou reconhecimento de responsabilidade realizados pelo Estado.

8. Em razão do anterior, é necessário distinguir as diversas hipóteses que são apresentadas neste campo, evitando qualificações gerais que poderiam ser impertinentes. Assim o fez a Corte Interamericana na sentença à que se refere este voto, com o fim de gerar clareza sobre o valor dos atos realizados pelo Estado na etapa processual que agora analisamos, para favorecer a proteção dos direitos humanos e a solução razoável das controvérsias.
9. A Corte distingue entre os atos que implicam, por sua natureza e forma, a admissão de fatos—que pode constituir uma verdadeira confissão— e o reconhecimento de responsabilidades daqueles outros que somente pretendem facilitar a reconciliação e moderar ou eliminar a disputa. Neste último caso, as expressões do Estado não o prejudicarão se o conflito chega ao conhecimento da Corte.
10. Em contrapartida, quando existe um ato que materialmente envolva, de forma clara e suficiente, a admissão de um fato ilícito ou o reconhecimento da responsabilidade que daí deriva, o ato surtirá os efeitos que naturalmente lhe correspondem, em prejuízo do Estado. Em consequência, este não poderá argumentar que carece de veracidade ou eficácia o que confessou ou reconheceu, entendendo que tal confissão ou reconhecimento somente fizeram parte de uma “estratégia” destinada a impulsionar uma solução pactuada.

### III. Prazo razoável

11. O prazo razoável para o desenvolvimento de um procedimento, a realização de um ato ou a promulgação de uma resolução é tema frequentemente abordado pela jurisprudência da Corte. O Tribunal avançou no perfil do prazo razoável, acolhendo os dados que fornece a jurisprudência europeia—complexidade do assunto, conduta processual do interessado (sem responsabilizá-lo, desde logo, pelas demoras nem obstruir o emprego de meios legais de defesa) e o comportamento das autoridades (jurisdicionais ou de outra natureza). A tudo isso, a Corte acrescentou uma nova referência, à que aludi em anteriores oportunidades: a consideração da forma em que o transcurso do tempo afeta o direito comprometido.
12. A Corte não tem cifrado o tema do prazo razoável somente na medida do tempo transcorrido—tantos dias, meses ou anos -, considerada isoladamente. É preciso ponderar o fato em função das características do assunto sujeito a trâmite ou decisão. Daí que em diversos casos, entre eles o presente, o Tribunal associe expressamente a referência àquela medida temporal com estas características materiais. Somente assim se poderá considerar se o prazo transcorrido é ou não razoável. Evidentemente, em alguns casos se pode advertir que certo tempo de tramitação é evidentemente excessivo, sobretudo quando se trata de ponderar um procedimento que deveria ser, por definição, simples e expresso, como o requer, por exemplo, o artigo 25 da Convenção Americana. Quando isto se demonstra com naturalidade, a Corte o faz notar. Em muitos casos é observada a necessidade de que os Estados reexaminem a regulamentação processual e a aplicação material destes meios de defesa para que correspondam, verdadeiramente, às disposições e às finalidades do artigo 25.

### IV. Aquisição de direitos

13. É relevante precisar, para resolver sobre algumas violações, quando se pode entender que uma pessoa “adquiriu” determinado direito, que deve ser reconhecido, respeitado e assegurado pelo poder público. Evidentemente, não pretendo reconsiderar aqui a antiga doutrina dos direitos adquiridos e as simples expectativas de direito, mas somente definir, sem perder de vista a matéria que agora examino, quais são os supostos jurídicos dos que deriva a titularidade de um direito, que a partir daqueles pode ser reclamado pelo indivíduo que os “adquire” e deve ser reconhecido e atendido pelo Estado.
14. Para este fim há de se considerar—como o fez a Sentença à que acompanho este voto—tanto o ordenamento jurídico ou regulamentar que constitui o fundamento do direito, através de normas gerais que determinam supostos amplos, como o ato particular de aplicação desse ordenamento que reconhece ou atribui o direito ao sujeito que satisfaz as condições previstas na norma. A partir desta dupla verificação—que necessariamente figura nos fatos de um caso contencioso desta espécie—será possível estabelecer que o sujeito se converteu em titular de um direito—assim, por exemplo, o direito de propriedade—cuja violação traz consigo responsabilidade do Estado.

### V. Progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais

15. O representante das vítimas suscitou a consideração da Corte sobre a progressividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, a partir da variação das percepções abrangidas por estes e derivadas de serviços prestados pelo Estado. Mesmo quando a Corte não encontrou, na espécie, descumprimento do artigo 26 da Convenção

Americana – conclusão que compartilho–aquela invocação determinou novas reflexões do Tribunal em torno da progressividade de tais direitos e a sua própria competência para examinar esta matéria.

16. Reconheço que a jurisprudência da Corte foi muito limitada, até hoje, na referência aos direitos desta natureza. Este tratamento não deriva somente de uma restringida justiciabilidade “explícita” em conformidade com o *corpus juris* interamericano, que é amplamente conhecida, senão das características dos casos que chegaram ao conhecimento da Corte e que constituem, como é obvio, o contexto dentro do qual se move o Tribunal para realizar o exame da Convenção e do Protocolo de San Salvador.
17. A Corte não pode atrair o conhecimento de assuntos cujo fluxo para a instância jurisdicional é realizado através de uma demanda. Mesmo assim, o Tribunal tem examinado questões que lidam com os direitos sociais, ou categoricamente são identificados com estes, através do exame de violações a direitos reunidos na Convenção Americana, particularmente os relacionados com a propriedade, a tutela da integridade (que se projeta em temas de saúde) ou as medidas especiais de proteção às crianças.
18. No caso que agora me ocupa, o Tribunal avançou, até onde o considerou possível, em considerações relativas aos DESC. Desde logo, reafirmou sua competência–que deve ficar bem estabelecida–para se pronunciar sobre os possíveis descumprimentos do artigo 26. Esta matéria se encontra no âmbito das questões concernentes à interpretação e aplicação da Convenção Americana, cujo conhecimento e solução competem a este Tribunal.
19. Ao se concentrar neste espaço, a Corte recordou diversos passos na regulamentação interamericana da matéria, tendo em consideração o processo normativo que conduz à formulação do artigo 26 e a sua localização no conjunto da Convenção, sob a categoria de “direitos protegidos”. Não se trata somente, pois, de expressões programáticas que induzam políticas públicas, mas de fórmulas normativas que determinam o sentido e o conteúdo dessas políticas, das disposições através das quais estas se expressam e dos atos em que umas e outras se concretizam.
20. A Corte cita, além disso, o parecer da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos e o Comitê do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que têm explorado a apreciação sobre a progressividade dos direitos deste caráter e os indicadores que permitiriam estabelecer e considerar, razoavelmente, tanto o progresso como o retrocesso.
21. A Corte entende que é reclamável ou exigível a observância do artigo 26–norma imperiosa, não somente sugestão política–perante instâncias convocadas a se pronunciar sobre esse extremo, no âmbito do direito interno ou no âmbito externo, em conformidade com as decisões constitucionais e os compromissos internacionais adquiridos pelo Estado. A apreciação tem duas dimensões: a observância da progressividade, atenta ao máximo esforço para alcançá-la, e a negação da regressividade, que contraria os postulados e o espírito do *corpus juris* dos direitos humanos e que também deve ser apreciada pelas jurisdições correspondentes.

Sergio García Ramírez  
Juiz

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

**VOTO CONCORDANTE DO  
JUIZ AD HOC VÍCTOR OSCAR SHIYIN GARCÍA TOMA**

No caso Acevedo Buendía e outros (“Demitidos e Aposentados da Controladoria”) Vs. Peru.

Ratifico minha posição exposta verbalmente na sessão de 1º de julho de 2009, na qual foi discutida a redação da presente Sentença, no relativo às considerações conceituais sobre a progressividade e não regressividade dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.

Considero que os argumentos introduzidos nos parágrafos 99 a 103 da Sentença não possuem relação direta nem têm vínculo indissolúvel ou conectivo com o caso matéria de controvérsia.

Nesse sentido, estes argumentos não estabelecem qualquer aparência de sustentação, razão suficiente ou *obiter dicta* para justificar sua inclusão.

Considero que toda concepção doutrinária exposta em uma *litis* deve ser efetuada necessariamente em consideração às circunstâncias específicas e concretas do próprio caso.

Esta concepção doutrinária exposta como uma apostila desconexa pode gerar interpretações de importante impacto no Sistema Interamericano de Direitos Humanos; o que deve merecer um tratamento mais detalhado e exaustivo.

Nesse contexto, a introdução de uma argumentação de tal transcendência em um caso não aparente, impele-me a oferecer um ponto de vista não ligado ao caso dos autos, a fim de deixar expressa constância – em atenção à necessária coerência exigível aos órgãos do Sistema Interamericano de Direitos Humanos em seu conjunto – que a progressividade não é incompatível com a existência de restrições legais. Esta última não é sinônimo de regressividade no âmbito dos direitos humanos. Portanto, sua aplicação não necessariamente se contrapõe ao disposto no artigo 26 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

Assim, toda restrição legal é compatível com o estipulado na Convenção Americana sobre Direitos Humanos quando teleologicamente é estabelecida para resguardar os princípios de equidade e bem-estar geral. Em todo caso, esta se sujeita à satisfação do *test* de proporcionalidade.

Em conformidade com esta concessão já adotada por um órgão do Sistema Interamericano – a Comissão Interamericana de Direitos Humanos – a progressividade do acesso aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não é aplicável às normas de exceção, onde são concedidos direitos sem justificação válida perante a teoria da natureza das coisas; e, portanto, violatórias do princípio de igualdade de tratamento.

É indubitável que toda norma proferida para privilegiar um grupo de pessoas enfraquecendo os direitos do resto da população pode e deve ser objeto de modificação restritiva.

Víctor Oscar Shiyin García Toma  
Juiz *ad hoc*

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

**CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**  
**CASO GONZÁLEZ E OUTRAS (“CAMPO ALGODOEIRO”) VS. MÉXICO**

**SENTENÇA DE 16 DE NOVEMBRO DE 2009**  
**(Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas)**

No caso *González e outras* (“*Campo Algodoeiro*”),

a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Corte Interamericana”, “a Corte” ou “o Tribunal”), integrada pelos seguintes juízes:<sup>1</sup>

Cecilia Medina Quiroga, Presidenta;  
Diego García-Sayán, Vice-Presidente;  
Manuel E. Ventura Robles, Juiz;  
Margarette May Macaulay, Juíza;  
Rhadys Abreu Blondet, Juíza, e  
Rosa María Álvarez González, Juíza *ad hoc*;

presentes, ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e  
Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta,

em conformidade com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “a Convenção” ou “a Convenção Americana”) e os artigos 29, 31, 37.6, 56 e 58 do Regulamento da Corte<sup>2</sup> (doravante denominado “o Regulamento”), profere a presente Sentença.

**I**

**Introdução da Causa e Objeto da Controvérsia**

1. Em 4 de novembro de 2007, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Comissão” ou “a Comissão Interamericana”) apresentou, em conformidade com os artigos 51 e 61 da Convenção, uma demanda contra os Estados Unidos Mexicanos (doravante denominado “o Estado” ou “México”), a partir da qual se iniciou o presente caso. A petição inicial foi apresentada perante a Comissão em 6 de março de 2002. Em 24 de fevereiro de 2005, a Comissão aprovou os Relatórios nº 16/05, 17/05 e 18/05, por meio dos quais declarou admissíveis as respectivas petições. Em 30 de janeiro de 2007, a Comissão notificou às partes sua decisão de acumular os três casos. Posteriormente, em 9 de março de 2007, aprovou o Relatório de Mérito nº 28/07, nos termos do artigo 50 da Convenção, o qual incluía determinadas recomendações para o Estado. Este relatório foi notificado ao Estado em 4 de abril de 2007. Depois de considerar que o México não havia adotado suas recomendações, a Comissão decidiu apresentar o presente caso à jurisdição da Corte. A Comissão designou como delegados os senhores Florentín Meléndez, Comissário, Santiago A. Canton, Secretário Executivo, e como assessores jurídicos Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta, e Juan Pablo Albán, Marisol Blanchard, Rosa Celorio e Fiorella Melzi, especialistas da Secretaria Executiva.

---

1. Em 15 de dezembro de 2007, o então Presidente da Corte, Juiz Sergio García Ramírez, de nacionalidade mexicana, cedeu a Presidência à Juíza Cecilia Medina Quiroga e informou ao Tribunal sobre sua impossibilidade de conhecer do presente caso. O Juiz García Ramírez expôs as razões que sustentaram sua condição, as quais foram aceitas pelo Tribunal. Em 21 de dezembro de 2007, esta decisão foi comunicada ao Estado e este foi informado que poderia designar um juiz *ad hoc* para que participasse na consideração do presente caso. Em 29 de fevereiro de 2008, após duas extensões de prazo, o Estado designou a senhora Verónica Martínez Solares como juíza *ad hoc*. Em 18 de setembro de 2008, os representantes das supostas vítimas objetaram esta designação, afirmando que a senhora Martínez Solares “não re[un]ia um dos requisitos que estabelece o artigo 52 da [Convenção Americana] para ser juíza da Corte Interamericana”. Em 30 de outubro de 2008, a Corte proferiu uma Resolução na qual afirmou que a senhora Martínez Solares “não cumpr[ia] os requisitos para participar como juíza *ad hoc* no presente caso”. Nesta Resolução, a Corte concedeu um prazo ao Estado para que designasse um novo juiz *ad hoc*. Em 3 de dezembro de 2008, o Estado designou em tal qualidade a senhora Rosa María Álvarez González. Além disso, por razões de força maior, o Juiz Leonardo A. Franco não participou na deliberação e assinatura da presente Sentença.

2. Em conformidade com o disposto no artigo 72.2 do Regulamento da Corte Interamericana vigente, cujas últimas reformas entraram em vigor a partir de 24 de março de 2009, “[o]s casos em curso continuarão tramitando conforme este regulamento, com exceção daqueles casos em que se tenha convocado a audiência no momento de entrada em vigor do presente Regulamento, os quais seguirão tramitando conforme as disposições do Regulamento anterior”. Desse modo, o Regulamento da Corte mencionado na presente Sentença corresponde ao instrumento aprovado pelo Tribunal em seu XLIX Período Ordinário de Sessões, realizado de 16 a 25 de novembro de 2000, e reformado parcialmente pela Corte em seu LXI Período Ordinário de Sessões, realizado de 20 de novembro a 4 de dezembro de 2003.



2. A demanda está relacionada com a suposta responsabilidade internacional do Estado pelo “desaparecimento e posterior morte” das jovens Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez (doravante denominadas “as jovens González, Herrera e Ramos”), cujos corpos foram encontrados em uma plantação de algodão de Ciudad Juárez no dia 6 de novembro de 2001. O Estado é responsabilizado “pela falta de medidas de proteção às vítimas, duas das quais eram menores de idade; a falta de prevenção destes crimes, apesar do pleno conhecimento da existência de um padrão de violência de gênero que havia deixado centenas de mulheres e meninas assassinadas; a falta de resposta das autoridades frente ao desaparecimento [...]; a falta de devida diligência na investigação dos assassinatos [...], bem como a denegação de justiça e a falta de reparação correta”.
3. A Comissão solicitou à Corte que declare o Estado responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos 4 (Direito à Vida), 5 (Direito à Integridade Pessoal), 8 (Garantias Judiciais), 19 (Direitos da Criança) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção, em relação às obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) e 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno) da mesma, e o descumprimento das obrigações que derivam do artigo 7 da Convenção para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (doravante denominada “Convenção de Belém do Pará”). A demanda foi notificada ao Estado em 21 de dezembro de 2007 e aos representantes em 2 de janeiro de 2008.
4. Em 23 de fevereiro de 2008, as organizações Associação Nacional de Advogados Democráticos A.C., Comitê da América Latina e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher, Rede Cidadã de Não Violência e Dignidade Humana e Centro para o Desenvolvimento Integral da Mulher A.C., representantes das supostas vítimas<sup>3</sup> (doravante denominados “os representantes”), apresentaram seu escrito de petições, argumentos e provas (doravante denominado “escrito de petições e argumentos”). Além das alegações apresentadas pela Comissão, os representantes solicitaram ampliar o número de vítimas para 11 mulheres e que a Corte se pronunciasse sobre a suposta detenção arbitrária, tortura e violações ao devido processo de três pessoas adicionais. Adicionalmente aos artigos invocados pela Comissão, os representantes solicitaram à Corte que declare que o Estado é responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos 7 (Direito à Liberdade Pessoal) e 11 (Direito à Dignidade e à Honra) da Convenção, todos eles em relação às obrigações gerais que se derivam dos artigos 1.1 e 2 da mesma, bem como o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, em relação aos artigos 8 e 9 do mesmo instrumento. Além disso, solicitaram a violação do direito consagrado no artigo 5 da Convenção Americana, em detrimento das três supostas vítimas identificadas pela Comissão.
5. Em 26 de maio de 2008, o Estado apresentou seu escrito de contestação da demanda e observações ao escrito de petições e argumentos (doravante denominado “contestação da demanda”). Este escrito questionou a competência da Corte para conhecer sobre as supostas violações à Convenção de Belém do Pará. Adicionalmente, objetou a ampliação das vítimas proposta pelos representantes e reconheceu parcialmente sua responsabilidade internacional. O Estado designou o senhor Juan Manuel Gómez-Robledo Verduzco como Agente e Patricia González Rodríguez, Joel Antonio Hernández García, María Carmen Oñate Muñoz, Alejandro Negrín Muñoz e Armando Vivanco Castellanos como Agentes Assistentes.
6. Em 16 de julho de 2008, a Presidenta da Corte (doravante denominada “a Presidenta”), após a revisão da contestação da demanda, informou ao Estado que as alegações referidas à Convenção de Belém do Pará constituíam uma exceção preliminar. Em razão disso, em conformidade com o artigo 37.4 do Regulamento, concedeu à Comissão e aos representantes um prazo de 30 dias para apresentar alegações escritas. Estas alegações foram apresentadas em 20 de agosto de 2008 e em 6 de setembro de 2008, respectivamente.

## II

### Procedimento Perante a Corte

7. Em 21 de agosto de 2008, os representantes manifestaram sua intenção de se pronunciar sobre “informação relevante” contida nos anexos à contestação da demanda e de informar sobre o acontecimento de “fatos supervenientes”. Em 26 de agosto de 2008, a Presidenta negou o pedido dos representantes de se pronunciar nessa etapa processual sobre os anexos à contestação da demanda, visto que não argumentaram os motivos pelos quais deveria ser aplicado o artigo 39 do Regulamento. Em todo caso, a Presidenta informou aos representantes que poderiam fazer as alegações que considerassem pertinentes no procedimento oral ou em suas alegações finais escritas.

3. Em 14 de dezembro de 2007, as mencionadas organizações comunicaram ao Tribunal, em conformidade com o artigo 23.2 do Regulamento da Corte, a designação da senhora Sonia Torres Hernández como interveniente comum (expediente de mérito, tomo V, folha 1936).

8. Em 6 de setembro de 2008, os representantes apresentaram um escrito no qual, *inter alia*, realizaram “algumas considerações em relação ao indicado pelo Estado mexicano em sua contestação à demanda”. Em 9 de setembro de 2008, a Presidenta considerou que esta seção do escrito não seria levada em consideração, já que sua apresentação não estava prevista no Regulamento e não foi requerida. Em todo caso, a Presidenta informou aos representantes que poderiam apresentar as alegações que considerassem pertinentes no procedimento oral ou em suas alegações finais escritas.
9. Em 19 de janeiro de 2009, a Corte negou por meio de Resolução o pedido de ampliação das supostas vítimas e determinou que as supostas vítimas do presente caso seriam Esmeralda Herrera Monreal e seus familiares: Irma Monreal Jaime (mãe), Benigno Herrera Monreal (irmão), Adrián Herrera Monreal (irmão), Juan Antonio Herrera Monreal (irmão), Cecilia Herrera Monreal (irmã), Zulema Montijo Monreal (irmã), Erick Montijo Monreal (irmão), Juana Ballín Castro (cunhada); Claudia Ivette González e seus familiares: Irma Josefina González Rodríguez (mãe), Mayela Banda González (irmã), Gema Iris González (irmã), Karla Arizbeth Hernández Banda (sobrinha), Jacqueline Hernández (sobrinha), Carlos Hernández Llamas (cunhado); e Laura Berenice Ramos Monárrez e seus familiares: Benita Monárrez Salgado (mãe), Claudia Ivonne Ramos Monárrez (irmã), Daniel Ramos Monárrez (irmão), Ramón Antonio Aragón Monárrez (irmão), Claudia Dayana Bermúdez Ramos (sobrinha), Itzel Arely Bermúdez Ramos (sobrinha), Paola Alexandra Bermúdez Ramos (sobrinha), Atziri Geraldine Bermúdez Ramos (sobrinha).<sup>4</sup> Além disso, nesta resolução foi analisada a negativa do Estado de enviar determinada prova solicitada pelo Tribunal. A Corte resolveu que o Tribunal poderá considerar estabelecidos os fatos que sejam demonstráveis unicamente através de prova que o Estado se negue a enviar.<sup>5</sup>
10. Por meio de Resolução de 18 de março de 2009,<sup>6</sup> a Presidenta ordenou o recebimento, através de declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*), de alguns dos testemunhos e perícias apresentados oportunamente pelas partes. Adicionalmente, foram as partes convocadas para uma audiência privada para receber o testemunho, oferecido pelo Estado, de Patricia González Rodríguez, desde que esta renunciasse à sua condição de Agente Assistente. Além disso, foi convocada a audiência pública para receber as declarações propostas, segundo o caso, pela Comissão, pelo Estado e pelos representantes, bem como as alegações finais orais sobre a exceção preliminar e os eventuais mérito, reparações e custas. Finalmente, a Presidenta fixou prazo até 1º de junho de 2009 para que as partes apresentassem suas respectivas alegações finais escritas.
11. Por meio de Resolução de 3 de abril de 2009, a Corte resolveu aceitar a confirmação da senhora Patricia González Rodríguez como Agente Assistente do Estado e, por fim, a desistência estatal do oferecimento de sua declaração a título informativo em uma audiência privada<sup>7</sup> (par. 10 *supra*).
12. A audiência pública foi realizada em 28 e 29 de abril de 2009, durante o XXXIX Período Extraordinário de Sessões realizado na cidade de Santiago, República do Chile.<sup>8</sup>
13. Em 12 de junho de 2009, a Comissão e o Estado enviaram suas alegações finais escritas. Em 16 de junho de 2009, os representantes enviaram seu respectivo escrito.
14. O Tribunal recebeu escritos na qualidade de *amicus curiae* das seguintes pessoas, instituições e organizações:

4. Cf. González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México. Resolução da Corte de 19 de janeiro de 2009, ponto resolutivo segundo.

5. Cf. González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México, ponto resolutivo quarto, nota 4 *supra*.

6. Cf. González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México. Resolução da Presidenta da Corte de 18 de março de 2009.

7. Cf. González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México. Resolução da Corte de 3 de abril de 2009, ponto resolutivo primeiro.

8. A esta audiência compareceram: a) pela Comissão Interamericana: Florentín Meléndez, Comissário; Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta; Juan Pablo Albán Alencastro, assessor; Rosa Celorio, assessora, e Fiorella Melzi, assessora; b) pelas supostas vítimas: Alfredo Limas Hernández, representante; Andrea de la Barreda Montpellier, representante; Andrea Medina Rosas, representante; Ariel E. Dulitzky, assessor; David Peña Rodríguez, representante; Emilio Ginés Santidrián, assessor; Héctor Faúndez Ledesma, assessor; Héctor Pérez Rivera, assessor; Ivonne I. Mendoza Salazar, representante; María del Carmen Herrera García, assessora; María Edith López Hernández, assessora; Karla Micheel Salas Ramírez, representante, e Sonia Josefina Torres Hernández, interveniente comum, e c) pelo Estado: Alejandro Negrín Muñoz, Agente, Diretor Geral de Direitos Humanos e Democracia da Chancelaria Mexicana; Mario Leal Campos, assessor, Embaixador do México no Chile; Patricia González Rodríguez, Agente Assistente, Procuradora Geral de Justiça do Estado de Chihuahua; Mario Alberto Prado Rodríguez, assessor, Coordenador de Assesores do Subsecretário de Assuntos Jurídicos e Direitos Humanos da Secretaria de Governo; Mauricio Elpidio Montes de Oca Durán, assessor, Diretor Geral Adjunto de Investigação e Atendimento a Casos de Direitos Humanos da Secretaria de Governo; Víctor Manuel Uribe Aviña, assessor, Consultor Jurídico Adjunto da Chancelaria; Arturo Licón Baeza, assessor, Subprocurador de Direitos Humanos e Atendimento a Vítimas do Crime do Estado de Chihuahua; Pablo Navarrete Gutiérrez, assessor, Coordenador de Assuntos Jurídicos do Instituto Nacional das Mulheres; Carlos Garduño Salinas, assessor, Diretor de Direitos Humanos da Procuradoria Geral da República; Fernando Tiscareño Luján, assessor, Assessor do Secretário Geral de Governo do Estado de Chihuahua; Rodolfo Leyva Martínez, assessor, funcionário da Subprocuradoria de Direitos Humanos e Atendimento a Vítimas do Crime do Estado de Chihuahua; José Ignacio Martín del Campo Covarrubias, assessor, Diretor da Área de Litígio Internacional em matéria de Direitos Humanos da Chancelaria; Ximena Mariscal de Alba, assessora, Subdiretora da Área de Litígio Internacional em matéria de Direitos Humanos da Chancelaria; David Ricardo Uribe González, assessor, Chefe do Departamento da Área de Litígio Internacional em matéria de Direitos Humanos da Chancelaria; Luis Manuel Jardón Piña, assessor, Chefe do Departamento de Litígios da Consultoria Jurídica da Chancelaria, e Carlos Giménez Zamudio, assessor, Encarregado da Área de Política Interna, Imprensa e Direitos Humanos da Embaixada do México no Chile.

*International Reproductive and Sexual Health Law Program* da Faculdade de Direito da Universidade de Toronto (*IRSHL Programme*) e o Centro pela Justiça e o Direito Internacional (CEJIL);<sup>9</sup> *TRIAL- Track Impunity Always* e a Organização Mundial contra a Tortura;<sup>10</sup> um grupo de bolsistas do Instituto de Investigações Jurídicas da Universidade Nacional Autónoma do México (doravante denominada “a UNAM”);<sup>11</sup> um Grupo de Direitos Humanos da Divisão de Pós-Graduação da UNAM;<sup>12</sup> *Women’s Link Worldwide*;<sup>13</sup> Rede de Mulheres da Ciudad de Juárez A.C.;<sup>14</sup> Programa de Justiça Global e Direitos Humanos da Universidade de los Andes;<sup>15</sup> Programa de Direitos Humanos e o Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Ibero-Americana do México;<sup>16</sup> *Human Rights Watch*;<sup>17</sup> *Horvitz & Levy LLP*;<sup>18</sup> Comissão Internacional de Juristas;<sup>19</sup> Anistia Internacional;<sup>20</sup> Centro de Direitos Humanos e a Escola de Direito da Universidade de Essex, o Centro Internacional para a Justiça Transicional e *Redress*.<sup>21</sup>

15. Em 22 de setembro de 2009, os representantes apresentaram um escrito no qual informaram ao Tribunal sobre “fatos supervenientes” relativos à nomeação do senhor Arturo Chávez Chávez para encabeçar a Procuradoria Geral da República.
16. Seguindo instruções da Presidenta, a Secretaria concedeu prazo à Comissão e ao Estado para que apresentassem suas observações ao escrito dos representantes indicado no parágrafo anterior. Em 15 de outubro de 2009, a Comissão afirmou que não tinha observações a formular. Em 16 de outubro de 2009, o Estado expressou que “os fatos expostos pelos representantes [...] de nenhuma maneira guardam relação alguma com a litis do assunto nem oferecem elemento algum que [a] Corte possa levar em consideração para melhor resolver”. Acrescentou que os fatos narrados pelos representantes não possuíam “um mínimo vínculo fenomenológico com os fatos do processo e, pelo contrário, pretendem introduzir à litis fatos diferentes dos que formam seu contexto fático”. Finalmente, fez notar que os representantes não referiam a forma em que a designação do atual Procurador Geral da República incidia ou se encontra relacionada com algum fato matéria do presente assunto.
17. A esse respeito, o Tribunal reitera que embora os fatos supervenientes possam ser apresentados pelas partes em qualquer estado do processo antes da sentença, “isto não quer dizer que qualquer situação ou acontecimento constitua um fato superveniente para os efeitos do processo. Um fato dessa índole tem que estar ligado fenomenologicamente aos fatos do processo, de modo que não basta que determinada situação ou fato tenha relação com o objeto do caso para que este Tribunal possa se pronunciar a esse respeito.”<sup>22</sup>

9. Este escrito foi apresentado por Simona Cusack, Rebecca J. Cook, Viviana Krsticevic e Vanessa Coria em 4 de dezembro de 2008.

10. Este escrito foi apresentado por Eric Sottas e Philip Grant em 16 de abril de 2009. Em 28 de abril de 2009, o Conselho Geral da Advocacia Espanhola e a Fundação do Conselho Geral da Advocacia Geral aderiram a este escrito.

11. Este escrito foi apresentado por Miguel Ángel Antemate Mendoza, Selene Cruz Alcalá, Rafael Caballero Hernández, Carlos Alejandro Martiarena Leonar e Alma Elena Rueda Rodríguez em 23 de abril de 2009.

12. Este escrito foi apresentado por Raymundo Gil Rendón e vários de seus alunos em 24 de abril de 2007.

13. Este escrito foi apresentado por Viviana Waisman e Paloma Soria Montañez em 27 de abril de 2008.

14. Este escrito também foi preparado por: Cáritas Diocesana de Ciudad Juárez, Pastoral Operária, Programa Companheiros, Cidadãos por uma melhor Administração Pública, Casa Amiga Centro de Crise, e a título pessoal por Clara Eugenia Rojas Blanco, Elizabeth Loera e Diana Itzel Gonzáles. O mesmo foi apresentado por Imelda Marrufo Nava em 15 de maio de 2009.

15. Este escrito foi apresentado por César A. Rodríguez Garavito em 1º de junho de 2009.

16. Este escrito foi apresentado por José Antonio Ibáñez Aguirre em 10 de julho de 2009.

17. Este escrito foi apresentado por Clive Baldwin em 8 de junho de 2009.

18. Este escrito foi respaldado por: *Amnesty International*, Thomas Antkowiak, Tamar Birkhead, Mary Boyce, *Break the Circle*, Arturo Carrillo, *Center for Constitutional Rights*, *Center for Gender & Refugee Studies*, *Center for Justice & Accountability*, Centro de Direitos Humanos da Universidade Diego Portales, *Columbia Law School Human Rights Clinic*, *Cornell Law School International Human Rights Clinic*, Bridget J. Crawford, *The Domestic Violence and Civil Protection Order Clinic of The University of Cincinnati*, Margaret Drew, Martin Geer, *Human Rights and Genocide Clinic*, Benjamin N. Cardozo School of Law, *Human Rights Advocates*, Deena Hurwitz, *Immigration Clinic at The University of Maryland School of Law*, *The Immigration Justice Clinic*, *IMPACT Personal Safety*, *The International Human Rights Clinic at Willamette University College of Law*, *International Mental Disability Law Reform Project of New York Law School*, *The International Women’s Human Rights Clinic at Georgetown Law*, *Latinojustice PRLDEF*, *Legal Services Clinic at Western New England College School of Law*, *Leitner Center for International Law and Justice at Fordham Law School*, Bert B. Lockwood, Allard K. Lowenstein International Human Rights Clinic, Yale Law School, Beth Lyon, Thomas M. McDonnell, *The National Association of Women Lawyers*, *Los Angeles Chapter of The National Lawyers Guild*, *The National Organization for Women*, Noah Novogrodsky, Jamie O’Connell, Sarah Paoletti, Jo M. Pasqualucci, Naomi Rohit-Ariaza, Darren Rosenblum, Susan Deller Ross, *Seton Hall University School of Law Center for Social Justice*, Gwynne Skinner, Kathleen Staudt, Jeffrey Stempel, Maureen A. Sweeney, Jonathan Todres, *The Urban Morgan Institute for Human Rights*, U.S. Human Rights Network, Penny M. Venetis, Deborah Weissman, Richard J. Wilson, *The Women’s Law Project*, *Women Lawyers Association of Los Angeles*, and *World Organization for Human Rights USA*. O mesmo foi apresentado por David S. Ettinger e Mary-Christine Sungaila em 17 de julho de 2009.

19. Este escrito foi apresentado por Leah Hoctor em 17 de julho de 2009.

20. Este escrito foi apresentado por Widney Brown em 13 de julho de 2009.

21. Este escrito foi apresentado em 21 de setembro de 2009, por Clara Sandoval e estudantes do Centro de Direitos Humanos e da Faculdade de Direito da Universidade de Essex, Carla Ferstman e Marta Valiñas de Redress, Javier Ciurlizza e Catalina Díaz do Centro Internacional para a Justiça Transicional (ICTJ), Ruth Rubio Marín do Instituto Universitário Europeu, e a título pessoal por Mariclaire Acosta, Ximena Andiñon Ibáñez e Gail Aguilar Castañón.

22. *Caso Perozo e outros Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C Nº 195, par. 67.

18. Por outro lado, a Corte ressalta que no presente caso sua função é determinar, em exercício de sua competência contenciosa como tribunal internacional de direitos humanos, a responsabilidade do Estado pelas violações alegadas, e não a responsabilidade pessoal do senhor Chávez Chávez ou outros funcionários públicos. Essa tarefa é exclusiva do Estado, sem prejuízo de que este Tribunal possa verificar se aquele cumpriu ou não as obrigações que a esse respeito são derivadas da Convenção Americana.
19. Em razão do anterior, o Tribunal não admite o escrito dos representantes indicado no parágrafo 15 *supra* e se limitará a analisar as alegações das partes relativas à suposta responsabilidade internacional do Estado.

### III

#### Reconhecimento Parcial de Responsabilidade Internacional

20. O Estado realizou um reconhecimento parcial de responsabilidade internacional nos seguintes termos:

O Estado reconhece que na primeira etapa das investigações, entre 2001 e 2003, apresentaram-se irregularidades. [...]

[Na] segunda etapa das investigações destes três casos, a partir do ano de 2004, [...] as irregularidades foram corrigidas plenamente, foram integrados aos autos e foram iniciadas as investigações com uma sustentação científica, inclusive com componentes de apoio internacional.

[...]

O Estado reconhece que, derivado das irregularidades antes referidas, foi afetada a integridade psíquica e a dignidade dos familiares de Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez. Contudo, são expostos com amplitude os apoios com recursos econômicos, assistência médica e psicológica e assessoria jurídica que se vem oferecendo aos familiares de cada uma das três vítimas, constituindo uma reparação ao dano causado.

Entretanto, o Estado considera que nestes três casos não pode ser alegado de modo algum a configuração de violação dos direitos à vida, à integridade pessoal, à dignidade e à liberdade pessoal de Esmeralda Herrera Monreal, Claudia Ivette González e Laura Berenice Ramos Monárrez. Por um lado, em nenhum dos três homicídios participaram agentes do Estado. Por outro lado, é apresentada ampla informação que demonstra o pleno cumprimento da obrigação por parte do Estado inclusive a este respeito, com os resultados contundentes das investigações e casos resolvidos entre 1993 e esta data.

No mesmo sentido, o Estado empreendeu ações plenamente demonstradas para proteger e promover os direitos das crianças, de modo que não se pode declarar violação ao artigo 19 da Convenção Americana em detrimento das vítimas. Em resumo, o Estado não pode ser declarado responsável diretamente nem indiretamente por haver violado os direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal no caso *sub judice*.

21. Nesse sentido, o Estado solicitou à Corte que:

aprecie o reconhecimento parcial de responsabilidade do Estado pelo descumprimento das obrigações contidas nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana [sobre] Direitos Humanos, e 5 da mesma Convenção em relação aos familiares de Laura Berenice Ramos Monárrez, Claudia Ivette González e Esmeralda Herrera Monreal.

Declare a inexistência de violações por parte do Estado mexicano aos artigos 4.1, 5.1, 7, 11 e 19 da Convenção Americana [sobre] Direitos Humanos em relação a Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez.

Declare que o Estado cumpriu as obrigações de prevenção, investigação e reparação, contidas nos artigos 4.1 e 5.1, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana [sobre] de Direitos Humanos.

No caso de que seja declarado algum tipo de reparação, [solicitou] que esta seja fixada atendendo os limites e considerações feitos valer pelo Estado [...], bem como que sejam reconhecidos os esforços realizados pelo Estado mexicano para reparar os familiares das vítimas, inclusive desde antes que este processo iniciasse, e os múltiplos contatos com os mesmos para decidir uma reparação adicional.

22. A Comissão apreciou o reconhecimento parcial de responsabilidade internacional realizado pelo México, pois considerou que este era “um passo positivo para o cumprimento de suas obrigações internacionais”. Entretanto, sem rejeitar o valor e a transcendência deste reconhecimento, a Comissão notou que o mesmo “deriva de uma interpretação dos fatos diversa à apresentada na demanda e no escrito de petições, argumentos e provas”. Acrescentou que “vários dos argumentos expostos pelo Estado no próprio escrito de contestação à demanda controvertem os fatos supostamente reconhecidos”. Além disso, observou que pelos termos do reconhecimento

em questão “as implicações jurídicas em relação aos fatos não foram totalmente assumidas pelo Estado, e tampouco a pertinência das reparações solicitadas pelas partes”. Em consequência, a Comissão considerou que era “indispensável que o Tribunal resolvesse em sentença as questões que permanecem em contensão”.

23. Os representantes solicitaram “que seja levado em consideração o reconhecimento de responsabilidade feito pelo Estado [...] em sua justa dimensão” e que a Corte “se pronuncie sobre as violações dos direitos humanos das vítimas ocorridas desde o dia de seu desaparecimento até agora”.
24. Em conformidade com os artigos 53.2 e 55 do Regulamento e em exercício de seus poderes de tutela judicial internacional dos direitos humanos, a Corte pode determinar se um reconhecimento de responsabilidade internacional efetuado por um Estado demandado oferece base suficiente, nos termos da Convenção, para continuar o conhecimento do mérito e determinar as eventuais reparações e custas.<sup>23</sup>
25. Nesse sentido, a Corte observa que a frase “a procedência do reconhecimento”, bem como o texto íntegro do artigo 55 do Regulamento, indicam que estes atos não são, por si mesmos, vinculantes para o Tribunal. Em vista de que os processos perante esta Corte se referem à tutela dos direitos humanos, questão de ordem pública internacional que transcende a vontade das partes, a Corte deve velar por que tais atos sejam aceitáveis para os fins que busca cumprir o sistema interamericano. Nesta tarefa o Tribunal não se limita unicamente a verificar as condições formais dos mencionados atos, mas deve confrontá-los com a natureza e gravidade das violações alegadas, as exigências e o interesse da justiça, as circunstâncias particulares do caso concreto e a atitude e posição das partes.<sup>24</sup>
26. No presente caso, a Corte considera que o reconhecimento parcial de responsabilidade efetuado pelo Estado constitui uma contribuição positiva ao desenvolvimento deste processo, à boa prática da jurisdição interamericana sobre direitos humanos, à vigência dos princípios que inspiram a Convenção Americana e à conduta à que estão obrigados os Estados nesta matéria,<sup>25</sup> em virtude dos compromissos que assumem como partes nos instrumentos internacionais sobre direitos humanos.<sup>26</sup>
27. No que se refere aos fatos, a Corte observa que o Estado admitiu, em termos gerais, os fatos de contexto relativos à violência contra as mulheres em Ciudad Juárez, particularmente os homicídios que foram registrados desde o início dos anos 90, bem como os fatos referentes ao que o Estado denomina “primeira etapa” das investigações dos crimes perpetrados contra três vítimas, que abarca o período de 2001 a 2003. Além disso, o México aceitou os fatos relativos à afetação da integridade psíquica e da dignidade dos familiares das três vítimas.
28. Sem prejuízo do anterior, o Tribunal percebe que, embora o Estado tenha aceitado estes fatos em termos gerais, em sua argumentação posterior relativa ao mérito do assunto controverteu fatos específicos de contexto ou da “primeira etapa” das investigações. Por isso, a Corte determinará nos seguintes capítulos todo o contexto fático deste caso e fará as especificações correspondentes quando um fato for considerado estabelecido com base na aceitação do Estado, ou como provado, em conformidade com a evidência apresentada pelas partes.
29. No que se refere às pretensões de direito, o Tribunal declara que cessou a controvérsia sobre a violação dos artigos 5.1, 8.1, 25.1 da Convenção Americana, em detrimento dos familiares das vítimas identificados no parágrafo 9 *supra*, pelas violações aceitas pelo Estado na “primeira etapa” das investigações. Por outro lado, declara que subsiste a controvérsia sobre as alegadas violações dos artigos 4, 5, 7, 11 e 19 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma e ao artigo 7 da Convenção de Belém do Pará. Além disso, subsiste a controvérsia sobre a alegada violação do artigo 5 da Convenção Americana por fatos diferentes dos reconhecidos pelo Estado, em relação aos familiares das vítimas, bem como a controvérsia relativa à alegada violação dos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma, sobre a “segunda etapa” das investigações.

23. O artigo 53.2 do Regulamento dispõe que:

Se o demandado comunicar à Corte seu acatamento às pretensões da parte demandante e às dos representantes das supostas vítimas, seus familiares ou representantes, a Corte, ouvido o parecer das partes no caso, resolverá sobre a procedência do acatamento e seus efeitos jurídicos. Neste caso, a Corte determinará, se for o caso, as reparações e custas correspondentes.

Por sua vez, o artigo 55 do Regulamento estabelece que:

A Corte, levando em conta as responsabilidades que lhe cabem em matéria de proteção dos direitos humanos, poderá decidir pelo prosseguimento do exame do caso, mesmo em presença das situações indicadas nos artigos precedentes.

24. Cf. *Caso Kimel Vs. Argentina. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 2 de maio de 2008. Série C N° 177, par. 24, e *Caso Ticona Estrada Vs. Bolívia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C N° 191, par. 21.

25. Cf. *Caso Trujillo Oroza Vs. Bolívia. Mérito*. Sentença de 26 de janeiro de 2000. Série C N° 64, par. 42; *Caso Albán Cornejo e outros Vs. Equador. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C N° 171. par 24, e *Caso Kimel Vs. Argentina*, par. 25, nota 24 *supra*.

26. Cf. *Caso Carpio Nicolle e outros Vs. Guatemala. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2004. Série C N° 117, par. 84; *Caso Albán Cornejo e outros Vs. Equador*, par. 24, nota 25 *supra*, e *Caso Kimel Vs. Argentina*, par. 25, nota 24 *supra*.

30. Finalmente, em relação às pretensões de reparações, o Estado aceitou que tem o dever de reparar as violações aceitas e indicou uma série de medidas reparatórias que realizou ou que oferece realizar, o que será avaliado no capítulo IX desta Sentença, em conformidade com os argumentos e prova apresentados pelas partes.

#### IV Exceção Preliminar (Incompetência *Ratione Materiae* da Corte)

31. O Estado alegou a incompetência da Corte para “determinar violações” à Convenção de Belém do Pará. Isso foi rejeitado pela Comissão e pelos representantes, os quais alegaram a competência da Corte sobre o artigo 7 desta Convenção. Os representantes alegaram que, além disso, a Corte tem competência para “conhecer de violações” ao artigo 9 e “aplicar o artigo 8” desta Convenção.

32. Para resolver controvérsias sobre a interpretação de normas, a Corte invocou<sup>27</sup> a Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. Em sua parte pertinente, esta Convenção afirma:

Artigo 31. Regra geral de interpretação. 1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.

[...]

Artigo 32. Meios suplementares de interpretação. Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31:

- a) deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou
- b) conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado.

33. A Convenção de Viena possui uma regra que deve ser interpretada como um todo. O sentido corrente dos termos, a boa-fé, o objetivo e fim do tratado e os demais critérios confluem de maneira unida para desentranhar o significado de uma determinada norma. Por outro lado, a Corte ressalta que o Direito Internacional dos Direitos Humanos está composto tanto de um conjunto de regras (as convenções, pactos, tratados e demais documentos internacionais), como de uma série de valores que estas regras pretendem desenvolver. Então, a interpretação das normas deve ser desenvolvida também a partir de um modelo baseado em valores que o Sistema Interamericano pretende resguardar, sob o “melhor ângulo” para a proteção da pessoa. Nesse sentido, ao enfrentar um caso como o presente, o Tribunal deve determinar qual é a interpretação que se adequa de melhor maneira ao conjunto das regras e valores que compõem o Direito Internacional dos Direitos Humanos. Concretamente, neste caso, o Tribunal deve estabelecer os valores e objetivos perseguidos pela Convenção de Belém do Pará e realizar uma interpretação que os desenvolva na maior medida. Isso exige a utilização em conjunto dos elementos da norma de interpretação do citado artigo 31 (par. 32 *supra*).

34. Levando em consideração o anterior, em primeiro lugar o Tribunal analisará sua competência sobre o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, para posteriormente dirimir o pertinente sobre os artigos 8 e 9 do mesmo tratado.

#### **1. Competência contenciosa do Tribunal em relação ao artigo 7 da Convenção de Belém do Pará**

##### *1.1. A regra geral de competência expressa e o critério literal de interpretação*

35. O Estado alegou que a Corte somente pode interpretar e aplicar a Convenção Americana e os instrumentos que expressamente lhe concedem competência. Além disso, afirmou que a Corte, “exercendo sua faculdade consultiva” pode “conhecer e interpretar tratados diferentes” da Convenção Americana, mas “a faculdade de punir o descumprimento de outros tratados não é extensiva quando a mesma exerce sua jurisdição contenciosa”, visto que “o princípio fundamental que rege a competência jurisdicional da mesma é a vontade [ou aceitação expressa] do Estado de se submeter a ela”. Acrescentou que o princípio de segurança jurídica “garante não somente a estabilidade do sistema interamericano”, mas “a certeza das obrigações que derivam para o Estado por se submeter aos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos”.

<sup>27</sup> Cf. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Peru. Competência*. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C N° 54, par. 38, e *Caso Blake Vs. Guatemala. Interpretação da Sentença de Reparações e Custas*. Sentença de 1° de outubro de 1999. Série C N° 57, par. 21.

36. O Tribunal considera que o Estado tem razão em relação a que a Convenção Americana estabelece, em seu artigo 62, uma regra de competência expressa, segundo a qual a competência da Corte deve ser estabelecida por “declaração especial” ou por “convenção especial”.
37. O México alega que cada tratado interamericano requer uma declaração específica de concessão de competência à Corte. A esse respeito, o Tribunal ressalta que no caso *Las Palmeras Vs. Colômbia* ratificou a possibilidade de exercer sua competência contenciosa em relação a outros instrumentos interamericanos diferentes da Convenção Americana, no contexto de instrumentos que estabeleçam um sistema de petições objeto de supervisão internacional no âmbito regional.<sup>28</sup> Nesse sentido, a declaração especial para aceitar a competência contenciosa da Corte segundo a Convenção Americana, levando em consideração o artigo 62 da mesma, permite que o Tribunal conheça tanto de violações à Convenção como de outros instrumentos interamericanos que lhe concedem competência.
38. Corresponde então analisar como se estabelece a competência para o trâmite de petições na Convenção de Belém do Pará. Os artigos pertinentes deste instrumento afirmam o seguinte:

CAPÍTULO IV. MECANISMOS INTERAMERICANOS DE PROTEÇÃO

Artigo 10. A fim de proteger o direito de toda mulher a uma vida livre de violência, os Estados Partes deverão incluir nos relatórios nacionais à Comissão Interamericana de Mulheres informações sobre as medidas adotadas para prevenir e erradicar a violência contra a mulher, para prestar assistência à mulher afetada pela violência, bem como sobre as dificuldades que observarem na aplicação das mesmas e os fatores que contribuam para a violência contra a mulher.

Artigo 11. Os Estados Partes nesta Convenção e a Comissão Interamericana de Mulheres poderão solicitar à Corte Interamericana de Direitos Humanos parecer consultivo sobre a interpretação desta Convenção.

Artigo 12. Qualquer pessoa ou grupo de pessoas, ou qualquer entidade não governamental juridicamente reconhecida em um ou mais Estados membros da Organização, poderá apresentar à Comissão Interamericana de Direitos Humanos petições referentes a denúncias ou queixas de violação do artigo 7 desta Convenção por um Estado Parte, devendo a Comissão considerar tais petições em conformidade com as normas e procedimentos estabelecidos na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e no Estatuto e Regulamento da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, para a apresentação e consideração de petições (sem grifo no original).

39. O Estado afirmou que o citado artigo 12 “menciona expressa e exclusivamente a Comissão Interamericana como o órgão encarregado da proteção da Convenção, através do procedimento de petições individuais”, o que “não deixa espaço para dúvidas” e leva à conclusão de que a Corte “é incompetente” para conhecer de violações deste instrumento. Explicou que “[s]e a intenção dos Estados [...] houvesse sido a de conceder competência [à] Corte, não somente teria sido indicado [expressamente], mas além da Convenção Americana, do Estatuto e do Regulamento da Comissão, necessariamente teria incluído também o Estatuto e o Regulamento da Corte”.
40. O Tribunal considera errôneas as alegações do Estado. A Convenção de Belém do Pará estabelece que a Comissão considerará as petições sobre seu artigo 7 “em conformidade com as normas e os requisitos de procedimento para a apresentação e consideração de petições estipuladas na Convenção Americana [...] e no Estatuto e no Regulamento da Comissão”. Esta formulação não exclui nenhuma disposição da Convenção Americana, de modo que haverá de concluir que a Comissão atuará nas petições sobre o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, “em conformidade com o disposto nos artigos 44 a 51 [da Convenção Americana]”, como dispõe o artigo 41 da mesma Convenção. O artigo 51 da Convenção e o artigo 44 do Regulamento da Comissão se referem expressamente à submissão de casos perante a Corte quando ocorre descumprimento das recomendações do Relatório de Mérito ao que se refere o artigo 50 da Convenção Americana. Além disso, o artigo 19.b do Estatuto da Comissão estabelece que entre as atribuições da Comissão está a de “comparecer perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos nos casos previstos na Convenção”.
41. Em resumo, parece claro que o teor literal do artigo 12 da Convenção de Belém do Pará concede competência à Corte ao não excetuar de sua aplicação nenhuma das normas e requisitos de procedimento para as comunicações individuais.
42. Ora, ainda que o texto pareça literalmente claro, é necessário analisá-lo aplicando todos os elementos que compõem a regra de interpretação do artigo 31 da Convenção de Viena (par. 32 *supra*). Este Tribunal também afirmou que o “sentido corrente” dos termos não pode ser uma regra em si mesma, mas deve se relacionar ao

28. Cf. *Caso Las Palmeras Vs. Colômbia. Exceções Preliminares*. Sentença de 4 de fevereiro de 2000. Série C Nº 67, par. 34.

contexto e, em especial, ao objeto e fim do tratado, de maneira tal que a interpretação não conduza de nenhuma maneira a debilitar o sistema de proteção consagrado na Convenção<sup>29</sup>.

### 1.2. *Interpretação sistemática*

43. A Corte ressalta que, segundo o argumento sistemático, as normas devem ser interpretadas como parte de um todo cujo significado e alcance devem ser fixados em função do sistema jurídico ao qual pertencem.
44. O Estado alegou que "aceit[ou] a jurisdição" da Corte "exclusivamente para casos que versem sobre a interpretação ou aplicação da Convenção Americana e não sobre tratado ou instrumento internacional diferente". Por outro lado, o México argumentou que é possível a não judicialização do sistema de petições incluído na Convenção de Belém do Pará, levando em consideração instrumentos internacionais de direitos humanos que "não estabelecem mecanismos *ipso jure* para a submissão de petições a tribunais internacionais", que inclusive estabeleceram "Protocolos" que incluem "comitês *ad hoc* para analisar petições individuais". Destacou que "não se deve esquecer que estes não são órgãos jurisdicionais, mas que mantêm estruturas, procedimentos e faculdades similares às da Comissão Interamericana".
45. No sistema interamericano existem tratados que não estabelecem como mecanismo de proteção qualquer referência ao trâmite de petições individuais, tratados que permitem o trâmite de petições, mas as restringem para certos direitos e tratados que permitem o trâmite de petições em termos gerais.
46. Na primeira hipótese se encontra a Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (doravante denominada a "CIETFPD"), cujo artigo VI estabelece que um Comitê para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência "será o foro para examinar o progresso registrado" na aplicação da Convenção. Neste tratado não se faz menção ao trâmite de petições individuais que denunciem a violação desta Convenção.
47. Umas segunda hipótese se encontra em tratados que concedem competência para o trâmite de petições, mas as restringem *ratione materiae* a certos direitos. Assim, por exemplo, o artigo 19.6 do Protocolo Adicional à Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, "Protocolo de San Salvador", permite a apresentação de denúncias somente em relação ao direito à educação e aos direitos sindicais.
48. Na terceira hipótese se encontram a Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (doravante denominada a "CIPST"), a Convenção Interamericana sobre o Desaparecimento Forçado de Pessoas (doravante denominada "CIDFP") e a Convenção de Belém do Pará. Estes tratados contêm normas de jurisdição diferentes da Convenção Americana, tal como se explica a seguir.
49. O Estado alegou a "inaplicabilidade" dos critérios utilizados pela Corte em relação à "aplicação" da CIPST e da CIDFP, levando em consideração que estas "contêm cláusulas diferentes" do artigo 12 da Convenção de Belém do Pará, visto que este restringe a possibilidade unicamente à Comissão Interamericana, razão pela qual se aplica o critério interpretativo conforme o qual "a menção expressa de uma circunstância exclui às demais" e "a expressão especial impede toda interpretação extensiva".
50. O Tribunal constata que a CIDFP, em seu artigo XIII, afirma que as petições estarão sujeitas às normas de procedimento da Comissão e da Corte, razão pela qual tem se declarado sua violação em alguns casos.<sup>30</sup>
51. Por outro lado, o artigo 8 da CIPST autoriza o acesso "a instâncias internacionais, cuja competência tenha sido aceita [pelo] Estado" ao que se atribui a violação deste tratado. Esta Convenção não menciona a Corte Interamericana em nenhum de seus artigos. Entretanto, a Corte declarou a violação deste tratado em diversos casos utilizando um meio de interpretação complementar (os trabalhos preparatórios) diante da possível ambiguidade da disposição.<sup>31</sup>
52. A Corte considera que, diferentemente do que afirma o México, a Convenção de Belém do Pará faz menção ainda

29. Cf. "Outros tratados" objeto da função consultiva da Corte (artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-1/82 de 24 de setembro de 1982. Série A N° 1, pars. 43 a 48; *Restrições à Pena de Morte* (artigos 4.2 e 4.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A N° 3, pars. 47 a 50; *Proposta de modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A N° 4, pars. 20 a 24, e, entre outros, *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C N° 1, par. 30.

30. Cf. *Caso Gómez Palomino Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C N° 136, par. 110; *Caso Ticona Estrada e outros Vs. Bolívia*, par. 85, nota 24 *supra*, e *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de Setembro de 2009. Série C N° 202, par. 61.

31. Cf. *Caso das "Crianças de Rua" (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C N° 63, pars. 247 e 248.



mais explícita que a CIPST à jurisdição da Corte, já que alude expressamente às disposições que permitem à Comissão enviar estes casos à Corte.

53. Por outro lado, o Estado alegou que embora a Convenção de Belém do Pará afirme que a Comissão deverá conhecer das petições em conformidade com as normas e procedimentos estabelecidos na Convenção Americana, “isso somente pode significar que deverá se acolher ao estabelecido na Seção 4 do Capítulo VII da Convenção Americana”, pois “é aí onde são estabelecidas as regras que ordenam o procedimento de uma petição individual”. O México alegou que o fato de que a Comissão possa apresentar um caso à Corte “não se deve confundir” com o procedimento de petições individuais. Pelo contrário, afirmou o Estado, “o artigo 12 da Convenção de Belém do Pará é aquele no qual a Comissão exerce suas funções quase jurisdicionais”, e que “o fato de que o trâmite de uma petição perante a Comissão Interamericana possa derivar em um caso perante a Corte [...] não implica que o procedimento perante a Comissão dependa do processo perante a Corte”, o que “é evidente, visto que a conclusão de uma petição nem sempre é uma sentença da Corte”.
54. A partir de uma interpretação sistemática, nada no artigo 12 aponta para a possibilidade de que a Comissão Interamericana aplique o artigo 51 da Convenção Americana de maneira fragmentada. É verdade que a Comissão Interamericana pode decidir não enviar um caso à Corte, mas nenhuma norma da Convenção Americana nem o artigo 12 da Convenção de Belém do Pará proíbem que um caso seja transmitido ao Tribunal, se a Comissão assim o decide. O artigo 51 é claro neste ponto.
55. A Corte reitera sua jurisprudência em torno à “integridade institucional do sistema de proteção consagrado na Convenção Americana”. Isso significa, por um lado, que a submissão de um caso contencioso perante a Corte em relação a um Estado Parte que tenha reconhecido a competência contenciosa do Tribunal requer do desenvolvimento prévio do procedimento perante a Comissão.<sup>32</sup> Por outro lado, a competência designada à Comissão pelo inciso f do artigo 41 da Convenção abarca os diversos atos que culminam na apresentação de uma demanda perante a Corte para obter desta uma resolução jurisdicional. Este artigo se refere a um âmbito no qual são atualizadas as atribuições tanto da Comissão como da Corte, em seus respectivos momentos. Cabe recordar que a Corte é o único órgão judicial nestas matérias.<sup>33</sup>
56. O anterior não quer dizer que um Estado Parte que não tenha reconhecido a jurisdição contenciosa da Corte segundo a Convenção Americana e tenha ratificado, por exemplo, a Convenção de Belém do Pará, possa ser objeto da jurisdição contenciosa deste Tribunal. Nesse caso, a aplicação do artigo 51 se faz impossível, já que para que esse componente do artigo 51 opere, requer-se haver cumprido o disposto no artigo 62 da Convenção Americana.
57. Além disso, o Tribunal reitera que ter conferido competência à Corte segundo a Convenção Americana significa garantir que nos eventos nos quais seja estabelecido um sistema de petições, como seja pertinente, seja garantido o controle judicial da Corte na matéria. Diferente seria naqueles instrumentos nos quais não se estabelece um sistema de petições como mecanismo de proteção, tal como ocorre com a CIETFDPD.
58. Em conclusão, uma interpretação sistemática das normas relevantes para resolver esta controvérsia permite respaldar ainda mais a competência contenciosa da Corte em relação ao artigo 7 da Convenção de Belém do Pará.

### *1.3. Interpretação teleológica e princípio do efeito útil*

59. Em uma interpretação teleológica é analisado o propósito das normas envolvidas, para o que é pertinente analisar o objetivo e fim do próprio tratado e, se for pertinente, analisar os propósitos do sistema regional de proteção. Nesse sentido, tanto a interpretação sistemática como a teleológica estão diretamente relacionadas.
60. O Estado indicou que embora “o objetivo e fim da Convenção de Belém do Pará seja a eliminação total da violência contra a mulher”, “não se pode confundir esse fim último [...] com a judicialização do sistema de direitos e obrigações que rege o instrumento”.
61. O fim do sistema de petições consagrado no artigo 12 da Convenção de Belém do Pará é o de fortalecer o direito de petição individual internacional a partir de certas precisões sobre os alcances do enfoque de gênero. A adoção desta Convenção reflete uma preocupação uniforme em todo o hemisfério sobre a gravidade do problema da

32. Cf. *Assunto de Viviana Gallardo e outras*. Série A N° G 101/81, pars. 12.b), 16, 20, 21 e 22, e *Caso Acevedo Jaramillo e outros Vs. Peru. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 7 de fevereiro de 2006. Série C N° 144, par. 174.

33. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*, par. 45, nota 29 *supra*.

violência contra a mulher, sua relação com a discriminação historicamente sofrida e a necessidade de adotar estratégias integrais para preveni-la, sancioná-la e erradicá-la.<sup>34</sup> Em consequência, a existência de um sistema de petições individuais dentro de uma convenção de tal tipo tem como objetivo alcançar a maior proteção judicial possível, em relação àqueles Estados que admitiram o controle judicial por parte da Corte.

62. Neste ponto é fundamental ter presente a especificidade dos tratados de direitos humanos e seus efeitos sobre sua interpretação e aplicação. Por um lado, o objetivo e fim é a proteção dos direitos humanos dos indivíduos; por outro lado, significa a criação de uma ordem jurídica na qual os Estados assumem obrigações não em relação a outros Estados, mas para os indivíduos sob sua jurisdição.<sup>35</sup> Além disso, estes tratados são aplicados em conformidade com a noção de garantia coletiva.<sup>36</sup>
63. No presente caso o Estado afirmou que a interpretação teleológica deriva de que, enquanto o artigo 12 é omissivo em indicar a Corte, "o artigo 11 lhe concede competência exclusiva para emitir pareceres consultivos", o que indica que "a intenção das partes no tratado era precisamente delimitar as faculdades da Corte à sua função consultiva". Por sua vez, a Comissão e os representantes afirmaram que a Corte não pode deixar de assumir competência para conhecer de violações à Convenção de Belém do Pará, pois isso desconhecera o "princípio do efeito útil". Sobre este último, o Estado afirmou que "o efeito útil se encontra já garantido na Convenção e a aplicação do mesmo não implica que a Corte exerça sua jurisdição sobre a mesma", visto que isso seria "desconhecer e desqualificar" as funções que desempenham a Comissão Interamericana de Mulheres e a Comissão Interamericana de Direitos Humanos no âmbito dos mecanismos de proteção estabelecidos pela Convenção de Belém do Pará.
64. A alegação que o Estado faz no sentido de que a Corte não teria competência contenciosa porque o artigo 11 da Convenção de Belém do Pará somente se refere à jurisdição consultiva da Corte não apoia esta posição, mas, ao contrário, a contradiz. De fato, a competência consultiva não está incluída nos artigos 44 a 51 da Convenção Americana, de modo que era necessário estabelecê-la expressamente em outra disposição.
65. Em relação ao efeito útil, a Corte reitera o indicado em sua primeira decisão contenciosa, no sentido de que uma finalidade inerente a todo tratado é a de alcançar este efeito.<sup>37</sup> Isso é aplicável às normas da Convenção Americana relacionadas com a faculdade da Comissão de apresentar casos à Corte. E é esta uma das normas à que remete a Convenção de Belém do Pará.

#### *1.4. Critério complementar de interpretação: os trabalhos preparatórios da Convenção de Belém do Pará*

66. O Estado manifestou que "os representantes dos Estados discutiram amplamente a forma na qual se poderiam reivindicar violações [...], concluindo que a Comissão seria o único órgão competente para conhecer destas queixas", manifestando sua "inconformidade em conceder faculdades jurisprudenciais à Corte Interamericana para revisar possíveis violações" desta Convenção. Além disso, segundo o Estado, o artigo incluído no anteprojeto desta Convenção que facultava a esta Corte para conhecer violações à mesma, "não foi incluído no projeto final da [C]onvenção". Ademais, afirmou que "a faculdade de aceitar a competência obrigatória de um tribunal é um ato soberano de cada Estado que não encontra mais limites que a própria vontade do Estado". Concluiu que "é evidente que foi a intenção dos Estados signatários delimitar a competência exclusiva da Comissão para conhecer sobre petições individuais referentes a supostas violações a [esta] Convenção".
67. A Comissão rejeitou os argumentos do Estado relativos aos *travaux préparatoires* da Convenção de Belém do Pará e considerou que "em nenhum momento os Estados discutiram [...] a possibilidade de excluir a competência material da Corte [...] para conhecer sobre o descumprimento das obrigações emanadas [desta] Convenção". Os representantes não ofereceram alegações neste ponto.
68. A Corte observa que a Convenção de Viena exige referir-se aos trabalhos preparatórios somente de forma subsidiária. No presente caso, não seria necessário fazê-lo levando em consideração o analisado até agora. Sem prejuízo disso, o Tribunal estudará os trabalhos preparatórios para responder às alegações apresentadas pelo Estado.

34. Preâmbulo da Convenção de Belém do Pará.

35. Cf. "Outros tratados" objeto da função consultiva da Corte (artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos), par. 29, nota 29 *supra*.

36. Cf. *Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru. Competência*. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C N° 55, par. 41, e *Caso Ivcher Bronstein Vs. Peru*, par. 42, nota 27 *supra*.

37. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*, par. 30, nota 29 *supra*.

69. O “Texto aprovado pela maioria” na “Reunião Intergovernamental de Especialistas”, convocada em outubro de 1993 para revisar o projeto da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, afirmava o seguinte:

Artigo 15. Todo Estado Parte pode, a qualquer momento e em conformidade com as normas e os procedimentos estipulados na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, declarar que reconhece como obrigatória de pleno direito e sem convenção especial, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos sobre todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da presente Convenção.<sup>38</sup>

70. Em 26 de outubro de 1993, a delegação do México apresentou uma proposta relacionada às competências da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Comissão Interamericana de Mulheres (doravante denominada “CIM”).<sup>39</sup> Em particular, a proposta do México se dirigia a que fosse criado um Comitê para a Eliminação da Violência contra a Mulher que ajudasse a CIM no exame de relatórios nacionais e que revisasse denúncias ou queixas relativas à Convenção, apresentando “um parecer sobre [estas denúncias] à [CIM], com vistas à apresentação de casos perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos”.<sup>40</sup> Por sua vez, a delegação do Brasil informou que “reserva[va] sua posição” frente a este artigo 15 do anteprojeto.<sup>41</sup>

71. Por outro lado, um dos documentos analisados na VI Assembleia Extraordinária de Delegadas, que durante o ano de 1994 analisou o anteprojeto da Convenção, incluí os comentários de alguns Governos a este documento.<sup>42</sup> Trinidad e Tobago apoiou a proposta do México, ao passo que Antígua e Barbuda, Bahamas, Colômbia, Costa Rica, Equador, El Salvador, Guatemala, Paraguai, Santa Lúcia, Uruguai e Venezuela afirmaram seu acordo com o anteprojeto. O Chile apresentou observações que não se relacionavam aos mecanismos de proteção. São Cristóvão e Nevis se “reserv[ou] o direito de tomar uma decisão sobre os Artigos 13 a 15 do Projeto da Convenção e sobre as modificações propostas ao mesmo”. Barbados e Dominica manifestaram que se entendia que o trâmite de petições individuais estava regulamentado pela Convenção Americana. Por sua vez, o Peru considerava pertinente um “projeto de procedimento que devesse ser seguido perante a CIDH” ou “o estabelecimento de uma relatoria *ad hoc* para o caso específico das denúncias”.

72. Em 19 de abril de 1994, as delegadas da CIM reuniram-se para discutir o projeto da Convenção e procederam a uma votação nominal dos diversos artigos. Participaram 22 países membros da OEA. Em relação ao artigo 15 do Projeto, a votação teve como resultado: “16 votos a favor, um contra e quatro abstenções”.<sup>43</sup> Em uma “ata resumida” desta votação foi indicado que o artigo “não foi aprovado” porque se “requer[iam] 18 votos a favor para aprovar uma moção”. A Corte observa que não é correto argumentar que não houve uma maioria a favor da aprovação deste artigo, mas somente que não se obteve a quantidade de votos suficientes.

73. Os trabalhos preparatórios, deste modo, à medida em que se relacionam a um método subsidiário de interpretação, são completamente insuficientes como fundamento sólido para rejeitar a interpretação realizada do artigo 12 da Convenção de Belém do Pará. Por tal motivo, a Corte recorreu a todos os elementos primários de interpretação da Convenção de Viena.

#### *1.5. Efeitos do precedente estabelecido na sentença do Caso do Presídio Miguel Castro Castro*

74. O Estado afirmou que no Caso do Presídio Miguel Castro Castro *Vs. Peru* a Corte “não analisou sua competência para conhecer da Convenção de Belém do Pará”, razão pela qual “não existe evidência dos motivos pelos quais exerceu sua competência”. Além disso, alegou que o fato de que neste caso “não [se] tenha objetado a competência des[t]a Corte e que esta tampouco a tenha analisado, não deve ser obstáculo para que a Corte atenda a objeção do Estado” neste caso e “declare sua incompetência”.

38. Cf. Comissão Interamericana de Mulheres, VI Assembleia Extraordinária de Delegadas, *Texto Preliminar Inicial e a Última Versão de Projeto de Texto para a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher* (Ponto 1 do temário), OEA/Ser.L/II.3.6 CIM/doc.9/94, 13 de abril de 1994, p. 16.

39. Cf. Comissão Interamericana de Mulheres, *Relatório Preliminar da Segunda Sessão da Reunião Intergovernamental de Especialistas para Considerar o Anteprojeto da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher*, OEA/Ser.L/II.7.5 CIM/Recovi/doc.36/93 corr. 2, 14 de abril de 1994. Ver em particular, Anexo I, Grupo de Trabalho II, *Propostas de reforma apresentadas pela delegação do México aos artigos 13 a 16 do capítulo IV do projeto da Convenção*, WG-II/doc. 5/93 26 outubro 1993, pp. 12 e 13.

40. Cf. Comissão Interamericana de Mulheres, Anexo I, Grupo de Trabalho II, *Propostas de reforma apresentadas pela delegação do México aos artigos 13 a 16 do capítulo IV do projeto da Convenção*, p. 13, nota 39 *supra*.

41. Cf. Comissão Interamericana de Mulheres, VI Assembleia Extraordinária de Delegadas, p. 16, nota 38 *supra*.

42. Cf. Comissão Interamericana de Mulheres, VI Assembleia Extraordinária de Delegadas, *Comentários Recebidos dos Governos ao Projeto da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher* (Ponto 1 do temário), OEA/Ser.L/II.3.6 CIM/doc.4/94, 4 de abril de 1994.

43. Cf. Comissão Interamericana de Mulheres, VI Assembleia Extraordinária de Delegadas, *Ata Resumida da Segunda Sessão Plenária*, OEA/Ser.L/II.3.6 CIM/doc.24/94, rev.1, 6 de junho de 1994. Os países que votaram a favor foram: Equador, Bolívia, Trinidad e Tobago, Barbados, República Dominicana, Guatemala, Argentina, Colômbia, Nicarágua, Paraguai, Dominica, Venezuela, Chile, São Cristóvão e Nevis, Peru, Uruguai. O único país que votou contra foi o Brasil. Abstiveram-se de votar os seguintes países: México, Estados Unidos, Canadá e Jamaica.

75. No Caso do Presídio Miguel Castro Castro, o Tribunal declarou violada a Convenção de Belém do Pará, o que é equivalente a declarar sua competência sobre ela. Além disso, a Corte ressalta que não somente neste caso estabeleceu sua competência na matéria. Com efeito, nos Casos *Ríos e outros Vs. Venezuela* e *Perozo e outros Vs. Venezuela*, embora a Corte tenha declarado que “não correspond[ia] analisar os fatos [destes casos] sob as [...] disposições da Convenção de Belém do Pará”<sup>44</sup> porque não se demonstrou que as agressões foram “em especial dirigid[as] contra as mulheres” nem que “estas tenham ocorrido devido à sua condição [de mulher]”,<sup>45</sup> esta conclusão de não violação foi possível a partir da análise desta Convenção. Nisso se projetou então a competência do Tribunal sobre a mesma.
76. Em consequência, embora seja verdade que no Caso do Presídio Miguel Castro Castro *Vs. Peru* não foi realizada uma análise exaustiva da competência do Tribunal para conhecer de violações ao artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, que em seu momento foi considerada desnecessária diante da falta de controvérsia das partes, no presente caso, no qual o México questionou esta competência, a Corte expôs os motivos que a levam a reafirmar sua jurisprudência na matéria.

\*\*\*

77. Tudo isso permite concluir que a conjunção entre as interpretações sistemática e teleológica, a aplicação do princípio do efeito útil, somadas à suficiência do critério literal no presente caso, permitem ratificar a competência contenciosa da Corte para conhecer de violações do artigo 7 da Convenção de Belém do Pará.

## **2. Incompetência do Tribunal em relação aos artigos 8 e 9 da Convenção de Belém do Pará**

78. A Comissão Interamericana não alegou a competência contenciosa da Corte em relação aos artigos 8 e 9 da Convenção de Belém do Pará. Por sua vez, os representantes aludiram a esta competência, levando em consideração a “relação direta” do artigo 9 com o artigo 7 desta Convenção, em razão de uma “interpretação *pro personae*” do artigo 12 e do princípio do efeito útil. Acrescentaram que a Corte deve “assumir em conjunto ambos os artigos para conhecer das violações alegadas”.
79. A Corte considera que os critérios sistemáticos e teleológicos são insuficientes para se sobrepor ao que indica claramente o teor literal do artigo 12 da Convenção de Belém do Pará, onde se afirma que o sistema de petições se concentrará exclusivamente na possível violação do artigo 7 desta Convenção. A esse respeito, a Corte ressalta que a partir do princípio de interpretação mais favorável não se pode derivar um enunciado normativo inexistente, neste caso, a integração dos artigos 8 e 9 ao teor literal do artigo 12. Isso não impede que os diversos artigos da Convenção de Belém do Pará sejam utilizados para a interpretação da mesma e de outros instrumentos interamericanos pertinentes.

\*\*\*

80. Por todo o exposto, o Tribunal decide aceitar parcialmente a exceção preliminar interposta pelo Estado e, portanto, declarar que: a) tem competência contenciosa em razão da matéria para conhecer de alegadas violações ao artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, e b) não tem competência contenciosa em razão da matéria para conhecer de supostas violações aos artigos 8 e 9 deste instrumento internacional.

## **V Competência**

81. A Corte Interamericana é competente, nos termos do artigo 62.3 da Convenção, para conhecer do presente caso, em razão de que o México é Estado Parte na Convenção Americana desde 24 de março de 1981 e reconheceu a competência contenciosa do Tribunal em 16 de dezembro de 1998. Além disso, o Estado ratificou a Convenção de Belém do Pará em 12 de novembro de 1998.

44. *Caso Ríos e outros Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C N° 194, par. 280 e *Caso Perozo e outros Vs. Venezuela*, par. 296, nota 22 *supra*.

45. *Caso Ríos e outros Vs. Venezuela*, par. 279, nota 44 *supra*, e *Caso Perozo Vs. Venezuela*, pars. 295 e 296, nota 22 *supra*.

VI  
Prova

82. Com base no estabelecido nos artigos 44 e 45 do Regulamento, bem como em sua jurisprudência em relação à prova e sua apreciação,<sup>46</sup> a Corte examinará e apreciará os elementos probatórios documentais apresentados pelas partes em diversas oportunidades processuais, bem como as declarações prestadas através de *affidavit* e em audiência pública. Para isso, o Tribunal se aterá aos princípios da crítica sã, dentro do marco legal correspondente.<sup>47</sup>

**1. Prova testemunhal e pericial**

83. Foram recebidas as declarações escritas das seguintes testemunhas e peritos:

- a) *Luis Alberto Bosio*. Testemunha proposta pela Comissão. Declarou, *inter alia*, sobre “os reconhecimentos médico-forenses e pareceres médico-ósseos em antropologia forense que praticou em relação a vários dos restos encontrados no denominado ‘*Campo Algodoeiro*’ entre 6 e 7 de novembro de 2001; suas conclusões, e a compatibilidade dos exames realizados com anterioridade, em relação aos mesmos restos, com os padrões internacionais aplicáveis na matéria”.
- b) *Mercedes Doretti*. Testemunha proposta pela Comissão. Declarou, *inter alia*, sobre “as investigações desenvolvidas pela EAAF [Equipe Argentina de Antropologia Forense] em relação aos homicídios de mulheres e meninas cometidos no Estado de Chihuahua, México; o processo de identificação das vítimas de tais crimes; a conduta e níveis de colaboração das autoridades diante de tais investigações, e as conclusões da EAAF a partir de suas investigações”.
- c) *Carlos Castresana Fernández*. “[M]embro da equipe do Escritório das Nações Unidas contra a Droga e o Crime (UNODC) que fiscalizou, em 2003, as investigações realizadas no âmbito interno em relação aos homicídios de mulheres e meninas em Ciudad Juárez, incluídos os casos de Campo Algodoeiro”. Perito proposto pela Comissão. Declarou, *inter alia*, sobre “a devida diligência nos processos de investigação de crimes desta natureza; e a condução das investigações nos *Casos Campo Algodoeiro* à luz dos padrões internacionais aplicáveis à matéria”.
- d) *Servando Pineda Jaimés*. “Diretor da Faculdade de Ciências Sociais da Universidade Autônoma de Ciudad Juárez”. Perito proposto pela Comissão. Declarou, *inter alia*, sobre “as causas e consequências do fenômeno dos desaparecimentos e homicídios de mulheres e meninas no Estado de Chihuahua; e os padrões socioculturais que condicionam as atuações judiciais e da polícia em relação a este tipo de casos”.
- e) *Clyde Snow*. “Antropólogo forense”. Perito proposto pela Comissão. Declarou, *inter alia*, sobre “os padrões internacionais aplicáveis à identificação dos restos de vítimas de crimes violentos; a preservação correta de evidência essencial neste tipo de casos; [e] o processo de identificação genética de restos humanos”.
- f) *Oscar Máynez Grijalva*. Testemunha proposta pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre “o processo de levantamento pericial dos corpos, o manejo institucional do caso durante o tempo em que ele trabalhou como servidor público, as [supostas] pressões das autoridades para dar uma resposta rápida; as [alegadas] anomalias e irregularidades que lhe constam; o motivo de sua renúncia; [e] as [supostas] pressões por parte das autoridades”.
- g) *Ana Lorena Delgadillo Pérez*. Testemunha proposta pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre “o desempenho institucional das autoridades (federais e locais) envolvidas na investigação e julgamento do caso; a forma de atenção e tratamento aos familiares das vítimas por parte das diversas instâncias de governo que entrevistaram no caso; as [alegadas] dificuldades das famílias [para ter] acesso à justiça; a colaboração das diversas autoridades entre s[i]; [e] a necessidade de mecanismos nacionais eficientes para a busca de mulheres desaparecidas”.

46. Cf. *Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparações e Custas*. Sentença de 25 de maio de 2001. Série C N° 76, par. 50; *Caso Acevedo Buendía e outros (“Demitidos e aposentados da Controladoria”) Vs. Perú. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1° de julho de 2009. Série C N° 198, par. 22, e *Caso Escher e outros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de julho de 2009. Série C N° 199, par. 55.

47. Cf. *Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala*, par. 76, nota 46 *supra*; *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de junho de 2009. Série C N° 197, par. 26, e *Caso Escher e outros Vs. Brasil*, par. 55, nota 46 *supra*.

- h) *Abraham Hinojos*. Testemunha proposta pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre “elementos [supostamente] valiosos sobre todos [os] elementos que integram a impunidade no caso: vítimas e fabricação de culpados”.
- i) *Rosa Isela Pérez Torres*. Testemunha proposta pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre “[sua documentação da] violência contra as mulheres em Ciudad Juárez e as [supostas] atuações irregulares das autoridades locais e federais” e “a [suposta] influência do governo do Estado no manejo da informação nos meios de comunicação sobre a violência contra as mulheres, em especial sobre os homicídios de mulheres registrados desde 1993”.
- j) *Elizabeth Lira Kornfeld*. “[E]specialista em psicologia social”. Perita proposta pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre “os critérios e mecanismos para reparar o dano às vítimas de violência contra as mulheres, em especial às famílias de mulheres vítimas de homicídio” e sobre “diretrizes para mitigar as sequelas da tortura psicológica nas famílias das vítimas a partir de critérios de saúde mental comunitária e direitos humanos”.
- k) *Jorge de la Peña Martínez*. “[P]siquiatra”. Perito proposto pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre o “[alegado] dano psicológico ocasionado [às s]enhoras Josefina González e Benita Monárrez e suas famílias em razão do [suposto] desaparecimento e homicídio [de] suas filhas, vinculado à [suposta] violência institucional de que foram parte”.
- l) *Fernando Coronado Franco*. “[E]specialista em Direito Penal mexicano e Direito Internacional dos Direitos Humanos”. Perito proposto pelos representantes. Declarou, *inter alia*, “sobre o papel e a atuação do [M]inistério [P]úblico e do [P]oder [J]udiciário no caso ‘Campo Algodoeiro’; os [supostos] principais obstáculos para o acesso à justiça e o desenvolvimento de um direito penal democrático à raiz das reformas constitucionais; a [suposta] repercussão destas reformas nas legislaturas dos estados, entre eles, o Estado de Chihuahua; as repercussões de não contar com um sistema acusatório e a [alegada] ausência de controles para a atuação do [M]inistério [P]úblico no caso Campo Algodoeiro; os poderes fácticos que [supostamente] impossibilitaram a resolução das investigações realizadas no Caso Campo Algodoeiro; a [suposta] ausência de mecanismos eficazes na proteção e promoção dos direitos humanos no Estado [m]exicano[,] e a [alegada] repercussão disto tanto nas vítimas como nos prováveis responsáveis”.
- m) *Elena Azaola Garrido*. “[E]specialista em psicologia, perspectiva de gênero, direitos da infância e processos de vitimização”. Perita proposta pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre “o [suposto] processo de vitimização dos familiares das vítimas de homicídio e desaparecimento relacionados com o caso Campo Algodoeiro, a [alegada] repercussão em suas vidas e os [supostos] danos causados” e sobre “o [alegado] dano psicológico ocasionado à [s]enhora Irma Monreal Jaime e sua família com motivo do [suposto] desaparecimento e homicídio de Esmeralda Herrera Monreal, ligado à [suposta] violência institucional de que foi parte”.
- n) *Marcela Patricia María Huaita Alegre*. “[E]specialista sobre violência de gênero e direito das mulheres de acesso à justiça”. Perita proposta pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre “o [alegado] problema das famílias relacionadas ao caso Campo Algodoeiro para ter acesso à justiça, a [suposta] conduta discriminatória das autoridades para resolver casos de violência contra as mulheres, a [suposta] ausência de políticas de gênero na busca e administração de justiça, a [suposta] ausência de pressupostos com perspectiva de gênero; [e] a [alegada] ausência de estratégias estaduais e nacionais para investigar casos paradigmáticos de violência contra as mulheres que possam estar vinculadas com tráfico ou exploração sexual”.
- o) *Marcela Lagarde y de los Ríos*. “[E]specialista em direitos humanos das mulheres, perspectiva de gênero e políticas públicas”. Perita proposta pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre “a [alegada] ausência de política de gênero em Ciudad Juárez e Chihuahua, bem como no restante do [E]stado mexicano; as [supostas] dificuldades das mulheres para ter acesso aos serviços prestados pelo [E]stado, as políticas [supostamente] discriminatórias pelo fato de ser mulher; a [suposta] falta de prevenção da violência de gênero; o papel do poder legislativo na criação de políticas de gênero; o papel do poder legislativo como órgão supervisor na atuação das instituições; [e] a especificação dos diferentes tipos e modos de violência que têm enfrentado as mulheres em Ciudad Juárez, de maneira especial as [supostas] vítimas de desaparecimento, homicídio e seus familiares”.

- p) *Clara Jusidman Rapoport*. “Especialista em políticas públicas e gênero”. Perita proposta pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre “a avaliação [...] que realizou em Ciudad Juárez e Chihuahua, indicando os principais obstáculos que [supostamente] enfrenta a administração pública de Ciudad Juárez como resultado da [suposta] ausência de políticas públicas com perspectiva de gênero; as [alegadas] repercussões da [suposta] ausência de políticas públicas com perspectiva de gênero no âmbito nacional; os principais desacertos em matéria de gênero por parte das autoridades estaduais e nacionais; [e] o contexto social, político e econômico de violência contra as mulheres que vive Ciudad Juárez”.
- q) *Julia Monárrez Fragoso*. “[E]specialista em violência em razão de gênero [...] que estudou durante anos o contexto de violência de gênero em Ciudad Juárez”. Perita proposta pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre “os [supostos] feminicídios em Ciudad Juárez e em especial, sobre o [alegado] padrão sistêmico de violência sexual feminicida; a [suposta] imperícia das autoridades para investigar casos que apresentam o mesmo padrão de violência; a [alegada] falta de acesso à informação ou de informação sistematizada e clara que impede investigações baseadas em dados oficiais; o manejo [...] do [E]stado para informar a sociedade sobre o número de homicídios de mulheres [e] o número de mulheres desaparecidas; a [suposta] minimização das autoridades diante do contexto de violência contra as mulheres; o papel das instâncias governamentais e não governamentais no atendimento dos familiares das mulheres desaparecidas ou não identificadas; o papel da sociedade de Ciudad Juárez diante do contexto de violência contra as mulheres; os atores políticos e sociais que [supostamente] permitiram o contexto de violência contra as mulheres; [e] a reação dos empresários, meios de comunicação, igreja e outros setores da sociedade diante dos [alegados] feminicídios”.
- r) *Mara Galindo López*. Testemunha proposta pelo Estado. Declarou, *inter alia*, sobre “[a]s funções do órgão [de Atendimento a Vítimas da Subprocuradoria da Região Norte da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua]; [os] [alegados] apoios materiais proporcionados aos familiares de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez e Esmeralda Herrera Monreal; e [a] [suposta] atenção não material proporcionada aos familiares de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez e Esmeralda Herrera Monreal”.
- s) *Flor Rocío Murguía González*. Testemunha proposta pelo Estado. Declarou, *inter alia*, sobre “[a] integração ministerial das averiguações pela morte de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez e Esmeralda Herrera Monreal; e [as] diretrizes de investigação da Promotoria [Especializada em Investigação de Homicídios de Mulheres em Juárez,] sob sua responsabilidade”.
- t) *Eberth Castañón Torres*. Testemunha proposta pelo Estado. Declarou, *inter alia*, sobre “[as] análises periciais realizadas em torno às investigações das mortes de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez e Esmeralda Herrera Monreal”; e os “[alegados a]vanços e resultados em matéria de genética forense no Estado de Chihuahua, em especial em Ciudad Juárez, derivados da implementação do novo sistema de justiça penal e das reformas em matéria forense”.
- u) *Luisa Fernanda Camberos Revilla*. Testemunha proposta pelo Estado. Declarou, *inter alia*, sobre “[a] política integral do governo do Estado de Chihuahua implementada para prevenir, investigar, punir e eliminar a violência contra a mulher; [os] resultados dos programas para prevenir, investigar, punir e eliminar a violência contra a mulher implementados pelo governo do Estado de Chihuahua, e [os] [alegados] apoios materiais e não materiais concedidos pelo Instituto [Chihuahuense da Mulher] aos familiares de mulheres vítimas de crimes, em especial aqueles concedidos aos familiares de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez e Esmeralda Herrera Monreal”.
- v) *María Sofía Castro Romero*. Testemunha proposta pelo Estado. Declarou, *inter alia*, sobre “[a] criação e funcionamento da Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, e [os] resultados da intervenção da Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez nos programas de prevenção e atenção à violência contra as mulheres em Chihuahua, em especial em Ciudad Juárez”.

84. Em relação à prova apresentada em audiência pública, a Corte recebeu as declarações das seguintes pessoas:

- a) *Josefina González Rodríguez*. Mãe de Claudia Ivette González e suposta vítima. Testemunha proposta pela Comissão. Declarou, *inter alia*, sobre “as diversas gestões realizadas pela família de [Claudia Ivette] no período imediatamente posterior a seu [alegado] desaparecimento; a resposta e atitude das autoridades frente a tais gestões; a condução das investigações no âmbito interno depois da descoberta dos restos de sua filha; os [supostos] obstáculos enfrentados pela família de [Claudia Ivette] na busca de justiça para o caso; [e] as [alegadas] consequências das [supostas] violações aos direitos humanos sofridas por sua filha em sua vida pessoal e para a família”.
- b) *Irma Monreal Jaime*. Mãe de Esmeralda Herrera Monreal e suposta vítima. Testemunha proposta pela Comissão. Declarou, *inter alia*, sobre “sua [suposta] história de vitimização à raiz do [alegado] desaparecimento de sua filha, as ações realizadas, as [supostas] violações de que foi objeto por parte das autoridades mexicanas, sua resposta, atitude e os [alegados] danos ocasionados; o [suposto] tortuoso e confuso processo de identificação de [sua filha Esmeralda]; a condução das investigações; os [alegados] obstáculos e a denegação de justiça; a condução do fundo criado pela Procuradoria Estadual e pela [Procuradoria Geral da República]; as repercussões em sua vida e na de sua família com motivo do [suposto] processo de vitimização; a gestão dos outros apoios dados pelo governo; a [alegada] falta de acesso à informação; a [suposta] ausência de assessoria e apoio jurídico para impulsionar as investigações; a [alegada] negligência das autoridades; o processo que teve que viver para ter acesso ao Sistema Interamericano; [e] a [suposta] pressão das autoridades”.
- c) *Benita Monárrez Salgado*. Mãe de Laura Berenice Ramos Monárrez e suposta vítima. Testemunha proposta pela Comissão. Declarou, *inter alia*, sobre “sua [suposta] história de vitimização à raiz do [alegado] desaparecimento de sua filha, as ações realizadas, as [supostas] violações de que foi objeto por parte das autoridades mexicanas, sua resposta, atitude e os danos ocasionados; o [suposto] tortuoso e confuso processo de identificação de [sua filha Laura]; a condução das investigações; os [alegados] obstáculos e a denegação de justiça; a condução do fundo criado pela Procuradoria Estadual e pela [Procuradoria Geral da República]; as [supostas] repercussões em sua vida e na de sua família com motivo do [suposto] processo de vitimização; a gestão dos outros apoios dados pelo governo; a [alegada] falta de acesso à informação; a [suposta] ausência de assessoria e apoio jurídico para impulsionar as investigações; a [alegada] negligência das autoridades; o processo que teve que viver para ter acesso ao Sistema Interamericano; [e] a [suposta] pressão das autoridades”.
- d) *Rhonda Copelon*, Professora de Direito, especialista, *inter alia*, em Direitos Humanos, Direito Penal Internacional, gênero e violência contra as mulheres. Perita proposta pela Comissão. Declarou, *inter alia*, sobre “o problema da violência contra as mulheres em geral; sua relação com a discriminação historicamente sofrida; a necessidade de fortalecimento institucional e adoção de estratégias integrais para preveni-la, sancioná-la e erradicá-la; e o acesso à justiça por parte das vítimas de violência de gênero”. Após sua declaração oral, a perita enviou ao Tribunal uma versão por escrito de sua peritagem.
- e) *Rodrigo Caballero Rodríguez*. Testemunha proposta pelo Estado. Declarou, *inter alia*, sobre “[as] diligências realizadas na investigação ministerial pela morte de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez e Esmeralda Herrera Monreal, durante a segunda etapa das investigações; [os] resultados obtidos nesta[s] indagações; e [as] diligências em processo e pendentes de resolver”.
- f) *Silvia Sepúlveda Ramírez*. Testemunha proposta pelo Estado. Declarou, *inter alia*, sobre “[as] análises periciais realizadas em torno às investigações das mortes de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez e Esmeralda Herrera Monreal; e [os a]vanços e resultados em matéria de genética forense no Estado de Chihuahua, em especial em Ciudad Juárez, derivados da implementação do novo sistema de justiça penal e das reformas em matéria forense”.
- g) *Rosa Isela Jurado Contreras*. “Magistrada da Sexta Sala Penal do Superior Tribunal de Justiça de Chihuahua”. Perita proposta pelo Estado. Declarou, *inter alia*, sobre “[as] reformas legislativas e o funcionamento do novo sistema de justiça penal no Estado de Chihuahua, bem como seus resultados e projeções”.



## 2. *Apreciação da prova*

85. Neste caso, como em outros,<sup>48</sup> o Tribunal admite o valor probatório dos documentos apresentados oportunamente pelas partes que não foram controvertidos nem objetados, nem cuja autenticidade foi colocada em dúvida, bem como os documentos solicitados como prova para melhor resolver e aqueles que se referem a fatos supervenientes.
86. Em relação aos testemunhos e perícias, a Corte os considera pertinentes na medida em que se ajustem ao objeto definido pela Presidência na Resolução que ordenou recebê-los (par. 10 *supra*), os quais serão apreciados no capítulo que corresponda. Em relação às declarações das vítimas, por terem um interesse no presente caso suas declarações não serão apreciadas isoladamente, mas dentro do conjunto das provas do processo.<sup>49</sup>
87. O Estado questionou as declarações periciais dos senhores Castresana e Snow, bem como as declarações testemunhais dos senhores Bosio e Hinojos e da senhora Delgadillo Pérez, afirmando que as mesmas se referiram a pessoas alheias a esta *litis*. A esse respeito, o Tribunal reitera que, em conformidade com a Resolução de 19 de janeiro de 2009 (par. 9 *supra*), a situação de pessoas alheias a este caso poderá ser utilizada
- como prova relevante no momento de avaliar o alegado contexto de violência contra a mulher, as supostas falências nas investigações realizadas no foro interno e outros aspectos denunciados em detrimento das três supostas vítimas identificadas na demanda.<sup>50</sup>
88. O Estado impugnou a declaração do perito Castresana Fernández, alegando que o perito não participou nas ações do Estado realizadas desde 2003. A esse respeito, o Tribunal apreciará no mérito do assunto se o afirmado pelo perito encontra sustento probatório.
89. O Estado questionou o perito Pineda Jaimes por parcialidade e falta de conhecimento na área de sua perícia. Também afirmou que não proporcionou informação metodologicamente organizada que apresente elementos especializados e imparciais e que as conclusões referentes às medidas e parâmetros de reparação do dano e os direitos dos defensores de direitos humanos se encontram fora do objeto de sua perícia. A esse respeito, o Tribunal considera que o Estado não apresentou fundamentos da alegada parcialidade que indiquem que se apresenta uma das causas de impedimento previstas no artigo 19 do Estatuto. Em relação às conclusões do perito que estariam fora do objeto de sua declaração, a Corte as considera úteis para o presente caso, de modo que as admite, em conformidade com o artigo 45.1 do Regulamento.
90. O Estado afirmou que o senhor Snow estabeleceu observações genéricas em sua perícia que não devem ser levadas em consideração. A esse respeito, a Corte analisará as supostas observações genéricas do perito no mérito do assunto e verificará se as mesmas encontram respaldo no restante do acervo probatório.
91. Sobre a perita Copelon, o Estado afirmou que o escrito apresentado por esta (par. 84.d) excede o permitido expressamente pela Presidenta na audiência pública, e que a especialista faz alusão a situações supostamente ocorridas em Ciudad Juárez “sem contar com a autoridade pericial para fazê-lo”, de modo que solicitou que fossem rejeitadas certas seções da perícia. A esse respeito, o Tribunal não terá em consideração as afirmações da perita que excedam o objeto definido pela Presidenta na audiência pública. Em relação à “autoridade pericial”, o Tribunal apreciará no mérito do assunto se o asseverado pela especialista tem relação com o restante do acervo probatório.
92. O Estado questionou a perícia da senhora Lira Kornfeld por falta de metodologia, parcialidade e desconhecimento do caso. Fundamentou o anterior no fato de que a perita baseou suas afirmações em relatórios psicológicos realizados por outras pessoas e em testemunhos apresentados em nove casos análogos, bem como pelo fato de que a perita fez certas acusações contra o Estado em matéria de administração de justiça. O Tribunal não considera que referir-se a testemunhos de outras vítimas ou relatórios de outros profissionais implique uma falta de metodologia da especialista, sobretudo se estas declarações e relatórios têm a ver com a problemática tratada no presente caso. Por outro lado, o Tribunal

48. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*, par. 140, nota 29 *supra*; *Caso Ríos e outros Vs. Venezuela*, par. 81, nota 44 *supra*, e *Caso Perozo e outros Vs. Venezuela*, par. 94, nota 22 *supra*.

49. Cf. *Caso Loayza Tamaio Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C N° 33, par. 43; *Caso Valle Jaramillo e outros. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C N° 192, par. 54, e *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, par. 45, nota 47 *supra*.

50. Cf. *González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México*, considerando quadragésimo sexto, nota 4 *supra*.

recorda que, à diferença das testemunhas, os peritos podem proporcionar opiniões técnicas ou pessoais que se relacionem com seu especial saber ou experiência. Além disso, os peritos podem se referir tanto a pontos específicos da *litis* como a qualquer outro ponto relevante do litígio, desde que se circunscrevam ao objeto para o qual foram convocados.<sup>51</sup>

93. Em relação à declaração pericial do senhor De La Peña Martínez, o Estado argumentou que, “embora as observações do perito poderiam ser valiosas, estas não podem ser levadas em consideração pelo Tribunal, já que em conformidade com a metodologia utilizada pelo declarante, observa-se que este nunca teve contato direto com as vítimas nem avaliou as ações do Estado em matéria de reparação do dano psicológico, fato que claramente denota a subjetividade de suas manifestações”. A Corte coincide com o Estado em que a entrevista direta com as supostas vítimas haveria podido proporcionar mais dados ao especialista para a realização de sua perícia. Entretanto, a falta de entrevista direta não é motivo suficiente para rejeitar a peritagem, mas é uma questão que incide no peso probatório da mesma. Por conseguinte, o Tribunal a admite e a apreciará juntamente com o restante da prova operante nos autos.
94. Sobre a declaração do senhor Coronado Franco, o Estado criticou o fato de que a perícia se baseasse na demanda da Comissão, no escrito dos representantes e nos processos penais n° 426/01, 48/01 e 74/04, sem levar em consideração a informação proporcionada pelo Estado nem explicar a relação desses processos penais com o caso. A Corte considera que o fato de que o perito tenha se absterido de levar em consideração a informação proporcionada pelo Estado não é motivo para rejeitar a perícia. O que corresponde nesta situação é que o Tribunal leve em consideração o exposto pelo perito, verifique-o com as alegações e a prova apresentada pelo Estado e obtenha as conclusões que se derivem da lógica e da crítica sã, o que será feito no mérito do assunto.
95. Em relação à declaração da senhora Azaola Garrido, o Estado afirmou que do currículo da perita “se observa seu desconhecimento e inexperiência em relação à disciplina da psicanálise, à síndrome de estresse pós-traumático e à avaliação de danos à saúde física e mental das pessoas”. O Estado não solicitou que se descartasse esta perícia, de modo que a Corte a apreciará juntamente com o restante das provas nos autos, levando em consideração as observações estatais e o currículo da especialista.
96. Sobre a peritagem da senhora Huaita Alegre, o Estado manifestou que “não se baseia nos conhecimentos especializados [...], mas em determinações da C[omissão]”; não demonstra a suposta conduta discriminatória das autoridades na administração de justiça com posterioridade ao ano de 2003, e que a perita solicita à Corte que “declare a responsabilidade do Estado por não haver atuado com a devida diligência, sendo que não está dentro do objeto de sua perícia julgar as atuações do Estado”. O Tribunal, se necessário, apreciará no mérito do assunto as fontes nas quais a perita baseia suas conclusões e o período temporal ao qual sua perícia se refere.
97. No que se refere à senhora Lagarde y de los Ríos, o Estado expôs uma série de questionamentos aos dados proporcionados pela perita, e solicitou que sejam considerados na hora de fixar o peso probatório da peritagem. O Tribunal, no mérito do assunto, analisará a perícia juntamente com as demais provas dos autos e levando em consideração as observações do Estado.
98. Sobre a perícia da senhora Jusidman Rapoport, o Estado indicou que contém dados desatualizados, de modo que solicitou que seja descartada. A Corte considera que mesmo quando a perícia contiver dados desatualizados, isso não é motivo suficiente para descartá-la, mas para apreciá-la no âmbito temporal ao que se refere e levando em consideração a prova atualizada que as partes tenham apresentado. Por outro lado, a Corte observa que a perita ampliou *motu proprio* o objeto de sua peritagem, o que não foi objetado pelas partes. Levando em consideração o anterior e considerando que a ampliação é útil para o presente caso, o Tribunal a aceita, em conformidade com o artigo 45.1 do Regulamento.
99. Em relação à especialista Monárrez Fragoso, o Estado objetou que a perícia se baseasse em uma investigação realizada com um fim distinto à perícia, que a perita se refere a casos fora da *litis*, que os dados estatísticos apresentados pela perita não estão atualizados, e que certa terminologia utilizada pela perita, segundo o Estado, não existe na legislação nacional. O Tribunal considera que o fim inicial da investigação realizada pela perita não incide no valor probatório de sua perícia; que os casos a que se refere a perita são relevantes para apreciar o contexto no que se enquadra o presente caso; que a peritagem será levada em consideração

51. Cf. *González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México*, considerando septuagésimo quinto, nota 6 *supra*.

no período temporal a que se refira, e que as questões terminológicas e de peso probatório serão analisadas no mérito do assunto.

100. Sobre o testemunho da senhora Castro Romero, os representantes contradisseram várias de suas afirmações, o que, caso seja pertinente, será apreciado pela Corte no mérito do assunto.
101. No tocante ao testemunho do senhor Bosio, o Estado manifestou que a testemunha realizou uma análise de algumas das perícias médico-forenses dos corpos encontrados em Campo Algodoeiro em 2001 e que “a realização destas perícias são fatos que não constam diretamente à testemunha, já que sua intervenção no caso foi a partir de 2005”; que a Comissão deveria ter proposto sua declaração na qualidade de perícia e não de testemunho; e que a testemunha realizou conclusões que “não lhe constam nem lhe são próprias”. A esse respeito, o Tribunal reitera que uma testemunha pode se referir aos fatos e circunstâncias que lhe constem em relação ao objeto de sua declaração e deve evitar dar opiniões pessoais,<sup>52</sup> em virtude de que qualquer opinião da testemunha Bosio não será levada em consideração pela Corte.
102. Sobre o testemunho da senhora Doretti, o Estado o objetou porque “apresenta informação confidencial que poderia afetar a investigação dos homicídios” das supostas vítimas. A esse respeito, o Tribunal confirma o exposto na Resolução da Presidenta de 18 de março de 2009 (par. 10 *supra*), no sentido de que,
 

a efeitos do procedimento internacional perante este Tribunal, o conflito de direitos entre o dever de confidencialidade e o interesse público internacional em esclarecer os fatos relacionados com os alcances da atribuição de responsabilidade ao Estado, resolve-se oferecer a maior proteção possível para as testemunhas que comparecem perante a Corte, a fim de que suas declarações possam ser realizadas com a maior liberdade. Nesse sentido, a defesa do Estado não pode descansar em objetar totalmente uma declaração que, em alguns de seus componentes, dificilmente possa ser substituída com outros meios probatórios.<sup>53</sup>
103. Sobre o testemunho do senhor Maynez Grijalva, o Estado questionou sua veracidade e afirmou que em vários parágrafos a testemunha ofereceu opiniões pessoais sem sustentação probatória. A Corte não levará em consideração as meras opiniões da testemunha e verificará com o resto do acervo probatório cada uma de suas afirmações que sejam relevantes para o presente caso.
104. O Estado solicitou que seja rejeitado o testemunho da senhora Delgadillo Pérez, em virtude de que a declarante excedeu o objeto do testemunho e expôs opiniões pessoais. O Tribunal manifesta que as meras opiniões da testemunha não serão levadas em consideração. Em relação às afirmações da testemunha que saem fora do objeto de sua declaração, a Corte as apreciará se forem úteis para a resolução do presente caso.
105. Sobre o testemunho do senhor Hinojos, o Estado expôs que este é “o representante legal de Edgar Álvarez Cruz, que foi condenado por sua responsabilidade no homicídio de uma mulher em Ciudad Juárez [e s]eu testemunho carece de valor, visto que poderia estar tentando favorecer seu representado”. A esse respeito, o Tribunal reitera que para as testemunhas rege o dever consagrado no artigo 48.1 do Regulamento de dizer “a verdade, toda a verdade e nada mais que a verdade” em relação aos fatos e circunstâncias que lhe constem. Para verificar se o senhor Hinojos se ateu à verdade, a Corte apreciará sua declaração, no mérito do assunto, juntamente com o restante do acervo probatório.
106. Em relação à declaração da senhora Pérez Torres, o Estado solicitou que seja rejeitada, *inter alia*, porque não foi prestada perante agente dotado de fé pública como requereu a Presidenta. A Corte confirma que não consta nos autos que os representantes tenham enviado a declaração da mencionada testemunha perante agente dotado de fé pública, de modo que decide desconsiderá-la por não se ajustar ao ordenado pela Presidenta (par. 10 *supra*).
107. Sobre as declarações das testemunhas Murguía González, Castañón Torres, Galindo López e Camberos Revilla, os representantes questionaram a informação por eles apresentada e objetaram sua credibilidade, o que será verificado pelo Tribunal no mérito do assunto, em conformidade com a crítica sã e levando em consideração o restante do acervo probatório.
108. O Tribunal observa que vários documentos citados pelas partes em seus respectivos escritos não foram apresentados à Corte, entre estes se encontram alguns correspondentes a instituições públicas do Estado, que puderam ser localizados através da Internet. Do mesmo modo, as partes incluíram links diretos a páginas da

52. Cf. *González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México*, considerando quadragésimo sétimo, nota 6 *supra*.

53. Cf. *González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México*, considerando trigésimo sexto, nota 6 *supra*.

Internet. No presente caso, a Corte observa que os documentos apresentados desta maneira são pertinentes e as partes tiveram a possibilidade de controvertê-los, mas não o fizeram. Por isso, estes documentos são aceitos e incorporados aos autos, já que não foi afetada a segurança jurídica nem o equilíbrio processual das partes.

## VII

### **Sobre a Violência e a Discriminação Contra a Mulher Neste Caso Artigos 4 (Direito à Vida),<sup>54</sup> 5 (Direito à Integridade Pessoal),<sup>55</sup> 7 (Direito à Liberdade Pessoal),<sup>56</sup> 8 (Garantias Judiciais)<sup>57</sup> 19 (Direitos da Criança)<sup>58</sup> E 25 (Proteção Judicial),<sup>59</sup> em Relação aos Artigos 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos)<sup>60</sup> e 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno)<sup>61</sup> da Convenção Americana e ao Artigo 7 da Convenção de Belém do Pará<sup>62</sup>**

109. A Comissão solicitou à Corte que declare que o Estado descumpriu sua obrigação de garantir o direito à vida das vítimas “através da adoção de medidas para prevenir seus assassinatos[,] incorrendo deste modo em uma violação do artigo 4 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 do mesmo tratado”. Além disso, solicitou que “declare que o Estado falhou em seu dever de atuar com a devida diligência para prevenir, investigar e punir os atos de violência sofridos [pelas vítimas] em contravenção do artigo 7 da Convenção de Belém do Pará”. Finalmente, argumentou que o Estado descumpriu sua obrigação de investigar efetiva e corretamente os desaparecimentos e posterior morte das jovens González, Herrera e Ramos, em violação dos artigos 8, 25 e 1.1 da Convenção Americana. Segundo a Comissão,

54. O artigo 4.1 da Convenção estipula:

Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

55. O artigo 5 da Convenção estabelece:

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral.
2. Ninguém deve ser submetido a torturas, nem a penas ou tratos cruéis, desumanos ou degradantes. Toda pessoa privada da liberdade deve ser tratada com o respeito devido à dignidade inerente ao ser humano. [...]

56. O artigo 7 da Convenção dispõe:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.
  2. Ninguém pode ser privado de sua liberdade física, salvo pelas causas e nas condições previamente fixadas pelas constituições políticas dos Estados Partes ou pelas leis em conformidade com elas promulgadas.
  3. Ninguém pode ser submetido a detenção ou encarceramento arbitrários.
- [...]

57. O artigo 8.1 da Convenção estabelece que:

Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza. [...]

58. O artigo 19 da Convenção estabelece:

Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

59. O artigo 25.1 da Convenção afirma que:

Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

60. O artigo 1.1 da Convenção estabelece:

Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

61. O artigo 2 da Convenção dispõe:

Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

62. O artigo 7 da Convenção de Belém do Pará estipula:

Os Estados Partes condenam todas as formas de violência contra a mulher e convêm em adotar, por todos os meios apropriados e sem demora, políticas destinadas a prevenir, punir e erradicar tal violência e a empenhar-se em:

[...]

b. agir com o devido zelo para prevenir, investigar e punir a violência contra a mulher;

c. incorporar na sua legislação interna normas penais, civis, administrativas e de outra natureza, que sejam necessárias para prevenir, punir e erradicar a violência contra a mulher, bem como adotar as medidas administrativas adequadas que forem aplicáveis;

[...]

“[apesar] do transcurso de seis anos, o Estado não avançou no esclarecimento dos acontecimentos ou da correspondente responsabilidade”.

110. Os representantes coincidiram com a Comissão e, ademais, alegaram que “a omissão do [E]stado em preservar os direitos humanos das vítimas se aplica em relação ao direito à vida, mas também ao direito à integridade pessoal e à liberdade pessoal, em relação direta com o direito ao devido processo”. Afirmaram que “a omissão de ação e reação das autoridades perante as denúncias de desaparecimento não somente permitiu que fossem mortas, mas também que fossem mantidas privadas de liberdade e torturadas; o anterior apesar da conhecida situação de risco na qual se encontravam as mulheres”.
111. O Estado, ainda que tenha reconhecido “a gravidade destes homicídios”, negou “qualquer violação” de sua parte aos direitos à vida, à integridade e à liberdade pessoais. Segundo o Estado, nem a Comissão nem os representantes “provaram responsabilidade de agentes do Estado nos homicídios”. Ademais, alegou que na segunda etapa das investigações destes três casos, a partir do ano de 2004, “foram corrigidas plenamente as irregularidades, reintegrados os autos e reiniciadas as investigações com uma sustentação científica, inclusive com componentes de apoio internacional”. Segundo o Estado, “não existe impunidade. As investigações dos casos continuam abertas e continuam sendo realizadas diligências para lidar com os responsáveis”.
112. A controvérsia apresentada exige que a Corte analise o contexto dos fatos do caso e as condições nas quais estes fatos podem ser atribuídos ao Estado e comprometer, em consequência, sua responsabilidade internacional derivada da suposta violação dos artigos 4, 5 e 7 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma e ao artigo 7 da Convenção de Belém do Pará. Além disso, apesar do reconhecimento efetuado pelo Estado, subsiste a necessidade de precisar a natureza e a gravidade das violações ocorridas em relação aos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção, em conexão com os artigos 1.1 e 2 deste tratado e ao artigo 7 da Convenção de Belém do Pará. Para isso, o Tribunal passará a realizar as considerações de fato e de direito pertinentes, analisando as obrigações de respeito, de garantia e de não discriminação do Estado.

## 1. Antecedentes contextuais

### 1.1. Ciudad Juárez

113. Ciudad Juárez está localizada no norte do Estado de Chihuahua, exatamente na fronteira com El Paso, Texas. Sua população é de mais de 1.200.000 habitantes.<sup>63</sup> Caracteriza-se por ser uma cidade industrial onde se desenvolveu de maneira particular a indústria maquiladora e o trânsito de migrantes, mexicanos e estrangeiros.<sup>64</sup> O Estado, bem como diversos relatórios nacionais e internacionais, fazem menção a uma série de fatores que convergem em Ciudad Juárez, como as desigualdades sociais<sup>65</sup> e a proximidade da fronteira internacional,<sup>66</sup> que contribuíram ao desenvolvimento de diversas formas de crime organizado, como o narcotráfico,<sup>67</sup> o tráfico de pessoas,<sup>68</sup> o tráfico

63. Cf. Radiografia Socioeconômica do Município de Juárez realizada pelo Instituto Municipal de Investigação e Planejamento, 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXV, anexo 2, folhas 8488 a 8490, 8493, 8495 e 8510)

64. Cf. Radiografia Socioeconômica do Município de Juárez 2002, folha 8492, nota 63 *supra*; CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez, México: O Direito a Não Ser Objeto de Violência e Discriminação*, OEA/Ser.L/V/II.117, Doc. 44, 7 de março de 2003 (expediente de anexos à demanda, tomo VII, anexo 1, folha 1742); Nações Unidas, Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW de acordo com o Artigo 8 do Protocolo Facultativo da Convenção e resposta do Governo do México, CEDAW/C/2005/OP.8/MEXICO, 27 de janeiro de 2005 (expediente de anexos à demanda, tomo VII, anexo 3b, folha 1921); Nações Unidas, Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, suas causas e consequências, Yakin Ertürk, *Integração dos Direitos Humanos da Mulher e a Perspectiva de Gênero: A Violência contra a Mulher*, Missão ao México, E/CN.4/2006/61/Add.4, 13 de janeiro de 2006 (expediente de anexos à demanda, tomo VII, anexo 3c, folha 2011), e Anistia Internacional, México: *Mortes Intoleráveis, dez anos de desaparecimentos e assassinatos de mulheres em Ciudad Juárez e Chihuahua*, AMR 41/027/2003 (expediente de anexos à demanda, tomo VII, anexo 6, folha 2267).

65. Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1921, nota 64 *supra*; Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folha 2011, nota 64 *supra*; Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2268, nota 64 *supra*, e Comissão Mexicana de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos A.C., *Compêndio de recomendações sobre o feminicídio em Ciudad Juárez, Chihuahua, 2007* (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XX, anexo 11.1, folha 6564).

66. Cf. CNDH, Relatório Especial sobre os Casos de Homicídios e Desaparecimentos de Mulheres no Município de Juárez, Chihuahua, 2003 (expediente de anexos à demanda, tomo VII, anexo 5, folha 2168); Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folha 2011, nota 64 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2267, nota 64 *supra*.

67. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1742, nota 64 *supra*; Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1921 e 1922, nota 64 *supra*; CNDH, Relatório Especial, folha 2168, nota 66 *supra*, e Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Primeiro Relatório de Gestão, novembro de 2003 – abril de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXV, anexo 7, folha 8666).

68. Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1922, nota 64 *supra*, e Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folha 2011, nota 64 *supra*.

de armas<sup>69</sup> e a lavagem de dinheiro,<sup>70</sup> incrementando assim os níveis de insegurança e violência.<sup>71</sup>

### 1.2. *Fenômeno de homicídios de mulheres e cifras*

114. A Comissão e os representantes alegaram que desde o ano de 1993 existe um aumento significativo no número de desaparecimentos e homicídios de mulheres e meninas em Ciudad Juárez. Segundo a Comissão, “Ciudad Juárez se converteu no foco de atenção da comunidade nacional e internacional em razão da situação particularmente crítica da violência contra as mulheres que impera desde 1993 e à deficiente resposta do Estado diante destes crimes”.
115. O Estado reconheceu “a problemática que enfrenta pela situação de violência contra as mulheres em Ciudad Juárez[,] particularmente, os homicídios que têm sido registrados desde princípios dos anos noventa do século passado”.
116. Diversos mecanismos nacionais e internacionais de vigilância dos direitos humanos têm acompanhado a situação em Ciudad Juárez e têm chamado a atenção da comunidade internacional. Em 1998, a Comissão Nacional de Direitos Humanos do México (doravante denominada a “CNDH”) examinou 24 casos de homicídios de mulheres e concluiu que durante as investigações foram violados os direitos humanos das vítimas e seus familiares.<sup>72</sup> A partir dessa data, pronunciaram-se a esse respeito, *inter alia*, a Relatora Especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias das Nações Unidas (doravante denominada a “Relatora sobre execuções extrajudiciais da ONU”) em 1999,<sup>73</sup> o Relator Especial das Nações Unidas para a independência de juízes e advogados (doravante denominado o “Relator para a independência judicial da ONU”) em 2002,<sup>74</sup> a Comissão Interamericana e sua Relatora Especial para os Direitos da Mulher (doravante denominada a “Relatora da CIDH”) em 2003,<sup>75</sup> a Comissão de Especialistas Internacionais do Escritório das Nações Unidas contra a Droga e o Crime em 2003,<sup>76</sup> o Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher das Nações Unidas (doravante denominado “o CEDAW”) em 2005<sup>77</sup> e a Relatora Especial das Nações Unidas sobre a Violência contra a Mulher (doravante denominada a “Relatora da ONU sobre a violência contra a mulher”) em 2005<sup>78</sup>. Cabe notar que o Parlamento Europeu proferiu uma Resolução a esse respeito em 2007.<sup>79</sup> Além disso, conta-se com relatórios realizados por organizações não governamentais de direitos humanos internacionais e nacionais como Anistia Internacional,<sup>80</sup> o Observatório Cidadão para Monitorar a Aplicação da Justiça nos casos de Femicídio em Ciudad Juárez e Chihuahua<sup>81</sup> (doravante denominado o “Observatório Cidadão”) e a Comissão Mexicana de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos A.C.<sup>82</sup>
117. O Relatório da Relatora da CIDH ressalta que, ainda que Ciudad Juárez tenha se caracterizado por um

69. Cf. Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Primeiro Relatório de Gestão, folha 8666, nota 67 *supra*, e Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 195, nota 64 *supra*.

70. Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1922, nota 64 *supra*, e Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folha 2011, nota 64 *supra*.

71. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1742, nota 64 *supra*; Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1921 a 1922, nota 64 *supra*; CNDH, Relatório Especial, folha 2168, nota 66 *supra*, e Comissão Mexicana de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos A.C., Compêndio de recomendações, folha 6564, nota 65 *supra*.

72. Cf. CNDH, Recomendação 44/1998 emitida em 15 de maio de 1998 (expediente de anexos à demanda, tomo VII, anexo 4, folhas 2113 a 2164).

73. Cf. Nações Unidas, Relatório da Missão da Relatora Especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, E/CN.4/2000/3, Add.3, 25 de novembro de 1999 (expediente de anexos à demanda, tomo VII, anexo 3d, folhas 2025 a 2058).

74. Cf. Nações Unidas, Relatório da Missão do Relator Especial para a Independência de Juízes e Advogados, E/CN.4/2002/72/Add.1, 24 de janeiro de 2002 (expediente de anexos à demanda, tomo VII, anexo 3e, folhas 2060 a 2111).

75. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folhas 1732 a 1779, nota 64 *supra*.

76. Cf. Nações Unidas, Relatório da Comissão de Especialistas Internacionais da Organização das Nações Unidas, Escritório das Nações Unidas contra a Droga e o Crime, sobre a Missão em Ciudad Juárez, Chihuahua, México, novembro de 2003 (expediente de anexos à demanda, tomo VII, anexo 3a, folhas 1861 a 1913).

77. Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1921, nota 64 *supra*.

78. Cf. Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folhas 2011 a 2021, nota 64 *supra*.

79. Cf. Parlamento Europeu, Resolução sobre os assassinatos de mulheres (femicídios) no México e na América Central e o papel da União Europeia na luta contra este fenômeno, emitida em 11 de outubro de 2007, 2007/2025/(INI) (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XIII, anexo 3.1, folhas 4718 a 4727).

80. Cf. Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folhas 2256 a 2305, nota 64 *supra*.

81. Cf. Observatório Cidadão para Monitorar a Aplicação da Justiça nos casos de Femicídio em Ciudad Juárez e Chihuahua, *Relatório Final. Avaliação e Monitoramento sobre o trabalho da Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Chihuahua da Procuradoria Geral da República*, novembro de 2006 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XX, anexo 11.2, folhas 6629 a 6759).

82. Cf. Comissão Mexicana de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos A.C., Compêndio de recomendações, folhas 6561 a 6626, nota 65 *supra*, e Comissão Mexicana de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos, *Femicídio em Chihuahua. Assinaturas Pendentes*, 2007 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XX, anexo 11.3, folhas 6761 a 6864).

pronunciado aumento dos crimes contra mulheres e homens,<sup>83</sup> (par. 108 *supra*) o aumento em relação às mulheres “é anômalo em vários aspectos”, já que: i) em 1993 se incrementaram notavelmente os assassinatos de mulheres,<sup>84</sup> ii) os coeficientes de homicídios de mulheres foram duplicados em relação aos dos homens,<sup>85</sup> e iii) o índice de homicídios correspondente a mulheres em Ciudad Juárez é desproporcionalmente maior que o de cidades fronteiriças em circunstâncias análogas.<sup>86</sup> Por sua vez, o Estado proporcionou prova referente a que Ciudad Juárez ocupava em 2006 o quarto lugar em homicídios de mulheres entre as cidades mexicanas.<sup>87</sup>

118. Da informação apresentada pelas partes, a Corte observa que não existem dados claros sobre a cifra exata de homicídios de mulheres em Ciudad Juárez a partir do ano de 1993.<sup>88</sup> Diversos relatórios indicam cifras que oscilam entre 260 e 370 mulheres entre 1993 e 2003.<sup>89</sup> Por sua vez, o Estado apresentou prova segundo a qual, até o ano de 2001 haviam sido registrados 264 homicídios de mulheres, e até o ano de 2003, 328.<sup>90</sup> Segundo a mesma prova, no ano de 2005, os homicídios de mulheres chegavam a 379.<sup>91</sup> A esse respeito, o Observatório Cidadão afirmou que “esta cifra dificilmente poderia ser considerada como confiável, em razão da já documentada inconsistência na formação de expedientes, investigações e processo de auditoria empreendido pela PGR [Procuradoria Geral da República], contrastado, ademais, com a informação que apresentou o Colégio da Fronteira Norte e a Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres, da Secretaria de Governo, que falam de 442 mulheres assassinadas”.<sup>92</sup>

83. Segundo a Comissão Mexicana de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos, mesmo que o fenômeno de violência em Ciudad Juárez afete tanto homens como mulheres, “é importante mencionar que no caso dos homens se sabe que as causas dos assassinatos estão relacionadas com o narcotráfico, ajustes de contas, brigas de rua, entre outras” e “[n]o caso dos assassinatos de mulheres [...] não existem causas aparentes” (Comissão Mexicana de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos, Compêndio de recomendações, folha 6565, nota 65 *supra*). Em sentido similar, a Comissão para Ciudad Juárez afirmou que mesmo que o quadro de violência em Ciudad Juárez afete homens, mulheres e meninas, “subjaz um padrão de violência de gênero que se faz notar apesar da necessidade de contar com mais estudos e estatísticas locais sobre o tema” (Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Primeiro Relatório de Gestão, folha 8668, nota 67 *supra*).

84. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folhas 1744 e 1761, nota 64 *supra*.

85. O Relatório da Relatora da CIDH explica que segundo uma exposição realizada em 17 de março de 2000 por Cheryl Howard, Georgina Martínez e Zulma Y. Méndez intitulada “*Women, Violence and Politics*”, uma análise baseada nos atestados de óbitos e outros dados levaram à conclusão de que no período de 1990-1993 foram assassinados 249 homens, e entre 1994 e 1997 foram assassinados 942 homens, o que implica um incremento de 300%. Segundo o mesmo estudo, entre 1990 e 1993 foram assassinadas 20 mulheres e entre 1994 e 1997 foram assassinadas 143, o que implica um incremento de 600% (Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1761, nota 64 *supra*).

86. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folhas 1743 e 1761, nota 64 *supra*; Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folha 2007, nota 64 *supra*, e Comissão Especial para Conhecer e Dar Acompanhamento às Investigações Relacionadas com os Feminicídios na República Mexicana e à Procuradoria de Justiça Vinculada, da Câmara de Deputados do Honorable Congresso da União, *Violência feminicida em 10 entidades da República Mexicana*, publicado em abril de 2006 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XXI, anexo 11.4, folha 6930).

87. Cf. Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Chihuahua, Relatório Final, emitido em janeiro de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XL, anexo 59, folha 14607). Cabe notar que as cifras referentes a homicídios com vítimas femininas por cada cem mil habitantes mencionadas pela Comissão e pela Promotoria Especial em seus respectivos relatórios diferem. A cifra proporcionada pela Comissão é de 7,9 (o relatório não indica que período foi utilizado para calculá-la) e pela Promotoria Especial de 2,4, para o período de 1991 a 2004 (Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1761, nota 64 *supra*, e Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folha 14607).

88. Relatórios apresentados como prova ao Tribunal, assim como a prova enviada por parte do Estado, demonstram que não existe consenso sobre as estatísticas dos homicídios de mulheres em Ciudad Juárez. A esse respeito, o CEDAW afirmou: “[n]ão existem registros claros, convincentes sobre a quantidade de mulheres assassinadas e desaparecidas. Não há coincidência nas cifras que apresentem as diferentes instâncias do Governo e as que citam as ONGs” (Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1934, nota 64 *supra*). Além disso, segundo a Comissão Nacional de Direitos Humanos, existe “disparidade e contradição de dados, números e informação proporcionados pelas autoridades federais e estaduais competentes a esta Comissão Nacional, assim como a diversos organismos internacionais e não governamentais defensores dos direitos humanos em relação às mulheres vítimas de homicídios ou desaparecimentos no município de Juárez, Chihuahua, o que por si mesmo denota uma negligência no desempenho da procuradoria de justiça” (CNDH, Relatório Especial, folha 2247, nota 66 *supra*). Por sua vez, a Promotoria Especial destacou que “[u]m dos aspectos mais difíceis de determinar e que maior polêmica gerou em torno ao ocorrido no Município de Juárez [...], é o relativo ao número de casos de mortes e desaparecimentos aí ocorridas, com características ou padrões de condutas similares durante os últimos treze anos. A especulação a que se chegou neste tema tem sido enorme, manejando-se sem nenhum rigor cifras ou fatos que não correspondem com o sucedido na realidade”. Segundo a Promotoria Especial, “com cifras e provas se demonstra que nos últimos anos foi gerada uma percepção diferente da realidade, criando-se um círculo vicioso, de fatos, impunidade e especulação que impactou principalmente à sociedade de Juárez” (Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folhas 14540 e 14607, nota 87 *supra*). A Comissão para Ciudad Juárez afirmou que “[n]ão há certeza em relação ao número de homicídios e desaparecimentos em Ciudad Juárez; não há uma cifra que represente credibilidade para grupos familiares e instituições do governo” (Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Primeiro Relatório de Gestão, folha 8677, nota 67 *supra*).

89. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1743, nota 64 *supra*; Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1921, nota 64 *supra*; CNDH, Relatório Especial, folhas 2166 e 2167, nota 66 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folhas 2256 e 2262, nota 64 *supra*.

90. Cf. Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folha 14646, nota 87 *supra*.

91. Cf. Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folha 14691, nota 87 *supra*, e Comissão Mexicana de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos, *Feminicídio em Chihuahua*, folhas 6761 a 6864, nota 82 *supra*.

92. Relatório Final do Observatório Cidadão, folha 6647, nota 81 *supra*.

119. Em relação aos desaparecimentos de mulheres, segundo relatórios de 2003 do Comitê CEDAW e da Anistia Internacional, as ONGs nacionais mencionam ao redor de 400,<sup>93</sup> entre os anos de 1993 e 2003, ao passo que segundo o Relatório da Relatora da CIDH, até o ano de 2002 não havia sido encontrado o paradeiro de 257 mulheres declaradas como desaparecidas entre 1993 e 2002.<sup>94</sup> Por outro lado, a Promotoria Especial para a Atenção de Crimes Relacionados com os Homicídios de Mulheres no Município de Juárez (doravante denominada a "Promotoria Especial") estabeleceu que no período entre 1993 e 2005 houve 4.456 relatos de mulheres desaparecidas e em 31 de dezembro de 2005 havia 34 mulheres pendentes de localizar.<sup>95</sup>
120. O Observatório Cidadão questionou esta cifra e afirmou que há "firmes indícios de que [...] restos humanos correspondem a mais do que as 34 mulheres que supõe a [Promotoria Especial], em virtude de que o que se supunha eram esqueletos de uma só pessoa, resultaram ser de mais de 60". Acrescentou que a informação que dá argumento à investigação da Promotoria Especial "é por completo inacessível à observação cidadã, de modo que é virtualmente impossível verificar as fontes e a consistência nos dados que a própria [Promotoria Especial] maneja".<sup>96</sup> Em sentido similar se pronunciou a CNDH em 2003, ainda que não em relação às cifras proporcionadas pela Promotoria Especial, e afirmou que observou "a falta de diligência com que foram empreendidas as ações por parte da [Procuradoria Geral de Justiça do Estado], nos casos de mulheres mencionadas como desaparecidas" e que as autoridades proporcionaram à CNDH relatórios diferentes daqueles proporcionados a organismos internacionais. Por sua vez, a CNDH indicou que ao ser requerida oficialmente informação e o estado atual das investigações, "recebeu-se como resposta que não estavam em possibilidade de saber qual havia sido o destino de 2.415 casos, visto que 'não tinham os autos fisicamente'".<sup>97</sup>
121. A Corte toma nota de que não existem conclusões convincentes sobre as cifras em relação a homicídios e desaparecimentos de mulheres em Ciudad Juárez, mas observa que de qualquer forma são alarmantes. Além dos números, mesmo quando muito significativos, não são suficientes para entender a gravidade do problema de violência que vivem algumas mulheres em Ciudad Juárez, as alegações das partes, bem como a prova apresentada por estas, apontam a um fenômeno complexo, aceito pelo Estado (par. 115 *supra*), de violência contra as mulheres desde o ano de 1993, que se caracterizou por fatores particulares que esta Corte considera importante ressaltar.

### 1.3. *Vítimas*

122. Em primeiro lugar, a Comissão e os representantes alegaram que as vítimas eram mulheres jovens, de 15 a 25 anos de idade, estudantes ou trabalhadoras de maquiladoras ou de lojas ou outras empresas locais, e que algumas viviam em Ciudad Juárez há relativamente pouco tempo. O Estado não se pronunciou a esse respeito.
123. As alegações dos demandantes encontraram argumento em diversos relatórios de entidades nacionais e internacionais que estabelecem que as vítimas dos homicídios parecem ser predominantemente mulheres jovens,<sup>98</sup> incluindo meninas,<sup>99</sup> trabalhadoras principalmente de maquiladoras,<sup>100</sup> de escassos recursos,<sup>101</sup>

93. Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1928, nota 64 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2253, nota 64 *supra*.

94. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1746, nota 64 *supra*; Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1928, nota 64 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2274, nota 64 *supra*.

95. Cf. Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folhas 14543, 14661, 14584 e 14587, nota 87 *supra*, e CNDH, Segundo Relatório de Avaliação Integral, folha 4667, nota 72 *supra*.

96. Relatório Final do Observatório Cidadão, folhas 6650 e 6659, nota 81 *supra*.

97. CNDH, Relatório Especial, folha 2238, nota 66 *supra*.

98. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1744, nota 64 *supra*; Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1924 e 1926, nota 64 *supra*; Relatório da Relatora Especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, folha 2052, nota 73 *supra*; Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folhas 2256 e 2271, nota 66 *supra*, e Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folha 14605, nota 87 *supra*.

99. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1764, nota 64 *supra*; Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folhas 2256 e 2271, nota 64 *supra*, e declaração prestada perante agente dotado de fé pública pela perita Jusidman Rapoport em 21 de abril de 2009 (expediente de mérito, tomo XIII, folha 3806).

100. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1744, nota 64 *supra*; Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1924 e 1926, nota 64 *supra*; Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folha 2012, nota 64 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folhas 2257 e 2271, nota 64 *supra*.

101. Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1924 e 1926, nota 64 *supra*; Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folha 2012, nota 64 *supra*; Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2257, nota 64 *supra*; Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folha 14605, nota 87 *supra*; declaração prestada perante agente dotado de fé pública pela perita Monárrez Fragozo em 20 de novembro de 2008 (expediente de mérito, tomo XIII, folha 3911), e Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Terceiro Relatório de Gestão, maio de 2005 - setembro de 2006, citando o Segundo Relatório de Gestão, intitulado "O feminicídio: formas de exercer a violência contra as mulheres" (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXVII, anexo 12, folha 9016).



estudantes<sup>102</sup> ou migrantes.<sup>103</sup>

#### 1.4. Modalidade

124. Em segundo lugar, a Comissão e os representantes alegaram que um número considerável dos homicídios apresentaram sinais de violência sexual. Segundo um relatório da Promotoria Especial, alguns homicídios e desaparecimentos desde 1993 “apresentaram características e/ou padrões de condutas similares”.<sup>104</sup>
125. Diversos relatórios estabelecem os seguintes fatores em comum em vários dos homicídios: as mulheres são sequestradas e mantidas em cativeiro,<sup>105</sup> seus familiares denunciam seu desaparecimento<sup>106</sup> e depois de dias ou meses seus cadáveres são encontrados em terrenos baldios<sup>107</sup> com sinais de violência, incluindo estupro ou outros tipos de abusos sexuais, tortura e mutilações.<sup>108</sup>
126. Em relação às características sexuais dos homicídios, o Estado alegou que, de acordo com cifras do ano de 2004, aproximadamente 26% dos homicídios obedecia a atos de índole sexual violenta.
127. Por outro lado, ainda que a Promotoria Especial tenha concluído que a maioria dos homicídios de mulheres em Ciudad Juárez foram independentes uns dos outros e que, portanto, eram cometidos em circunstâncias de tempo, modo e ocasião distintos,<sup>109</sup> até o ano de 2005 esta instituição “conseguiu determinar que o número de casos nos quais se apresent[ou] o padrão de conduta que ha[via] identificado o fenômeno denominado ‘Mortas de Juárez’ e[ra] de aproximadamente [] 30% dos 379 homicídios identificados”, ou seja, ao redor de 113 mulheres. Além disso, a Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez (doravante denominada a “Comissão para Ciudad Juárez”) afirmou que, ainda que continuassem apresentando discrepâncias em relação às cifras absolutas, distintos relatórios coincidiram em que um terço do total dos homicídios de mulheres eram classificados como sexuais e/ou em série; estes últimos “são aqui[e]les onde é repetido um padrão no qual geralmente a vítima não conhece seu agressor e é privada de sua liberdade e submetida a humilhações e sofrimentos múltiplos, até a morte”.<sup>110</sup> Os relatórios do CEDAW e da Anistia Internacional também coincidiram em que aproximadamente um terço dos homicídios tinham um componente de violência sexual ou características similares.<sup>111</sup>

#### 1.5. Violência baseada em gênero

128. Segundo os representantes, o tema de gênero é o denominador comum da violência em Ciudad Juárez, a qual “sucede como culminação de uma situação caracterizada pela violação reiterada e sistemática dos direitos humanos”. Alegaram que “meninas e mulheres são violentadas com crueldade pelo simples fato de serem mulheres e somente em alguns casos são assassinadas como culminação desta violência pública e privada”.
129. O Estado afirmou que os homicídios “têm causas diversas, com diferentes autores, em circunstâncias muito

102. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1744, nota 64 *supra*; Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1924 e 1926, nota 64 *supra*; Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folha 2012, nota 64 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folhas 2257 e 2271, nota 64 *supra*.

103. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1744, nota 64 *supra*, e Relatório da Relatora Especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, folha 2053, nota 73 *supra*.

104. Cf. Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folha 14525, nota 87 *supra*.

105. Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1924 e 1927, nota 64 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2271, nota 64 *supra*.

106. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1744, nota 64 *supra*.

107. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1744, nota 64 *supra*; Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1927, nota 64 *supra*, e Relatório Final do Observatório Cidadão, folha 6640, nota 81 *supra*.

108. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1744, nota 64 *supra*; Relatório da Relatora Especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, folha 2052, nota 73 *supra*; Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2271, nota 64 *supra*; CNDH, Recomendação 44/1998, folha 2154, nota 72 *supra*, e Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1927, nota 64 *supra*.

109. Cf. Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folha 14608, nota 87 *supra*. A esse respeito, cabe notar que a Comissão para Ciudad Juárez afirmou que, “[s]e bem é certo que tem sido difícil demonstrar que os homicídios de mulheres em Ciudad Juárez estejam relacionados com assassinos seriais, faltou de parte da [Promotoria Especial] uma análise sobre o fenômeno criminal que constituíram os casos paradigmáticos, aqueles nos que se pode haver evidências do que a [Promotoria Especial] chama ‘homicídios de mulheres com características e/ou padrões de conduta similares’”. Em sentido similar, criticou que a Promotoria Especial “segue sem focalizar sua análise sob a perspectiva de gênero; apesar das recomendações internacionais que foram feitas” (Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Terceiro relatório de Gestão, folha 9073, nota 101 *supra*).

110. Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Terceiro relatório de Gestão, folhas 8996 e 8997, nota 101 *supra*.

111. Segundo o relatório do CEDAW, publicado no ano de 2005, o Instituto Chihuahuense da Mulher referiu 90 casos, a Promotoria Especial e o Delegado da Procuradoria Geral da República em Ciudad Juárez mencionou 93 casos e as ONGs contabilizavam 98 (Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1924, nota 64 *supra*).

distintas e com padrões criminais diferentes, mas se encontram influenciados por uma cultura de discriminação contra a mulher". Segundo o Estado, um dos fatores estruturais que motivou situações de violência contra as mulheres em Ciudad Juárez é a modificação dos papéis familiares que gerou a vida laboral das mulheres. O Estado explicou que desde 1965 começou, em Ciudad Juárez, o desenvolvimento da indústria maquiladora, o qual se intensificou em 1993 com o Tratado de Livre Comércio com a América do Norte. afirmou que, ao dar preferência à contratação de mulheres, as maquiladoras causaram mudanças na vida laboral destas, o que impactou também sua vida familiar, porque "os papéis tradicionais começaram a se modificar, ao ser agora a mulher a provedora do lar". Isto, segundo o Estado, levou a conflitos no interior das famílias porque a mulher começou a ter a imagem de ser mais competitiva e independente economicamente.<sup>112</sup> Além disso, o Estado citou o Relatório do CEDAW para afirmar que "[e]sta mudança social nos papéis das mulheres não foi acompanhada de uma mudança nas atitudes e nas mentalidades tradicionais - o aspecto patriarcal - mantendo-se uma visão estereotipada dos papéis sociais de homens e mulheres".

130. Outros fatores mencionados pelo Estado como geradores de violência e marginalização são a falta de serviços públicos básicos nas regiões marginalizadas; narcotráfico, tráfico de armas, criminalidade, lavagem de dinheiro e tráfico de pessoas que ocorrem em Ciudad Juárez por ser uma cidade fronteiriça; o consumo de drogas; o alto índice de deserção escolar, e a existência de "muitos agressores sexuais" e "efetivos militares [...] provenientes de conflitos armados" na cidade próxima de El Paso.
131. Segundo prova apresentada pelo Estado, nos homicídios de mulheres ocorridos entre 1993 e 2005, 31,4% foram por violência social (que inclui vingança, briga, imprudência, quadrilhas, roubo), 28% foram por violência doméstica, 20,6% foram por motivo sexual e 20,1% são indeterminados.<sup>113</sup> Cabe notar que há inconsistências entre cifras do próprio Estado. Por exemplo, em sua resposta ao relatório do CEDAW de 2003, o Estado afirmou que 66% dos homicídios são resultado da violência intrafamiliar ou doméstica e comum, 8% têm um motivo desconhecido e os 26% restantes obedecem a atos de índole sexual violenta.<sup>114</sup>
132. A Corte toma nota de que, apesar da negação do Estado em relação à existência de algum tipo de padrão nos motivos dos homicídios de mulheres em Ciudad Juárez, este afirmou perante o CEDAW que "estão influenciados por uma cultura de discriminação contra a mulher baseada em uma concepção errônea de sua inferioridade".<sup>115</sup> Também cabe destacar o indicado pelo México em seu Relatório de Resposta ao CEDAW, em relação às ações concretas realizadas para melhorar a situação de subordinação da mulher no México e em Ciudad Juárez:
- deve-se reconhecer que uma cultura fortemente arraigada em estereótipos, cuja pedra angular é o pressuposto da inferioridade das mulheres, não se muda da noite para o dia. A mudança de padrões culturais é uma tarefa difícil para qualquer governo. Mas ainda quando os problemas emergentes da sociedade moderna: alcoolismo, toxicomania, tráfico de drogas, quadrilhas, turismo sexual, etc., contribuem a exacerbar a discriminação que sofrem vários setores das sociedades, em particular aqueles que já se encontravam em uma situação de desvantagem, como é o caso das mulheres, dos meninos e das meninas, dos e das indígenas.<sup>116</sup>
133. Distintos relatórios coincidem em que ainda que os motivos e os perpetradores dos homicídios em Ciudad Juárez sejam diversos, muitos casos tratam de violência de gênero que ocorre em um contexto de discriminação sistemática contra a mulher.<sup>117</sup> Segundo a Anistia Internacional, as características compartilhadas por muitos dos casos demonstram que o gênero da vítima parece ter sido um fator significativo do crime, influenciando tanto

112. Estas alegações coincidem com as conclusões do Primeiro Relatório de Gestão da Comissão para Ciudad Juárez, o qual indica que, nas décadas de setenta e oitenta, a indústria maquiladora se caracterizou pela oferta quase exclusiva a mulheres em um contexto de desemprego masculino, o que "produziu um choque cultural no interior das famílias" e que "os homens ficaram sem trabalho e as que sustentavam o lar eram as mulheres" (Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Primeiro Relatório de Gestão, folha 8663, nota 67 *supra*. Ver também, Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1922, nota 64 *supra*; declaração prestada perante agente dotado de fé pública pelo perito Pineda Jaimes em 15 de abril de 2009, expediente de mérito, tomo VIII, folha 2825, e declaração da perita Jusidman Rapoport, folha 3778, nota 99 *supra*).

113. Cf. Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folha 14549, nota 87 *supra*.

114. O Estado explicou em sua Resposta ao Relatório do CEDAW que o contexto de violência contra a mulher no qual estão imersos muitos dos homicídios e as concepções fortemente arraigadas na opinião pública sobre as possíveis causas destes, "dificulta[m] sobremaneira realizar uma classificação com base em seus motivos", mas que é possível realizar a qualificação referida "à luz de que se conta com informação sobre autores do homicídio, que existem testemunhas, e sob qu[e] circunstâncias se deu" (Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1957, nota 64 *supra*).

115. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1957, nota 64 *supra*.

116. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1960, nota 64 *supra*.

117. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1735, nota 64 *supra*; Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1922, nota 64 *supra*; Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folhas 2001 a 2002, nota 64 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folhas 2259 e 2269, nota 64 *supra*.

no motivo e no contexto do crime como na forma da violência à que foi submetida.<sup>118</sup> O Relatório da Relatoria da CIDH afirma que a violência contra as mulheres em Ciudad Juárez “tem suas raízes em conceitos referentes à inferioridade e à subordinação das mulheres”.<sup>119</sup> Por sua vez, o CEDAW ressalta que a violência de gênero, incluindo os assassinatos, sequestros, desaparecimentos e as situações de violência doméstica e intrafamiliar “não são casos isolados, esporádicos ou episódicos de violência, mas uma situação estrutural e um fenômeno social e cultural enraizado nos costumes e mentalidades” e nas quais estas situações de violência estão fundadas “em uma cultura de violência e discriminação baseada no gênero”.<sup>120</sup>

134. Por sua vez, a Relatora sobre a Violência contra a Mulher da ONU explica que a violência contra a mulher no México somente pode ser entendida no contexto de “uma desigualdade de gênero arraigada na sociedade”. A Relatora se referiu a “forças de mudança que põem em causa as próprias bases do machismo”, entre as quais incluiu a incorporação das mulheres à força de trabalho, o que proporciona independência econômica e oferece novas oportunidades de se formar.

Estes fatores, embora a longo prazo permitam às mulheres superar a discriminação estrutural, podem exacerbar a violência e o sofrimento a curto prazo. A incapacidade dos homens para desempenhar seu papel tradicionalmente machista de provedores de sustento conduz ao abandono familiar, à instabilidade nos relacionamentos ou ao alcoolismo, o que, por sua vez, torna mais provável que se recorra à violência. Inclusive os casos de violação e assassinato podem ser interpretados como tentativas desesperadas por se aferrar a normas discriminatórias que se veem superadas pelas cambiantes condições socioeconômicas e o avanço dos direitos humanos.<sup>121</sup>

135. Por outro lado, a Comissão para Ciudad Juárez destacou que a ênfase da Promotoria Especial na violência intrafamiliar e na grave decomposição social como razões para os crimes sexuais não resgata “os elementos de discriminação por gênero da violência que especificamente afeta as mulheres”, o que, “amalgama a violência de gênero como parte da violência social, sem aprofundar a forma como afeta especificamente as mulheres”.<sup>122</sup>
136. O Relatório da Comissão ressaltou as características sexuais dos homicídios e afirmou que “embora não se conheça com suficiente certeza a magnitude destes aspectos do problema, as provas recolhidas em determinados casos indicam vínculos com a prostituição ou o tráfico com fins de exploração sexual” e que “[e]m ambos os casos podem se dar situações de coação e abuso de mulheres que trabalham no comércio sexual ou se veem forçadas a participar nele”.<sup>123</sup>

### 1.6. *Sobre o alegado feminicídio*

137. A Comissão não qualificou os fatos ocorridos em Ciudad Juárez como feminicídio.
138. Os representantes expressaram que “[o]s homicídios e desaparecimentos de meninas e mulheres em Ciudad Juárez são a máxima expressão da violência misógina”, razão pela qual alegaram que esta violência foi conceitualizada como feminicídio. Segundo explicaram, consiste em “uma forma extrema de violência contra as mulheres; o assassinato de meninas e mulheres pelo simples fato de sê-lo, em uma sociedade que as subordina”, o que implica “uma mistura que inclui fatores culturais, econômicos e políticos”. Por esta razão, argumentaram que “para determinar se um homicídio de mulher é um feminicídio se deve conhecer quem o comete, como o faz e em que contexto”. Afirmaram que, mesmo que nem sempre toda a informação esteja disponível nos crimes deste tipo, existem indicadores tais como as mutilações de certas partes do corpo, como a ausência de peitos ou genitais.
139. Na audiência pública, o Estado utilizou o termo feminicídio ao fazer referência ao “fenômeno [...] que prevalece em Juárez”. Entretanto, o Estado, em suas observações a perícias apresentadas pelos representantes, objetou o fato de que pretenderam “incluir o termo feminicídio como um tipo penal, quando este não existe nem na legislação nacional nem nos instrumentos vinculantes do sistema interamericano de direitos humanos”.
140. No México, a Lei Geral do Acesso das Mulheres a uma Vida Livre de Violência, vigente desde 2007, define em seu artigo 21 a violência feminicida como “a forma extrema de violência de gênero contra as mulheres, produto

118. Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2269, nota 64 *supra*.

119. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1766, nota 64 *supra* (citando carta do Secretário de Governo de Chihuahua à Relatora Especial de 11 de fevereiro de 2002).

120. Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1937 e 1949, nota 64 *supra*.

121. Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folhas 2001 e 2002, nota 64 *supra*.

122. Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Primeiro Relatório de Gestão, folha 9074, nota 67 *supra*.

123. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folhas 1748 e 1750, nota 64 *supra* (citando carta do Secretário de Governo de Chihuahua à Relatora Especial de 11 de fevereiro de 2002).

da violação de seus direitos humanos, nos âmbitos público e privado, formada pelo conjunto de condutas misóginas que podem levar à impunidade social e do Estado e pode culminar em homicídio e outras formas de morte violenta de mulheres”.<sup>124</sup> Por sua vez, algumas instâncias governamentais proporcionaram definições para o termo feminicídio em seus relatórios.<sup>125</sup>

141. Os peritos Monárrez Fragoso,<sup>126</sup> Pineda Jaimés,<sup>127</sup> Lagarde y de los Ríos<sup>128</sup> e Jusidman Rapoport<sup>129</sup> qualificaram o ocorrido em Ciudad Juárez, como feminicídio.
142. Adicionalmente, o relatório da Comissão Especial da Câmara de Deputados para Conhecer e Dar Acompanhamento às Investigações Relacionadas com os Feminicídios na República Mexicana (doravante denominada a “Comissão da Câmara de Deputados”) e os da Comissão para Ciudad Juárez referem-se ao “feminicídio” que supostamente ocorre em Ciudad Juárez.<sup>130</sup> Além disso, fazem-no o Observatório Cidadão,<sup>131</sup> as ONGs Centro para o Desenvolvimento Integral da Mulher e AC / Rede Cidadã de Não Violência e Dignidade Humana,<sup>132</sup> a Comissão Mexicana de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos A.C.,<sup>133</sup> bem como diferentes *amici curiae* apresentados à Corte.<sup>134</sup>
143. No presente caso, a Corte, à luz do indicado nos parágrafos anteriores, utilizará a expressão “homicídio de mulher por razões de gênero”, também conhecido como feminicídio.
144. Para efeitos deste caso, a Corte avalia que, levando em consideração a prova e a argumentação sobre a prova disponível nos autos, não é necessário nem possível se pronunciar de maneira definitiva sobre quais homicídios de mulheres em Ciudad Juárez constituem homicídios de mulheres por razões de gênero, além dos homicídios das três vítimas do presente caso. Por esta razão, a Corte se referirá aos casos de Ciudad Juárez como homicídios de mulheres, ainda que entenda que alguns ou muitos destes possam haver sido cometidos por razões de gênero e que a maioria tenha ocorrido dentro de um contexto de violência contra a mulher.
145. Em relação às mortes produzidas no presente caso, a Corte analisará em seções posteriores, conforme a prova apresentada pelas partes, se constituem homicídios de mulheres por razões de gênero.

### *1.7. Investigação dos homicídios de mulheres*

146. Segundo a Comissão e os representantes, outro fator que caracteriza estes homicídios de mulheres é sua falta de esclarecimento e as irregularidades nas respectivas investigações, o que, segundo eles, gerou um clima de impunidade. A esse respeito, a Corte toma nota do reconhecimento do Estado quanto “ao cometimento de diversas irregularidades na investigação e processamento de homicídios de mulheres cometidos entre os anos de 1993 e 2004 em Ciudad Juárez”. O Estado, além disso, lamentou “os erros cometidos até antes do ano de 2004 por servidores públicos que participaram durante algumas destas investigações”.

#### *1.7.1 Irregularidades nas investigações e nos processos*

147. Ainda que o Estado tenha reconhecido o cometimento de irregularidades na investigação e processamento dos homicídios de mulheres entre os anos de 1993 e 2003 (par. 145 *supra*), não especificou quais foram as irregularidades que encontrou nas investigações e nos processos realizados durante esses anos. Entretanto, a

124. Artigo 21 da Lei Geral do Acesso das Mulheres a uma Vida Livre de Violência, publicada no Diário Oficial da Federação em 1º de fevereiro de 2007 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIII, anexo 109, folha 16126).

125. Cf. Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Primeiro Relatório de Gestão, folha 8661, nota 67 *supra*, e Comissão da Câmara de Deputados, Violência Feminicida em 10 entidades da República Mexicana, folha 6885, nota 86 *supra*.

126. Cf. declaração da perita Monárrez Fragoso, folha 3906, nota 101 *supra*.

127. Cf. declaração do perito Pineda Jaimés, folha 2813, nota 112 *supra*.

128. Cf. declaração prestada perante agente dotado de fé pública pela perita Lagarde y de los Ríos em 20 de abril de 2009 (expediente de mérito, tomo XI, folha 3386).

129. Cf. declaração da perita Jusidman Rapoport, folha 3806, nota 99 *supra*.

130. Cf. Comissão da Câmara de Deputados, Violência Feminicida em 10 entidades da República Mexicana, folha 6889, nota 86 *supra*, e Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Primeiro Relatório de Gestão, folha 8662, nota 67 *supra*.

131. Cf. Relatório Final do Observatório Cidadão, folha 6714, nota 81 *supra*.

132. Cf. Centro para o Desenvolvimento Integral da Mulher e AC / Rede Cidadã de Não Violência e Dignidade Humana. *As Vítimas de Feminicídio em Ciudad Juárez. Relatório do Estado da Procuradoria de Justiça e o Acesso às Garantias Judiciais sobre feminicídios e mulheres desaparecidas em Juárez, 1993 – 2007*. Relatório para a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, maio de 2007 (expediente de anexos à demanda, tomo IV, apêndice 5 Vol. III, folhas 544 e 555).

133. Cf. Comissão Mexicana de Defesa e Promoção dos Direitos Humanos A.C., Compêndio de recomendações, folha 6654, nota 65 *supra*.

134. Cf. escrito apresentado pelo Programa de Justiça Global e Direitos Humanos da Universidade de los Andes, Colômbia (expediente de mérito, tomo XV, folha 4416); escrito apresentado pela Organização Mundial contra a Tortura e TRIAL – *Track Impunity* (expediente de mérito, tomo VI, folha 2197), e escrito apresentado pela Rede Mesa de Mulheres de Ciudad Juárez (expediente de mérito, tomo XV, folha 4290).

Corte toma nota do afirmado a esse respeito pelo Relatório da Relatora da CIDH:

O Estado mexicano, por sua vez, admite que foram cometidos erros durante os primeiros cinco anos em que se viu confrontado com esses assassinatos. Reconhece, por exemplo, que não foi infrequente que a Polícia dissesse a um familiar que tentava informar sobre o desaparecimento de uma menina que voltasse em 48 horas, sendo evidente que havia coisas a investigar. Tanto os representantes do Estado como de entidades não estatais afirmaram que as autoridades de Ciudad Juárez costumavam rejeitar as denúncias iniciais, manifestando que a vítima teria saído com um namorado e não demoraria em voltar para casa. A PGJE mencionou também falta de capacidade técnica e científica e de capacitação, nessa época, por parte dos membros da Polícia Judiciária. Autoridades do Estado de Chihuahua afirmaram que as falhas eram tais que em 25 casos, que datam dos primeiros anos dos assassinatos, os “autos” eram pouco mais do que sacolas que continham uma série de ossos, o que praticamente não servia de base para avançar na investigação.<sup>135</sup>

148. A Corte observa que apesar de os detalhes manifestados pelas autoridades do Estado à Relatora da CIDH, e indicados *supra*, serem circunscritos às investigações e processos realizados até 1998, o mesmo Estado reconheceu perante a Corte que houve irregularidades até antes do ano de 2004 (par. 145 *supra*), ainda que não as tenha detalhado.
149. Diversos relatórios publicados entre 1999 e 2005 coincidem em que as investigações e os processos dos homicídios de mulheres em Ciudad Juárez estiveram cheios de irregularidades e deficiências<sup>136</sup> e que estes crimes permaneceram impunes.<sup>137</sup> Segundo a Promotoria Especial, “deve se enfatizar que a impunidade dos casos não resolvidos se produziu, principalmente, entre os anos de 1993 a 2003, por causa das graves omissões em que incorreu o pessoal que trabalhou na Procuradoria Geral de Justiça do Estado [de Chihuahua]”. Acrescentou que durante esse período “os governos estaduais não promoveram políticas públicas dirigidas a dotar a Procuradoria [deste] estado da infraestrutura, processos de trabalho e pessoal especializado que lhe permitisse realizar as investigações de homicídios de mulheres em níveis de confiabilidade razoavelmente aceitáveis”.<sup>138</sup>
150. Em conformidade com a prova apresentada, as irregularidades nas investigações e nos processos incluem a demora no início das investigações,<sup>139</sup> a demora das mesmas ou a inatividade nos autos,<sup>140</sup> negligência e irregularidades na coleta e realização de provas e na identificação de vítimas,<sup>141</sup> perda de informação,<sup>142</sup> extravio de partes dos corpos sob custódia do Ministério Público,<sup>143</sup> e a falta de contemplação das agressões a mulheres como parte de um fenômeno global de violência de gênero.<sup>144</sup> Segundo o Relator sobre a independência judicial da ONU, depois de uma visita a Ciudad Juárez em 2001, “surpreendeu-lhe a absoluta ineficácia, incompetência, indiferença, insensibilidade e negligência da polícia que havia conduzido as investigações até então”.<sup>145</sup> Por sua vez, a Promotoria Especial afirmou em seu relatório de 2006 que, de 139 averiguações prévias analisadas,

135. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1750, nota 64 *supra*, (citando carta do Secretário de Governo de Chihuahua à Relatora Especial de 11 de fevereiro de 2002).

136. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1767, nota 64 *supra*; CNDH, Recomendação 44/1998, folhas 2118 a 2129 e 2138, nota 72 *supra*; Relatório do México produzido pela CEDAW, folha 1924, nota 64 *supra*, e Relatório da Comissão de Especialistas Internacionais das Nações Unidas, folha 1898, nota 76 *supra*.

137. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1749, nota 64 *supra*; Relatório da Comissão de Especialistas Internacionais das Nações Unidas, folha 1869, nota 76 *supra*; CNDH, Relatório Especial, folha 2167, nota 66 *supra*, e declaração prestada perante agente dotado de fé pública pelo perito Castresana Fernández em 21 de abril de 2009 (expediente de mérito, tomo VIII, folha 2904).

138. Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folha 14573, nota 87 *supra*.

139. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1746, nota 64 *supra*, Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1924, nota 64 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2274, nota 64 *supra*.

140. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1767, nota 64 *supra*; CNDH, Recomendação 44/1998, folha 2140, nota 72 *supra*; Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folhas 14579 e 14610, nota 87 *supra*; Conferência de imprensa do Subprocurador de Direitos Humanos, Atenção a Vítimas e Serviços à Comunidade e da Promotoria Especial para a Atenção dos Crimes Relacionados com Atos de Violência Contra as Mulheres no auditório de juristas, Reforma 211, México, Distrito Federal, 16 de fevereiro de 2006, anexo 4 do Relatório Final do Observatório Cidadão, folha 6714, nota 81 *supra*.

141. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1750, nota 64 *supra*; CNDH, Recomendação 44/1998, folha 2140, nota 72 *supra*; Relatório da Comissão de Especialistas Internacionais das Nações Unidas, folha 1929, nota 76 *supra*; Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folha 14579, nota 87 *supra*, e declaração prestada perante agente dotado de fé pública pela testemunha Doretti em 17 de abril de 2009 (expediente de mérito, tomo VI, folha 2326 e 2327).

142. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1750, nota 64 *supra*; Relatório da Comissão de Especialistas Internacionais das Nações Unidas, folhas 1898 e 1899, nota 76 *supra*; declaração da testemunha Doretti, folha 2332, nota 141 *supra*.

143. Cf. declaração da testemunha Doretti, folhas 2371 e 2372, nota 141 *supra*.

144. Cf. Relatório da Comissão de Especialistas Internacionais das Nações Unidas, folha 1897, nota 76 *supra*; CNDH, Recomendação 44/1998, folha 2154, nota 72 *supra*; CNDH, Relatório Especial, folha 2227, nota 66 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2279, nota 64 *supra*.

145. Relatório do Relator Especial sobre a Independência de Juizes e Advogados, folha 2100, nota 74 *supra*.

em mais de 85% foram detectadas responsabilidades atribuíveis a servidores públicos, graves deficiências e omissões que “entorpeceram a resolução dos homicídios aí relacionados, provocando impunidade”.<sup>146</sup>

### 1.7.2. Atitudes discriminatórias das autoridades

151. A Comissão e os representantes alegaram que as atitudes das autoridades estatais diante dos homicídios de mulheres em Ciudad Juárez eram notoriamente discriminatórias e dilatórias, situação que a Comissão descreveu como um “alarmante padrão de resposta e concepções estereotipadas das mulheres desaparecidas”. Em particular, o padrão “se manifestava na percepção dos funcionários estatais de que a busca e proteção de mulheres mencionadas como desaparecidas não era importante” e implicava que no princípio as autoridades se negavam a investigar.
152. A esse respeito, o Estado afirmou que a cultura de discriminação da mulher “contribuiu para que tais homicídios não fossem percebidos em seu início como um problema de magnitude importante para o qual se requeriam ações imediatas e contundentes por parte das autoridades competentes”.<sup>147</sup> O Tribunal observa que ainda que o Estado não tenha feito este reconhecimento no trâmite perante a Corte, sim enviou o documento no qual consta tal reconhecimento,<sup>148</sup> sendo parte do acervo probatório que será analisado em conformidade com as regras da crítica sã.
153. Diversas fontes afirmam que a resposta de funcionários estatais diante dos crimes foi influenciada por um contexto de discriminação baseada em gênero.<sup>149</sup> Segundo o Relator Especial sobre a independência judicial da ONU, “a princípio é indubitável que estes fatos não comoveram muito os agentes da polícia e os procuradores, que chegaram inclusive a repreender as mulheres por sua suposta falta de moralidade”.<sup>150</sup> A Relatora sobre execuções extrajudiciais da ONU afirmou que:

[a] conduta arrogante de alguns funcionários públicos e sua manifesta indiferença diante [...] destes crimes permitem concluir que muitos deles foram deliberadamente deixados de lado pela simples razão de que as vítimas eram ‘somente’ garotas comuns e, portanto, não eram consideradas uma grande perda. Temo que, como consequência dos atrasos e das irregularidades, tenham se perdido tempo e dados importantes.<sup>151</sup>

154. Distintas provas apresentadas ao Tribunal, indicam, *inter alia*, que funcionários do Estado de Chihuahua e do Município de Juárez minimizavam o problema e chegaram a culpar as próprias vítimas de sua sorte, seja por sua forma de vestir, pelo local em que trabalhavam, por sua conduta, por andarem sozinhas ou por falta de cuidado dos pais.<sup>152</sup> Nesse sentido, destacam-se as afirmações da CNDH em sua Recomendação 44/1998, com relação a que as declarações de funcionários e autoridades da Procuradoria estadual documentadas por aquela instituição denotavam “ausência de interesse e vocação por atender e reparar uma problemática social grave, bem como uma forma de discriminação” e que constituíam uma “forma de menosprezo sexista”.<sup>153</sup>

### 1.7.3. Falta de esclarecimento

155. A Comissão fez ênfase em que a resposta das autoridades diante dos crimes contra mulheres havia sido “notavelmente deficiente” e alegou que a grande maioria dos assassinatos continuavam impunes no momento da visita da Relatora da CIDH a Ciudad Juárez em 2002. Ademais, afirmou que ainda que o Estado tivesse conhecimento da gravidade da situação, “existia uma grande brecha entre a incidência do problema de violência contra as mulheres e a qualidade da resposta estatal oferecida a este fenômeno, o qual propendeu à repetição dos fatos”.

146. Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folhas 14575 e 14609, nota 87 *supra*.

147. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1957, nota 64 *supra*.

148. Cf. Resposta do governo do México ao relatório produzido pelo CEDAW de acordo com o artigo 8 do Protocolo Facultativo da Convenção, 27 de janeiro de 2005 (anexos à contestação da demanda, tomo XXV, anexo 6, folhas 8612 a 8653).

149. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folhas 1734 e 1742, nota 64 *supra*; Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1928, nota 64 nota 141 *supra*; Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folhas 2259 e 2269, nota 64 *supra*; declaração do perito Pineda Jaimes, folha 2832, nota 112 *supra*, e declaração da perita Jusidman, folha 3808, nota 99 *supra*.

150. Relatório do Relator Especial sobre a Independência de Juizes e Advogados, folha 2100, nota 74 *supra*.

151. Relatório da Relatora Especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrarias, folha 2053, nota 73 *supra*.

152. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1765, nota 64 *supra*; Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1928, nota 64 *supra*; Relatório da Relatora Especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrarias, folha 2052, nota 73 *supra*; CNDH, Recomendação 44/1998, folha 2139, nota 72 *supra*, e declaração da perita Monárrez Fragoso, folhas 3938 e 3940, nota 101 *supra*.

153. CNDH, Recomendação 44/1998, folha 2155, nota 72 *supra*.

156. Os representantes alegaram que no ano em que ocorreram os fatos do presente caso, “isto é, há 8 anos de que se teve conhecimento do incremento da violência contra as mulheres”, a situação de impunidade não havia tido nenhuma melhora, destacando que esse ano apresentou a mais alta porcentagem de homicídios de mulheres.
157. O Estado reiterou “sua convicção de que [no presente caso] e em geral, em relação aos homicídios de mulheres ocorridos em Ciudad Juárez, não se configura uma situação de impunidade, já que foi investigado, perseguido, capturado, julgado e sancionado um número significativo de responsáveis”. Também afirmou que entre janeiro de 1993 e maio de 2008 haviam sido registrados 432 casos de homicídios de mulheres, dos quais “45,25% foram resolvidos por uma instância jurisdicional e 33,02% estariam na etapa de investigação”.
158. A Corte observa que diversos relatórios coincidem em que a falta de esclarecimento dos crimes é uma característica dos homicídios de mulheres em Ciudad Juárez que se reveste de especial importância. O Relatório da Relatoria da CIDH de 2003 afirmou que a grande maioria dos casos continuam impunes.<sup>154</sup> Além disso, segundo o Comitê CEDAW, “uma cultura de impunidade se arraigou, o que permitiu e foment[ou] terríveis violações dos direitos humanos”, e segundo o Escritório sobre Drogas e Crimes da ONU, os diferentes fatores complexos do fenômeno criminal em Ciudad Juárez “colocaram à prova um sistema, por si só insuficiente, que foi manifestamente inundado por um desafio criminal para o qual não estava preparado, dando lugar a um colapso institucional que determinou a impunidade generalizada dos responsáveis pelos crimes”.<sup>155</sup>
159. A Corte toma nota de que vários relatórios apontam diferentes cifras sobre o estado dos casos de homicídios de mulheres em Ciudad Juárez.<sup>156</sup> Segundo cifras oficiais apresentadas pelo Estado, não controvertidas pelas outras partes, de 379 casos de homicídios de mulheres que ocorreram em Ciudad Juárez entre 1993 e 2005, 145 contavam no ano de 2005 com sentenças condenatórias ou sanções,<sup>157</sup> o que representa ao redor de 38,5%. Por outro lado, o Estado proporcionou ao Tribunal uma lista de 203 sentenças definitivas com relação aos homicídios de mulheres até setembro de 2008, das quais 192 são sentenças condenatórias.<sup>158</sup> A esse respeito, a Corte observa que o Estado não informou os números globais de homicídios até o ano de 2009 e não ofereceu prova em relação a suas alegações de fato relativas a que, no ano de 2008, 41,33% dos homicídios de mulheres haviam sido resolvidos por um órgão jurisdicional e 3,92% pelo Tribunal para Menores.
160. Em relação às sentenças, especificamente aquelas impostas aos responsáveis por homicídios dolosos, a Promotoria Especial observou em seu relatório do ano de 2006 que estas se enquadraram em uma média não maior a 15 anos de prisão, apesar de que na maioria dos casos foram cometidos com agravantes e que isso:
- pode ter obedecido a uma política judiciária que oportunamente deverá ser revisada pelo próprio Poder Judiciário do Estado, ou ainda ao fato de que o Ministério Público do foro comum não efetuou todas as ações que permitissem aos juízes se munir de elementos para punir os responsáveis de uma maneira mais severa.<sup>159</sup>
161. Um aspecto relacionado reunido pelos relatórios é que o número de sentenças e a pena imposta são mais baixos quando se trata dos homicídios de mulheres com características sexuais. Sobre este ponto, segundo cifras apresentadas pelo Estado perante a Comissão Interamericana, de 229 casos de homicídios de mulheres entre 1993 e 2003,<sup>160</sup> 159 foram casos com motivos diferentes do sexual e destes, 129 haviam sido “concluídos”, enquanto que de 70 casos de homicídios de mulheres com motivo sexual, somente 24 haviam sido “concluídos”.<sup>161</sup> É importante afirmar que o Estado não especificou o que entende por “concluídos”<sup>162</sup> e

154. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1734, nota 64 *supra*.

155. Relatório da Comissão de Especialistas Internacionais das Nações Unidas, folha 1869, nota 76 *supra*.

156. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1734, nota 64 *supra*; Relatório da Relatora Especial sobre a Violência contra a mulher, folha 2012, nota 64 *supra*, e CNDH, Recomendação 44/1998, folha 2232, nota 72 *supra*.

157. Cf. Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folhas 14617 a 14651, nota 87 *supra*.

158. Cf. fichas de 203 casos de homicídios de mulheres cometidos em Ciudad Juárez, nos quais foram proferidas sentenças definitivas, setembro de 2003 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo XLIX, anexo 6, folhas 17347 a 17400).

159. Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folha 14612, nota 87 *supra*.

160. Cabe notar que existem inconsistências entre as cifras globais, já que segundo o Relatório Final da Promotoria Especial, até o ano de 2003 haviam ocorrido 328 casos de homicídios de mulheres em Ciudad Juárez (Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folha 14646, nota 87 *supra*).

161. Cf. Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua, Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres, Ciudad Juárez, 2003. Anexos ao quarto relatório mensal do Estado à Comissão Interamericana de Direitos Humanos de 17 de fevereiro de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLII, anexo 75, folha 15446).

162. De maneira geral, em relação aos chamados casos “concluídos” pelo Estado, o CEDAW afirmou em seu relatório de 2005 que lhe preocupava que fossem considerados e informados como concluídos ou resolvidos os casos ao serem apresentados perante os Tribunais, “mesmo que os acusados não tivessem sido detidos nem sancionados” (Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1959, nota 64

que sobre o mesmo ponto em sua resposta ao relatório do CEDAW estabeleceu que dos 92 crimes sexuais ocorridos até o ano de 2004, somente em quatro casos havia sido proferida sentença.<sup>163</sup>

162. A Comissão para Ciudad Juárez, por sua vez, destacou que “[o] que mais surpreende destas histórias [de homicídios de mulheres] é a impunidade ainda vigente em muitos dos casos classificados como sexuais e/ou em série”.<sup>164</sup> Segundo o CEDAW, as autoridades mexicanas expressaram que havia avanços no processo de investigação, identificação e julgamento dos culpados por crimes com motivos como violência intrafamiliar ou delinquência comum e que a maioria dos sentenciados foram condenados a penas que ultrapassam os 20 anos de prisão, enquanto que nos atos de caráter sexual violento “há pessoas que têm sete anos de prisão, outras cinco e ainda que a Lei estabeleça que há que proferir sentença no período de dois anos, ocorre que os autos estão incompletos e as provas não resultam convincentes para os juízes”.<sup>165</sup> Por sua vez, a Relatora Especial sobre a Violência contra a Mulher da ONU indicou que a porcentagem de encarceramento para os crimes sexuais é menor que para o restante dos crimes contra as mulheres, representando especificamente 33,3% e 46,7%.<sup>166</sup>
163. Finalmente, a Corte observa que alguns relatórios afirmam que a impunidade está relacionada com a discriminação contra a mulher. Assim, por exemplo, o Relatório da Relatora da CIDH concluiu que “[q]uando os perpetradores não são responsabilizados – como em geral ocorreu em Ciudad Juárez – a impunidade confirma que essa violência e discriminação é aceitável, o que fomenta sua perpetuação”.<sup>167</sup> Em sentido similar, a Relatora sobre execuções extrajudiciais da ONU expressou que: “os acontecimentos de Ciudad Juárez são o típico exemplo de crime sexista favorecido pela impunidade”.<sup>168</sup>

### 1.8. Conclusões da Corte

164. De todo o exposto anteriormente, a Corte conclui que desde o ano de 1993 existe em Ciudad Juárez um aumento de homicídios de mulheres, havendo pelo menos 264 vítimas até o ano de 2001 e 379 até o ano de 2005. Entretanto, além das cifras, sobre as quais a Corte observa não existir firmeza, é preocupante o fato de que alguns destes crimes parecem apresentar altos graus de violência, incluindo sexual, e que em geral foram influenciados, tal como aceita o Estado, por uma cultura de discriminação contra a mulher, a qual, segundo diversas fontes probatórias, incidiu tanto nos motivos como na modalidade dos crimes, bem como na resposta das autoridades. Nesse sentido, cabe destacar as respostas ineficientes e as atitudes indiferentes documentadas em relação à investigação destes crimes, que parecem haver permitido que se tenha perpetuado a violência contra a mulher em Ciudad Juárez. Até o ano de 2005, a Corte constata que a maioria dos crimes continuam sem esclarecimento, sendo os homicídios que apresentam características de violência sexual os que apresentam maiores níveis de impunidade.

## **2. Fatos do caso**

### 2.1. Desaparecimentos das vítimas

165. Laura Berenice Ramos Monárrez tinha 17 anos de idade e era estudante do quinto semestre do segundo grau. A última notícia que se conhecia dela era uma ligação que fez a uma amiga no sábado, dia 22 de setembro de 2001, para avisar que estava pronta para ir a uma festa.<sup>169</sup> A denúncia afirma que desapareceu na terça-feira dia 25 de

*supra*). Além disso, e também de maneira geral, a CNDH em seu relatório de 2005 afirmou que “obteve informação suficiente para desvirtuar as afirmações da PGJE, no sentido de considerar resolvidos casos, sem que existam bases jurídicas para sustentar estas afirmações” (CNDH, Relatório Especial, folha 2234, nota 66 *supra*).

163. Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1964, nota 64 *supra*. A esse respeito, cabe notar o afirmado pelo CEDAW em seu relatório: “O Governo assegura que dos 90 casos que consideram como de violência sexual s[o]mente em quatro foi proferida sentença, enquanto que a quase totalidade das fontes da sociedade civil expõe que esses quatro casos tampouco estão resolvidos e que talvez alguns dos acusados não sejam culpados. S[o]mente um prisioneiro foi julgado e sancionado, depois de 8 anos, encontrando-se ainda em fase de apelação” (Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1934, nota 64 *supra*).

164. Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Terceiro Relatório de Gestão, folha 8997, nota 101 *supra*, (citando o Segundo Relatório de Gestão, intitulado “O feminicídio: formas de exercer a violência contra as mulheres”).

165. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1931, nota 64 *supra*.

166. Cf. Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folha 2012, nota 64 *supra*.

167. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1766, nota 64 *supra*.

168. Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folha 2053, nota 64 *supra*.

169. Cf. comparecimento de Claudia Ivonne Ramos Monárrez perante um subagente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Desaparecimento e Homicídio de Mulheres efetuado em 1º de outubro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexo 17, folha 2621) e comparecimento de Rocío Itxel Núñez Acevedo perante um subagente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Desaparecimento e Homicídio de Mulheres efetuado em 5 de outubro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexo 19, folha 2625).



setembro de 2001, sem que sejam oferecidos mais detalhes.<sup>170</sup>

166. Claudia Ivette González tinha 20 anos de idade e trabalhava em uma empresa maquiladora. Segundo uma amiga próxima, “quase sempre saía com o tempo limitado, já que ajudava sua irmã a cuidar de sua filha menor, motivo pelo qual às vezes chegava tarde”<sup>171</sup> ao trabalho. Em 10 de outubro de 2001, chegou dois minutos atrasada à maquiladora, de maneira que foi impedida de entrar.<sup>172</sup> Nesse mesmo dia, desapareceu.<sup>173</sup>
167. Esmeralda Herrera Monreal tinha 15 anos de idade e contava com “grau de instrução do terceiro ano do segundo grau”.<sup>174</sup> Desapareceu na segunda-feira, dia 29 de outubro de 2001, depois de sair da casa onde trabalhava como empregada doméstica.<sup>175</sup>
168. Segundo os representantes, as jovens Ramos, González e Herrera eram de “origem humilde”.

## 2.2. As primeiras 72 horas

169. As alegações da Comissão e dos representantes neste ponto apresentam inconsistências, já que se referem em algumas instâncias a que as autoridades manifestaram aos familiares que deviam esperar 72 horas em relação a uma ou duas vítimas e em outras instâncias afirmam que isso ocorreu em relação às três vítimas. Além disso, algumas alegações se referem a que não se elaborava a denúncia antes de transcorridas 72 horas e outras a que não se iniciavam investigações até depois de 72 horas.
170. O Estado controverteu o anterior e alegou que “esta afirmação [não] está provada e é incorreta”, visto que se “elaborou o relatório de desaparecimento das jovens no momento em que seus familiares compareceram para denunciá-lo”. Ademais, afirmou de maneira geral e sem mencionar datas específicas que “as autoridades [...] ordenaram a busca e localização imediata das mulheres desaparecidas”, “levando em consideração a informação proporcionada pelos familiares”.
171. A Corte constata que a jovem Ramos desapareceu em 22 de setembro de 2001 e, segundo o alegado pela Comissão e pelos representantes, em 25 de setembro, a mãe interpôs a denúncia perante as autoridades, o que não foi controvertido pelo Estado. Nesse dia foi elaborado o relatório de desaparecimento.
172. A jovem González desapareceu em 10 de outubro de 2001. Os representantes alegaram que em 11 de outubro seus familiares e amigos próximos foram interpor a denúncia.<sup>176</sup> A Comissão e o Estado afirmaram que em 12 de outubro foi relatado o desaparecimento. A data do registro de pessoa desaparecida é de 12 de outubro de 2001.<sup>177</sup>
173. A jovem Herrera desapareceu em 29 de outubro de 2001. No dia seguinte foi feita a denúncia<sup>178</sup> e o relatório de desaparecimento tem data desse mesmo dia.<sup>179</sup>
174. Salvo o caso da mãe da jovem González, não consta nos autos prova com relação a que os familiares houvessem

170. Cf. Registro de Pessoas Desaparecidas N° 225/2001 diligenciado em 25 de setembro de 2001 em relação a Laura Berenice Ramos Monárrez (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexo 11, folha 2609), e comparecimento de Benita Monárrez Salgado perante um subagente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial na Investigação de Homicídios de Mulheres e Desaparecimento de Pessoas efetuado em 25 de setembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexos 12 e 14, folha 2611).

171. Informação resenhada no boletim informativo emitido por dois agentes da Polícia Ministerial ligados à Promotoria Mista para o Atendimento de Homicídios de Mulheres de Chihuahua em 28 de setembro de 2007 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXV, anexo 50, registro II, tomo IV, folha 12974).

172. Cf. declaração prestada em 24 de outubro de 2001 por Juan Antonio Martínez Jacobo perante a Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres e Pessoas Desaparecidas (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexo 23, folha 2637) e Registro de Pessoas Desaparecidas N° 234/2001 diligenciado em 12 de outubro de 2001 em relação a Claudia Ivette González (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexo 8, folha 2603).

173. Cf. Registro de Pessoas Desaparecidas N° 234/2001, nota 172 *supra*; comparecimento de Mayela Banda González perante um subagente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial na Investigação de Homicídios de Mulheres e Pessoas Desaparecidas efetuado em 12 de outubro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXII, anexo 50 registro II, tomo I, folha 11102), e declaração prestada pela senhora González na audiência pública realizada perante a Corte Interamericana em 28 de abril de 2009.

174. Comparecimento de Irma Monreal Jaime perante um agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial na Investigação de Homicídios de Mulheres e Pessoas Desaparecidas em 30 de outubro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexo 29, folha 2653).

175. Cf. comparecimento de Irma Monreal Jaime, nota 174 *supra*; Registro de Pessoas Desaparecidas N° 241/2001 diligenciado em 30 de outubro de 2001 em relação a Esmeralda Herrera Monreal (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexo 13, folha 2613), e declaração prestada pela senhora Monreal na audiência pública realizada perante a Corte Interamericana de 28 de abril de 2009.

176. Cf. comparecimento de Mayela Banda Gonzáles, folha 2605, nota 173 *supra*.

177. Cf. Registro de Pessoas Desaparecidas N° 234/2001, nota 172 *supra*.

178. Cf. testemunho efetuado em 5 de abril de 2006 por Irma Monreal Jaime perante a Promotoria Mista para a Investigação de Homicídios de Mulheres (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXVIII, anexo 38, folha 9555), e comparecimento de Irma Monreal Jaime, *supra* nota 174.

179. Cf. Registro de Pessoas Desaparecidas N° 241/2001, nota 175 *supra*.

recorrido às autoridades antes da data que se afirma como o dia de apresentação da denúncia. Nem a Comissão nem os representantes controverteram a validade dos registros de desaparecimento apresentados pelo Estado. Por tudo isso, a Corte conclui que o relatório de desaparecimento foi emitido no mesmo dia em que foi feita a denúncia nos casos das jovens Herrera e Ramos, enquanto no caso da jovem González a Corte não conta com prova suficiente para determinar se os familiares recorreram às autoridades pela primeira vez em 11 ou 12 de outubro, mas em todo caso não transcorreram 72 horas desde o momento em que recorreram às autoridades até que foi emitido o relatório de desaparecimento.

175. Em relação à alegada espera de 72 horas para iniciar as investigações, o Tribunal constata que nos três casos, no mesmo dia em que foi feito o “Registro de Pessoas Desaparecidas”,<sup>180</sup> o Programa de Atendimento a Vítimas de Delitos encaminhou um ofício ao Chefe da Polícia Judiciária.<sup>181</sup> Estes ofícios tinham por objetivo informar que havia sido colocado em conhecimento daquele escritório o desaparecimento das três vítimas, razão pela qual se solicitava ao pessoal daquela dependência a realização de “investigações dirigidas a alcançar o esclarecimento dos fatos”.<sup>182</sup>
176. Durante a audiência pública perante a Corte, as mães das três vítimas manifestaram que no primeiro contato com as autoridades lhes foi manifestado que deveriam transcorrer 72 horas para que suas filhas fossem consideradas desaparecidas,<sup>183</sup> o que foi reiterado em outras declarações.<sup>184</sup>
177. Segundo os representantes, a prova da demora no início das investigações se encontra nas “Fichas 103-F” do relatório especial da CNDH de 2003. Entretanto, estas fichas não fazem referência a que as autoridades tenham feito uma afirmação nesse sentido.<sup>185</sup>
178. As declarações periciais confirmam que as mães informaram à sua psiquiatra ou psicóloga respectiva sobre uma suposta negativa do Estado para iniciar uma possível averiguação antes das 72 horas.<sup>186</sup> Adicionalmente, a testemunha Delgadillo Pérez, referindo-se a todos os desaparecimentos da plantação de algodão, afirmou que as investigações em “[v]ários dos expedientes não foram iniciadas no momento em que as famílias os denunciaram, mas uma vez que transcorreram 72 horas”, indicando especificamente o caso da jovem Herrera e concluindo que “perderam as primeiras horas que eram fundamentais para a busca”.<sup>187</sup> No mesmo sentido, a perita Jusidman Rapoport afirmou que, até a presente data, “para as autoridades é necessário que transcorram 72 horas para iniciar a busca de mulheres mencionadas como desaparecidas”.<sup>188</sup> Isso também foi indicado no relatório da EAAF para o caso da jovem Herrera<sup>189</sup>. A Corte nota que ainda que estas declarações proporcionam indícios sobre uma suposta demora de 72 horas para iniciar a busca de pessoas desaparecidas, os peritos não indicaram a fonte de suas conclusões a partir das quais seja possível avaliar sua afirmação. Ademais, as declarações dos peritos não oferecem datas específicas, de maneira que a Corte não pode concluir se, segundo eles, a espera de 72 horas existia no ano de 2001.
179. Para resolver a questão, a Corte tem em consideração que neste aspecto o ônus da prova corresponde ao

180. Registro de Pessoas Desaparecidas N° 225/2001, folha 2609, nota 170 *supra*; Registro de Pessoas Desaparecidas N° 234/2001, nota 172 *supra*, e Registro de Pessoas Desaparecidas N° 241/2001, nota 175 *supra*.

181. Cf. ofício N° 549/2001 emitido em 25 de setembro de 2001 pela Coordenadora do Programa de Atendimento a Vítimas de Delitos e Pessoas Desaparecidas em relação ao desaparecimento de Laura Berenice Ramos Monárrez (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXVIII, anexos 20 e 90, folha 9420); ofício N° 589/2001 emitido em 12 de outubro de 2001 pela Coordenadora do Programa de Atendimento a Vítimas de Delitos em relação ao desaparecimento de Claudia Ivette González (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexo 10, folha 2607), e ofício N° 634/01 emitido em 30 de outubro de 2001 pelo Programa de Atendimento a Vítimas de Delitos em relação ao desaparecimento de Esmeralda Herrera Monreal (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXVIII, anexos 32 e 88, folha 9575).

182. Ofícios N° 549/2001, 589/01 e 634/01, nota 181 *supra*.

183. Cf. declarações prestadas pelas senhoras Monárrez, González e Monreal na audiência pública realizada perante a Corte Interamericana em 28 de abril de 2009.

184. Cf. comparecimento voluntário de Irma Monreal Jaime perante um Agente do Ministério Público da Federação, Comissário da Agência Mista de Investigações de Homicídios de Mulheres efetuado em 20 de outubro de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXX, anexo 50, registro I, tomo I, folha 10578); documento apresentado por Josefina González e pela Rede Cidadã de Não Violência e Dignidade Humana perante a CIDH em 3 de setembro de 2006 (expediente de anexos à demanda, tomo II, apêndice 5, vol. I, folha 131), e documento apresentado por Irma Monreal Jaime e pela Associação Nacional de Advogados Democráticos perante a CIDH em 29 de julho de 2005 (expediente de anexos à demanda, tomo IV, apêndice 5 vol. III, folha 734).

185. Cf. CNDH, Relatório Especial, folhas 2192 a 2220, nota 66 *supra*.

186. Cf. declaração prestada perante agente dotado de fé pública pelo perito de la Peña Martínez em 21 de abril de 2009 (expediente de mérito, tomo XI, folha 3350), e declaração prestada perante agente dotado de fé pública pela perita Azaola Garrido em 20 de abril de 2009 (expediente de mérito, tomo XI, folha 3369).

187. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública pela testemunha Delgadillo Pérez em 21 de abril de 2009 (expediente de mérito, tomo XI, folhas 3481 e 3482).

188. Declaração da perita Jusidman Rapoport, folha 3824, nota 99 *supra*.

189. Cf. EAAF, laudo de antropologia e genética forense, Esmeralda Herrera Monreal, 12 de junho de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXX, anexo 50, registro I, tomo I, folha 10326).

Estado, já que este sustenta que suas autoridades procederam com as investigações, o que é suscetível de prova. Diferente é a situação da Comissão e dos representantes, que alegam um fato negativo, ou seja, a ausência de investigação nas primeiras 72 horas. Ademais, leva-se em consideração que os meios de prova estão à disposição do Estado, de modo que sua defesa não pode descansar sobre a impossibilidade dos demandantes de apresentarem provas que não podem ser obtidas sem sua cooperação.<sup>190</sup>

180. A esse respeito, a Corte observa que a prova apresentada pelo Estado indica que nas primeiras 72 horas unicamente foram registrados os desaparecimentos e os testemunhos daqueles que as interpuseram, emitiu-se um ofício do Programa de Atendimento a Vítimas de Delitos e foram recebidos os testemunhos de somente três pessoas, uma em cada caso, aparte das declarações adotadas no momento de apresentação da denúncia.<sup>191</sup> Ou seja, além de diligências rotineiras e formais, o Estado não apresentou alegações nem prova sobre ações tomadas no período referido para mobilizar o aparato investigador na busca real e efetiva das vítimas.
181. Ademais, a Corte ressalta que o Estado não apresentou cópia da totalidade dos autos criminais nestes casos, mesmo quando lhe foi solicitado (par. 9 *supra*). Por tal motivo, o Tribunal conta com uma margem de discricionariedade para considerar estabelecidos certo tipo de fatos segundo a ponderação que possa ser efetuada com o resto do acervo probatório. Por isto, a Corte conclui que, ainda que não se possa dar por provado que efetivamente as autoridades disseram às mães das vítimas que tinham que esperar 72 horas depois de seu desaparecimento para que começassem as investigações, o Estado não demonstrou que gestões concretas realizou e como buscou efetivamente as vítimas durante o período mencionado.

### 2.3. Alegada falta de busca das vítimas antes da descoberta de seus restos

182. A Comissão alegou que “[a] atuação das autoridades estatais diante [das] denúncias de desaparecimento se limitou à realização de gestões formais e administrativas, sem medidas concretas, dirigidas a encontrar com brevidade as vítimas, com vida”.
183. Os representantes afirmaram que as três mães “tiveram de iniciar suas próprias ações de busca” diante da “falta de ações eficientes por parte das autoridades”, como pregar folhetos nas ruas, recorrer a meios de comunicação e fazer averiguações.
184. O Estado controverteu o anterior e afirmou que as autoridades “ordenaram a busca e localização imediata das mulheres desaparecidas”, “levando em consideração a informação proporcionada pelos familiares”. Além disso, alegou que realizou diversas ações para encontrar o paradeiro das vítimas.
185. Tal como foi indicado, no dia em que foram elaborados os registros de desaparecimento das vítimas, foi solicitado à Polícia Judiciária que realizasse investigações. Entretanto, não foi apresentada nenhuma resposta a tal pedido e o Estado não ofereceu detalhes sobre o acompanhamento que foi dado à mesma.
186. Por outro lado, ainda que conste evidência de que as autoridades elaboraram um cartaz com informação sobre o desaparecimento de cada uma das vítimas,<sup>192</sup> estes cartazes não indicam a data na qual foram emitidos e o Estado não precisou em que momento e como os fez circular. Segundo a mãe da jovem Herrera, foi ela “quem se encarregou de difundi-lo e pregá-lo em vários pontos da Cidade”.<sup>193</sup> A mãe da jovem González afirmou que depois de interpor a denúncia de desaparecimento, começaram “com averiguações e a colocar fotos dela em

190. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*, par. 135, nota 29 *supra*; *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 3 de abril de 2009. Série C N° 196, par. 95, e *Caso Escher e outros Vs. Brasil*, par. 127, nota 46 *supra*.

191. No caso da jovem Ramos está a declaração de seu pai, Daniel Ramos Canales, de 28 de setembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexo 15, folha 2615). No caso da jovem González, uma amiga de nome Juana González Flores compareceu voluntariamente a prestar declaração em 12 de outubro de 2001 perante um Subagente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Desaparecimento e Homicídio de Mulheres, no mesmo dia que se interpôs a denúncia (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXII, anexo 50, registro II, tomo I, folhas 11104 e 11105). No caso da jovem Herrera, consta a declaração de Eduardo Chávez, que compareceu voluntariamente em 2 de novembro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXX, anexo 50, registro I, tomo I, folhas 10315 e 10316).

192. Cf. cartazes intitulados “ajude-nos a encontrar esta pessoa”, emitidos pelo Grupo Especial de Atendimento à Família, Unidade Juárez, da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexos 30, 31 e 32, folhas 2655, 2657 e 2659).

193. Documento apresentado por Irma Monreal Jaime e pela Associação Nacional de Advogados Democráticos perante a CIDH em 29 de julho de 2005 (expediente de anexos à demanda, tomo IV, apêndice 5, vol. III, folha 756); comparecimento voluntário de Irma Monreal Jaime de 20 de outubro de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXX, anexo 50, registro I, tomo I, folhas 10578); cartão informativo de 15 de outubro de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXX, anexo 50, registro I, tomo I, folhas 10571 e 10572); testemunho de Irma Monreal Jaime perante um agente do Ministério Público da Promotoria Mista para o Atendimento de Homicídios de Mulheres efetuado em 5 de abril de 2006 (expediente de anexos à contestação à demanda, tomo XXX, anexo 50, registro I, tomo I, folhas 10286 e 10287), e testemunho de Benigno Herrera Monreal perante um agente do Ministério Público da Promotoria Mista para o Atendimento de Homicídios de Mulheres efetuado em 5 de abril de 2006 (expediente de anexos à contestação à demanda, tomo XXX, anexo 50, registro I, tomo I, folha 10294).

folhetos, [...] e perguntando, buscando na Cruz Vermelha, nos hospitais”,<sup>194</sup> e a mãe da jovem Ramos disse que ela procurou a sua filha em todos os locais “existentes e por existir”.<sup>195</sup> Isso coincide com o declarado pela testemunha Delgadillo Pérez, que afirmou que “[s]ão as famílias que, em face do desespero e da falta de apoio institucional, movem-se pela cidade tratando de encontrar suas filhas”.<sup>196</sup>

187. Em relação à jovem Ramos, as autoridades receberam, além da declaração prestada quando foi denunciado seu desaparecimento,<sup>197</sup> declarações de dois familiares<sup>198</sup> e de três amigas de sua escola.<sup>199</sup> Destes testemunhos a Corte nota que se observam certos possíveis indícios que poderiam haver ajudado na busca da jovem Ramos, como por exemplo, informação sobre um rapaz com quem ela falava frequentemente por telefone,<sup>200</sup> locais que frequentava,<sup>201</sup> seus planos para a noite de seu desaparecimento,<sup>202</sup> sobre um rapaz que trabalhava com ela e outras pessoas que pudessem ter informação,<sup>203</sup> bem como de um homem, com quem, segundo o declarado, a jovem Ramos não queria sair.<sup>204</sup>
188. Além disso, a mãe da jovem Ramos declarou no ano de 2003 sobre várias ligações que recebeu nos dias posteriores ao desaparecimento de sua filha, e que em uma delas “conseguiu escutar que [sua] filha Laura discutia com uma pessoa” e que por esta razão se dirigiu “à Procuradoria Geral de Justiça do Estado para que rastreassem a ligação” e lhe disseram que não a podiam rastrear.<sup>205</sup> Adicionalmente, segundo a senhora Monárrez, não foram realizadas diligências de averiguação na escola onde sua filha estudava, outras entrevistas com suas amigas e conhecidos, ou em alguns locais que frequentava, com o propósito de encontrá-la.<sup>206</sup> Além disso, não foram realizadas gestões em relação às ligações telefônicas que a jovem Ramos havia efetuado e recebido em seu celular.<sup>207</sup>
189. Em relação à jovem González, além da declaração prestada quando foi denunciado o desaparecimento,<sup>208</sup> foram tomadas as declarações de cinco amigos,<sup>209</sup> um colega de trabalho na maquiladora,<sup>210</sup> seu ex-companheiro

194. Declaração prestada pela senhora González, nota 183 *supra*. No mesmo sentido declarou a irmã da jovem González mencionando ações realizadas pela família (Cf. comparecimento de Mayela Banda González, nota 173 *supra*).

195. Declaração prestada pela senhora Monárrez, nota 183 *supra*; comparecimento de Ivonne Ramos Monárrez, folha 2620, nota 169 *supra*; comparecimento voluntário de Benita Monárrez Salgado perante um agente do Ministério Público da Federação ligado à Subprocuradoria de Controle Regional, Procedimentos Penais e Amparo efetuado em 20 de outubro de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXVII, anexo 50, registro III, tomo II, folha 13593), e comparecimento de Ivonne Ramos Monárrez perante um agente do Ministério Público da Federação ligado à Subprocuradoria de Controle Regional, Procedimentos Penais e Amparo efetuado em 20 de outubro de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXVII, anexo 50, registro III, tomo II, folha 13600).

196. Declaração da testemunha Delgadillo Pérez, folha 3523, nota 187 *supra*.

197. Cf. comparecimento de Benita Monárrez Salgado, folha 2611, nota 170 *supra*.

198. Cf. comparecimento de Daniel Ramos Canales perante um Subagente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial na Investigação de Homicídios de Mulheres e Desaparecimento de Pessoas efetuado em 28 de setembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexo 15, folha 2615), e comparecimento de Claudia Ivonne Ramos Monárrez, folhas 2619 a 2621, nota 169 *supra*.

199. Cf. comparecimento de Ana Catalina Solís Gaytán perante um subagente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Desaparecimento e Homicídio de Mulheres efetuado em 1º de outubro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexo 16, folha 2617); comparecimento de Diana América Corral Hernández perante um subagente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial na Investigação de Homicídios de Mulheres e Desaparecimento de Pessoas efetuado em 1º de outubro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexo 18, folha 2623), e comparecimento de Rocío Ixchel Núñez Acevedo, (folhas 2625 a 2626), nota 169 *supra*.

200. Cf. comparecimento de Ana Catalina Solís Gaytán, nota 199 *supra*.

201. Cf. comparecimento de Rocío Ixchel Núñez Acevedo, folha 2626, nota 169 *supra*.

202. Cf. comparecimento de Rocío Ixchel Núñez Acevedo, folha 2626, nota 169 *supra*.

203. Cf. comparecimento de Claudia Ivonne Ramos Monárrez, folhas 2620 e 2621, ota 169 *supra*, e comparecimento de Rocío Ixchel Núñez Acevedo, folha 2626, nota 169 *supra*.

204. Cf. comparecimento de Diana América Corral Hernández, nota 199 *supra*.

205. Cf. cartão informativo de 15 de outubro de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXVII, anexo 50, registro III, tomo II, folha 13580).

206. Cf. documento apresentado por Benita Monárrez Salgado e pela Rede Cidadã de Não Violência e Dignidade Humana perante a CIDH, folha 294, nota 184 *supra*.

207. Cf. comparecimento de Rocío Ixchel Núñez Acevedo, folhas 2625 e 2626, nota 169 *supra*.

208. Cf. comparecimento de Mayela Banda González, nota 173 *supra*.

209. Cf. comparecimento de Juana González Flores, nota 191 *supra*; comparecimento de Ana Isabel Suárez Valenciana perante um agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Desaparecimento de Pessoas e Homicídio de Mulheres efetuado em 16 de outubro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXII, anexo 50, registro II, tomo I, folhas 11106 a 11108); comparecimento de Aide Navarrete García perante um agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Desaparecimento de Pessoas e Homicídio de Mulheres efetuado em 16 de outubro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXII, anexo 50, registro II, tomo I, folhas 11109 a 11111); comparecimento de Armando Velazco Fernández perante um agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Desaparecimento de Pessoas e Homicídio de Mulheres efetuado em 19 de outubro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXII, anexo 50, registro II, tomo I, folhas 11112 e 11113), e comparecimento de Verónica Hernández Estrada perante um agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Desaparecimento de Pessoas e Homicídio de Mulheres efetuado em 19 de outubro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXII, anexo 50, registro II, tomo I, folhas 11114 a 11115).

210. Cf. comparecimento de Efrén Pérez Maese perante um agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres e Pessoas Desaparecidas efetuado em 24 de outubro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda,

sentimental<sup>211</sup> e dois chefes de segurança da empresa.<sup>212</sup> Destes testemunhos se observam certos possíveis indícios que poderiam ter ajudado na busca da jovem González, como por exemplo, informação sobre um rapaz com quem ela saía<sup>213</sup>, sobre um casal que, aparentemente a observava muito cada vez que passava<sup>214</sup> e um rapaz da maquiladora que a incomodava.<sup>215</sup>

190. Por outro lado, a Comissão alegou que havia sido comunicado às autoridades que, duas semanas antes de seu desaparecimento a jovem González havia sido intimidada por dois policiais. Apesar de ser certo que a prova apresentada pela Comissão corresponde a uma nota de imprensa emitida em 2005 – na qual a mãe da jovem González não precisa o momento em que informou estes fatos às autoridades – e que as demais declarações a esse respeito foram efetuadas em 2007 e 2009,<sup>216</sup> o Estado não controverteu nem os fatos nem a data na qual se alega que as autoridades foram informadas. Além disso, não apresentou a totalidade do expediente criminal. Por esta razão, o Tribunal considera estabelecido que esta informação foi comunicada às autoridades antes de 6 de novembro de 2001, ou seja, antes da descoberta de seu corpo.<sup>217</sup> Não se observa dos autos que os investigadores tenham realizado uma linha de investigação em torno a esta informação, com o propósito de encontrar a jovem González com vida.
191. Uma declarante afirmou que um rapaz disse a ela e à irmã da jovem González que “ele se havia dado conta, não disse como, que Claudia Ivette estava desaparecid[a]”.<sup>218</sup> Tampouco consta que o Estado tenha indicado alguma investigação em relação a este indício.
192. Segundo a Comissão, entre o relato do desaparecimento da jovem González e a descoberta de seus restos, o único contato das autoridades com a família desta foram duas ligações efetuadas pela Promotoria Especial, nas quais se indagou se tinham novidades. O Estado não controverteu o anterior nem apresentou prova em contrário.
193. No caso da jovem Herrera, segundo o Estado, a mãe informou a um agente da polícia que sua filha conhecia um jovem que trabalhava em uma gráfica e que “insistia que saísse para comer com ele” e que este jovem não havia ido trabalhar no dia em que a vítima desapareceu. As autoridades, posteriormente, receberam a declaração deste jovem, que reconheceu haver cumprimentado a jovem Herrera, mas negou tê-la convidado para comer.<sup>219</sup> Não consta nos autos que o Estado tenha realizado alguma outra ação dirigida a encontrar a jovem Herrera com vida.
194. Apesar de o Estado ter alegado que começou a busca das vítimas de imediato, segundo o que consta nos autos, o único que foi feito antes da descoberta dos restos foi elaborar os registros de desaparecimento, os cartazes de busca, a tomada de declarações e o envio do ofício à Polícia Judiciária. Não consta nos autos que as autoridades tenham feito circular os cartazes de busca nem que efetuaram uma investigação mais profunda sobre fatos razoavelmente relevantes que se observavam das mais de 20 declarações tomadas.<sup>220</sup>

---

tomo XXXII, anexo 50, registro II, tomo I, folha 11116).

211. Cf. comparecimento de Víctor Hugo Hernández Bonilla perante um agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres e Pessoas Desaparecidas efetuado em 25 de outubro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXII, anexo 50, registro II, tomo I, folhas 11119 a 11120).

212. Cf. comparecimento de Juan Antonio Martínez Jacobo perante um agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres e Pessoas Desaparecidas efetuado em 24 de outubro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXII, anexo 50, registro II, tomo I, folhas 11117 a 11118) e comparecimento de Jesús Moisés Cuellar Juárez perante um agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres e Pessoas Desaparecidas efetuado em 25 de outubro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXII, anexo 50, registro II, tomo I, folha 11121).

213. Cf. comparecimento de Mayela Banda González, nota 173 *supra*; comparecimento de Juana González Flores, nota 191 *supra*; comparecimento de Ana Isabel Suárez Valenciana, folhas 11106 e 11107, nota 209 *supra*; comparecimento de Aide Navarrete García, folha 11110, nota 209 *supra*, e comparecimento de Armando Velazco Fernández, folha 11113, nota 209 *supra*.

214. Cf. comparecimento de Juana González Flores, *supra* nota 191, folha 11105.

215. Cf. comparecimento de Ana Isabel Suárez Valenciana, *supra* nota 209, folha 11107.

216. Cf. nota de imprensa intitulada “*Impunes crímenes de las ocho mujeres*”, publicada no diário “Norte” em 6 de novembro de 2005 (expediente de anexos à demanda, tomo VIII, anexo 7, folha 2329); parecer informativo, nota 171 *supra*; testemunho prestado por Irma Josefina González perante um agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Mista para a Investigação de Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez efetuado em 12 de fevereiro de 2009 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo XLVIII, anexo 4, folhas 17193 e 17194), e testemunho prestado por Ana Isabel Suárez Valenciana perante um agente do Ministério Público vinculado à Promotoria para o Atendimento de Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez efetuado em 25 de fevereiro de 2009 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo XLVIII, anexo 4, folha 17197).

217. Em similar sentido ver ECHR. *Case of Pukhigova v. Russia*, Judgment of 2 July 2009, paras. 75 and 84.

218. Testemunho prestado por Ana Isabel Suárez Valenciana, nota 209 *supra*.

219. Cf. comparecimento de Eduardo Chávez Marín perante um agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial na Investigação de Homicídios de Mulheres e de Desaparecimento de Pessoas efetuado em 2 de novembro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXX, anexo 50, registro I, tomo I, folhas 10315 a 10316).

220. Entretanto, a Corte observa que existe uma declaração de um agente policial afirmando a tomada de diversas declarações, incluindo algumas tomadas na maquiladora onde trabalhava a jovem González e na escola onde estudava a jovem Ramos (Cf. testemunho de José

195. Além disso, a Corte considera que é possível enquadrar estes fatos dentro de um contexto geral documentado nos autos. De fato, em janeiro de 2006, a Relatora das Nações Unidas sobre a Violência contra a Mulher afirmou que, “[a]o que parece, a polícia municipal de Ciudad Juárez não empreende ações de busca nem adota nenhuma outra medida preventiva no momento de receber uma denúncia de desaparecimento de uma mulher. Inexplicavelmente, a polícia costuma esperar que seja confirmado o cometimento de um crime.”<sup>221</sup>

#### 2.4. Alegados estereótipos projetados pelos funcionários para os familiares das vítimas

196. A Comissão alegou que “quando foi denunciado cada desaparecimento, os familiares receberam comentários por parte de agentes estatais sobre a conduta de suas filhas que consideram ter influenciado a inação estatal posterior”.

197. Os representantes afirmaram que “as autoridades minimizavam os fatos ou desacreditavam” as denúncias dos familiares das vítimas “sob o pretexto de que eram mocinhas que ‘andavam com o namorado ou ‘andavam de paqueras”.

198. A mãe da jovem Herrera declarou que, ao interpor a denúncia, as autoridades lhe disseram que sua filha “não está desaparecida, anda com o namorado ou anda com os amigos de gandaia”,<sup>222</sup> “que se lhe acontecia isso era porque ela procurava, porque uma menina bem comportada, uma mulher bem comportada, fica em sua casa”.<sup>223</sup>

199. A mãe da jovem González afirmou que, quando compareceram para apresentar o relato de desaparecimento, um funcionário haveria dito a uma amiga de sua filha que “provavelmente havia saído com o namorado, porque as garotas eram muito ‘paqueradoras’ e provocavam os homens”.<sup>224</sup> A mãe também afirmou que quando foram apresentar a denúncia lhe disseram que “provavelmente saiu com o o namorado, que provavelmente logo regressaria”.<sup>225</sup>

200. Por sua vez, a mãe da jovem Ramos afirmou que os agentes policiais lhe disseram que ela tinha que procurar sua filha porque “todas as meninas que se perdem, todas [...]vão com o namorado ou querem viver sua vida sozinhas”.<sup>226</sup> Acrescentou que em uma oportunidade solicitou aos agentes policiais que a acompanhassem a um salão de baile para procurar sua filha e que eles lhe haveriam dito “não senhora, é muito tarde, nós já temos que descansar e você espere o momento adequado para procurar a Laura”, e, batendo nas suas costas, teriam manifestado: “vai você para que se relaxe, tome umas cervejas em nossa homenagem, porque nós não podemos acompanhá-la”.<sup>227</sup>

201. O Estado não controverteu estas declarações das mães das vítimas.

202. Por outro lado, o testemunho da senhora Delgadillo Pérez, em relação ao desempenho das autoridades no presente caso, afirma que “[s]e determina[va] a responsabilidade ou não da vítima, em conformidade com o papel social que, a juízo do investigador, ela tinha na sociedade. Isto quer dizer que se a mulher assassinada gostava de se divertir, sair para dançar, tinha amigos e uma vida social, era considerada em parte como responsável pelo que sucedeu”.<sup>228</sup> Segundo a testemunha, “[nessa] época as autoridades estigmatizavam as vítimas de desaparecimento pelo fato de serem mulheres”, sendo a desculpa que “andavam com o namorado” ou “andavam como loucas”, “chegou-se também a culpar as mães por permitir que suas filhas andassem sozinhas ou que saíssem à noite”.<sup>229</sup>

Miramontes Caro efetuado em 14 de abril de 2009 perante um Agente do Ministério Público, expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo XLVIII, anexo 4, folhas 17221 e 17222).

221. Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, folha 2018, nota 64 *supra*.

222. Cf. declaração prestada pela senhora Monreal, nota 183 *supra*. Ver também a manifestação de Irma Monreal Jaime na petição apresentada perante a Comissão Interamericana em 6 de março de 2002 (expediente de anexos à demanda tomo XXVII, anexo 42, folha 9802). No mesmo sentido, o irmão da vítima declarou que as autoridades diziam não poder fazer nada “porque provavelmente se foi com o namorado” (Cf. declaração da perita Azaola Garrido, folha 3369, nota 186 *supra*).

223. Cf. declaração da senhora Monreal Jaime, nota 183 *supra*.

224. Cf. comunicação apresentada por Josefina González perante a Comissão Interamericana em setembro de 2006 (escrito de anexos à demanda, tomo II, apêndice 5 volume I, folha 141).

225. Cf. declaração da senhora González, nota 183 *supra*.

226. Cf. declaração da senhora Monárrez, nota 183 *supra*.

227. Cf. declaração da senhora Monárrez, nota 183 *supra* e cartão informativo emitido pelo Comandante da Agência Federal de Investigação informando da entrevista mantida com a senhora Benita Monárrez Salgado em 15 de outubro de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXVII, anexo 50, registro III tomo II, folha 13579).

228. Cf. declaração da testemunha Delgadillo Pérez, folha 3481, nota 187 *supra*.

229. Cf. declaração da testemunha Delgadillo Pérez, folhas 3494 e 3495, nota 187 *supra*.

203. A Corte ressalta que o testemunho da senhora Delgadillo Pérez, bem como as declarações das mães e familiares das vítimas concordam com o contexto descrito por diversas instâncias nacionais e internacionais, no qual funcionários e autoridades “minimizavam o problema” e denotavam “ausência de interesse e vocação para atender e reparar uma problemática social grave” (par. 154 *supra*).
204. Os representantes relacionam os comentários efetuados pelos funcionários que atenderam os casos com uma política que, no momento dos fatos, distinguiria entre “desaparecimentos de alto risco” e outros que não o eram.
205. A Anistia Internacional afirmou que, “no ano de 2001, a PGJECH havia colocado em prática o critério de ‘desaparecimentos de alto risco’, baseado unicamente no comportamento da vítima. Se a mulher desaparecida era uma pessoa com uma rotina estável, esta poderia ser candidata a este tipo de busca. Este critério resultou altamente discriminatório e pouco funcional já que no ano de 2003, somente existia um caso de desaparecimento considerado como de alto risco”,<sup>230</sup>
206. Em sentido similar, em 2003, a CNDH afirmou que “[a] Procuradoria do Estado adotou há três anos o critério de desaparecimentos de ‘alto risco’, baseado em que a jovem, antes de desaparecer, tinha uma rotina estável ou [não] havia manifestado sua vontade de abandonar sua família”.<sup>231</sup> Além disso, em 2003, o CEDAW criticou a classificação entre os considerados de “alto risco” e os que não são.<sup>232</sup>
207. Por outro lado, a Corte constata que o formulário no qual os familiares denunciavam o desaparecimento requeria informação sobre as “preferências sexuais” das vítimas.<sup>233</sup>
208. O Tribunal considera que no presente caso, os comentários efetuados por funcionários no sentido de que as vítimas teriam ido com seus namorados ou que teriam uma vida censurável e a utilização de perguntas sobre a preferência sexual das vítimas constituem estereótipos. Por outro lado, tanto as atitudes como as declarações dos funcionários demonstram que existia, pelo menos, indiferença com relação aos familiares das vítimas e suas denúncias.

### 2.5. *Descoberta dos corpos*

209. Em 6 de novembro de 2001, foram encontrados os corpos de três mulheres em uma plantação de algodão.<sup>234</sup> Estas três mulheres foram posteriormente identificadas como as jovens Ramos, González e Herrera. Em 7 de novembro de 2001, em um local próximo dentro da mesma plantação de algodão, foram encontrados os corpos de outras cinco mulheres,<sup>235</sup> que não são consideradas supostas vítimas no presente caso, pelos motivos expostos na Resolução do Tribunal de 19 de janeiro de 2009.<sup>236</sup>

230. Segundo um relatório da Anistia Internacional, em março de 2003, do total de 69 desaparecimentos somente um caso em Ciudad Juárez era considerado para as autoridades como de “alto risco”. Tratava-se de uma jovem de 18 anos desaparecida desde 10 de maio de 2002 (Cf. Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2274, nota 64 *supra*). Cabe notar que segundo a CNDH, em um ofício de 18 de junho de 2003 observava “que os casos de [cinco pessoas] foram considerados como de ‘alto risco’” (CNDH, Relatório especial, folha 2204, nota 66 *supra*).

231. CNDH, Relatório especial, folha 2174, nota 66 *supra*.

232. Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1950, nota 64 *supra*.

233. Registro de Pessoas Desaparecidas N° 225/2001, folha 2609, nota 170 *supra*; Registro de Pessoas Desaparecidas N° 234/2001, folha 2603, nota 172 *supra*, e Registro de Persona Desaparecida N° 241/2001, folha 2613, nota 175 *supra*.

234. Cf. atas de levantamento pericial de cadáver dos corpos não identificados N° 188/2001, 189/2001 e 190/2001 emitidas pelo Departamento de Serviços Periciais da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua em 6 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 35, 36 e 37, folhas 2672 a 2675, 2677 a 2679 e 2681 a 2683).

235. Cf. declaração preliminar de evidência emitida por um agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres no Inquérito de Investigação Prévia 27913/01/1501 em 8 de novembro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XIV, anexo 3, folhas 4778 a 4783).

236. Nesta Resolução a Corte afirmou, *inter alia*:

40. Que [...] a Comissão emitiu os relatórios de admissibilidade somente em relação a [...] três vítimas e seus familiares. [...]

41. Que, com posterioridade à adoção dos relatórios de admissibilidade, na etapa de mérito, os representantes fizeram petições à Comissão para que esta se pronunciasse sobre possíveis violações aos direitos das outras supostas vítimas encontradas na plantação de algodão. Em particular, solicitaram à Comissão que tramitasse *motu proprio* estes casos e os reunisse aos casos que já se encontravam em desenvolvimento, ou que, supletivamente, fosse considerada a ANAD como peticionária pelas novas supostas vítimas.

[...]

44. Que [...] a Comissão não se pronunciou em nenhum momento sobre as petições dos peticionários [...]. A Corte observa que os representantes unicamente conheceram a posição da Comissão três anos depois, quando a Corte requereu esta informação.

[...]

46. Que, tendo em consideração que em relação às novas supostas vítimas alegadas pelos representantes não foram cumpridas todas as etapas processuais necessárias que permitissem à Comissão integrá-las a seu Relatório de Mérito, a Corte deve recusar o pedido de incluir María de los Angeles Acosta Ramírez, Guadalupe Luna de la Rosa, Mayra Juliana Reyes Solís, Verónica Martínez Hernández, Bárbara Aracely Martínez Ramos, María Rocina Galicia Meraz, Merlín Elizabeth Rodríguez Sáenz e a mulher que

210. A Comissão e os representantes manifestaram que os corpos das jovens Herrera, González e Ramos foram objeto de uma particular brutalidade por parte dos perpetradores dos homicídios. Os representantes acrescentaram que “[a] forma em que foram encontrados os corpos [das três vítimas] sugere que foram estupradas e abusadas com extrema crueldade”.
211. O Estado alegou que o laudo de autópsia concluiu que “os fenômenos cadavéricos iniciais já não eram observáveis [nos] corpo[s] pelo transcurso do tempo e pela ação ambiental sobre [os] mesmo[s] (contratura muscular post mortem e lividezes cadavéricas), o que implicava que o grau de decomposição era tão elevado que inibia cientificamente uma análise pormenorizada e, portanto, o estabelecimento da causa de morte”. O México enfatizou que o “estado de decomposição dos corpos (questão de ordem natural [que] não [lhe é] atribuível”) impediu “determinar a causa da morte”. Além disso, afirmou que a “primeira ação da Procuradoria Geral de Justiça foi determinar a natureza das mortes, levando em consideração as condições em que foram encontrados os corpos”.
212. Da prova apresentada se observa que em 6 de novembro de 2001, dia em que foram encontrados os cadáveres das três supostas vítimas, foi elaborada ata de levantamento pericial dos corpos<sup>237</sup> e uma declaração juramentada sobre o local do crime,<sup>238</sup> e, ademais, lhes foram praticadas as correspondentes autópsias, cujos laudos foram emitidos em 9 de novembro daquele mesmo ano.<sup>239</sup> Destes documentos consta a seguinte informação:
- a) em relação a Esmeralda Herrera Monreal, vestia blusa rasgada<sup>240</sup> no lado superior direito e sutiã, ambas as alças levantadas por cima da região peitoral, bem como meias brancas rasgadas. O estado de conservação do corpo era incompleto, encontrando-se em uma posição de decúbito dorsal, com sua extremidade cefálica em direção ao oriente, suas extremidades inferiores em direção oposta e flexionadas, suas extremidades superiores estavam unidas entre si na região lombar, com um cordão preto o qual dava duas voltas em cada pulso, com dois nós no pulso direito e três na mão esquerda. O cordão rodeava o corpo em sua totalidade na região abdominal. Ao ser retirado o cordão observaram marcas equimóticas ao redor dos pulsos. A pele apresentava coloração violácea a negra. O crânio e o pescoço estavam descarnados, bem como a região clavicular direita, ombro direito, terço superior do braço direito e a região peitoral direita. O crânio apresentava alguns cabelos aderidos. Ausência de região mamária direita. Ausência parcial de partes do mamilo da região mamária esquerda. Ambas as mãos apresentavam desprendimento de pele a este nível em forma de luva. O cadáver apresentava fauna cadavérica. Debaxo do crânio, sobre o piso de terra, foi encontrada uma mancha avermelhada. Foi estabelecida causa de morte indeterminada e o tempo de morte entre 8 a 12 dias;
  - b) em relação a Claudia Ivette González, vestia blusa branca de alças e sutiã de cor clara. Seu estado de conservação era incompleto. Encontrava-se em uma posição de decúbito lateral direito, com a extremidade cefálica apontando para o oriente, das extremidades superiores a direita por debaixo do tórax e a esquerda levemente flexionada e separada do corpo. A extremidade inferior direita estendida e para o lado oposto da extremidade cefálica e a esquerda flexionada à altura da dobra do joelho. Presença de vegetação própria do local. Crânio descarnado com escassa presença de couro cabeludo. Ausência de tecido no pescoço e tórax. Foi estabelecida causa de morte indeterminada e o tempo de morte entre 4 a 5 semanas, e
  - c) em relação ao corpo de Laura Berenice Ramos Monárrez, vestia blusa branca de alças, de pescoço em V, e sutiã cor preta colocados ambos por cima da região mamária e se observava no mamilo direito uma ferida plana de 5 mm que cortou a ponta do mesmo. O estado de conservação do corpo era incompleto. Encontrava-se em posição de decúbito dorsal com a extremidade cefálica apontando para o sul, as extremidades inferiores em direção contrária e as superiores estendidas por cima da extremidade cefálica. Apresentava enrugamento na pele. O crânio descarnado em sua

---

permanece não identificada 195/01, assim como os senhores Víctor Javier García Ramírez, Gustavo González Meza e Edgar Álvarez Cruz como supostas vítimas no presente caso. [...]

237. Cf. atas de levantamento pericial de cadáver, folhas 2672 a 2683, nota 234 *supra*.

238. Cf. declaração juramentada sobre o local e os cadáveres emitida por um agente do Ministério Público de Chihuahua e duas testemunhas de assistência em 6 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 33, folhas 2661 a 2667).

239. Cf. laudos de autópsia dos corpos não identificados 188/2001, 189/2001 e 190/2001 emitidos por um Médico Legista do Escritório Técnico de Serviços Periciais da Procuradoria de Chihuahua, em 9 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexos 40, 41 e 42, folhas 2696, 2697, 2699, 2700, 2702 e 2703).

240. A declaração juramentada sobre o local do crime afirma o seguinte: “blusa de listras de cores branca, rosa e vermelho a qual se encontra rasgada na sua parte superior direita” (Cf. declaração juramentada sobre o local e os cadáveres, folha 2662, nota 238 *supra*). Por sua vez, o laudo de autópsia se refere a “blusa rasgada vermelha com branco e alaranjado faltando parte do lado direito” (Cf. laudo de autópsia do corpo não identificado 188/2001, folha 2696, nota 239 *supra*).



parte posterior. Cabelo escasso com cortes irregulares. Encontrava-se coberto de vegetação própria do local. Foi estabelecida causa de morte indeterminada e o tempo de morte entre 4 a 6 semanas.<sup>241</sup>

213. Em 2 de fevereiro de 2002, os peritos de campo que realizaram o levantamento pericial dos cadáveres em novembro de 2001 emitiram um parecer criminalístico<sup>242</sup> no qual indicaram, *inter alia*, que “é possível estabelecer que a[s] agress[ões] foram perpetradas no local da identificação dos corpos”. Acrescentaram que, apesar de que não foi possível por meio da autópsia legal determinar que houve violação sexual, “devido às condições de seminudez em que [...] foram encontradas, é possível estabelecer com alto grau de probabilidade que se trata de [...] crime[s] de índole sexual”.
214. Especificamente, em relação à jovem Herrera, concluíram que “[p]elo grau de dificuldade que se observava na amarração que apresentava [...] da cintura a suas extremidades superiores, [era] possível estabelecer que [...] chegou de mãos atadas ao local dos fatos”; que, em relação à ausência de tecido brando do tórax até a extremidade cefálica, era “possível estabelecer que [...] apresentava alguma lesão nestas regiões, que lhe causar[am] a morte”, e que tornava “factível supor que a causa da morte fosse estrangulamento”.
215. Em relação à jovem Ramos, os peritos concluíram que, com base nos hematomas que se observaram em diferentes tecidos ósseos, era “possível estabelecer que [...] foi severamente golpeada antes de sua morte”.
216. Em relação aos pareceres criminalísticos realizados por peritos de campo, em 9 de julho de 2003, o Diretor de Medicina Forense levou ao conhecimento do Sétimo Juízo Criminal que “um perito em criminalística de campo não se encontra capacitado para determinar questões estritamente médicas, como determinar a causa da morte de cada um dos cadáveres que são mencionados nas diferentes folhas dos autos [...], e tampouco é possível que [...] determine a data aproximada do falecimento de cada um; isso corresponde à área de medicina legal”.<sup>243</sup>
217. Na decisão da Quarta Vara do Tribunal de Chihuahua proferida em 14 de julho de 2005, foi estabelecido, em referência ao parecer criminalístico (par. 213 *supra*), que os “peritos falam de probabilidade e estas não são mais que suposições, conjecturas, as quais, por seu caráter de índole subjetiva [...] não são, neste caso, meios adequados para chegar à verdade histórica e legal dos verdadeiros acontecimentos”.<sup>244</sup>
218. Em 18 de novembro de 2005, a Equipe Argentina de Antropologia Forense (EAAF) realizou uma segunda autópsia dos restos da jovem Herrera.<sup>245</sup> Esta equipe estabeleceu que a autópsia realizada em 6 de novembro de 2001 (par. 212 *supra*) não teve em consideração os princípios gerais nos quais deve se basear uma correta necrópsia médico legal, de modo que, “[a]o carecer destas normas, não chega aos objetivos de uma autópsia médico-legal [...]. Inclusive em algum ponto de sua redação leva a [...] confusão [e c]arece da profundidade necessária para realizar um diagnóstico diferido ao não ser completa a necrópsia e carecer de estudos complementares”. A EAAF concluiu que, “[d]a leitura [da] autópsia não se podem tirar conclusões válidas, dad[a] a pobre descrição dos exames interno e externo, os quais haveriam permitido estabelecer uma hipótese fundada da causa de morte”. Em relação à jovem Ramos, a família somente contava com uma clavícula, já que haviam incinerado os demais restos, a qual entregaram à EAAF para que confirmassem sua identidade.<sup>246</sup> Os restos da jovem González não foram incluídos nos casos a reexaminar pela EAAF diante da negativa dos familiares.<sup>247</sup>
219. Apesar das deficiências nas primeiras etapas das investigações, em especial no procedimento para a realização das autópsias - às quais o Tribunal se referirá em detalhe mais adiante - é possível concluir que Esmeralda

241. Faz-se notar que a ata de levantamento pericial do cadáver estabelece o tempo de morte entre 3 a 4 semanas (*Cf.* ata de levantamento pericial de cadáver do corpo não identificado N° 190/2001, folha 2681, nota 234 *supra*). Por sua vez, o laudo de autópsia determina um tempo de morte entre 4 a 6 semanas. (*Cf.* laudo de autópsia do corpo não identificado 190/2001, folha 2703, nota 239 *supra*).

242. *Cf.* parecer de criminalística emitido por peritos oficiais da Procuradoria Geral do Estado de Chihuahua nas áreas de criminalística de campo, fotografia forense e escavação forense em 2 de fevereiro de 2002 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 62, folhas 2914 a 2920).

243. *Cf.* manifestação efetuada pelo Diretor da Direção de Serviços Periciais e Medicina Forense da Procuradoria Geral de Justiça e consignada em um auto assinado pelo Sétimo Juiz Criminal do Distrito Judiciário de Morelos em 9 de julho de 2003 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 74, folhas 2982 a 2983).

244. *Cf.* sentença de 14 de julho de 2005 proferida pela Quarta Vara Criminal do Supremo Tribunal de Justiça do Estado de Chihuahua (expediente de anexos à demanda, tomo X, anexo 83, folhas 3422 a 3500).

245. *Cf.* nova autópsia de Esmeralda Herrera Monreal efetuada por Luis Alberto Bosio em 18 de novembro de 2005 (expediente de mérito, tomo VII, folha 2481).

246. *Cf.* comparecimento de Benita Monárrez Salgado perante um agente do Ministério Público de Chihuahua em 24 de julho de 2006 (expediente de mérito, tomo VII, folha 2718).

247. *Cf.* laudo de antropologia e genética forense, emitido pela Equipe Argentina de Antropologia Forense em relação a Esmeralda Herrera Monreal em 12 de junho de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXX, anexo 50, registro I, tomo I, folha 10341).

Herrera Monreal, ao estar de mãos atadas nas costas, nua na parte inferior do corpo, com a camiseta e sutiã por cima da região peitoral, sem região mamária direita e com danos em partes do mamilo esquerdo (par. 212 *supra*), sofreu uma brutalidade tal que deve ter causado severos sofrimentos físicos e psíquicos antes de sua morte.

220. Em relação a Laura Berenice Ramos Monárrez e Claudia Ivette González, não é possível para este Tribunal, pelas deficiências indicadas nas primeiras etapas das investigações, diferenciar cientificamente quais sinais foram causados por agressão e quais pela passagem do tempo. Por isso, a Corte deve ter em consideração os diversos fatores que se deram em relação ao desaparecimento das vítimas. Em concreto, que o tratamento sofrido durante o tempo em que permaneceram sequestradas antes de sua morte com toda probabilidade lhes causou, ao menos, um sofrimento psicológico agudo, e que muito possivelmente os fatos ocorridos antes de sua morte, da mesma forma que no caso de Esmeralda Herrera Monreal, tiveram um motivo sexual, pois as jovens foram encontradas seminuas na parte inferior do corpo e Laura Berenice Ramos Monárrez com a blusa e o sutiã levantados por cima dos seios (par. 212 *supra*). O anterior se soma ao fato de que em Ciudad Juárez, no momento do desaparecimento das vítimas, existiam muitos casos análogos ao presente nos quais as mulheres apresentavam sinais de “violência sexual” (pars. 116 e 117 *supra*).
221. As três vítimas estiveram privadas de sua liberdade antes de sua morte. Pelas deficiências nos laudos de autópsia, o Tribunal não pode determinar com certeza quanto tempo durou seu sequestro.

### **3. A violência contra a mulher no presente caso**

222. A Comissão e os representantes se referiram ao vivido pelas jovens González, Ramos e Herrera como “violência contra a mulher”. Os representantes alegaram que “os assassinatos do presente caso coincidem em sua infinita crueldade e são crimes de ódio contra estas meninas e mulheres de Juárez, crimes misóginos realizados em uma enorme tolerância - e impulso social e estatal - à violência genérica contra as mulheres”.
223. O Estado reconheceu “[a] situação de violência contra a mulher em Ciudad Juárez [...] como um problema que deve ser combatido de forma integral”.
224. Antes de analisar a possível responsabilidade internacional do Estado neste caso, a Corte considera pertinente estabelecer se a violência que sofreram as três vítimas constitui violência contra a mulher segundo a Convenção Americana e a Convenção de Belém do Pará.
225. No Caso do Presídio Castro Castro Vs. Peru, a Corte se referiu a alguns alcances do artigo 5 da Convenção Americana em relação aos aspectos específicos de violência contra a mulher, considerando como referência de interpretação as disposições pertinentes da Convenção de Belém do Pará e da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, já que estes instrumentos complementam o *corpus juris* internacional em matéria de proteção da integridade pessoal das mulheres, do qual faz parte a Convenção Americana.<sup>248</sup>
226. A Convenção de Belém do Pará define a violência contra a mulher como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”.<sup>249</sup>
227. Esta Corte estabeleceu “que nem toda violação de um direito humano cometida em prejuízo de uma mulher leva necessariamente a uma violação das disposições da Convenção de Belém do Pará”.<sup>250</sup>
228. No presente caso, a Corte toma nota, em primeiro lugar, do reconhecimento do Estado com relação à situação de violência contra a mulher em Ciudad Juárez (par. 222 *supra*), bem como sua indicação de que os homicídios de mulheres em Ciudad Juárez “estão influenciados por uma cultura de discriminação contra a mulher” (par. 129 *supra*).
229. Em segundo lugar, o Tribunal observa o estabelecido *supra* (par. 133) em relação aos relatórios da Relatoria da CIDH, do CEDAW e da Anistia Internacional, entre outros, que afirmam que muitos dos homicídios de mulheres em Ciudad Juárez são manifestações de violência baseada em gênero.

248. Cf. *Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C N° 160, par. 276.

249. Artigo 1° da Convenção de Belém do Pará.

250. *Caso Perozo e outros Vs. Venezuela*, par. 295, nota 22 *supra*.

230. Em terceiro lugar, as três vítimas deste caso eram mulheres jovens, de escassos recursos, trabalhadoras ou estudantes, como muitas das vítimas dos homicídios em Ciudad Juárez (par. 123 *supra*). As mesmas desapareceram e seus corpos apareceram em uma plantação de algodão. Teve-se como provado que sofreram graves agressões físicas e muito provavelmente violência sexual de algum tipo antes de sua morte.
231. Tudo isso leva a Corte a concluir que as jovens González, Ramos e Herrera foram vítimas de violência contra a mulher de acordo com a Convenção Americana e a Convenção de Belém do Pará. Pelos mesmos motivos, o Tribunal considera que os homicídios das vítimas ocorreram por razões de gênero e estão enquadrados dentro de um reconhecido contexto de violência contra a mulher em Ciudad Juárez. Corresponde agora analisar se a violência perpetrada contra as vítimas, que terminou com suas vidas, é atribuível ao Estado.

**4. Dever de respeito, garantia e não discriminação dos direitos consagrados nos artigos 4, 5 e 7 da Convenção Americana e acesso à justiça, em conformidade com os artigos 8 e 25 da mesma**

232. A Comissão Interamericana não alegou a violação dos artigos 5 e 7 da Convenção em detrimento das vítimas. Tendo isso em consideração, a Corte reitera que as supostas vítimas e seus representantes podem invocar a violação de outros direitos distintos aos já compreendidos na demanda, porquanto são eles os titulares de todos os direitos consagrados na Convenção, enquanto isso se atenha aos fatos já contidos na demanda,<sup>251</sup> a qual constitui o marco fático do processo.<sup>252</sup> Por outro lado, o momento para que as supostas vítimas ou seus representantes exerçam plenamente aquele direito de *locus standi in judicio* é o escrito de petições, argumentos e provas.<sup>253</sup>
233. No presente caso, as alegações dos representantes relativas à suposta violação dos artigos 5 e 7 da Convenção foram submetidas ao Tribunal em seu escrito de petições e argumentos e são baseadas em fatos contemplados na demanda da Comissão. Por isso, a Corte as analisará.
234. O Tribunal estabeleceu que, em conformidade com o artigo 1.1 da Convenção, os Estados estão obrigados a respeitar e garantir os direitos humanos nela reconhecidos. A responsabilidade internacional do Estado se fundamenta em atos ou omissões de qualquer poder ou órgão deste, independentemente de sua hierarquia, que violem a Convenção Americana.<sup>254</sup>
235. Em relação ao dever de respeito, a Corte afirmou que a primeira obrigação assumida pelos Estados Partes, nos termos do citado artigo, é a de “respeitar os direitos e liberdades” reconhecidos na Convenção. Assim, na proteção dos direitos humanos, está necessariamente compreendida a noção da restrição ao exercício do poder estatal.<sup>255</sup>
236. Sobre a obrigação de garantia, a Corte estabeleceu que pode ser cumprida de diferentes maneiras, em função do direito específico que o Estado deva garantir e das necessidades de proteção particulares.<sup>256</sup> Esta obrigação implica o dever dos Estados de organizar todo o aparato governamental e, em geral, todas as estruturas através das quais se manifesta o exercício do poder público, de maneira tal que sejam capazes de assegurar juridicamente o livre e pleno exercício dos direitos humanos.<sup>257</sup> Como parte desta obrigação, o Estado possui o dever jurídico de “prevenir, razoavelmente, as violações dos direitos humanos, de investigar seriamente com os meios a seu alcance as violações que tenham sido cometidas dentro do âmbito de sua jurisdição a fim de identificar os responsáveis, de impor as sanções pertinentes e de assegurar à vítima uma correta reparação”.<sup>258</sup> O decisivo é elucidar “se uma determinada violação [...] foi realizada com o apoio ou a tolerância

251. Cf. *Caso “Cinco Aposentados” Vs. Peru. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C Nº 98, par. 155; *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, par. 127, nota 190 *supra*, e *Caso Escher e outros Vs. Brasil*, par. 191, nota 46 *supra*.

252. Cf. *Caso do “Massacre de Mampiripán” Vs. Colômbia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C Nº 134, par. 59; *Caso Escher e outros Vs. Brasil*, par. 63, nota 46 *supra* e *Caso Garibaldi Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C Nº 203, par. 59.

253. Cf. *Caso do “Massacre de Mampiripán” Vs. Colômbia*, par. 56, nota 252 *supra*; *Caso Perozo e outros Vs. Venezuela*, par. 33, nota 22 *supra*, e *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, par. 135, nota 47 *supra*.

254. Cf. *Caso Cantoral Huamaní e García Santa Cruz Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 10 de julho de 2007. Série C Nº 167, par. 79 e *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, pars. 72 e 73, nota 190 *supra*.

255. Cf. A expressão “leis” no artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A Nº 6, par. 21.

256. Cf. *Caso do “Massacre de Mampiripán” Vs. Colômbia*, pars. 111 e 113, nota 252 *supra*; *Caso Perozo Vs. Venezuela*, par. 298, nota 22 *supra*, e *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 62, nota 30 *supra*.

257. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C Nº 4, par. 166; *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, par. 137, nota 190 *supra*, e *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 62, nota 30 *supra*.

258. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*, par. 174, nota 257 *supra*, e *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 62, nota 30 *supra*.

do poder público ou se este atuou de maneira que a transgressão tenha ocorrido apesar de toda prevenção ou impunemente”<sup>259</sup>.

237. Corresponde então ao Tribunal verificar se o México cumpriu suas obrigações de respeitar e garantir os direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal das jovens González, Ramos e Herrera.

#### 4.1. *Dever de respeito*

238. A Comissão alegou que, “no presente caso, [...] ainda não se sabe se os assassinos são particulares ou agentes estatais, dado que os três casos continuam na impunidade”.

239. Segundo os representantes, “em conformidade com o que se observa dos testemunhos, nos casos de Laura Berenice e Claudia Ivette as mães haviam indicado algum tipo de relação entre agentes do Estado e o desaparecimento de suas filhas”. Em particular, afirmaram que a senhora Monárrez atestou em 2003 que, no momento dos fatos, sua filha tinha relação com um policial, mas o Estado não o intimou a declarar até o ano de 2007.

240. Por outro lado, os representantes afirmaram que “embora não tenhamos elementos de prova diretos, ao longo do presente escrito manifestamos algumas circunstâncias que o Estado não conseguiu esclarecer” e que mantêm o caso na impunidade. Segundo os representantes, esta impunidade “leva a apresentar duas hipóteses em relação aos autores materiais do desaparecimento, tortura e assassinato de Esmeralda, Laura e Claudia: a) Os autores eram agentes de autoridade ou b) Eram particulares organizados protegidos pelo Estado”.

241. O Estado negou que houvesse responsabilidade de agentes do Estado nos homicídios das vítimas.

242. Tanto a Comissão como os representantes fazem alusão à possível participação de agentes estatais sem proporcionar prova a esse respeito, além da declaração da senhora Monárrez.<sup>260</sup> O fato de que a impunidade no presente caso impeça conhecer se os perpetradores são agentes estatais ou particulares atuando com seu apoio e tolerância, não pode levar este Tribunal a presumir que sim o foram e condenar automaticamente o Estado pelo descumprimento do dever de respeito. Portanto, não pode ser atribuída ao Estado responsabilidade internacional por violações aos direitos substantivos consagrados nos artigos 4, 5 e 7 da Convenção Americana.

#### 4.2. *Dever de garantia*

243. A Corte reitera que não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas que é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das necessidades particulares de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal ou pela situação específica em que se encontre.<sup>261</sup>

244. Os direitos à vida e à integridade pessoal revestem um caráter essencial na Convenção. Em conformidade com o artigo 27.2 do referido tratado, esses direitos fazem parte do núcleo inderrogável, pois não podem ser suspensos em casos de guerra, perigo público ou outras ameaças.

245. Além disso, o Tribunal estabeleceu que o direito à vida tem um papel fundamental na Convenção Americana, por ser o pressuposto essencial para o exercício dos demais direitos. Os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições que se requeiram para que não se produzam violações desse direito inalienável e, em particular, o dever de impedir que seus agentes atentem contra ele. A observância do artigo 4, relacionado com o artigo 1.1 da Convenção Americana, não somente pressupõe que nenhuma pessoa seja privada de sua vida arbitrariamente (obrigação negativa), mas ademais requer que os Estados adotem todas as medidas apropriadas para proteger e preservar o direito à vida (obrigação positiva),<sup>262</sup> conforme o dever de garantir o

259. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*, par. 173, nota 257 *supra*; *Caso Godínez Cruz Vs. Honduras. Mérito*. Sentença de 20 de janeiro de 1989. Série C N° 5, par. 182, e *Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de janeiro de 1994. Série C N° 16, par. 62.

260. Cf. testemunho prestado perante agente dotado de fé pública pela senhora Monárrez Salgado em 23 de julho de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXVI, anexo 50 registro 2, tomo I, folha 13082).

261. Cf. *Caso Baldeón García Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C N° 147, par. 81; *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de março de 2006. Série C N° 146, par. 154; e *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C N° 140, par. 111.

262. Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala*, par. 144, nota 31 *supra*; *Caso do Presídio Castro Castro Vs. Peru*, par. 237, nota 248 *supra*, e *Caso Vargas Areco Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C N° 155, par. 75.

pleno e livre exercício dos direitos de todas as pessoas sob sua jurisdição.<sup>263</sup>

246. Em relação à obrigação de garantir o direito reconhecido no artigo 5 da Convenção Americana, esta implica o dever do Estado de prevenir e investigar possíveis atos de tortura ou outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. A esse respeito, o Tribunal afirmou que

à luz da obrigação geral de garantir a toda pessoa sob sua jurisdição os direitos humanos consagrados na Convenção, estabelecida no artigo 1.1 da mesma, em conjunto com o direito à integridade pessoal, em conformidade com o artigo 5 (Direito à Integridade Pessoal) deste tratado, existe a obrigação estatal de iniciar de ofício e imediatamente uma investigação efetiva que permita identificar, julgar e punir os responsáveis, quando existe denúncia ou razão fundada para acreditar que foi cometido um ato de tortura.<sup>264</sup>

247. No que se refere ao artigo 7.1 da Convenção, esta Corte afirmou que este consagra em termos gerais o direito à liberdade e segurança e que os demais incisos do artigo 7 reconhecem diversas garantias que devem ser observadas na hora de privar alguém de sua liberdade. Daí se explica que a forma em que a legislação interna afeta o direito à liberdade é caracteristicamente negativa, quando permite que se prive ou restrinja a liberdade. Sendo, por isso, a liberdade sempre a regra e a limitação ou restrição sempre a exceção.<sup>265</sup> Consequentemente, o Estado deve prevenir que a liberdade dos indivíduos seja prejudicada pela atuação de agentes estatais e terceiros particulares, bem como investigar e punir os atos violatórios deste direito.

248. Corresponde agora ao Tribunal analisar se o Estado preveniu corretamente o desaparecimento, abusos e morte sofridas pelas três vítimas e se investigou as mesmas com a devida diligência. Em outras palavras, se cumpriu o dever de garantia dos artigos 4, 5 e 7 da Convenção Americana, em conformidade com o artigo 1.1 da mesma e o artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, que complementa o *corpus juris* internacional em matéria de prevenção e sanção da violência contra a mulher,<sup>266</sup> e se permitiu o acesso à justiça aos familiares das três vítimas, conforme estipulam os artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma.

#### **4.2.1. Dever de prevenção dos direitos à liberdade pessoal, integridade pessoal e vida das vítimas**

249. A Comissão alegou que o Estado “não adotou medidas razoáveis para proteger a vida e prevenir os assassinatos” das vítimas, “apesar de que tinha conhecimento do risco iminente que corriam de serem assassinadas por haverem sido denunciadas como desaparecidas até a data dos fatos”. Em sentido similar, afirmou que a informação apresentada pelo Estado durante o trâmite perante ela “não indica que foram implementadas normas e práticas orientadas a garantir uma ordem de busca imediata diante das denúncias de desaparecimento, ou que existiram disposições sancionadoras perante uma resposta deficiente de funcionários estatais”.

250. Os representantes afirmaram que “as autoridades mexicanas, no momento em que ocorreram os desaparecimentos das vítimas, tinham conhecimento de que existia um risco real e imediato para a vida destas”, “[d]evido a que os casos aqui expostos fazem parte do padrão de violência contra mulheres e meninas, e o Estado não tomou as medidas necessárias com a devida diligência para evitá-los”.

251. O Estado alegou que “cumpru suas obrigações de prevenção, investigação e sanção em cada um dos casos”.

252. A Corte estabeleceu que o dever de prevenção inclui todas as medidas de caráter jurídico, político, administrativo e cultural que promovam a proteção dos direitos humanos e que assegurem que as eventuais violações aos mesmos sejam efetivamente consideradas e tratadas como um fato ilícito que, como tal, é suscetível de acarretar sanções para quem as cometa, bem como a obrigação de indenizar as vítimas por suas consequências prejudiciais. É claro, por sua vez, que a obrigação de prevenir é de meio ou de comportamento e não se demonstra seu descumprimento pelo simples fato de que um direito tenha sido violado.<sup>267</sup>

253. A Convenção de Belém do Pará define a violência contra a mulher (par. 226 *supra*) e em seu artigo 7.b obriga os Estados Partes a utilizar a devida diligência para prevenir, punir e erradicar esta violência.

263. Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*, par. 120, nota 261 *supra*; *Caso do Presídio Castro Castro Vs. Peru*, par. 237, nota 248 *supra*, e *Caso Vargas Areco Vs. Paraguai*, par. 75, nota 262 *supra*.

264. *Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru*, par. 345, nota 248 *supra*; *Caso Vargas Areco Vs. Paraguai*, par. 79, nota 262 *supra*, e *Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C Nº 164, par. 89.

265. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C Nº 170, par. 53.

266. Cf. *Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru*, par. 276, nota 248 *supra*.

267. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*, par. 166, nota 257 *supra*; *Caso Perozo e outros Vs. Venezuela*, par. 149, nota 22 *supra*, e *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 63, nota 30 *supra*.

254. Desde 1992, o CEDAW estabeleceu que “os Estados também podem ser responsáveis por atos privados se não adotarem medidas com a devida diligência para impedir a violação dos direitos ou para investigar e castigar os atos de violência e indenizar as vítimas”.<sup>268</sup> Em 1993, a Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher da Assembleia Geral das Nações Unidas instou os Estados a “[p]roceder com a devida diligência a fim de prevenir, investigar e, conforme a legislação nacional, castigar todo ato de violência contra a mulher, seja por atos perpetrados pelo Estado ou por particulares”<sup>269</sup> e o mesmo fez a Plataforma de Ação da Conferência Mundial sobre a Mulher de Beijing.<sup>270</sup> Em 2006, a Relatora Especial sobre violência contra a mulher da ONU afirmou que, “[t]omando como base a prática e a *opinio júris*, [...]pode-se concluir que há uma norma do Direito Internacional consuetudinário que obriga os Estados a prevenir e responder com a devida diligência aos atos de violência contra a mulher”.<sup>271</sup>
255. No Caso *Maria Da Penha Vs. Brasil* (2000), apresentado por uma vítima de violência doméstica, a Comissão Interamericana aplicou pela primeira vez a Convenção de Belém do Pará e decidiu que o Estado havia descumprido sua obrigação de exercer a devida diligência para prevenir, punir e erradicar a violência doméstica, ao não condenar e punir o agressor durante 15 anos apesar das reclamações oportunamente efetuadas.<sup>272</sup> A Comissão concluiu que dado que a violação faz parte de um “padrão geral de negligência e falta de efetividade do Estado”, não somente havia sido violada a obrigação de processar e condenar, mas também a de prevenir estas práticas degradantes.<sup>273</sup>
256. Por outro lado, a Relatoria Especial sobre a violência contra a mulher da ONU proporcionou diretrizes sobre que medidas devem tomar os Estados para cumprir suas obrigações internacionais de devida diligência em relação à prevenção, a saber: ratificação dos instrumentos internacionais de direitos humanos; garantias constitucionais sobre a igualdade da mulher; existência de leis nacionais e sanções administrativas que proporcionem reparação adequada às mulheres vítimas da violência; políticas ou planos de ação que se ocupem da questão da violência contra a mulher; sensibilização do sistema de justiça penal e da polícia em relação a questões de gênero, acessibilidade e disponibilidade de serviços de apoio; existência de medidas para aumentar a sensibilização e modificar as políticas discriminatórias na esfera da educação e nos meios de informação, e coleta de dados e elaboração de estatísticas sobre a violência contra a mulher.<sup>274</sup>
257. Além disso, segundo um Relatório do Secretário Geral da ONU:
- É uma boa prática fazer com que o entorno físico seja seguro para as mulheres, e têm se utilizado auditorias comunitárias de segurança para detectar os locais perigosos, examinar os temores das mulheres e solicitar às mulheres suas recomendações para melhorar sua segurança. A prevenção da violência contra a mulher deve ser um elemento explícito no planejamento urbano e rural e na elaboração dos edifícios e residências. Faz parte do trabalho de prevenção o melhoramento da segurança do transporte público e das estradas que utilizam as mulheres, por exemplo, para as escolas e instituições educacionais, os poços, os campos e as fábricas.<sup>275</sup>
258. De todo o anterior, observa-se que os Estados devem adotar medidas integrais para cumprir a devida diligência em casos de violência contra as mulheres. Em particular, devem contar com um marco jurídico de proteção adequado, com uma aplicação efetiva do mesmo e com políticas de prevenção e práticas que permitam atuar

268. Cf. CEDAW, Recomendação geral 19: A Violência contra a Mulher, 11º período de sessões, 1992, U.N. Doc. HR/GEN/1/Rev.1 at 84 (1994), par. 9.

269. Cf. Nações Unidas, Declaração sobre a Eliminação da Violência contra a Mulher. Resolução da Assembleia Geral 48/104 de 20 de dezembro de 1993. A/RES/48/104, 23 de fevereiro de 1994, artigo 4.c.

270. Nações Unidas, Relatório da Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, Beijing, 4 a 15 de setembro de 1995, Declaração e Plataforma de Ação de Beijing aprovada na 16ª sessão plenária realizada em 15 de setembro de 1995. A/CONF.177/20/Rev.1, página 54, par. 124 b.

271. Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, *supra* nota 64.

272. CIDH, Caso 12.051, Relatório N° 54/01, *Maria Da Penha Maia Fernandes. Relatora Especial sobre a violência contra a mulher Vs. Brasil*, Relatório Anual, 2000, OEA/Ser.L/V/II.111 Doc.20 rev. (2000).

273. CIDH, *Maria Da Penha Maia Fernandes Vs. Brasil*, par. 56, nota 272 *supra*. No mesmo sentido se pronunciou o CEDAW. Assim, no caso *A. T. Vs. Hungria* (2005), determinou que o Estado não havia cumprido as obrigações estabelecidas na Convenção para prevenir a violência contra a vítima e protegê-la. Em particular, afirmou que “preocupa especialmente que não tenha sido promulgada legislação específica que combata a violência doméstica e o abuso sexual, e a inexistência de ordens judiciais de proteção ou de abandono do lar, ou de albergues para a proteção imediata das mulheres vítimas de violência doméstica” (Cf. CEDAW, Comunicação N° 2/2003, *Sra. A. T. Vs. Hungria*, 32º período de sessões, 26 de janeiro de 2005 par. 9.3). Em sentido similar, no caso *Yildirim Vs. Austria*, no qual a vítima foi assassinada por seu marido, o Comitê CEDAW concluiu que o Estado havia faltado com seu dever de devida diligência por não tê-lo detido (Cf. CEDAW, Comunicação N° 6/2005, *Fatma Yildirim Vs. Austria*, 39º período de sessões, 23 de julho a 10 de agosto de 2007, par. 12.1.4 e 12.1.5).

274. Cf. Nações Unidas, A violência contra a mulher na família: Relatório da Sra. Radhika Coomaraswamy, Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, com inclusão de suas causas e consequências, apresentado em conformidade com a resolução 1995/85 da Comissão de Direitos Humanos, UN Doc. E/CN.4/1999/68, 10 de março de 1999, par. 25.

275. Nações Unidas, Assembleia Geral, Estudo a fundo sobre todas as formas de violência contra a mulher. Relatório do Secretário Geral, Sexagésimo Primeiro Período de Sessões, A/61/122/Add.1, 6 de julho de 2006, par. 352.

de uma maneira eficaz perante as denúncias. A estratégia de prevenção deve ser integral, ou seja, deve prevenir os fatores de risco e por sua vez fortalecer as instituições para que possam proporcionar uma resposta efetiva aos casos de violência contra a mulher. Além disso, os Estados devem adotar medidas preventivas em casos específicos nos quais é evidente que determinadas mulheres e meninas podem ser vítimas de violência. Tudo isto deve levar em consideração que em casos de violência contra a mulher, os Estados têm, além das obrigações genéricas contidas na Convenção Americana, uma obrigação reforçada a partir da Convenção do Belém do Pará. A Corte passará agora a analisar as medidas adotadas pelo Estado até a data dos fatos do presente caso para cumprir seu dever de prevenção.

259. O Estado alegou que, “a partir do contexto de violência em Ciudad Juárez reconhecido pelas autoridades governamentais, foram tomadas e continuaram adotando todas as medidas que foram consideradas necessárias para evitar que os fatos de violência contra as mulheres se repetissem”. Além disso, afirmou que ficou demonstrado “o fortalecimento da capacidade e da infraestrutura institucional orientadas a que as investigações nos casos de violência contra as mulheres sejam efetivas e representem um acompanhamento judicial consistente”, bem como “os amplos programas orientados a erradicar padrões socioculturais discriminatórios contra a mulher, como políticas integrais de prevenção, programas de atendimento a vítimas do crime, participação cidadã, e capacitação de funcionários públicos”.
260. A Comissão afirmou que existia uma “ausência de medidas estatais efetivas ante o desaparecimento e posterior morte das vítimas” e que “na época em que ocorreram os fatos, o Estado não havia adotado as políticas nem as medidas necessárias para garantir a efetiva prevenção, investigação e sanção de fatos violentos contra as mulheres”.
261. Os representantes alegaram de maneira geral que “nenhuma das poucas ações adotadas pelas autoridades desde 1993 até 2001 e os recursos econômicos destinados podem ser considerados como medidas efetivas para prevenir a violência contra mulheres e meninas”.
262. Da prova apresentada ao Tribunal se observa, em primeiro lugar, que o México criou a Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez da Procuradoria de Justiça de Chihuahua (doravante denominada a “FEIHM”) em 1998,<sup>276</sup> como resposta à Recomendação nº 44/98 da CNDH.<sup>277</sup> Segundo o Estado, esta Promotoria foi criada como “uma primeira resposta ao fenômeno de violência contra as mulheres em Ciudad Juárez”.
263. A esse respeito, o Relatório da Relatoria da CIDH de 2003 afirmou que, segundo o que informaram autoridades do Estado de Chihuahua durante a visita da Relatora em 2002, esta Promotoria “ha[via] colocado em prática as medidas necessárias para reagir pronta e corretamente” aos homicídios, estava formada por agentes “com capacitação especializada”, que a mesma havia sido “dotada de capacidade técnica para responder de maneira mais eficaz a esses crimes”, que haviam sido instalados diversos sistemas de informação e que cada um dos homicídios “havia sido designado a determinado grupo de agentes encarregados da investigação em todas suas etapas, para evitar o possível custo da perda de informação e para garantir a integridade da investigação.”<sup>278</sup>
264. Em relação aos êxitos da FEIHM, destaca a resposta do Estado ao Relatório do CEDAW em 2005, na qual afirmou que “sua instalação gerou um processo de investigação que levou a obter resultados favoráveis e permitiu a identificação, julgamento e sanção dos responsáveis em 45,72% dos casos”.<sup>279</sup> A esse respeito, a Corte observa o estabelecido previamente (par. 159 *supra*), em relação a que, no ano de 2005, ao redor de 38% dos casos de homicídios de mulheres em Ciudad Juárez contavam com sentenças condenatórias ou sanções. Em segundo lugar, a Corte observa que na mesma resposta do Estado ao Relatório do CEDAW esclarece que a cifra de 45,72% de sentenças se refere aos crimes não sexuais, enquanto que dos 92 crimes sexuais documentados, somente quatro haviam recebido sentença<sup>280</sup> (par. 161 *supra*).

276. Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1922, nota 64 *supra*; CNDH, Relatório Especial, folha 2168, nota 66 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2265, nota 64 *supra*.

277. Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1963, nota 64 *supra*. Segundo a CNDH, a criação desta Promotoria obedeceu a que “as investigações de todos os homicídios que se suscitavam em Ciudad Juárez, Chihuahua, de 1993 a 1996, estavam a cargo do grupo de homicídios da Polícia Judiciária da mesma entidade federativa” e segundo a Anistia Internacional, “foi uma reivindicação das organizações locais desde o ano de 1996 em razão da incapacidade da [Procuradoria Geral de Justiça do Estado] de responder à situação” (Cf. CNDH, Relatório Especial, folha 2168, nota 66 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2278, nota 64 *supra*).

278. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez, México*, folha 1752, nota 64 *supra*.

279. Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1963, nota 64 *supra*.

280. Cf. Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folhas 14617 a 14651, nota 87 *supra*.

265. Por outro lado, a FEIHM teve vários promotores especiais,<sup>281</sup> a maioria com uma permanência de alguns meses, e a informação com que contava era insuficiente para realizar uma análise integral sobre os homicídios e desaparecimentos ocorridos em Ciudad Juárez, bem como sobre o impacto da FEIHM nesta situação.<sup>282</sup>
266. Finalmente, segundo o Relatório da Relatoria da CIDH do ano de 2003, “[a] informação disponível reflete que os esforços realizados para melhorar a reação frente a esses crimes através da Promotoria Especial alcançaram alguns êxitos” e que, “[c]ertamente, a situação não é tão grave como nos primeiros anos, em que em alguns casos o único ‘expediente’ de um assassinato consistia em uma sacola de ossos”.<sup>283</sup>
267. Também consta nos autos perante a Corte que, em 27 de junho de 1998 foi publicada no Diário Oficial do Estado de Chihuahua a “Lei Sobre o Sistema Estadual de Segurança Pública”,<sup>284</sup> mas o Estado não proporcionou argumentos nem prova sobre como esta medida contribuiu a prevenir, segundo sua alegação, que “os fatos de violência contra as mulheres se repetissem”.
268. A Corte toma nota de que, segundo a Lei Orgânica do Poder Executivo do Estado de Chihuahua, reformada em 1998 e vigente em 2001, é função da Procuradoria Geral de Justiça do Estado “[d]itar as medidas adequadas para combater e erradicar a violência contra a mulher e as crianças, desenvolvendo para tal efeito mecanismos institucionais”,<sup>285</sup> bem como “[c]onceder a proteção que a lei prevê aos direitos das vítimas”.<sup>286</sup>
269. Além disso, a Corte constata que, no âmbito federal, foi criado o Instituto Nacional de Mulheres (doravante denominado o “INMUJERES”), através de uma lei publicada no Diário Oficial em 12 de janeiro de 2001.<sup>287</sup> Esta lei estabeleceu que o objetivo geral do INMUJERES é “promover e fomentar as condições que possibilitem a não discriminação, a igualdade de oportunidades e de tratamento entre os gêneros; o exercício pleno de todos os direitos das mulheres e sua participação equitativa na vida política, cultural, econômica e social do país”.<sup>288</sup> Entretanto, as atividades e programas do INMUJERES indicados nos autos são posteriores a 2001, ano dos homicídios das vítimas, de modo que não é aplicável ao presente caso.
270. O México também fez referência à criação, em 1998, de um programa piloto denominado “Programa de Atendimento a Vítimas do Crime” e que em 2000, como parte deste Programa, “foi criada uma base de dados para facilitar a busca e localização de pessoas desaparecidas”. Entretanto, a Corte observa que não conta com informação pertinente nos autos para apreciar estas iniciativas.
271. Ademais, o Estado apresentou como prova um relatório da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua apresentado perante a Comissão Interamericana em março de 2002, o qual indicou uma série de ações adotadas por parte do governo estadual. O México não remeteu prova adicional sobre as diversas medidas indicadas neste documento. Além disso, o Estado não aprofundou sobre estas ações em suas alegações<sup>289</sup> nem ofereceu informação específica como a data e lugares em que foram implementadas, ou sobre os resultados das mesmas. Isso impede que a Corte possa apreciá-las.
272. O Tribunal toma nota de que os relatórios da Relatoria da CIDH e da Anistia Internacional, ambos do ano de 2003, faziam alusão a uma série de medidas tomadas pelo Estado que incluíam a ampliação de iluminação pública, pavimentação de estradas, incremento de segurança nas regiões de alto risco, melhoria na seleção dos motoristas de ônibus que transportam trabalhadores a toda hora, programas de controle estrito do consumo de álcool e a instalação de duas linhas telefônicas de urgência.<sup>290</sup> Entretanto, estes relatórios não proporcionam

281. Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1937, nota 64 *supra*, e CNDH, Relatório Especial, folha 2235, nota 66 *supra*.

282. Cf. CNDH, Relatório Especial, folha 2235, nota 66 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2278, nota 64 *supra*.

283. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1752, nota 64 *supra*.

284. Cf. Lei Sobre o Sistema Estadual de Segurança Pública emitida pelo Congresso do Estado, publicada no Diário Oficial do Estado N° 51 de 27 de junho de 1998 e reformada no ano de 2002, 2004 e 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLII, anexo 72, folhas 15326 a 15364).

285. Cf. artigo 35, inciso V da Lei Orgânica do Poder Executivo do Estado de Chihuahua, publicada no Diário Oficial N° 79 de 1° de outubro de 1986, última reforma POE 2005.01.19/N° 6.

286. Cf. artigo 35, inciso VI da Lei Orgânica do Poder Executivo do Estado de Chihuahua, nota 285 *supra*.

287. Cf. Lei do Instituto Nacional das Mulheres (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIII, anexo 86, folhas 16010 a 16019).

288. Artigo 4 da Lei do Instituto Nacional das Mulheres, folha 16010, nota 287 *supra*.

289. O Estado mencionou o Programa de Tolerância Zero e a Operação Cruzeiro em suas alegações, mas não explicou os êxitos ou resultados destes programas (Cf. escrito de contestação da demanda, expediente de mérito, tomo III, folha 1031). A Corte observa que no documento da Procuradoria descrito no par. 270 *supra*, o Estado mencionou que os Crimes diminuíram como resultado destes programas, mas não ofereceu maior explicação nem proporcionou prova adicional a esse respeito.

Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, nota 64 *supra*.

290. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1820, nota 64 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2285, nota 64 *supra*.



as datas quando foram realizadas estas medidas, de modo que é impossível para o Tribunal apreciá-las como medidas de prevenção adotadas pelo México antes de 2001.

273. A Corte observa que relatórios nacionais e internacionais coincidem em que a prevenção dos casos de homicídios de mulheres em Ciudad Juárez, bem como a resposta a eles, foi ineficaz e insuficiente.<sup>291</sup> Segundo o Relatório do CEDAW de 2005, não foi senão até o ano de 2003 e sobretudo como acompanhamento ao Relatório da Relatoria da CIDH “que se começ[ou] a encarar de frente a necessidade de um programa global [e] integrado, com áreas de intervenção distintas e complementares”. O CEDAW concluiu que, “[c]onsiderando que no presente há uma maior vontade política, principalmente nas estruturas federais [...], não pode deixar de afirmar que, [...] desde 1993, no que respe[ei]ta à prevenção, à investigação e à sanção [...], as políticas adotadas e as medidas tomadas foram ineficazes e permitiram um clima de impunidade”.<sup>292</sup>
274. Desde o ano de 1998, o Estado foi advertido publicamente sobre a problemática existente em Ciudad Juárez, por meio da Recomendação n° 44 da CNDH. Nesta Recomendação, a CNDH afirmou que obteve argumentos:
- que permitem afirmar que as autoridades estatais incorreram em uma omissão culposa ao observar o crescimento deste fenômeno social e não atendê-lo, controlá-lo ou erradicá-lo, já que não somente não o previram nem preveniram, mas tampouco tomaram cuidados; e tomando como referência os casos de mulheres assassinadas durante 1998, é uma tendência que, ao não serem tomadas de imediato as medidas necessárias para preveni-los e reprimi-los, lamentavelmente ultrapassar[ão] as cifras dos anos anteriores.<sup>293</sup>
275. Em 1999, a Relatora sobre execuções extrajudiciais da ONU visitou Ciudad Juárez, reuniu-se com autoridades estatais e em seu relatório observou que “o Governo, ao descuidar deliberadamente da proteção das vidas dos cidadãos em razão de seu sexo, havia provocado uma sensação de insegurança em muitas das mulheres de Ciudad Juárez. Ao mesmo tempo, havia conseguido que os autores desses crimes ficassem impunes”.<sup>294</sup>
276. Em 2003, a CNDH determinou que “mais de cinco anos depois de haver sido emitida [a Recomendação n° 44], o fenômeno social não foi controlado e, ao contrário, o índice de criminalidade contra as mulheres que vivem ou transitam no município de Juárez, Chihuahua, continuou sua escala ascendente”. Com relação a recomendações específicas feitas pela CNDH relativas a convênios de colaboração com outras Procuradorias e corpos policiais, ao estabelecimento de programas de segurança pública e a capacitações aos corpos policiais, a CNDH concluiu que “[as] declarações apresentadas [...] permitiram observar a insuficiência das ações adotadas”.<sup>295</sup>
277. Segundo os fatos do presente caso, as vítimas González, Ramos e Herrera eram mulheres jovens de 20, 17 e 15 anos, respectivamente, todas humildes, uma estudante, as outras duas trabalhadoras. Saíram de sua casa um dia e seus corpos foram encontrados dias ou semanas mais tarde em uma plantação de algodão com sinais de violência sexual e outros maus-tratos. Nos dias entre seus desaparecimentos e a descoberta de seus corpos, suas mães e familiares recorreram às autoridades em busca de respostas, mas se encontraram com juízos de valor sobre o comportamento das vítimas e com nenhuma ação concreta destinada a encontrá-las com vida além do recebimento de declarações.
278. A Corte considerou provado e o Estado reconheceu que, no ano de 2001, Ciudad Juárez vivia uma forte onda de violência contra as mulheres. Os fatos do caso revelam paralelos significativos com o contexto provado.
279. Apesar de que o Estado tinha pleno conhecimento do risco que corriam as mulheres de serem objeto de violência, não demonstrou ter adotado medidas efetivas de prevenção antes de novembro de 2001 que reduzissem os fatores de risco para as mulheres. Ainda que o dever de prevenção seja de meio e não de resultado (par. 251 *supra*), o Estado não demonstrou que a criação da FEIHM e algumas adições a seu contexto legislativo, por mais que tenham sido necessárias e demonstrem um compromisso estatal, foram suficientes e efetivas para prevenir as graves manifestações da violência contra a mulher que eram vividas em Ciudad Juárez na época do presente caso.
280. Agora, em conformidade com a jurisprudência da Corte, é claro que um Estado não pode ser responsável por qualquer violação de direitos humanos cometida entre particulares dentro de sua jurisdição. De fato, as

291. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, toalha 1749, nota 64 *supra*; Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1924, nota 64 *supra*, e CNDH, Recomendação 44/1998, folha 2155, nota 72 *supra*.

292. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1938 e 1926, nota 64 *supra*.

293. CNDH, Recomendação 44/1998, folha 2155, nota 72 *supra*.

294. Relatório da Relatora sobre as execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrárias, folha 2053, nota 73 *supra*.

295. CNDH, Relatório Especial, folhas 2224 e 2226, nota 266 *supra*.

obrigações convencionais de garantia a cargo dos Estados não implicam uma responsabilidade ilimitada dos Estados frente a qualquer ato ou fato de particulares, pois seus deveres de adotar medidas de prevenção e proteção dos particulares em suas relações entre si se encontram condicionados ao conhecimento de uma situação de risco real e imediato para um indivíduo ou grupo de indivíduos determinado, e às possibilidades razoáveis de prevenir ou evitar esse risco. Ou seja, ainda que um ato ou omissão de um particular tenha como consequência jurídica a violação de determinados direitos humanos de outro particular, este não é automaticamente atribuível ao Estado, pois deve se limitar às circunstâncias particulares do caso e à concretização destas obrigações de garantia.<sup>296</sup>

281. No presente caso, existem dois momentos-chave nos quais o dever de prevenção deve ser analisado. O primeiro é antes do desaparecimento das vítimas e o segundo antes da localização de seus corpos sem vida.
282. Sobre o primeiro momento antes do desaparecimento das vítimas, a Corte considera que a falta de prevenção do desaparecimento não leva, *per se*, à responsabilidade internacional do Estado porque, apesar de que este tinha conhecimento de uma situação de risco para as mulheres em Ciudad Juárez, não foi estabelecido que tinha conhecimento de um risco real e imediato para as vítimas deste caso. Ainda que o contexto neste caso e suas obrigações internacionais impõem ao Estado uma responsabilidade reforçada com relação à proteção de mulheres em Ciudad Juárez, as quais se encontravam em uma situação de vulnerabilidade, em especial as mulheres jovens e humildes, não impõem uma responsabilidade ilimitada frente a qualquer fato ilícito contra elas. Finalmente, a Corte não pode senão fazer presente que a ausência de uma política geral que houvesse sido iniciada pelo menos em 1998 – quando a CNDH advertiu sobre o padrão de violência contra a mulher em Ciudad Juárez -, é uma falta do Estado no cumprimento geral de sua obrigação de prevenção.
283. Em relação ao segundo momento – antes da descoberta dos corpos -, dado o contexto do caso, o Estado teve conhecimento de que existia um risco real e imediato de que as vítimas teriam sido agredidas sexualmente, submetidas a abusos e assassinadas. A Corte considera que, ante tal contexto, surge um dever de devida diligência estrita frente a denúncias de desaparecimento de mulheres, em relação à sua busca durante as primeiras horas e os primeiros dias. Esta obrigação de meio, ao ser mais estrita, exige a realização exaustiva de atividades de busca. Em particular, é imprescindível a atuação rápida e imediata das autoridades policiais, do Ministério Público e judiciais, ordenando medidas oportunas e necessárias dirigidas à determinação do paradeiro das vítimas ou do local onde possam se encontrar privadas de liberdade. Devem existir procedimentos adequados para as denúncias e que estas levem a uma investigação efetiva desde as primeiras horas. As autoridades devem presumir que a pessoa desaparecida está privada de liberdade e continua com vida até que seja posto fim à incerteza sobre o que ocorreu.
284. O México não demonstrou ter adotado as medidas razoáveis, em conformidade com as circunstâncias que rodeavam os casos, para encontrar as vítimas com vida. O Estado não atuou com rapidez dentro das primeiras horas e dias depois das denúncias de desaparecimento, perdendo horas valiosas. No período entre as denúncias e a descoberta dos corpos das vítimas, o Estado se limitou a realizar formalidades e a tomar declarações que, ainda que importantes, perderam seu valor uma vez que estas não repercutiram em ações de busca específicas. Além disso, as atitudes e declarações dos funcionários aos familiares das vítimas, que davam a entender que as denúncias de desaparecimento não deviam ser tratadas com urgência e rapidez, levam o Tribunal a concluir razoavelmente que houve uma demora injustificada depois das apresentações das denúncias de desaparecimento. Tudo isso demonstra que o Estado não atuou com a devida diligência requerida para prevenir corretamente as mortes e agressões sofridas pelas vítimas e que não atuou como razoavelmente era de se esperar, em conformidade com as circunstâncias do caso, para pôr fim à sua privação de liberdade. Este descumprimento do dever de garantia é particularmente sério devido ao contexto conhecido pelo Estado - o qual colocava as mulheres em uma situação especial de vulnerabilidade - e às obrigações reforçadas impostas em casos de violência contra a mulher pelo artigo 7.b da Convenção de Belém do Pará.
285. Além disso, a Corte considera que o Estado não demonstrou ter adotado normas ou implementado as medidas necessárias, em conformidade com o artigo 2 da Convenção Americana e o artigo 7.c da Convenção de Belém do Pará, que permitissem às autoridades oferecer uma resposta imediata e eficaz diante das denúncias de

296. Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*, par. 123, nota 261 *supra*; *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai*, par. 155, nota 261 *supra*, e *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia*, par. 78, nota 49 *supra*. Ver também ECHR, *Case of Kiliç v. Turkey*, Judgment of 28 March 2000, paras. 62 and 63 e ECHR, *Case of Osman v. the United Kingdom*, Judgment of 28 October 1998, paras. 115 and 116.

desaparecimento e prevenir adequadamente a violência contra a mulher. Tampouco demonstrou ter adotado normas ou tomado medidas para que os funcionários responsáveis por receber as denúncias tivessem a capacidade e a sensibilidade para entender a gravidade do fenômeno da violência contra a mulher e a vontade para atuar de imediato.

286. Em razão de todo o exposto, o Tribunal considera que o Estado violou os direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal reconhecidos nos artigos 4.1, 5.1, 5.2 e 7.1 da Convenção Americana, em relação à obrigação geral de garantia contemplada no artigo 1.1 e à obrigação de adotar disposições de direito interno contemplada no artigo 2 da mesma, bem como às obrigações contempladas no artigo 7.b e 7.c da Convenção de Belém do Pará, em detrimento de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez e Esmeralda Herrera Monreal.

**4.2.2. Dever de investigar os fatos efetivamente, em conformidade com os artigos 8.1 e 25.1 da Convenção, derivado da obrigação de garantia dos direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal**

287. Da obrigação geral de garantia dos direitos à vida, integridade pessoal e liberdade pessoal deriva a obrigação de investigar os casos de violações desses direitos; ou seja, do artigo 1.1 da Convenção em conjunto com o direito substantivo que deve ser amparado, protegido ou garantido.<sup>297</sup> Além disso, o México deve observar o disposto nos artigos 7.b e 7.c da Convenção de Belém do Pará, que obriga a atuar com a devida diligência<sup>298</sup> e a adotar a normativa necessária para investigar e punir a violência contra a mulher.

288. Em sua sentença de mérito proferida no caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, a Corte estabeleceu que, em conformidade com o dever de garantia:

[o] Estado está [...]obrigado a investigar toda situação na qual tenham sido violados os direitos humanos protegidos pela Convenção. Se o aparato do Estado atua de modo que tal violação fique impune e não se restabeleça, enquanto seja possível, à vítima a plenitude de seus direitos, pode afirmar-se que descumpriu o dever de garantir seu livre e pleno exercício às pessoas sujeitas à sua jurisdição. O mesmo é válido quando se tolere que os particulares ou grupos deles atuem livre ou impunemente em prejuízo dos direitos humanos reconhecidos na Convenção.<sup>299</sup>

289. O dever de investigar é uma obrigação de meio e não de resultado, que deve ser assumida pelo Estado como um dever jurídico próprio e não como uma simples formalidade condenada de antemão a ser infrutífera.<sup>300</sup> A obrigação do Estado de investigar deve ser cumprida diligentemente para evitar a impunidade e para que este tipo de fatos não voltem a se repetir. Nesse sentido, a Corte recorda que a impunidade fomenta a repetição das violações de direitos humanos.<sup>301</sup>

290. À luz desse dever, uma vez que as autoridades estatais tenham conhecimento do fato, devem iniciar *ex officio* e sem demora, uma investigação séria, imparcial e efetiva por todos os meios legais disponíveis e orientada à determinação da verdade e à perseguição, captura, julgamento e eventual castigo de todos os autores dos fatos, em especial quando estão ou possam estar envolvidos agentes estatais.<sup>302</sup>

291. Por outro lado, a Corte advertiu que esta obrigação se mantém “qualquer que seja o agente ao qual possa eventualmente ser atribuída a violação, também os particulares, pois, se seus atos não são investigados com seriedade, resultariam, de certo modo, auxiliados pelo poder público, o que comprometeria a responsabilidade internacional do Estado”.<sup>303</sup>

292. Nesse sentido, no contexto da obrigação de proteger o direito à vida, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos desenvolveu a teoria da “obrigação processual” de efetuar uma investigação oficial efetiva em casos de violações

297. Cf. *Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*, par. 142, nota 261 *supra*; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C N° 186, par. 115, e *Caso Perozo e outros Vs. Venezuela*, par. 298, nota 22 *supra*.

298. Cf. *Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru*, par. 344, nota 248 *supra*.

299. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Mérito*, para. 176, nota 257 *supra*, e *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, par. 76, nota 190 *supra*.

300. Cf. *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 123, nota 30 *supra*, e *Caso Garibaldi Vs. Brasil*, par. 113, nota 252 *supra*.

301. Cf. *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 179, nota 30 *supra*, e *Caso Garibaldi Vs. Brasil*, par. 141 nota 252 *supra*.

302. Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*, par. 143, nota 261 *supra*; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, par. 144, nota 297 *supra*, e *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia*, par. 101, nota 49 *supra*.

303. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*, par. 145, nota 261 *supra*, e *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, par. 78, nota 190 *supra*.

a este direito.<sup>304</sup> A Corte Interamericana também aplicou esta teoria em diversos casos.<sup>305</sup>

293. A Corte considera que o dever de investigar efetivamente, seguindo os padrões estabelecidos pelo Tribunal (pars. 287 a 291 *supra*) tem alcances adicionais quando se trata de uma mulher que sofre uma morte, maltrato ou violação à sua liberdade pessoal no âmbito de um contexto geral de violência contra as mulheres. Em sentido similar, o Tribunal Europeu afirmou que quando um ataque é motivado por razões de raça, é particularmente importante que a investigação seja realizada com vigor e imparcialidade, levando em consideração a necessidade de reiterar continuamente a condenação ao racismo por parte da sociedade e para manter a confiança das minorias na habilidade das autoridades de protegê-las da ameaça de violência racial.<sup>306</sup> O critério anterior é totalmente aplicável ao se analisar os alcances do dever de devida diligência na investigação de casos de violência por razão de gênero.
294. Para determinar se a obrigação processual de proteger os direitos à vida, integridade pessoal e liberdade pessoal pela via de uma investigação séria sobre o ocorrido foi cumprida integralmente neste caso, é preciso examinar as diversas ações tomadas pelo Estado com posterioridade à descoberta dos corpos sem vida, bem como os procedimentos no âmbito interno destinados a elucidar os fatos ocorridos e a identificar os responsáveis pelas violações cometidas em detrimento das vítimas.
295. O Tribunal analisará a controvérsia entre as partes sobre alegadas irregularidades relacionadas com 1) a custódia da cena do crime, coleta e manejo de evidências, elaboração das autópsias e a identificação e entrega dos restos das vítimas; 2) atuação seguida contra supostos responsáveis e alegada fabricação de culpados; 3) demora injustificada e inexistência de avanços substanciais nas investigações; 4) fragmentação das investigações; 5) falta de sanção aos funcionários públicos envolvidos em irregularidades, e 6) negação de acesso aos autos e demoras ou negação de cópias do mesmo.

*4.2.2.1. Alegadas irregularidades na custódia da cena do crime, coleta e manejo de evidências, elaboração das autópsias e a identificação e entrega dos restos das vítimas*

296. Tal como foi indicado (par. 20 *supra*), o Estado alude a duas etapas das investigações, a primeira entre 2001 e 2003 e a segunda entre 2004 e 2009. O Estado reconheceu sua responsabilidade por algumas irregularidades na primeira etapa, mas alegou que na segunda etapa estas deficiências foram corrigidas e foi impulsionado o "Programa de Identidade Humana" com a participação da EAAF.
297. A Corte observa que, em 1º de maio de 2005, a Procuradoria de Chihuahua contratou a EAAF com o fim de assessorar na "identificação de restos de mulheres não identificadas nas cidades de Juárez e Chihuahua", bem como "na revisão de casos nos quais os familiares das vítimas expressam dúvidas sobre a identidade dos restos que receberam".<sup>307</sup> Levando em consideração as conclusões elaboradas pela EAAF em relação ao presente caso, a prova disponível nos autos e o reconhecimento de responsabilidade do Estado, o Tribunal se referirá às irregularidades que se apresentaram: a) na descoberta dos corpos, na custódia da cena do crime, e na coleta e manejo de evidências; b) na realização de autópsias, e c) na realização de exames de DNA, identificação e entrega dos restos mortais.

a) Irregularidades na elaboração do relatório de descoberta dos corpos, preservação da cena do crime e a coleta e manejo de evidências

298. A Comissão alegou que "a ata de levantamento pericial dos cadáveres não afirma os métodos utilizados para coletar e preservar a evidência" e que as autoridades "associaram alguns elementos de evidência [...] com determinados cadáveres [...] em razão de sua proximidade com os corpos, sendo que tudo isso foi encontrado em um espaço amplo". Os representantes alegaram que as autoridades não rastreamos devidamente o local. Agregaram que do conjunto "de objetos e provas observados no local, não houve maiores resultados além da tipificação sanguínea de alguns, sem que posteriormente fossem confrontados com outros elementos e com os corpos". Além disso, a Comissão e os representantes afirmaram que não foi feita "constância ou identificação do

304. Cf. ECHR, *Ergi v. Turkey*, Judgment of 28.07.1998, Reports of Judgments, n. 81, paras. 85-86, ECHR, *Akkoç v. Turkey*, Judgment of 10 October 2000, paras. 77 to 99, and ECHR, *Kiliç v. Turkey*, Judgment of 28 March 2000, paras. 78 to 83.

305. Cf. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 7 de junho de 2003. Série C Nº 99, par. 112; *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia*, par. 97, nota 49 *supra*, e *Caso Garibaldi Vs. Brasil*, par. 23, nota 252 *supra*.

306. Cf. ECHR, *Case of Angelova and Iliev v. Bulgaria*, Judgment 26 July 2007, para. 98.

307. Cf. contrato de prestação de serviços profissionais realizado pela Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua com a Equipe Argentina de Antropologia Forense em 1º de maio de 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLV, anexo 136, folhas 16581 a 16586).

local onde ficaram resguardadas as evidências” nem dos funcionários a cargo das mesmas. Os representantes acrescentaram que “[n]ão há uma ordem nem uma sequência para marcar as provas encontradas”, o que resultou “em contradições e inconsistências nos resultados dos pareceres periciais”.

299. Entre as irregularidades reconhecidas pelo Estado durante a primeira etapa das investigações se encontram “[a] preservação inapropriada do local da descoberta”, a não adoção de “medidas necessárias” para que a cena do crime “não fosse contaminada”, “o processamento não exaustivo das evidências obtidas” e a não realização de “diligências periciais sobre os indícios probatórios”.
300. Este Tribunal estabeleceu que a eficiente determinação da verdade no contexto da obrigação de investigar uma morte deve ocorrer a partir das primeiras diligências com todo empenho.<sup>308</sup> Nesse sentido, a Corte especificou os princípios orientadores que devem ser observados em uma investigação quando se está diante de uma morte violenta. As autoridades estatais que conduzem uma investigação deste tipo devem tentar como mínimo, *inter alia*: i) identificar a vítima; ii) recuperar e preservar o material probatório relacionado com a morte, com o fim de ajudar em qualquer potencial investigação penal dos responsáveis; iii) identificar possíveis testemunhas e obter suas declarações em relação à morte que se investiga; iv) determinar a causa, forma, lugar e momento da morte, bem como qualquer padrão ou prática que possa ter causado a morte, e v) distinguir entre morte natural, morte acidental, suicídio e homicídio. Ademais, é necessário investigar exaustivamente a cena do crime, devem ser realizadas autópsias e análise de restos humanos, de forma rigorosa, por profissionais competentes e empregando os procedimentos mais apropriados.<sup>309</sup>
301. Além disso, os padrões internacionais afirmam que, em relação à cena do crime, os investigadores devem, como mínimo, fotografar esta cena, qualquer outra evidência física e o corpo como foi encontrado e depois de movê-lo; todas as amostras de sangue, cabelo, fibras, fios ou outras pistas devem ser coletadas e conservadas; examinar a área em busca de pegadas de sapatos ou qualquer outra que tenha natureza de evidência, e fazer um relatório detalhando qualquer observação da cena, as ações dos investigadores e a disposição de toda a evidência coletada.<sup>310</sup> O Protocolo de Minnesota estabelece, entre outras obrigações, que ao investigar uma cena de crime deve ser fechada a área contígua ao cadáver e proibido o ingresso à mesma, salvo para o investigador e sua equipe.<sup>311</sup>
302. Em 6 de novembro de 2001, foi feito o levantamento pericial dos cadáveres das três vítimas. A informação nos autos perante a Corte afirma que uma ligação de um “trabalhador da construção que cruzava o terreno a pé para cortar distância”<sup>312</sup> alertou sobre a existência dos corpos. Entretanto, essa informação nem nenhuma outra relacionada com as circunstâncias da descoberta foi mencionada no respectivo relatório judicial. Somente consta que o agente do Ministério Público iniciou a investigação à raiz de uma ligação telefônica do operador de rádio da Polícia Judiciária do Estado.<sup>313</sup>
303. Na declaração juramentada de 6 de novembro, foram resenhadas um total de 26 evidências e indícios.<sup>314</sup> Entretanto, estas não são, com exceção de uma, as evidências que figuram nas três atas de levantamento pericial de cadáver,<sup>315</sup> cada uma das quais afirma evidências distintas sem que se observe a localização das mesmas, a relação entre elas e sua relação com a declaração juramentada. Outras evidências foram encontradas em 7 de novembro de 2001, durante a identificação dos outros cinco cadáveres (par. 209 *supra*). Entretanto, a lista das evidências coletadas em 7 de novembro é igual à elaborada em 6 de novembro.<sup>316</sup>

308. Cf. *Caso Servellón García e outros Vs. Honduras. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de setembro de 2006. Série C N° 152, par. 120; *Caso do Presídido Miguel Castro Castro Vs. Peru*, par. 383, nota 248 *supra*, e *Caso Zambrano Vélez e outros Vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C N° 166, par. 121.

309. Cf. *Caso Juan Humberto Sánchez Vs. Honduras*, par. 127, nota 305 *supra*; *Caso Escué Zapata Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C N° 165, par. 106, e *Caso Kavas Fernández Vs. Honduras*, par. 102, nota 190 *supra*.

310. Cf. Manual sobre a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias e Sumárias das Nações Unidas, Doc. E/ST/CSDHA/12 (1991).

311. Cf. Manual sobre a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, nota 310 *supra*.

312. Cf. declaração testemunhal prestada perante agente dotado de fé pública pelo senhor Máynez Grijalva em 21 de abril de 2009 (expediente de mérito, tomo XIII, folha 3845).

313. Cf. aviso emitido pelo agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, em 6 de novembro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XIV, anexo 3, folha 4742) e resolução proferida pela Quarta Vara Criminal do Supremo Tribunal de Justiça do Estado de Chihuahua em 14 de julho de 2005 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 83, folha 3431).

314. Cf. declaração juramentada sobre o local e os cadáveres, folha 2667, nota 238 *supra*.

315. Cf. atas de levantamento pericial de cadáver, nota 234 *supra*.

316. Cf. lista de evidências realizada pelo Chefe do Escritório Técnico de Serviços Periciais e Medicina Legal em 13 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 44, folhas 2708, 2720 e 2721) e declaração juramentada sobre o local e os cadáveres, folha 2667, nota 238 *supra*.

Ademais, nas atas de levantamento pericial dos outros cinco cadáveres também constam outras evidências distintas das anteriores,<sup>317</sup> sem que se demonstre nos autos a localização das mesmas, a relação entre elas e com a declaração juramentada.

304. Com posterioridade à coleta de provas efetuada em 6 e 7 de novembro, os familiares das vítimas fizeram duas investigações entre 24 e 25 de fevereiro de 2002 para obter prova adicional no local da descoberta dos corpos. Encontraram um número significativo de evidências. O inventário das provas coletadas inclui itens de vestuário, nove peças de calçado e 11 objetos diversos entre os que se encontrava uma placa de veículo fronteiro e uma carteira de motorista municipal provisória. Também incluíam cabelos, restos de sangue, vestimenta das possíveis vítimas, pedaços de plástico, diversas embalagens, amostras de terra, restos ósseos, entre outros. Não se indica quem eram os funcionários responsáveis por estas amostras, onde foram enviadas e em que condições foram conservadas.<sup>318</sup> Algumas destas provas permaneceram mais de seis anos sem serem analisadas. De fato, em 22 de novembro de 2007, no contexto da organização de caixas com evidência sobre casos tramitados em Ciudad Juárez, foi encontrada uma caixa com amostras de cabelo e ossos das vítimas, sem nenhuma indicação sobre por que esta prova se encontrava nesse local e sem indicação sobre procedimentos estabelecidos para proteger estas evidências, ou seja, sem devida cadeia de custódia.<sup>319</sup>
305. Sobre este ponto, o Manual das Nações Unidas indica que a devida diligência em uma investigação médico-legal de uma morte exige a manutenção da cadeia de custódia de todo elemento de prova forense.<sup>320</sup> Isso consiste em realizar um registro escrito preciso, complementado, conforme corresponda, por fotografias e demais elementos gráficos, para documentar a história do elemento de prova à medida em que passa pelas mãos de diversos investigadores encarregados do caso. A cadeia de custódia pode se estender além do julgamento e da condenação do autor, dado que as provas antigas, devidamente preservadas, poderiam servir para a absolvição de uma pessoa condenada erroneamente. A exceção são os restos mortais de vítimas positivamente identificadas que podem ser devolvidos a suas famílias para seu devido sepultamento, com a reserva de que não podem ser cremados e que podem ser exumados para novas autópsias.<sup>321</sup>
306. O Tribunal conclui que no presente caso ocorreram irregularidades relacionadas com: i) a falta de precisão das circunstâncias da descoberta dos cadáveres; ii) o pouco rigor na inspeção e proteção da cena do crime realizada pelas autoridades; iii) o indevido manejo de algumas das provas coletadas, e iv) os métodos utilizados não foram adequados para preservar a cadeia de custódia.
307. Ademais, a Corte observa que este caso não é o único no qual foram denunciadas negligências na coleta de provas (par. 150 *supra*). De fato, a Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados com os Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez afirmou que, entre 1993 e 2005, frequentemente “os laudos periciais, fundamentalmente os de criminalística de campo, não correspond[iam] em seu conteúdo aos registros feitos no local dos fatos pelo agente do Ministério Público respectivo”.<sup>322</sup> Ademais, eram cometidos muitos erros na preservação da cena do crime,<sup>323</sup> destruição de provas<sup>324</sup> e irregularidades na preservação e análise de evidência.<sup>325</sup>

317. Cf. atas de levantamento pericial de cadáver, folhas 2710, 2712, 2714, 2716 e 2718, nota 234 *supra*.

318. Nestas averiguações dos familiares encontraram o título de eleitor e a carteira de trabalho da jovem González (Cf. declaração juramentada sobre o local e objetos emitida em 24 de fevereiro de 2002 pela agente do Ministério Público ligada à Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres, expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 63, folhas 2923 e 2924); declaração juramentada sobre o local e objetos emitida em 25 de fevereiro de 2002 pelo agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres, expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 64, folhas 2927 e 2928), e declaração prestada pela senhora Monárrez Salgado perante o agente do Ministério Público vinculado à Controladoria de Assuntos Internos Região Norte em 23 de julho de 2006 (expediente de anexos à demanda tomo IX, anexo 84, folhas 3504 a 3507).

319. Cf. testemunho prestado por uma perita em Química ligada à Direção Geral de Serviços Periciais e Ciências Forenses de Ciudad Juárez perante o agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Mista para a Investigação de Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez em 15 de março de 2008 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXVIII, anexo 50, folhas 14072 a 14074).

320. Cf. Manual sobre a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, nota 310 *supra*.

321. Cf. declaração prestada perante agente dotado de fé pública pelo perito Snow em 17 de abril de 2009 (expediente de mérito, tomo XIV, folha 4225).

322. Cf. Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Relatório Final, folha 14580, nota 87 *supra*, e declaração da testemunha Doretti, folha 2326, nota 141 *supra*.

323. Cf. Relatório da Comissão de Especialistas Internacionais das Nações Unidas, folha 1900, nota 76 *supra*, e Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1929, nota 64 *supra*.

324. Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1929, nota 64 *supra*.

325. Cf. declaração da testemunha Doretti, folha 2326, nota 141 *supra*.

b) Irregularidades na realização de autópsias

308. Os representantes alegaram que as conclusões sobre a causa de morte das vítimas não são claras e não oferecem certeza. Além disso, destacaram que as autoridades não ordenaram os exames correspondentes e que colheram amostras de órgãos para realizar exames, mas não são conhecidos os resultados dos mesmos e a localização da amostra.
309. O Estado reconheceu “[o] processo impróprio de identificação dos corpos e de determinação da causa de morte”.
310. A Corte ressalta que as autópsias têm como objetivo coletar, como mínimo, informação para identificar a pessoa morta, a hora, data, causa e forma da morte. Estas devem respeitar certas formalidades básicas, como indicar a data e hora de início e finalização, bem como o local onde é realizada e o nome do funcionário que a executa. Além disso, deve-se, *inter alia*, fotografar corretamente o corpo; tirar radiografias do cadáver, de sua bolsa ou envoltório e depois de desvesti-lo, documentar todas as lesões. Deve ser documentada a ausência, soltura ou dano dos dentes, bem como qualquer trabalho dental, e examinar cuidadosamente as áreas genital e paragenital em busca de marcas de abuso sexual. Em casos de suspeita de violência ou abuso sexual, devem ser preservados os líquidos oral, vaginal e retal, e os pelos externos e púbicos da vítima.<sup>326</sup> Além disso, o Manual das Nações Unidas indica que nos protocolos de autópsia devem ser anotadas a posição do corpo e suas condições, incluindo se está morno ou frio, leve ou rígido; proteger as mãos do cadáver; registrar a temperatura do ambiente e coletar qualquer inseto.<sup>327</sup>
311. No presente caso, um perito da EAAF que analisou a autópsia da jovem Herrera afirmou que esta não era completa, que foram omitidas tanto as anotações sobre as lesões no sistema ósseo e falta de pele como a realização de estudos para determinar outros indícios. Não foram descritos o período da putrefação, a macroscopia dos órgãos internos, nem foi examinado o crânio, ou seja, não havia abertura no mesmo.<sup>328</sup> As autópsias não anexaram fotografias nem radiografias, que deveriam ter sido tirados, nem fizeram referência a elas.<sup>329</sup> Conclusões similares podem ser estabelecidas sobre as demais autópsias a partir da prova disponível perante a Corte.<sup>330</sup> Tampouco documentaram a realização de exames específicos em busca de evidências de abuso sexual, o que é particularmente grave em razão do contexto provado no presente caso e das características que apresentavam os corpos no momento de sua descoberta (par. 212 *supra*).
312. A Corte constata que estas negligências não são isoladas, mas fazem parte de um contexto em Ciudad Juárez, segundo o qual “[e]m grande parte dos autos analisados não foi observado que tenha sido pedido, nem se incluía nos autos qualquer laudo pericial para a busca de fibras nas roupas das vítimas, para efeito de uma posterior confronta[ção]; o anterior, inclusive, nos restos humanos ou esqueletos de vítimas não identificados”.<sup>331</sup> Segundo um relatório da Anistia Internacional de 2003, as autópsias não foram realizadas “conforme os padrões necessários para contribuir ao esclarecimento dos crimes”,<sup>332</sup> nem tampouco são expostos os meios utilizados para chegar a conclusões, como por exemplo, a estatura, tipo de morte ou a possível hora ou data de morte.<sup>333</sup> Além disso, a Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados com os Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez faz referência a que “foi detectado que, em alguns casos[,] estes laudos estabelecem datas nas quais está plenamente confirmado que as vítimas ainda estavam com vida”.<sup>334</sup> Ademais, a testemunha Doretti afirmou que muitos autos de homicídio “não continham informação sobre a localização final dos restos depois de sua passagem pelo [Serviço Médico Forense], incluindo tanto aqueles que foram entregues a seus familiares como os que foram enterrados como restos não [i]dentificados em cemitérios municipais ou depositados” naquele serviço.<sup>335</sup>

326. Cf. Manual sobre a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, nota 310 *supra*.

327. Cf. Manual sobre a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, nota 310 *supra*.

328. Cf. declaração prestada pelo perito Bosio perante agente dotado de fé pública em 15 de abril de 2009 (expediente de mérito, tomo VI, folha 2279).

329. Cf. declaração do perito Bosio, folha 2378, nota 328 *supra*.

330. Cf. laudos de autópsia, nota 239 *supra*.

331. Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Relatório Final, folha 14580, nota 87 *supra*.

332. Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2301, nota 64 *supra*.

333. Cf. Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Relatório Final, folha 14580, nota 87 *supra*, e declaração do perito Bosio, folhas 2281, 2284 e 2286, nota 328 *supra*.

334. Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Relatório Final, folha 14580, nota 87 *supra*.

335. Cf. declaração da testemunha Doretti, folha 2331, nota 141 *supra*.

c) Alegadas irregularidades na identificação e entrega dos corpos

313. A Comissão e os representantes aludiram a contradições e inconsistências nos resultados de identificação dos restos mortais. O Estado “reconhec[eu] a falta de uma determinação científica e irrefutável da identidade das três vítimas em um primeiro momento”. A Corte analisará a seguir irregularidades a) na designação dos nomes aos corpos encontrados, b) na entrega incompleta dos corpos sem que existisse uma identificação positiva, e c) nas controvérsias relativas às análises de DNA.

c.1) *Designação inicial arbitrária de nomes aos corpos*

314. A Comissão e os representantes alegaram que a designação inicial dos nomes aos corpos foi arbitrária. Os representantes, além disso, afirmaram que no momento em que se “proferiu ordem formal de prisão contra dois acusados, cada um dos corpos tinha nome e sobrenome, apesar de que [...] não haveriam aparecido novas evidências ou provas científicas que levassem a essa conclusão”.

315. Sobre a relevância de uma identificação das vítimas segundo as regras de devida diligência, o perito Castresana Fernández afirmou o seguinte:

Iniciada a investigação, quando é necessária a identificação da vítima, os procedimentos adequados - técnico forenses -, têm relevância visto que, em conformidade com as condições de descoberta dos cadáveres ou restos humanos, não é possível muitas vezes realizar a identificação de forma visual - direta ou por fotografia -, ou pelas peças de vestir e pertences que levava a vítima. Nestes casos, a identificação por meios científicos como os sistemas antropométrico, digital, geométrico de Matheios, biométricos, DNA, antropologia forense, odontologia forense, etc., requerem de laboratórios especializados com a acreditação e o reconhecimento internacional que garantam a confiabilidade dos procedimentos e a idoneidade dos profissionais que realizem as provas.<sup>336</sup>

316. Em relação à designação arbitrária de nomes, a testemunha Máynez Grijalva declarou que “a identidade dos corpos dada pelo Procurador foi obtida da confissão dos detidos”.<sup>337</sup> Além disso, a EAAF afirmou que foi solicitado que “quatro dos oito esqueletos recuperados[, incluindo as três vítimas, fossem] comparados [...] somente com uma desaparecida”.<sup>338</sup> A EAAF acrescentou que “[os] ofícios nos quais foi realizado este pedido e o expediente consultado não especificam a razão pela qual certos corpos são comparados especificamente [...] apenas com certas mulheres desaparecidas em um e dois dias da descoberta”.<sup>339</sup>

317. O Estado não controverteu as precisões de fato efetuadas por estes testemunhos e documentos, razão pela qual o Tribunal considera provadas estas irregularidades relacionadas com a designação arbitrária de identidades.

c.2) *Entrega dos corpos sem que existisse uma identificação positiva*

318. Os padrões internacionais exigem que a entrega de restos mortais ocorra quando a vítima esteja claramente identificada, ou seja, uma vez que se tenha conseguido uma identificação positiva. O Protocolo de Minnesota estabelece que “o corpo deve ser identificado por testemunhas confiáveis e outros métodos objetivos”.<sup>340</sup>

319. No presente caso, apesar de haver sido ordenada a realização de diversos laudos periciais,<sup>341</sup> incluindo alguns baseados na sobreposição crânio-facial e na realização de exames de DNA,<sup>342</sup> no momento da entrega dos corpos o Estado somente contava com os pareceres que alguns familiares emitiram sobre alguns dados físicos gerais e para o reconhecimento de vestimenta.<sup>343</sup>

320. De fato, no caso da jovem González, em 15 de novembro de 2001, sua irmã afirmou que a havia reconhecido

336. declaração do perito Castresana Fernández, folha 2883, nota 137 *supra*.

337. declaração da testemunha Máynez Grijalva, folha 3846, nota 312 *supra*.

338. Cf. EAAF, Laudo de antropologia e genética forense, folha 10330, nota 189 *supra*.

339. Cf. EAAF, Laudo de antropologia e genética forense, folha 10331, nota 189 *supra*.

340. Cf. Manual sobre a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, nota 310 *supra*.

341. Cf. ofício N° 0504/00 emitido pela agente do Ministério Público titular da Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres em 10 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 39, folha 2687).

342. Cf. ofício N° 0507/01 emitido pela agente do Ministério Público titular da Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres em 8 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 39, folha 2688); ofício 504/01 emitido pela agente do Ministério Público titular da Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres em 8 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 39, folha 2689); ofício N° 513/01 emitido pela agente do Ministério Público titular da Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres em 9 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 39, folha 2690), e ofício N° 514/01 emitido pela agente do Ministério Público titular da Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres em 9 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 39, folha 2691).

343. Cf. EAAF, Laudo de antropologia e genética forense, folha 10331, nota 189 *supra*.



por uma amostra de cabelo, uma unha, um casaco e uma blusa, bem como por uma restauração dentária.<sup>344</sup> O corpo foi entregue aos familiares naquele mesmo dia.<sup>345</sup> No caso da jovem Herrera, em 16 de novembro de 2001, foi reconhecida por seu irmão e por seu pai através “da roupa que encontraram” no local da descoberta dos cadáveres.<sup>346</sup> Naquele mesmo dia o corpo foi entregue aos familiares.<sup>347</sup> Sobre este caso, a EAAF considerou que ao serem entregues os restos aos familiares “ainda não se contava com elementos suficientes para estabelecer uma identificação positiva”.<sup>348</sup> No caso da jovem Ramos, em 22 de março de 2002, sua mãe afirmou que reconheceu o corpo de sua filha por um sutiã e uns “*huaraches*” (sandálias) que lhe mostraram. Além disso, afirmou que lhe perguntaram se sua filha tinha uma fratura no braço, ao que respondeu afirmativamente.<sup>349</sup> Esta identificação foi ratificada pelo tio da vítima ao reconhecer os traços que lhe foram descritos e a fratura no braço.<sup>350</sup> Nesse mesmo dia o corpo lhes foi entregue.<sup>351</sup>

321. Depois de ter entregado os corpos aos familiares, o Escritório de Serviços Periciais de Chihuahua emitiu pareceres em matéria de craniometria e odontologia e determinou “coincidência em relação ósseo-facial” e “características em dentes” ao comparar fotografias das vítimas, seu crânio e sua dentadura.<sup>352</sup>
322. Em relação à utilização desta metodologia de sobreposição crânio-facial, a prova pericial disponível nos autos indica que deve estar complementada com outros laudos para chegar a uma identificação positiva. O perito Snow precisou que “nenhum antropólogo forense responsável utiliza esta técnica como meio de identificação positiva”.<sup>353</sup> Por exemplo, no caso da jovem Herrera, a testemunha Doretti esclareceu que “a análise de sobreposição crânio-foto deveria ter sido reforçada por uma análise genética completa antes da entrega dos restos”. A esse respeito, a testemunha precisou que esta entrega dos restos gerou que um laudo genético realizado quase um ano depois apresentasse resultados inconclusivos em razão da pouca informação genética recuperada.<sup>354</sup>
323. Ademais, a EAAF afirmou que, em outubro de 2003, foram solicitadas novas análises genéticas para os outros casos de Campo Algodoeiro. Entretanto, os restos das vítimas do presente caso não foram analisados, “possivelmente porque já haviam sido entregues a suas famílias e as amostras coletadas em setembro de 2002 se esgotaram nas análises de 2002”.<sup>355</sup>
324. A Corte conclui que o reconhecimento efetuado por parte de familiares não era suficiente para uma identificação positiva, e tampouco o eram as provas crânio-faciais. Ademais, a Corte constata que a entrega de corpos foi realizada antes que existisse certeza sobre a identidade dos mesmos, o que gerou maiores dificuldades no processo posterior de identificação através de amostras de DNA.
325. Contudo, o Tribunal observa que a identificação final da jovem Ramos foi alcançada entre 18 de outubro de 2005 e 16 de março de 2006, depois de a EAAF efetuar um segundo exame de DNA em uma clavícula que sua família conservava.<sup>356</sup> Em 15 de março de 2006, a mãe da jovem Herrera compareceu perante o Ministério Público a fim de expressar seu desejo de não continuar com a análise de DNA, manifestando sua conformidade

344. Cf. comparecimento de Mayela Banda González, folhas 2796 e 2797, nota 173 *supra*.

345. Cf. ofício N° 530/01 emitido pela agente do Ministério Público ligada à Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres em 15 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 51 e 53, folha 2799).

346. Cf. declaração testemunhal de identificação de cadáver efetuada por Adrián Herrera Monreal em 16 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 54, folha 2882) e declaração testemunhal de identificação de cadáver efetuada por Antonio Herrera Rodríguez (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 55, folha 2884).

347. Cf. ofício N° 534/01 emitido pela agente do Ministério Público ligada à Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres em 16 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexos 56 e 57, folha 2886).

348. Cf. declaração da perita Doretti, folha 2347, nota 141 *supra*.

349. Cf. declaração testemunhal de identificação de cadáver efetuada por Benita Monárrez Salgado em 22 de março de 2002 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 67, folha 2934).

350. Cf. declaração testemunhal de identificação de cadáver efetuada por Pablo Monárrez Salgado em 22 de março de 2002 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 68, folha 2937).

351. Cf. ofício N° 248/02 MP autorização de entrega do cadáver de Laura Berenice Ramos Monárrez emitido pela agente do Ministério Público ligada à Promotoria Especial para a Investigação de Homicídios de Mulheres em 22 de março de 2002 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 69 e 70, folha 2939).

352. Cf. laudo de identificação forense emitido pelo Escritório de Serviços Periciais em relação à jovem González em 21 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 58, folhas 2888 a 2893); laudo de identificação forense emitido pelo Escritório de Serviços Periciais em relação à jovem Herrera em 21 de novembro de 2001 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 59, folhas 2895 a 2900), e laudo de identificação forense emitido pelo Escritório de Serviços Periciais em relação à jovem Ramos em 8 de janeiro de 2002 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 72, folhas 2955 a 2962).

353. Cf. declaração do perito Snow, folha 4224, nota 321 *supra*, e declaração da perita Doretti, folha 2345, nota 141 *supra*.

354. Cf. declaração da perita Doretti, folha 2347, nota 141 *supra*.

355. Cf. EAAF, laudo de antropologia e genética forense, folha 10341, nota 189 *supra*.

356. Cf. EAAF, laudo de antropologia e genética forense, folhas 10358, 10367 e 10368, nota 189 *supra*.

com a identificação efetuada previamente.<sup>357</sup> Os familiares da jovem González afirmaram sua conformidade com a identificação inicial (par. 218 *supra*).

*c.3) Controvérsias relativas às análises de DNA*

326. A Comissão e os representantes alegaram que os resultados das amostras de DNA “foram entregues dois anos depois” e que “não pud[eram] obter perfis genéticos completos”.
327. O Estado argumentou que “a demora nos resultados de [...] DNA [...] não obedecia à negligência por parte da autoridade ministerial local, mas ao procedimento que estas perícias requerem”.
328. No presente caso, foram realizados três laudos genéticos, em 2002. Em um laudo de setembro de 2002, foi concluído que não existia relação genética entre o corpo identificado como o da jovem Ramos e sua família,<sup>358</sup> o que contradizia as conclusões estabelecidas pelos exames antropológicos.<sup>359</sup> Em outra análise genética, realizada em outubro de 2002, foi determinado que a jovem Ramos não apresentava parentesco com duas famílias analisadas<sup>360</sup> e foi determinada “provável relação de parentesco genético [de um esqueleto] com a [f]amília Herrera”.<sup>361</sup> No caso da jovem González, não se conseguiu confrontar com sua família “devido à ausência de perfil genético em [seu] esqueleto”.<sup>362</sup>
329. Sobre este resultado, a EAAF afirmou que o fato de que se tenha concluído que dois dos perfis genéticos de dois esqueletos pertencem a uma mesma pessoa exigia “novas amostras dos restos para poder ratificar ou retificar o diagnóstico”.<sup>363</sup> Adicionalmente, a EAAF criticou que “nem todos os restos foram comparados com todos os familiares das oito famílias”.<sup>364</sup>
330. Em relação ao caso da jovem Herrera, a EAAF afirmou que a conclusão de uma das análises era “insuficiente [...] para estabelecer uma relação genética”<sup>365</sup> e que “[n]ão consta nos autos a cadeia de custódia das amostras dos restos mencionados que são analisados nesta primeira análise genética”.<sup>366</sup>
331. A Corte constata que existiram irregularidades na aplicação das provas genéticas e que estas somente tiveram um resultado parcialmente positivo para o caso da jovem Herrera. Para o caso da jovem González não foi obtido nenhum resultado, enquanto no caso da jovem Ramos os resultados contradisseram a identificação já realizada pelos familiares e o laudo crânio-foto. Em relação à alegação referente ao excessivo tempo que levou à realização dos mencionados exames, não foi oferecida argumentação que permita concluir sobre demoras não razoáveis.
332. Levando em consideração todo o anterior, a Corte considera que o presente caso se relaciona ao verificado pelo Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime em outros casos similares. Este escritório constatou a “falta de coleta de amostras de DNA das vítimas, das desaparecidas e dos respectivos familiares.”<sup>367</sup> Quando estas foram realizadas, muitas mostraram resultados distintos às identificações iniciais.<sup>368</sup> Nesse sentido, os resultados das análises genéticas obtidos eram em alguns casos contraditórios entre si, “um laboratório, por exemplo, obtém um resultado positivo entre determinados restos e uma determinada família [...], enquanto outro laboratório obtém resultados negativos ao realizar a mesma comparação”. Tampouco foram utilizadas soluções possíveis, tais como “juntas de peritos para revisar as opiniões divergentes e proporcionar maiores elementos de análise”.<sup>369</sup>

357. Cf. testemunho da senhora Irma Monreal Jaime prestado perante agente do Ministério Público ligado ao grupo da Promotoria Mista para a Investigação de Homicídios de Mulheres em 15 de março de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXX, anexo 50, Registro I, tomo I, folha 10230).

358. Cf. EAAF, laudo de antropologia e genética forense, folha 10339, nota 189 *supra*.

359. Cf. declaração da testemunha Doretti, folhas 2352 e 2353, nota 141 *supra*.

360. Cf. parecer realizado por uma perita em genética forense em 8 de outubro de 2002 (expediente de anexos à demanda, tomo XI, folha 2908).

361. Cf. parecer em genética forense, folha 2908, nota 360 *supra*.

362. Cf. parecer em genética forense, folha 2908, nota 360 *supra*.

363. Cf. EAAF, laudo de antropologia e genética forense, folha 10339, nota 189 *supra*.

364. Cf. EAAF, laudo de antropologia e genética forense, folha 10339, nota 189 *supra*.

365. Cf. EAAF, laudo de antropologia e genética forense, folha 10341, nota 189 *supra*.

366. Cf. EAAF, laudo de antropologia e genética forense, folha 10338, nota 189 *supra*.

367. Cf. Relatório da Comissão de Especialistas Internacionais das Nações Unidas, folha 1901, nota 76 *supra*.

368. Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1930, nota 64 *supra*, e declaração da perita Doretti, folha 2352, nota 141 *supra*.

369. Cf. declaração da perita Doretti, folha 2334, nota 141 *supra*.

\* \* \*

333. Levando em consideração o exposto, bem como o reconhecimento de responsabilidade efetuado pelo Estado, o Tribunal concluiu que ocorreram irregularidades relacionadas com: i) falta de informação no relatório sobre a descoberta dos cadáveres, ii) incorreta preservação da cena do crime, iii) falta de rigor na coleta de evidências e na cadeia de custódia, iv) contradições e insuficiências das autópsias, e v) irregularidades e insuficiências na identificação dos corpos, bem como em sua entrega irregular.

#### 4.2.2.2. Alegadas irregularidades na atuação contra os supostos responsáveis e alegada fabricação de culpados

334. A Comissão alegou que foram acusados como responsáveis pelos assassinatos os senhores Víctor Javier García Uribe e Gustavo González Meza (doravante denominados “o senhor García” e “o senhor González”), apesar de que não tinham uma “relação evidente com os fatos” e que sua “detenção [...] foi realizada de maneira arbitrária e suas confissões de culpa foram extraídas sob tortura”. Os representantes concordaram com a Comissão e acrescentaram que o “Procurador [ordenou] ‘armar’ o expediente e fabricar culpados para evitar a pressão social”. Além disso, afirmaram que o senhor González faleceu na penitenciária depois de uma cirurgia de hérnia, a qual estaria relacionada com a tortura sofrida. A Comissão e os representantes acrescentaram que os advogados defensores dos senhores García e González foram assassinados em circunstâncias ainda não esclarecidas e que seus familiares teriam recebido ameaças, o que motivou a adoção de medidas cautelares a seu favor.

335. O Estado manifestou que a Corte “unicamente pode conhecer das supostas violações” pela morte das três vítimas e não em relação ao processo penal contra os senhores García e González. Além disso, o Estado afirmou que “a hipótese da provável responsabilidade” destes senhores “não pode nem deve ser considerada como uma fabricação de culpados”, mas “foi o resultado da análise de vários elementos de convicção que [...] permitiam, nesse momento, presumir [sua] participação direta” nos homicídios. Entretanto, o Estado reconheceu que a investigação contra estes senhores fez com que não se esgotassem “outras linhas de investigação” e que “a determinação da não responsabilidade penal” desses dois senhores “gerou [nos] familiares falta de credibilidade nas autoridades investigadoras, perda de indícios e provas pelo simples transcurso do tempo”.

336. Em relação à alegação de incompetência indicada pelo Estado, a Corte reitera o proferido na Resolução de 19 de janeiro de 2009 (par. 9 *supra*), no sentido de que toda a prova disponível nos autos em torno ao ocorrido com os senhores García e González pode ser utilizada como “prova relevante no momento de avaliar [...] as supostas falhas nas investigações conduzidas no foro interno” sobre a morte das três vítimas.

337. A esse respeito, depois da descoberta dos corpos na plantação de algodão nos dias 6 e 7 de novembro de 2001, os senhores García e González foram detidos em 9 de novembro de 2001. Em suas declarações iniciais aceitaram terem cometido os crimes e descreveram a forma como os teriam realizado.<sup>370</sup> Entretanto, em 12 de novembro de 2001, ao serem ouvidos em “declaração preparatória”, afirmaram que a confissão que haviam feito se originava de atos de tortura que haviam recebido e em ameaças contra eles e seus familiares.<sup>371</sup>

338. Em 5 de fevereiro de 2002, o advogado do senhor González morreu por disparos por parte da Polícia Judiciária do Estado de Chihuahua, em circunstâncias ainda não esclarecidas.<sup>372</sup> Naquele mesmo dia, segundo um relatório da Anistia Internacional de 2003, a esposa do senhor García foi ameaçada por dois homens não identificados.<sup>373</sup> Em 8 de fevereiro de 2003, o senhor González faleceu no centro penitenciário onde se encontrava preso, horas depois de uma intervenção cirúrgica.<sup>374</sup>

370. Cf. declaração de Víctor Javier García Uribe perante o Agente do Ministério Público vinculado à Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua em 9 de novembro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XIV, anexo 3, folhas 4839 a 4842) e declaração de Gustavo González Meza perante o Agente do Ministério Público vinculado à Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua em 9 de novembro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XIV, anexo 3, folhas 4854 a 4857).

371. Cf. declaração preparatória de Gustavo González Meza perante o Terceiro Juiz Criminal do Distrito Bravos, Chihuahua, em 12 de novembro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XIV, anexo 3, folhas 4887 a 4894) e declaração preparatória de Víctor Javier García Uribe perante o Terceiro Juiz Criminal do Distrito Bravos, Chihuahua, em 12 de novembro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XIV, anexo 3, folhas 4896 a 4904).

372. A CNDH afirmou que “foi assassinado ao ser confundido, segundo as autoridades do Estado de Chihuahua, com um delinquente, e, segundo certos relatórios, o advogado que atualmente defende o senhor García Uribe também foi ameaçado” (CNDH, Relatório Especial, folha 2230, nota 66 *supra*; CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1749, nota 64 *supra*, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2294, nota 64 *supra*).

373. A Comissão e os representantes afirmaram que, em janeiro de 2006, o advogado do senhor García foi assassinado em circunstâncias ainda não esclarecidas. Entretanto, a única prova disponível nos autos é a declaração de uma jornalista que foi recusada pelo Tribunal por motivos de forma (par. 106 *supra*).

374. Cf. resolução de arquivamento por morte do processado Gustavo González Meza (expediente de anexos ao escrito de petições e

339. Em 13 de outubro de 2004, o Terceiro Juiz Criminal do Distrito Judicial Bravos condenou o senhor García a 50 anos de prisão como responsável pelos homicídios na plantação de algodão.<sup>375</sup> O Juiz afirmou que a “retratação” dos acusados “não produz nenhuma convicção” porque “são o resultado de reflexões de maior meditação sobre as consequências que traz o reconhecimento do cometimento de um crime ou ainda sugestões de assessores”. O Juiz acrescentou que “as marcas de violência encontradas em seus corpos não podem ser a razão [pela] qu[al] incluíram suas assinaturas em suas primeiras declarações.”
340. Em 14 de julho de 2005, a Quarta Vara do Supremo Tribunal de Justiça de Chihuahua revogou a decisão de primeira instância por falta de prova contra o senhor García.<sup>376</sup> Além disso, esta Vara afirmou que para deter e acusar o senhor García foi utilizada uma investigação prévia relacionada a “fatos totalmente distintos” ocorridos em 1999, o que “de nenhuma forma [...] era determinante para ordenar [sua] detenção”. Finalmente, foi feito constar que não houve ordem judicial de detenção quando perfeitamente poderia haver sido conseguida. A partir do anterior, a Vara afirmou que “a detenção dos [senhores García e González] foi arbitrária”. Em relação às confissões efetuadas, a Vara afirmou que “resulta difícil acreditar que, conhecendo seus direitos [à não auto-incriminação,] ambos os acusados houvessem relatado de forma tão minuciosa [...] sua participação nos fatos” e que, inclusive, houvessem aceitado os fatos de 1999 “sem que ninguém lhes perguntasse a esse respeito”. Também aludiu à “contradição que existe entre [as confissões] e as autópsias”, de tal forma que “as confissões dos dois acusados foram elaboradas para coincidir com as datas dos desaparecimentos das mulheres que se disseram ofendidas”.
341. É importante ressaltar que, em 2003, a CNDH considerou que “não existe nenhum momento em que tenha ficado detalhado ou constância que permita ao menos presumir que as lesões foram autoinfligidas, mas existem, em contrapartida, as afirmações de que [...] foram objeto de tortura”, de maneira que, para a CNDH, “ficou confirmado que [...] foram objeto de sofrimentos graves para que prestassem uma confissão sobre um crime”. Além disso, precisou que a defesa “aparece em um trabalho distante do que deveria ser realizado em termos constitucionais”, “visto que, inclusive, em uma parte da confissão complementa a resposta de seus defendidos para alcançar uma melhor acusação”.<sup>377</sup>
342. Por sua vez, a EAAF ressaltou irregularidades relacionadas com o fato de que: i) somente lhes tenham sido mostrados cartazes de fotos de oito mulheres desaparecidas, sendo que havia mais mulheres desaparecidas naquela data; ii) justamente os cartazes que lhes foram apresentados constituíram a lista final de vítimas de Campo Algodoeiro publicada oficialmente; iii) é notória a similitude de suas declarações com o conteúdo de documentos oficiais, como por exemplo os cartazes e as autópsias, iv) recordavam com muita precisão dados físicos e de vestimenta de cada uma de suas vítimas, a mais de um ano e meses de alguns desaparecimentos e que também recordavam o mesmo. Além disso, a EAAF considerou que dado o nível de contradição nas perícias prestadas, não havia explicação sobre sua apreciação na sentença de condenação.<sup>378</sup>
343. A Corte recorda que os senhores García e González não são as vítimas em relação a quem se está determinando a existência de supostas violações à Convenção. Entretanto, a informação sobre as irregularidades na investigação é fundamental para avaliar o acesso à justiça que tiveram as mães e demais familiares das três mulheres assassinadas. Levando em consideração a prova analisada, é possível concluir que as investigações sobre os “crimes da plantação de algodão” se relacionam a um contexto de irregularidades na determinação de responsáveis por crimes similares. Assim, por exemplo, em 2003, a CNDH se referiu à “obtenção indiscriminada de confissões” por parte de agentes do Ministério Público e elementos policiais. A partir de 89 casos que foram submetidos ao conhecimento da autoridade judicial, a CNDH observou que:

as pessoas envolvidas no cometimento dos crimes confessaram de maneira “espontânea” sua participação perante o agente do Ministério Público do Estado, apesar de que com posterioridade tenham manifestado perante o órgão judicial que haviam sido submetidos a torturas, maus-tratos ou ameaças para que assinassem declarações com as que não se encontravam em conformidade, e que lhes haviam sido arrancadas com violência.

argumentos, tomo XVIII, anexo 3, folhas 6164 a 6166).

375. Cf. Terceiro Juiz Criminal do Distrito Judicial Bravos, sentença proferida na causa criminal 74/2004, “*Guadalupe Luna de la Rosa e outras*” em 13 de outubro de 2004 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XVIII, folhas 6213 a 6398).

376. Cf. Quarta Vara Criminal do Supremo Tribunal de Justiça do Estado de Chihuahua, sentença de 14 de julho de 2005 (expediente de anexos à demanda, tomo X, anexo 83, folhas 3422 a 3500).

377. CNDH, Relatório Especial, folhas 2229 e 2230, nota 66 *supra*, e Segundo Inspetor Geral da Comissão Nacional de Direitos Humanos, ofício N° V2/004191 de 27 de fevereiro de 2004 (expediente de anexos à demanda, tomo IX, anexo 78, folhas 2994 e 2995).

378. Cf. declaração da testemunha Doretti, folha 2379, nota 141 *supra*.

[...]

é claro que no caso de torturas causadas em pessoas detidas, geralmente os responsáveis costumam recorrer a práticas orientadas a não deixar nenhuma marca no corpo da vítima, e se for o caso a justificar sua atuação por meio da simulação de atestados médicos, os quais, por regra geral, sem cumprir nenhum parâmetro metodológico, resumem-se em afirmar que a pessoa examinada se encontrava “sem lesões”.<sup>379</sup>

344. Um Relatório do Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crime (UNODC) sobre sua missão a Ciudad Juárez analisou o Caso Campo Algodoeiro e outros casos. Este Escritório verificou que vários juízes invertiam indevidamente o ônus da prova, rechaçavam as alegações de tortura subestimando a veracidade das retratações e indicavam que não estavam suficientemente provadas sem uma avaliação médico-pericial das lesões e sem que houvesse sido iniciada uma investigação prévia a esse respeito. O relatório concluiu que:

[e]m todos os procedimentos examinados se reproduz o mesmo padrão: [...] uma parte significativa dos [acusados] confessa os crimes de que são acusados no momento de prestar declaração na fase pré-processual ou na investigação prévia, assistidos por defensor público (não designado por eles), e não ratificam esta declaração em presença judicial, [...] denunciando tratamentos desumanos e degradantes, e [...] crimes de tortura, por meio dos quais aqueles teriam obtido sua confissão. Invariavelmente, tais alegações são rechaçadas pelos Juízes intervenientes, pelas sucessivas decisões por eles proferidas, com argumentos mais ou menos abstratos, ou com terminologia técnico-jurídica diversa, mas sem ordenar investigações ou diligências dirigidas a esclarecer se as denúncias de torturas têm ou não fundamento. Isto ocorre, apesar de que, em vários casos, tais denúncias são extremamente detalhadas, reproduzem nos distintos procedimentos examinados os métodos supostamente utilizados pela Polícia Judiciária (descargas eléctricas ou “cigarras”, cobertores empapados de água, asfixia com sacolas de plástico, etc.) e aparecem confirmadas por relatórios inequívocos emitidos por médicos particulares e/ou de instituições oficiais que comprovam as marcas físicas de maus-tratos incompatíveis com as hipóteses de autolesão, bem como por fotografias e outros meios de prova. [...] As denúncias de privações ilegítimas de liberdade e de torturas, seguidas da não investigação das mesmas pelo Ministério Público e pelos Juízes, têm como resultado, também sistemático, a aceitação por parte dos operadores jurídicos das declarações de acusados e testemunhas em tais condições como provas de acusação válidas para, com base nelas, construir e sustentar a acusação. Em Chihuahua, os processos se constroem, [...] fundamentalmente, sobre a auto-acusação dos processados, e sobre a acusação de co-processados e testemunhas.<sup>380</sup>

345. Em sentido similar, a Comissão para Ciudad Juárez afirmou que “as perícias oferecidas [...] estavam dirigidas a justificar uma hipótese do Ministério Público”.<sup>381</sup> O Relator das Nações Unidas para a Independência de Juízes e Advogados aludiu, em 2002, à tortura de cinco integrantes de uma quadrilha, acusados de alguns dos crimes.<sup>382</sup> Ademais, em um relatório de 2003, a Anistia Internacional documentou ao menos outros três casos na cidade de Chihuahua nos quais foi denunciada a utilização de tortura para obter confissões de suspeitos de assassinatos de mulheres.<sup>383</sup>
346. Levando em consideração todo o anterior, a Corte aceita o reconhecimento de responsabilidade estatal em relação a que a investigação dirigida contra os senhores García e González implicou que “não se continu[asse] esgotando outras linhas de investigação” e que “a determinação da não responsabilidade criminal” desses dois senhores “gerou [nos] familiares falta de credibilidade nas autoridades investigadoras, perda de indícios e provas pelo simples transcurso do tempo”. Ademais, o Tribunal ressalta que a falta de devida investigação e sanção das irregularidades denunciadas propicia a reiteração no uso de tais métodos por parte dos investigadores. Isso afeta a capacidade do Poder Judiciário para identificar e perseguir os responsáveis e alcançar a sanção que corresponda, o que torna inefetivo o acesso à justiça. No presente caso, estas irregularidades geraram o reinício da investigação quatro anos depois de ocorridos os fatos, o qual gerou um impacto grave na eficácia da mesma, mais ainda pelo tipo de crime cometido, onde a apreciação de evidências é ainda mais difícil com o transcurso do tempo.

379. CNDH, Relatório Especial, folhas 2228 e 2229, nota 66 *supra*.

380. Cf. Relatório da Comissão de Especialistas Internacionais das Nações Unidas, folhas 1878, 1879, 1883 e 1891, nota 76 *supra*.

381. Cf. Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Terceiro Relatório de Gestão, folha 9011, nota 101 *supra*.

382. Cf. Relatório do Relator Especial sobre a Independência de Juízes e Advogados, folha 2100, nota 74 *supra*.

383. Cf. Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2273, nota 64 *supra*.

#### 4.2.2.3. Alegada demora injustificada e inexistência de avanços substanciais nas investigações

347. A Comissão alegou que “não houve acompanhamento a testemunhos-chave com informação pertinente para a investigação”. Os representantes concordaram com isso e agregaram que “não há nenhum suspeito indiciado pelos assassinatos” e que no caso da jovem González o Estado “se apresentou perante a Corte sem nenhum avanço”.
348. O Estado afirmou que na segunda etapa de investigações “continuou [o] trabalho [investigativo utilizando] os registros iniciais das diligências efetuadas a partir da descoberta dos cadáveres”, incluindo “os relatórios de paradeiro desconhecido, os testemunhos obtidos, a inspeção do local do descobrimento, a relação das evidências coletadas e os laudos de identificação”.
349. A esse respeito, a jurisprudência da Corte afirmou que um Estado pode ser responsável por deixar de “ordenar, praticar ou apreciar provas que houvessem sido de muita importância para o devido esclarecimento dos homicídios”.<sup>384</sup>
350. No presente caso, em 9 de março de 2006, a Titular da Promotoria Mista para o Atendimento de Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez recebeu o inquérito criminal sobre as mortes da plantação de algodão. Isso ocorreu com posterioridade a 14 de julho de 2005, data na qual foi revogada a condenação do único acusado, a qual havia ocorrido em 13 de outubro de 2004.<sup>385</sup> A Corte constata que, sem justificativa alguma, as investigações estiveram paralisadas durante quase oito meses depois da anulação da condenação.
351. Por outro lado, durante a audiência pública, a Corte foi informada sobre os resultados da segunda etapa das investigações e o plano de trabalho a seguir por parte do Ministério Público.<sup>386</sup> Entretanto, não existem resultados das diligências anunciadas pelo Agente do Ministério Público encarregado da investigação, tais como o estudo de certas vestimentas, novas análises genéticas e a investigação sobre supostos responsáveis.
352. Finalmente, o Tribunal ressalta que as falhas investigativas na primeira etapa das investigações, e que foram aceitas pelo Estado, dificilmente poderiam ser reparadas pelas diligências probatórias tardias e insuficientes que o Estado desenvolveu a partir do ano de 2006. Prova disso são os oito anos transcorridos desde que aconteceram os fatos sem que a investigação passasse de sua fase preliminar.

#### 4.2.2.4. Alegadas irregularidades relacionadas com a fragmentação das investigações e seu suposto impacto na geração de impunidade

O Tribunal observa que a controvérsia entre as partes sobre a fragmentação dos casos está relacionada a três temas distintos: a) as alegadas irregularidades no início de uma investigação por tráfico de órgãos e a não articulação desta com a investigação por desaparecimento e homicídio, b) a alegada necessidade de que o foro federal conhecesse do presente caso, e c) as alegadas irregularidades derivadas de investigar os três casos de forma separada.

##### a) Alegadas irregularidades no início de uma investigação por tráfico de órgãos e a não articulação desta com a investigação por desaparecimento e homicídio

353. As oito mortes da plantação de algodão foram o objeto de uma mesma investigação por parte da PGR, entre os anos de 2003 e 2006, que indagava, no foro federal, a possível vinculação com o crime organizado, em particular com o tráfico de órgãos.<sup>387</sup> O crime de homicídio continuou sendo competência da PGJE.<sup>388</sup>
354. A Comissão alegou que “quando a Procuradoria Geral de Justiça da República reteve os inquéritos em exercício de sua faculdade de atração, não houve atividade processual nem investigativa alguma”. Os representantes consideraram que esta linha de investigação “foi considerada inverossímil”, “com falta de seriedade”, que

384. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala*, par. 230, nota 31 *supra*.

385. *Cf.* acordo de 9 de março de 2006 da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua Região Norte, Promotoria Mista para a Investigação de Homicídio de Mulheres em Ciudad Juárez no Inquérito de Investigação Prévia 27913/01-I (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXX, anexo 50, folha 10184) e resolução da Quarta Vara Criminal do Supremo Tribunal de Justiça do Estado de Chihuahua de 14 de julho de 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo X, anexo 83, folhas 3422 a 3500).

386. Declaração prestada pela testemunha Caballero Rodríguez na audiência pública realizada em 28 de abril de 2009.

387. *Cf.* relatório da Procuradoria Geral da República, “Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Chihuahua” (expediente de anexos à demanda, tomo II, apêndice 5, folhas 184 a 216) e Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Chihuahua, terceiro relatório, janeiro 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo X, anexo 81, folha 3362).

388. *Cf.* Terceiro Relatório da Promotoria Especial, folha 3363, nota 387 *supra*.

“despertou mais curiosidade e sensacionalismo” e que, “depois de quatro anos, [...] tampouco houve contribuição de elementos na investigação dos homicídios” da plantação de algodão. Ademais, ressaltaram que “nunca existiu nenhuma relação entre a investigação prévia federal e o processo contra [os senhores García e González]”.

355. O Estado alegou que nesta investigação por tráfico de órgãos foram realizados “273 laudos de medicina forense, genética forense, retrato falado, trabalho social, psiquiatria, grafoscopia, poligrafia, fotografia, criminologia, criminalística, psicologia, datiloscopia, áudio, estomatologia forense, reconstrução facial, identificação, compilação hemerográfica, inspeção com sensor binomial, vitimologia, química e antropologia forense. Também foram realizadas 737 declarações ministeriais, 246 indagações da Agência Federal de Investigação, dois pedidos de assistência jurídica internacional e 43 cartas precatórias em apoio à Procuradoria Geral de Chihuahua”. Além disso, estabeleceu que “[o] material derivado das diligências da PGR foi integrado à investigação prévia reiniciada com o nº 27913/01-1”.
356. Em relação à não atração do crime de homicídio ao foro federal, o perito Castresana Fernández afirmou que, “[d]e acordo com o princípio de investigação integral, a PGR deveria investigar os fatos de desaparecimento e homicídio de Campo Algodoeiro”.<sup>389</sup>
357. A Corte observa que, apesar de que a legislação interna prevê a possibilidade de que as autoridades federais conheçam também dos crimes de foro comum quando estes tenham conexão com crimes federais,<sup>390</sup> neste caso isso não ocorreu.<sup>391</sup> Entretanto, os representantes não argumentaram por que isso desconhece a obrigação de garantir um acesso efetivo à justiça. Em particular, não fica claro se se trata de uma faculdade ou de uma obrigação e de que forma isso afetava a investigação. A insuficiente motivação dos representantes impede o Tribunal de realizar um pronunciamento sobre esta alegação.
358. Sobre os resultados da investigação por tráfico de órgãos, a Corte observa que, de fato, algumas diligências da mesma foram trasladadas em 2007 à investigação prévia sobre homicídio.<sup>392</sup> Entretanto, a Corte não conta com evidência para determinar se foi apresentada toda a prova mencionada pelo Estado. Além disso, os representantes tampouco argumentaram em que sentido essa prova era relevante. Ao contrário, sustentam que esta linha de investigação era “inverossímil”. Levando em consideração o anterior, o Tribunal declara que os representantes não ofereceram elementos que permitam concluir que a suposta negligência na remissão de prova constitui - ou contribui a - uma violação de direitos humanos.
359. Em relação à falta de conexão entre esta investigação federal e a investigação em Chihuahua, nos autos perante a Corte não consta prova suficiente em relação a que tenha existido intercâmbio de informação entre a procuradoria local e federal em relação aos homicídios das jovens Herrera, González e Ramos. Além disso, a investigação perante a PGR começou antes de que houvesse concluído o processo contra o senhor García. Não existe explicação que permita compreender por que esta investigação alternativa, a qual provavelmente continha informação relacionada com o mencionado acusado, não foi apreciada no processo realizado em Chihuahua.<sup>393</sup> Sem argumentação sobre prova, é insuficiente resenhar os fatos descritos para concluir sobre seu impacto na ineficácia da investigação.

b) Alegadas irregularidades pela falta de atração dos inqueritos por parte da Procuradoria Geral da República

360. Os representantes alegaram que “os investigadores [deveriam chegar] à conclusão, ao menos como hipótese de investigação, de que se encontravam perante um grupo criminoso organizado”, de modo que “a competência para a investigação e persecução dos crimes deveria ser atribuída, desde o momento da descoberta dos cadáveres, ao conhecimento das autoridades policiais, do Ministério Público e judiciais do foro federal”. O não

389. Declaração do perito Castresana Fernández, folha 2902, nota 137 *supra*.

390. Cf. artigo 73 inciso XXI da Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos (expediente de anexos à contestação da demanda, Tomo XXVIII, Anexo 43, folha 9852).

391. Cf. declaração da testemunha Delgadillo Pérez, folha 3513, nota 187 *supra*, e declaração do perito Castresana Fernández, folha 2902, nota 137 *supra*.

392. Cf. registro de 16 de agosto de 2007 pelo qual o agente do Ministério Público vinculado à Promotoria Mista para a Investigação de Homicídios em Ciudad Juárez localiza diferentes diligências (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXVII, anexo 50, registro III, tomo II, folhas 10569, 10570, 13577, 13578, 13641 e 13642).

393. Embora a Promotoria Especial tenha afirmado que não se encontra confirmado que em nenhuma das 19 investigações tenham sido “violadas leis federais que justifiquem a figura da atração”, este órgão afirmou que no Anexo B do relatório “são detalhadas as hipóteses de investigação correspondentes, assim como a proposta de diligências a serem praticadas em cada uma das 19 investigações prévias” em relação a 22 homicídios objeto deste relatório. Mesmo que o anterior signifique um indício de intercâmbio de informação, a Corte observa que não consta que tenham sido recomendadas diligências similares para os casos das jovens Herrera, González e Ramos (Terceiro Relatório da Promotoria Especial, folha 3363, nota 387 *supra*).

fazê-lo “impediu a aplicação da normativa específica e a utilização dos meios legais e materiais de investigação previstos para o crime organizado, que não são, entretanto, aplicáveis aos delitos comuns”.

361. A testemunha Delgadillo Pérez afirmou que “[n]ão há explicação por parte do Estado sobre por que a Federação não atraiu a investigação pelos homicídios das oito mulheres se[,] como foi demonstrado[,] a Procuradoria local não tinha a capacidade técnica, científica e profissional para fazê-lo”.<sup>394</sup> O perito Castresana Fernández afirmou que pela forma em que foram cometidos os assassinatos e abandonados os cadáveres, com o risco iminente para os responsáveis de serem descobertos, deriva-se que era crime organizado e se infere que foram funcionários do Estado ou particulares que simplesmente gozavam da proteção daqueles. Levando em consideração esta hipótese, o perito indicou que “a manutenção deliberada da investigação no foro estadual, apesar de existirem fundados indícios que atribuíam a competência ao foro federal, tinha outra consequência igualmente determinante de impunidade: impediu a aplicação da normativa específica e a utilização dos meios legais e materiais de investigação previstos para o crime organizado, que não são, entretanto, aplicáveis ao crime comum”. Acrescentou que o anterior fez com que o caso ficasse nas mãos “das mesmas autoridades estatais que manifestavam tão escassa diligência”.<sup>395</sup>
362. O Estado não apresentou alegações sobre este ponto. Entretanto, anexou um relatório no qual faz referência a diversos critérios que regulam a atração de casos perante o foro federal. Neste relatório é mencionado o convênio entre a PGR e a PGJCH para avançar ações conjuntas de investigação, um projeto de reforma constitucional na matéria e o estabelecimento da Promotoria Especial que investigaria os homicídios de mulheres que fossem de competência federal.<sup>396</sup>
363. A Corte observa que a prova testemunhal e pericial apresentada pelos representantes se refere, em primeiro lugar, a que esta atração tinha que ocorrer pela falta de capacidade técnica das autoridades de Chihuahua. A Corte não encontra argumentos sobre o direito interno que lhe permitam analisar a atribuição de competência ao foro federal como consequência das irregularidades que foram constatadas no presente caso. Em segundo lugar, não se argumenta quais são esses fundados indícios que atribuíam competência ao foro federal, além de presumir que a impunidade do caso implica a participação de agentes estatais ou do crime organizado. Tampouco são elaborados argumentos sobre o funcionamento da atração ao foro federal. Em resumo, os representantes não apresentam argumentação sobre prova e direito interno aplicável que permita analisar em que sentido a falta de atração dos crimes e a não aplicação de meios legais correspondentes ao crime organizado contribuiu para a ineficácia dos processos judiciais.
- c) Alegadas irregularidades relacionadas com a fragmentação dos casos e a falta de investigação dos mesmos no âmbito de seu contexto
364. Os representantes alegaram que a “individualiza[ção] da investigação dos homicídios” se transforma em “falta de busca da verdade e [...] justiça para as vítimas”. Afirmaram que “é pouco crível que uma única pessoa [...] possa estar envolvida” no homicídio “e que não tenha relação alguma com os homicídios das outras sete mulheres”. Acrescentaram que “não é crível” que “unicamente” essa pessoa “tenha assassinado Esmeralda, a tenha jogado em um local onde já se encontravam outros sete corpos em circunstâncias similares e tenha realizado alguma ação para acelerar o processo de decomposição [...] na parte superior de [seu] corpo”. Além disso, alegaram que “o caso *sub judice* não pode ser analisado de maneira descontextualizada desta situação de violações graves e sistemáticas contra meninas e mulheres vivida há 16 anos em Ciudad Juárez”.
365. O Estado afirmou que “o elemento comum nos três casos é a descoberta dos corpos no mesmo local”. A partir desse fato, alegou que “foi feito um exame concreto das circunstâncias dos casos” e “lhes foi dado um tratamento individualizado dentro da investigação, sem rejeitar outros possíveis traços comuns, mas igualmente sem forçar vínculos entre eles”, já que “foram observados detalhes particulares em cada caso que não possibilitavam uma investigação em conjunto, sob pena de propiciar confusão entre elementos distintos, que por fim houvesse redundado negativamente nos resultados”. Além disso, afirmou que “[p]or metodologia de investigação delitiva, jamais se inicia com a hipótese de que dois casos são similares, pois isso constituiria uma distorção subjetiva na análise”.
366. A jurisprudência da Corte indicou que certas linhas de investigação, quando eludem a análise dos padrões

394. Declaração da testemunha Delgadillo Pérez, folha 3513, nota 187 *supra*.

395. Declaração do perito Castresana Fernández, folhas 2902 e 2903, nota 137 *supra*.

396. Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1980 e 1981, nota 64 *supra*.



sistemáticos, nos quais se enquadram certo tipo de violações a direitos humanos, podem gerar ineficácia nas investigações.<sup>397</sup>

367. Neste caso, a Corte observa que quando foram reiniciadas as investigações em março de 2006, o Ministério Público decidiu, “por razões de método”, “separar todas as atuações processuais” em um registro destinado a cada uma das oito vítimas encontradas na plantação de algodão.<sup>398</sup> Segundo a testemunha Caballero Rodríguez, o motivo da individualização foi “estabelecer linhas de investigação concretas em cada caso”, “com independência de que seja um mesmo inquérito de investigação”.<sup>399</sup>
368. Os representantes não apresentaram uma argumentação clara e prova suficiente que demonstre que o estabelecimento de linhas de investigação concretas para cada um dos oito casos da plantação de algodão pode ter impactado na eficácia das mesmas. Entretanto, o Tribunal considera que, apesar de que a individualização das investigações pode, em teoria, inclusive favorecer o avanço das mesmas, o Estado deve ser consciente de que estas se enquadram dentro de um contexto de violência contra a mulher. Portanto, deve adotar as providências que sejam necessárias para verificar se o homicídio concreto que investiga se relaciona ou não com este contexto. A investigação com devida diligência exige levar em consideração o ocorrido em outros homicídios e estabelecer algum tipo de relação entre eles. Isso deve ser impulsionado de ofício, sem que sejam as vítimas e seus familiares quem tenham o ônus de assumir tal iniciativa.
369. No presente caso, nas investigações pelos três crimes, não se encontram decisões do Ministério Público dirigidas a relacionar estas indagações com os padrões nos que se enquadram os desaparecimentos de outras mulheres. Isto foi ratificado pelo agente do Ministério Público na audiência pública do presente caso. Por todo o anterior, a Corte considera que não é aceitável o argumento do Estado no sentido de que o único fator em comum entre os oito casos seja que apareceram na mesma região, nem é admissível que não exista uma mínima apreciação judicial dos efeitos do contexto sobre as investigações destes homicídios.
370. O ocorrido no presente caso é concordante com o indicado previamente no contexto, em relação a que em muitas investigações se observa a falta de contemplação das agressões a mulheres como parte de um fenômeno generalizado de violência de gênero. Nesse sentido, a CNDH afirmou em seu relatório do ano de 2003 que a FEIHM não estava estudando “o fenômeno de maneira global, mas que, a cada assunto tem sido concedido um tratamento individual, à margem das possibilidades legais, como se se tratasse de casos isolados plenamente diferentes e não de maneira integral”.<sup>400</sup> Por sua vez, a testemunha Delgadillo Pérez declarou que “[n]ão existe uma estratégia integral na investigação dos homicídios a partir de padrões de violência detectados em cada caso”. Acrescentou que “ainda que seja uma promotoria especial, é designado um determinado número de casos a cada agente do Ministério Público”<sup>401</sup> e “não existem mesas de discussão sobre estratégias de investigação e determinação dos fatos a investigar, onde a titular da promotoria, a equipe de investigadores, os policiais e os peritos possam ter uma visão global do que ocorre em cada fato denunciado”.<sup>402</sup>

#### 4.2.2.5. Alegada falta de sanção aos funcionários públicos envolvidos com irregularidades no presente caso

371. Os representantes alegaram que alguns dos funcionários que incorreram em irregularidades, omissões e negligências no presente caso continuaram trabalhando na PGEC, alguns somente foram sancionados administrativamente e com um “alcance muito limitado”, e outros não foram investigados e sancionados.
372. O Estado afirmou que, a partir de outubro de 2004, analisou os inquéritos de 255 homicídios de mulheres em Ciudad Juárez com o fim de revisar as atuações dos servidores públicos nas diligências de investigação. Alegou que foram consignadas 20 ações perante tribunais criminais contra funcionários públicos e iniciados 62 procedimentos administrativos perante o órgão de controle interno governamental (Secretária da Controladoria do Estado de Chihuahua). Nestes procedimentos administrativos, 15 funcionários foram inabilitados, cinco destituídos, três suspensos e dois repreendidos. Atualmente, restam abertos 12 procedimentos administrativos.
373. Em outros casos, o Tribunal se referiu a instâncias disciplinares de caráter judicial em alguns países,

397. Cf. *Caso do Massacre de La Rochela Vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C N° 163, pars. 156, 158 e 164.

398. Cf. acordo de 9 de março de 2006 da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua Região Norte, folha 10184, nota 385 *supra*.

399. Declaração da testemunha Caballero Rodríguez, nota 386 *supra*.

400. Cf. CNDH, Relatório Especial, folha 2235, nota 66 *supra*.

401. Cf. declaração da testemunha Delgadillo Pérez, folha 3481, nota 187 *supra*.

402. Cf. declaração da testemunha Delgadillo Pérez, folha 3481, nota 187 *supra*.

concedendo importante valor simbólico à mensagem de repreensão que pode significar este tipo de sanções sobre funcionários públicos e membros das forças armadas.<sup>403</sup> Além disso, o Tribunal ressalta a importância das atuações disciplinares a fim de controlar a atuação destes funcionários públicos, particularmente quando as violações de direitos humanos respondem a padrões generalizados e sistemáticos.

374. Sobre a relação das ações disciplinares com o direito de acesso à justiça, o Tribunal afirmou que nos processos disciplinares devem ser determinadas as circunstâncias em que foi cometida a infração ao dever funcional que conduz ao menosprezo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.<sup>404</sup>
375. No presente caso, o relatório final da Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes Relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez inclui uma lista de funcionários públicos que intervieram em 139 processos judiciais relacionados com estes homicídios, bem como o número daqueles com possível responsabilidade penal e administrativa para cada caso. Entretanto, esta lista não inclui nenhuma das três execuções deste caso.<sup>405</sup> Adicionalmente, o Estado apresentou um relatório de funcionários sancionados, indicando o nome do funcionário e o expediente sobre o qual lhe foi atribuída possível responsabilidade, bem como também o estado processual do caso. Entretanto, a Corte observa que nesta segunda lista tampouco são mencionados funcionários que tenham sido investigados pelas irregularidades cometidas na investigação do ocorrido com as jovens Herrera, González e Ramos.<sup>406</sup>
376. De igual forma, em um escrito apresentado pelos representantes perante a Procuradora Geral de Justiça do Estado de Chihuahua, foi incluída uma lista de 25 funcionários públicos que se alega deveriam ser investigados por diversas omissões, negligências e irregularidades relacionadas com o Caso Campo Algodoeiro.<sup>407</sup> O Estado não realizou nenhuma alegação em relação às denúncias efetuadas pelos representantes neste escrito.
377. O Tribunal ressalta que as sanções administrativas ou penais têm um papel importante para criar a classe de competência e cultura institucional adequada para enfrentar os fatores que explicam o contexto de violência contra a mulher que foi provado no presente caso. Se se permite que pessoas responsáveis por estas graves irregularidades continuem em seus postos, ou pior ainda, ocupem posições de autoridade, pode-se gerar impunidade e criar as condições para que os fatores que incidem no contexto de violência persistam ou sejam agravadas.
378. A partir da informação disponível nos autos perante a Corte, conclui-se que não foram investigados nenhum dos funcionários supostamente responsáveis pelas negligências ocorridas no presente caso. Em concreto, não foram esclarecidas as graves irregularidades na persecução dos responsáveis e no manejo das evidências durante a primeira etapa da investigação. Isso torna ainda mais manifesta a situação de vulnerabilidade das vítimas, contribui à impunidade e propicia a repetição crônica das violações dos direitos humanos.

#### 4.2.2.6. Alegada negação de acesso aos autos e demoras ou negação de cópias do mesmo

379. A Comissão alegou que os familiares “não tiveram acesso aos autos” nem lhes foi permitido fotocopiá-lo. Entretanto, a Comissão não precisou com clareza datas e argumentos sobre prova a esse respeito.
380. Os representantes alegaram que “o acesso aos [autos]tem sido negado de maneira sistemática”. Afirmaram que, em dezembro de 2004, a Procuradora de Chihuahua se comprometeu a entregar cópia dos autos e que isto não ocorreu. Alegaram que o mesmo pedido foi realizado por escrito durante os anos de 2005, 2006 e 2007 sem ter resposta. Entretanto, os representantes não apresentaram cópias destas petições.
381. Além disso, os representantes alegaram que, em 4 de agosto de 2006, reuniram-se com a Procuradora e a EAAF e solicitaram verbalmente cópia das investigações realizadas até o momento. Precisaram que as cópias foram entregues a uma das mães, um mês depois, mas de uma maneira incompleta, de modo que solicitaram a parte restante, sem obter resposta. Afirmaram que, em 13 de setembro de 2006, os familiares solicitaram “as cópias dos autos ou que permitissem sua leitura nos escritórios da Promotoria, ante estas duas possibilidades

403. Cf. *Caso do “Massacre de Mapiripán” Vs. Colômbia*, par. 215, nota 252 *supra*.

404. Cf. *Caso do Massacre de La Rochela Vs. Colômbia*, par. 207, nota 397 *supra*.

405. Cf. Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres em Ciudad Juárez, Relatório Final, folhas 14881 a 14892, nota 87 *supra*.

406. Cf. Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua, Relatório de Funcionários Sancionados, emitido em 27 de abril de 2009 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIX, anexo 5, folhas 17319 a 17346).

407. Cf. denúncia de fatos apresentada pela Associação Nacional de Advogados Democráticos A.C. em 5 de junho de 2007 (expediente de anexos à demanda, tomo X, anexo 92, folhas 3546 a 3588).

[a autoridade correspondente] se negou argumentando que se encontrava atualizando as investigações, devido a alguns acontecimentos recentes relacionados com aqueles homicídios”. Os representantes acrescentaram que ao menos em seis oportunidades que solicitaram por escrito os autos, estes lhes foram negados com o argumento de que “estão investigando” e que “o direito das vítimas a conhecer seus próprios autos não pode estar acima das ações das autoridades investigadoras”. O Tribunal observa que os representantes não apresentaram argumentação sobre se o direito interno regulamenta este tipo de restrições no acesso à informação, como funcionariam essas possíveis restrições no presente caso, e por que estas possíveis restrições são injustificadas ou desproporcionais.

382. Afirmaram, ademais, que solicitaram cópias dos autos perante a Subprocuradoria de Investigação Especializada em Crime Organizado. Obtiveram como resposta que “não se pode ter acesso ao inquérito porque ao se investigar crime organizado a informação é confidencial”. Acrescentaram que este inquérito “é mantido sob absoluta confidencialidade”. A Corte observa que tampouco foi apresentada argumentação sobre o direito interno que regulamentasse as restrições no acesso à informação sobre investigações em relação ao crime organizado.
383. A falta de acesso aos autos, alegaram os representantes, impediu que “conhec[essem] os avanços nas investigações e as linhas de investigação das autoridades para atribuir responsabilidade aos prováveis responsáveis por estes fatos”, e tampouco permitiu que os familiares “exerc[essem] seu direito constitucional de intervir nas investigações e, se fosse o caso, de apoiar as determinações do Ministério Público”. A Corte observa que não foi apresentada argumentação em relação a como se regulamenta este direito à intervenção no direito interno.
384. O Estado alegou que “concedeu [aos familiares das vítimas] toda a informação relativa aos autos” e que eles “e seus representantes designados no inquérito têm acesso às investigações a qualquer momento”.
385. A testemunha Caballero Rodríguez afirmou que os familiares das vítimas têm acesso regular aos autos da investigação, podendo acessá-lo, lê-los e fotocopiá-los. Afirmou que “os familiares da [jovem Ramos] podem acessar os autos por meio de um representante interventor”, a mãe da jovem González “teve contato em duas ocasiões [com ele e lhe] pediu relatórios dos autos, incluindo cópias autenticadas”, e no caso da jovem Herrera “[o] interventor [...] não compareceu [perante o Ministério Público] para informação nesse sentido”. Adicionalmente, fez notar que foi entregue recentemente ao interventor do caso da jovem González “a totalidade das atuações que integram o inquérito”.<sup>408</sup>
386. A Corte nota que dentro da prova apresentada ao Tribunal se encontram duas decisões de negação de cópias. Uma delas estabelece que “estas cópias [...] serão expedidas”, mas se informa que “no momento não é possível da[r] trâmite [ao] pedido por se encontrarem os autos em uma revisão na Cidade de Chihuahua” e se esclarece que ao retornarem os autos “será dado trâmite [ao] pedido e serão entregues as cópias solicitadas com a brevidade possível”.<sup>409</sup> A outra decisão afirma que não consta nos autos “faculdades como representante” ao interventor que solicitou as cópias.<sup>410</sup> Do mesmo modo, incluem-se diversos pedidos de cópias e decisões de expedição de cópias.<sup>411</sup>
387. Concluindo, o Tribunal considera que não foi entregue prova suficiente sobre a negação de acesso aos autos e fotocópias do mesmo. Por outro lado, não são oferecidos argumentos sobre o direito interno que regulamenta a reserva da investigação prévia e o alegado “direito de intervenção”. Além disso, não foi especificado o impacto específico que cada negação ou demora tenha tido no exercício de seus direitos como parte civil. Por todo o anterior, a Corte não conta com elementos para analisar estas alegações.

408. Declaração prestada pela testemunha Caballero Rodríguez, nota 386 *supra*.

409. Cf. decisão emitida por um Licenciado do Ministério Público vinculado à Promotoria Mista para o Atendimento de Homicídios de Mulheres em 3 de maio de 2007 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XXIV, anexo 34, folhas 8480).

410. Cf. decisão emitida por um Agente do Ministério Público em 30 de janeiro de 2008 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXV, anexo 50, registro II, tomo IV, folha 12982).

411. No caso da jovem González foram solicitadas cópias em 1º de abril de 2002, 2 de maio de 2007, 29 de janeiro de 2008, 4 de novembro de 2008 e 12 de fevereiro de 2009 e foram expedidas cópias em 1º de abril de 2002, 12 de fevereiro de 2009 e 11 de março de 2009 (Cf. expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXII, anexo 50, registro II, tomo I, folha 11122; tomo XXIV, anexo 34, folhas 8478 e 8479; tomo XLVIII, anexo 4b, folha 17313, tomo XLVIII, folha 17193, e tomo XLVIII, folha 17208). No caso da jovem Ramos foram solicitadas cópias em 26 de fevereiro de 2002, 6 de março de 2007, 3 de maio de 2007 e 29 de janeiro de 2008 e foram expedidas cópias em 26 de fevereiro de 2002 e 1º de junho de 2007 (Cf. expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXVI, anexo 50, registro III, tomo I, folha 13069; tomo XXIV, anexo 34, folhas 8481; tomo XXXVI, anexo 50, registro III, tomo I, folha 13129; expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XXIV, anexo 34, folhas 8477; expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXVI, anexo 50, registro III, tomo I, folha 13070, e anexo 50, registro III, tomo I, folha 13130. No caso da jovem Herrera foram expedidas cópias em 11 de março de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXX, anexo 50, folha 13171).

\* \* \*

388. Para concluir, a Corte aceita o reconhecimento de responsabilidade pelas irregularidades cometidas na primeira etapa das investigações. Entretanto, o Tribunal constatou que na segunda etapa das mesmas estas falhas não foram reparadas totalmente. As irregularidades no manejo de evidências, a alegada fabricação de culpados, o atraso nas investigações, a falta de linhas de investigação que tenham em consideração o contexto de violência contra a mulher no qual ocorreram as execuções das três vítimas e a inexistência de investigações contra funcionários públicos por sua suposta grave negligência, violam o direito de acesso à justiça, a uma proteção judicial eficaz e o direito dos familiares e da sociedade a conhecer a verdade sobre o ocorrido. Ademais, denota um descumprimento estatal de garantir, através de uma investigação séria e correta, os direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal das três vítimas. Tudo isso permite concluir que no presente caso existe impunidade e que as medidas de direito interno adotadas foram insuficientes para enfrentar as graves violações de direitos humanos ocorridas. O Estado não demonstrou ter adotado normas ou implementado as medidas necessárias, em conformidade com o artigo 2 da Convenção Americana e com o artigo 7.c da Convenção de Belém do Pará, que permitissem às autoridades realizar uma investigação com devida diligência. Esta ineficácia judicial diante de casos individuais de violência contra as mulheres propicia um ambiente de impunidade que facilita e promove a repetição dos fatos de violência em geral e envia uma mensagem segundo a qual a violência contra as mulheres pode ser tolerada e aceita como parte da vida diária.
389. Em face do exposto, o Tribunal conclui que o Estado descumpriu seu dever de investigar - e com isso seu dever de garantir - os direitos consagrados nos artigos 4.1, 5.1, 5.2 e 7.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma e com o artigo 7.b e 7.c da Convenção de Belém do Pará, em detrimento de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez e Esmeralda Herrera Monreal. Pelos mesmos motivos, o Estado violou os direitos de acesso à justiça e proteção judicial, consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma e 7.b e 7.c da Convenção de Belém do Pará, em detrimento dos familiares das três vítimas identificadas no parágrafo 9 *supra*.

#### *4.3. Obrigação de não discriminar: A violência contra a mulher como discriminação*

390. A Comissão afirmou que “[é] essencial entender o vínculo entre a violência contra as mulheres e a discriminação que a perpetua para apreciar o alcance do dever de devida diligência no presente caso”. Segundo a Comissão, “atitudes discriminatórias contra as mulheres por parte de funcionários estatais influenciaram na investigação destes assassinatos”.
391. Os representantes afirmaram que, “além da violência por seu gênero, as meninas e as mulheres de Juárez sofrem uma dupla discriminação, já que a origem humilde de Claudia, Laura e Esmeralda, como as meninas e mulheres assassinadas ou que são informadas como desaparecidas, bem como das mães e famílias destas mulheres, também gera uma discriminação de classe social”. Acrescentaram que os danos gerados pelos fatos do caso “se intensificam porque têm como causa manter a desigualdade e a discriminação das mulheres” e que “entre outras condições de vulnerabilidade, os danos se ampliam, pois a impunidade criada e propiciada a partir do Estado [m]exicano sustenta e legitima os padrões de discriminação e violência contra as mulheres”.
392. O Estado afirmou que “nas investigações pelo desaparecimento e pelos homicídios das jovens González, Herrera e Ramos não foram encontrados elementos que permitam supor [...] discriminação”. Acrescentou que “estabeleceu os mecanismos necessários para que as pessoas que se encontram dentro de sua jurisdição [...] possam exercer [...] seus direitos sem serem objeto de nenhuma discriminação”. Entretanto, reconheceu perante a Corte que os homicídios de mulheres em Ciudad Juárez se encontram influenciados por “uma cultura de discriminação contra a mulher”.
393. Dada a controvérsia entre as partes e a ambiguidade do reconhecimento efetuado pelo Estado, o Tribunal analisará se a obrigação de não discriminar contida no artigo 1.1 da Convenção foi cumprida no presente caso.
394. Sob uma perspectiva geral, o CEDAW define a discriminação contra a mulher como “toda distinção, exclusão a restrição baseada no sexo que tenha por objetivo ou por resultado menosprezar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independentemente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nas esferas política, econômica, social, cultural e civil ou em qualquer outra esfera”. No âmbito interamericano, a Convenção de Belém do Pará afirma que a violência contra a mulher é “uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens” e reconhece que o direito de toda mulher a uma vida livre de violência inclui o direito a ser livre de toda forma de discriminação.

395. O Comitê CEDAW declarou que a definição da discriminação contra a mulher “inclui a violência baseada no sexo, ou seja, a violência dirigida contra a mulher [i] porque é mulher ou [ii] que a afeta de forma desproporcional”. O Comitê CEDAW também afirmou que “[a] violência contra a mulher é uma forma de discriminação que impede gravemente que goze de direitos e liberdades em pé de igualdade com o homem”.<sup>412</sup>
396. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos declarou no Caso *Opuz Vs. Turquia* que “a falha do Estado em proteger as mulheres contra a violência doméstica viola o seu direito à igual proteção da lei e esta falha não necessita ser intencional”. O Tribunal Europeu considerou que, ainda que a passividade judicial geral e discriminatória na Turquia não fosse intencional, o fato de que afetava principalmente as mulheres permitia concluir que a violência sofrida pela petionária e sua mãe podia ser considerada violência baseada em gênero, o que é uma forma de discriminação contra as mulheres. Para chegar a esta conclusão, o Tribunal aplicou o princípio segundo o qual uma vez que se demonstra que a aplicação de uma regra leva a um impacto diferente entre mulheres e homens, o Estado deve provar que se deve a fatores objetivos não relacionados com a discriminação. O Tribunal Europeu constatou que no local em que a petionária vivia se apresentava o número mais alto de vítimas de violência doméstica, que as vítimas eram todas mulheres, que a maioria das vítimas eram da mesma origem e, além disso, que as mulheres vítimas enfrentavam problemas quando denunciavam a violência, como o fato em que os policiais não investigavam os fatos, mas assumiam que esta violência era um “tema familiar”.<sup>413</sup>
397. No Caso do Presídio Castro Castro *Vs. Peru*, a Corte afirmou que as mulheres detidas ou presas “não devem sofrer discriminação, e devem ser protegidas de todas as formas de violência ou exploração”, que “devem ser supervisionadas e revisadas por oficiais femininas”, que as mulheres grávidas e lactantes “devem ser providas de condições especiais”. Esta discriminação inclui “a violência dirigida contra a mulher porque é mulher ou que a afeta de forma desproporcional”, e que inclui “atos que causem danos ou sofrimentos de índole física, mental ou sexual, ameaças de cometer esses atos, coação e outras formas de privação da liberdade”.<sup>414</sup>
398. No presente caso, o Tribunal constata que o Estado afirmou perante o Comitê CEDAW que a “cultura de discriminação” da mulher “contribuiu a que [os] homicídios [de mulheres em Ciudad Juárez] não fossem percebidos no princípio como um problema de magnitude importante para o qual eram requeridas ações imediatas e contundentes por parte das autoridades competentes”. Ademais, o Estado também afirmou que esta cultura de discriminação contra a mulher estava baseada “em uma concepção errônea de sua inferioridade” (par. 132 *supra*).
399. A Corte considera que estas declarações apresentadas como prova pelo Estado são coincidentes com seu reconhecimento de responsabilidade no sentido de que em Ciudad Juárez existe uma “cultura de discriminação” que influenciou nos homicídios das mulheres em Ciudad Juárez. Além disso, a Corte observa que como já foi estabelecido *supra*, diferentes relatórios internacionais fizeram a conexão entre a violência contra a mulher e a discriminação contra a mulher em Ciudad Juárez.
400. Por outro lado, no momento de investigar esta violência, foi estabelecido que algumas autoridades mencionaram que as vítimas eram “avoadas” ou que “se foram com o namorado”, o que, somado à inação estatal no começo da investigação, permite concluir que esta indiferença, por suas consequências em relação à impunidade do caso, reproduz a violência que se pretende atacar, sem prejuízo de que constitui em si mesma uma discriminação no acesso à justiça. A impunidade dos crimes cometidos envia a mensagem de que a violência contra a mulher é tolerada, o que favorece sua perpetuação e a aceitação social do fenômeno, o sentimento e a sensação de insegurança nas mulheres, bem como uma persistente desconfiança destas no sistema de administração de justiça. A esse respeito, o Tribunal ressalta o afirmado pela Comissão Interamericana em seu relatório temático sobre “Acesso à Justiça para Mulheres Vítimas de Violência” no sentido de que

[a] influência de padrões socioculturais discriminatórios pode ter como resultado uma desqualificação da credibilidade da vítima durante o processo penal em casos de violência e uma assunção tácita de responsabilidade dela pelos fatos, seja por sua forma de vestir, por sua ocupação laboral, conduta sexual, relação ou parentesco com o agressor, o que se traduz em inação por parte dos promotores, policiais e juízes frente a denúncias de fatos violentos. Esta influência também pode afetar de forma negativa a investigação dos casos e a apreciação da prova subsequente, que pode se ver marcada por noções estereotipadas sobre qual deve ser o comportamento das mulheres em suas relações interpessoais.<sup>415</sup>

412. Cf. CEDAW, Recomendação geral 19: A Violência contra a Mulher, par. 1 e 6, nota 268 *supra*.

413. ECHR, *Case of Opuz v. Turkey*, Judgment of 9 June 2009, paras. 180, 191 e 200.

414. Cf. *Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru*, par. 303, nota 248 *supra*.

415. CIDH, *Acesso à justiça para mulheres vítimas de violência nas Américas*, OEA/Ser.L/V/II. Doc. 68, 20 janeiro 2007 (expediente de anexos

401. De forma similar, o Tribunal considera que o estereótipo de gênero se refere a uma concepção de atributos ou características possuídas ou papéis que são ou deveriam ser executados por homens e mulheres, respectivamente. Levando em consideração as manifestações efetuadas pelo Estado (par. 398 *supra*), é possível associar a subordinação da mulher a práticas baseadas em estereótipos de gênero socialmente dominantes e socialmente persistentes, condições que se agravam quando os estereótipos se refletem, implícita ou explicitamente, em políticas e práticas, particularmente no raciocínio e na linguagem das autoridades de polícia, como ocorreu no presente caso. A criação e uso de estereótipos se converte em uma das causas e consequências da violência de gênero contra a mulher.
402. Por isso, o Tribunal considera que, no presente caso, a violência contra a mulher constituiu uma forma de discriminação e declara que o Estado violou o dever de não discriminação contido no artigo 1.1 da Convenção, em relação ao dever de garantia dos direitos consagrados nos artigos 4.1, 5.1, 5.2 e 7.1 da Convenção Americana, em detrimento de Laura Berenice Ramos Monárrez, Esmeralda Herrera Monreal e Claudia Ivette González; bem como em relação ao acesso à justiça consagrado nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção, em detrimento dos familiares das vítimas identificados no parágrafo 9 *supra*.

### **5. Direitos das crianças, artigo 19 da Convenção Americana**

403. A Comissão alegou que o Estado “tinha um dever reforçado de proteger os direitos humanos de Laura Berenice Ramos e Esmeralda Herrera Monreal, por dois fatores, sua menoridade e a obrigação de adotar medidas especiais de cuidado, prevenção e garantia”. Entretanto, segundo a Comissão, “as instâncias estatais encarregadas de fazer cumprir a lei não atuaram para prevenir que acontecessem fatos como os que aqui se analisa nem para individualizar e punir os responsáveis” e “as agências estatais encarregadas especificamente da proteção à infância não intervieram de nenhum modo nem na prevenção destes fatos nem em propor alguma tipo de solução para o caso”.
404. Para os representantes, as meninas Herrera e Ramos “foram assassinadas oito anos depois de que se teve registro dos primeiros homicídios de meninas e mulheres em Ciudad Juárez. O Estado tinha a obrigação de adotar medidas especiais de proteção para garantir sua vida, liberdade e integridade pessoais”. Manifestaram que o Estado “falhou em adotar medidas para prevenir a violência comunitária e para assegurar o pleno gozo dos direitos fundamentais da infância”.
405. O Estado afirmou que “cumpre sua obrigação de proteção às crianças com a adoção de medidas em conformidade com sua situação especial de vulnerabilidade”. Ademais, argumentou que não teria responsabilidade internacional já que “não existiu participação direta de agentes estatais nos homicídios [...], além de que não foi demonstrado que a menoridade das vítimas houvesse sido um fator relevante”, e implementou “medidas especiais para assegurar a plena vigência dos direitos da criança”.
406. Como já foi estabelecido com anterioridade, na época dos fatos as autoridades públicas tinham conhecimento de um contexto de desaparecimentos, violência e homicídios contra mulheres jovens e meninas (par. 129 *supra*).
407. O Especialista Independente das Nações Unidas para o estudo da violência contra as crianças afirmou que “[a] violência contra as crianças se apresenta sob diversas formas e depende de uma ampla gama de fatores, das características pessoais da vítima e do agressor até seus entornos culturais e físicos”. O grau de desenvolvimento econômico, o nível social, a idade, o sexo e o gênero são alguns dos muitos fatores relacionados com o risco da violência letal. Além disso, manifestou que “a violência sexual afeta principalmente os que alcançaram a puberdade ou a adolescência”, sendo as meninas as mais expostas a sofrer este tipo de violência.<sup>416</sup>
408. Esta Corte estabeleceu que os meninos e meninas têm direitos especiais aos quais correspondem deveres específicos por parte da família, da sociedade e do Estado. Ademais, sua condição exige uma proteção especial que deve ser entendida como um direito adicional e complementar aos demais direitos que a Convenção reconhece a toda pessoa.<sup>417</sup> A prevalência do interesse superior da criança deve ser entendida como a

à demanda, tomo VII, anexo 2, folha 1822).

416. Nações Unidas, Relatório do Especialista Independente para o estudo da violência contra as crianças, Paulo Sérgio Pinheiro, apresentado em conformidade com a resolução 60/231 da Assembleia Geral, A/61/299, 29 de agosto de 2006, par. 25, 29 e 30.

417. Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A N° 17, par. 53, 54 e 60; *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C N° 110, par. 164, e *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C N° 130, par. 133.

necessidade de satisfação de todos os direitos da infância e da adolescência, que obriga o Estado e irradia efeitos na interpretação de todos os demais direitos da Convenção quando o caso se refira a menores de idade.<sup>418</sup> Além disso, o Estado deve prestar especial atenção às necessidades e aos direitos das supostas vítimas em consideração a sua condição de meninas, como mulheres que pertencem a um grupo em uma situação vulnerável.<sup>419</sup>

409. No presente caso, a Corte considera que o Estado tinha a obrigação de adotar todas as medidas positivas que fossem necessárias para garantir os direitos das meninas desaparecidas. Em concreto, o Estado tinha o dever de assegurar que fossem encontradas à maior brevidade, uma vez informada sua ausência pelos familiares, em especial em razão de que o Estado tinha conhecimento da existência de um contexto específico no qual meninas estavam desaparecendo.
410. Apesar da existência de legislação para a proteção da infância,<sup>420</sup> bem como de determinadas políticas estatais,<sup>421</sup> a Corte ressalta que da prova apresentada pelo Estado não consta que, no caso concreto, essas medidas tenham sido traduzidas em medidas efetivas para iniciar uma pronta busca, ativar todos os recursos para mobilizar as diferentes instituições e aplicar mecanismos internos para obter informação que permitisse localizar as meninas com rapidez e, uma vez encontrados os corpos, realizar as investigações, processar e punir os responsáveis de forma eficaz e expressa. Definitivamente, o Estado não demonstrou ter mecanismos de reação ou políticas públicas que dotassem as instituições envolvidas dos mecanismos necessários para garantir os direitos das meninas.
411. Consequentemente, este Tribunal considera que o Estado violou o direito consagrado no artigo 19 da Convenção, em relação aos artigos 1.1 e 2 deste tratado, em detrimento das crianças Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez.

## **6. Direito à integridade pessoal dos familiares das vítimas**

412. Este Tribunal determinou que não subsiste a controvérsia em relação às alegadas violações ao direito consagrado no artigo 5.1 da Convenção em detrimento dos familiares das vítimas, em função das violações aceitas pelo Estado na “primeira etapa” das investigações (par. 20 supra). Sem prejuízo do anterior, a Corte considera oportuno precisar a natureza e o alcance de tais violações. Ademais, será determinado se houve ou não violação do artigo 5 da Convenção por fatos distintos aos reconhecidos pelo Estado. Nesse sentido, a Corte analisará a violação à integridade psíquica e moral dos familiares das vítimas pelos fatos ocorridos a estas, as investigações realizadas para determinar o ocorrido e o tratamento que as autoridades deram aos familiares e aos restos das vítimas. Posteriormente, serão analisadas as alegadas violações por atos de perseguição, ameaças e intimidações aos familiares das vítimas.

### *6.1. Sofrimento dos familiares pelo ocorrido às vítimas e pela busca da verdade*

413. A Comissão alegou que as mães das vítimas foram afetadas em sua integridade psíquica e moral como consequência direta do repentino desaparecimento de suas filhas, do desconhecimento de seu paradeiro durante um período considerável de tempo e da falta de investigação do ocorrido, bem como pelo tratamento que receberam por parte das autoridades, de atitudes indiferentes, até mesmo hostis.
414. Os representantes alegaram que “[o] desaparecimento, a tortura, o assassinato, a destruição de seus restos e a falta de respostas apropriadas, oportunas e eficazes por parte das autoridades para esclarecer as circunstâncias da morte [das vítimas], provocaram nos familiares danos consideráveis à sua saúde física e mental, à sua qualidade e ao projeto de vida, à sua sensação de bem-estar e violaram de maneira importante seu[s] sentimento[s] de dignidade, de segurança e de pertencimento a uma comunidade onde os direitos das vítimas são reconhecidos e respeitados, marcando um limite a suas expectativas de vida”.

418. Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*, pars. 56, 57 e 60, nota 417 supra, e *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*, par. 134, nota 417 supra.

419. Cf. CEDAW, Recomendação geral 24: A mulher e a saúde, 20º Período de Sessões, A/54/38/Rev.1, 1999, par. 6 e *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*, par. 134, nota 417 supra.

420. Cf. Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, artigo 4 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 43, tomo XXVIII, folha 9816) e Lei para a Proteção dos Direitos das Meninas, Meninos e Adolescentes, publicada no Diário Oficial da Federação em 29 de maio de 2000, artigos 2 a 5 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 103, tomo XLIII, folha 16049).

421. Como, por exemplo, a criação do Conselho Nacional para a Infância e a Adolescência (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 104, tomo XLIII, folhas 16065 a 16068); o Sistema Nacional para o Desenvolvimento Integral da Família (expediente de mérito, tomo III, folha 1082); o Plano de Ação Nacional para Prevenir, Atender e Erradicar a Exploração Sexual Comercial Infantil (expediente de mérito, tomo III, folha 1082), e a Campanha de Prevenção da Violência para a Infância (expediente de mérito, tomo III, folha 1085).

415. A Corte declarou em outras oportunidades que os familiares das vítimas de violações dos direitos humanos podem ser, por sua vez, vítimas.<sup>422</sup>

416. No caso da jovem Ramos, sua mãe declarou perante este Tribunal que:

Passaram-se cinco meses para que pudessem me mostrar o corpo de minha filha, e não era corpo, eram ossos [...] e sempre me diziam que tinha de levar um médico ou um dentista, e os levava e nunca nos permitiram ver o corpo.

[...]

Necessitava saber se minha filha estava viva [ou] morta [e] necessitava reconhecer esse corpo, de modo que pedi à promotora suplente que, se eu reconhecesse o corpo, eles me entregariam o corpo como presente de aniversário, e me disse que era muito cruel, mas que sim. Em 20 de março, consegui entrar para reconhecer os ossos e me disseram que podia fazer o que quisesse com eles.<sup>423</sup>

[...]

[As investigações realizadas pelas autoridades] foram nulas, ainda que eu lhes levava linhas precisas de investigação, nunca me deram atenção, tratavam de nos dar ajuda mínima que não restabelecia a dor que levava dentro, tudo o que tinha que lutar para seguir investigando [...].

[N]ão é [somente o] dano de que perdi minha filha, prejudicaram toda a família, meus filhos Claudia Ivonne e Jorge Daniel, eles necessitam de muito apoio psicológico porque lhes tiraram também uma parte, [...] já não estamos completos, [...] eu não necessito que me deem um tapinha nas costas de pobrezinha, eu necessitava que procurassem minha filha, que me entregassem a minha filha, que me entregassem o reconhecimento de que era minha filha ou não. Agora lhes exijo que [...] me devolvam toda minha vida, porque minha vida já não é a mesma, isso é o que eu peço a estas pessoas que eu sei que têm o poder para poder fazer que eles paguem todo o dano, tudo o que nos fizeram.<sup>424</sup>

417. No caso da mãe da jovem Herrera, em sua declaração perante a Corte relatou que:

A atitude das autoridades foi muito ruim [...] nunca foram dignos nem sequer [em] nos ligar, em [...] oito anos, [para] me dizer [como] vão as investigações [...] de tudo tenho que ficar sabendo pelos meios de comunicação.

[...]

O processo de identificação de minha filha foi feito quatro anos depois de eu pedir uma exumação e um DNA [...]. Esse processo foi muito difícil para mim e para minha família, porque voltamos a viver um funeral, uma exumação, eu em várias oportunidades [tentei] tirar minha vida, porque para mim a vida não tinha sentido, porque eu não via justiça [...]. Meus filhos mais novos tentaram tirar suas vidas, estiveram internados. Minha filha, que era uma menina de onze anos naquele momento, [...] fizeram investigações e as colava por toda a casa [...] porque as autoridades nunca elaboraram uma investigação.

[...]

Eu passava as noites imaginando o que fizeram à minha filha, como era estuprada, como era torturada. Era uma coisa horrível, que eu não podia dormir por estar imaginando. Da mesma maneira, por estar aguardando-a, eu tinha a esperança e a ilusão de que minha filha iria aparecer, que algum dia que eu chegasse de meu trabalho iram me dizer, da mesma forma que me diziam Esmeralda não aparece, [...] a Esmeralda está aqui, a Esmeralda apareceu.

418. A mãe da jovem González declarou perante a Corte que:

[E]u fiquei muito afetada, eu fiquei doente, minha irmã ficou mal também, e também tive um filho doente de câncer, ele foi afetado quando encontramos o cadáver, em dois meses [...] faleceu [...] [as autoridades] não me ajudaram em nada, nem sequer houve avanços [...]. Não [...] nos respeitaram [...] porque não descobriram os culpados, e continua havendo muitas mocinhas desaparecidas [...]. Eu já não confio neles [...]. Tenho filhas e tenho medo de que volte a acontecer porque a autoridade não faz nada [...].

422. Cf. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C N° 70, par. 160; *Caso Escué Zapata Vs. Colômbia*, par. 77, nota 309 *supra* e *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 105, nota 30 *supra*. Embora na sentença do Caso Valle Jaramillo a Corte tenha estabelecido que, com relação aos familiares que não pertencem ao núcleo de "familiares diretos" não há presunção de sofrimento, mas corresponde ao Tribunal analisar nesses casos se existe, *inter alia*, vínculo afetivo, sofrimento ou se participaram na busca da verdade, no presente caso o Estado aceitou o alegado sofrimento dos familiares, de modo que a Corte não aplica tal análise no presente caso (Cf. *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia*, par. 119, nota 49 *supra*).

423. Cf. declaração da senhora Monárrez na audiência pública, nota 183 *supra*. Ver também declaração da senhora Benita Monárrez Salgado perante o agente do Ministério Público da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua em 24 de julho de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXIX, anexo 46, folha 10046).

424. Cf. declaração da senhora Monárrez, nota 183 *supra*.



[para] que nos dessem informação [...] íamos diariamente e [...] às vezes [...] tinham a porta fechada e não nos atendiam, nada mais que nossa força eram os jornalistas. [...]Fizeram um exame de DNA na minha filha e em mim pela primeira vez e passaram cerca de três meses e então vieram fazer outro exame de DNA. Me mandaram outra vez à Cidade do México e eu lhes disse: “pois se já haviam feito um, onde está?”. [Responderam] “Não senhora, porque se perdeu, estragou” [...].

O mais difícil é a impotência, [a] coragem por minhas filhas que ficam, isso é o que já não quero que me aconteça.<sup>425</sup>

419. Do acervo probatório se observa que, depois do desaparecimento das três vítimas, os familiares tiveram que empreender diferentes atuações para procurar as desaparecidas em virtude da inatividade das autoridades, as quais ao mesmo tempo emitiam juízos reprováveis contra as jovens, causando com isso sofrimento aos familiares. Assim, os relatórios periciais indicaram que os juízos emitidos pelas autoridades, no sentido de que a culpabilidade pelos desaparecimentos radicava na conduta das jovens, “produzem confusão e angústia nos familiares, em especial naqueles [aos] quais lhes consta que a vida de suas filhas não combina com estas versões”.<sup>426</sup> Além disso, “[as] mães insistem no agravo experimentado pela negligência das autoridades e a desumanidade com que foram tratadas, destacando [...] o padecimento agravado por esse maltrato, por desalentar a denúncia que talvez houvesse permitido encontrá-las com vida e pela falta de informação durante todo o processo”.<sup>427</sup>
420. Por outro lado, os familiares sofreram em sua saúde mental e emocional pela falta de diligência na determinação da identidade dos restos encontrados e pela falta de informação sobre as atuações realizadas por parte das autoridades. Assim, “[a] não identificação dos corpos [pelo lapso de vários anos] impediu às famílias viver os rituais que acompanham a morte e o enterro de seu ente querido, alterando bruscamente seu processo de luto. Não puderam sarar as feridas, obrigadas a viver com uma dor permanente que se reacende cada vez que as notícias anunciam a descoberta de novos cadáveres”.<sup>428</sup>
421. A falta de investigações dirigidas a encontrar a verdade, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis “agrava a experiência de impotência, desamparo e vulnerabilidade destas famílias”.<sup>429</sup>
422. O Estado reconheceu que “as irregularidades admitidas pela autoridade no início das investigações dos [três] homicídios [...] afetaram diretamente os familiares [...]. Em razão disso, o Estado reconhece e aceita que o direito à integridade psíquica e moral dos familiares foi violado”.
423. O Estado especificou o alcance de seu reconhecimento nos seguintes termos:
- i) no momento em que os corpos foram localizados, as autoridades não tomaram as precauções suficientes para resguardar o local dos fatos e os demais elementos que foram encontrados no mesmo, elementos que constituem evidências materiais dos homicídios. Esta negligência obstaculizou e induziu a erros nas investigações iniciais dos homicídios, o que provocou um sofrimento adicional nos familiares das vítimas;
  - ii) os erros e negligências na condução do inquérito contribuíram de igual forma ao atraso nas investigações para encontrar os responsáveis dos homicídios. Esta questão afetou os familiares ao não terem certeza sobre a seriedade, imparcialidade e exaustividade das investigações pelos homicídios das vítimas;
  - iii) o reinício das investigações dos homicídios se deveu em parte à necessidade de identificar as vítimas, em virtude de que os familiares haviam expressado dúvida razoável sobre os exames de identificação realizados, reconhecendo “o sofrimento das mães [...] ao terem que identificar os corpos de suas filhas, quando estes se encontravam em um alto grau de decomposição que os fazia praticamente irreconhecíveis”;
  - iv) o Estado é consciente do sofrimento que causa aos familiares das vítimas o fato de que não tenham sido identificados até agora os responsáveis pelos homicídios das jovens González, Herrera e Ramos, e
  - v) no início das investigações os familiares não foram informados pontualmente sobre os interrogatórios

425. Cf. declaração da senhora González, nota 183 *supra*.

426. Cf. declaração prestada por meio de agente dotado de fé pública pela perita Lira Kornfeld em 21 de abril de 2009 (expediente de mérito, tomo XI, folha 3340).

427. Cf. declaração da perita Lira Kornfeld, folha 3340, nota 426 *supra*.

428. Cf. Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2282, nota 64 *supra*. Em igual sentido CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folha 1745, nota 64 *supra*.

429. Cf. declaração da perita Lira Kornfeld, folha 3339, nota 426 *supra*

e as diligências que as autoridades realizavam para identificar e localizar os responsáveis. Reprovou as atitudes insensíveis mostradas pelos funcionários da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua com os familiares. Reprovou a insensibilidade das autoridades ao entregar os corpos das jovens González, Herrera e Ramos a seus familiares e lamentou as declarações emitidas por funcionários públicos em relação aos homicídios das jovens González, Herrera e Ramos, que feriram a integridade psíquica e moral de seus familiares.

424. Em razão do exposto, a Corte conclui que a violação da integridade pessoal dos familiares das vítimas se configurou pelas circunstâncias sofridas durante todo o processo desde que as jovens Esmeralda Herrera Monreal, Claudia Ivette González e Laura Berenice Ramos Monárrez desapareceram, bem como pelo contexto geral no qual ocorreram os fatos. A atuação irregular e deficiente das autoridades do Estado na hora de buscar o paradeiro das vítimas uma vez informados sobre seu desaparecimento, a má diligência na determinação da identidade dos restos, das circunstâncias e causas das mortes, o atraso na entrega dos cadáveres, a ausência de informação sobre o desenvolvimento das investigações e o tratamento dado aos familiares durante todo o processo de busca de verdade provocou neles um grande sofrimento e angústia. Tudo isso, a critério do Tribunal, configura um tratamento degradante, contrário ao artigo 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1, em detrimento de Irma Monreal Jaime, Benigno Herrera Monreal, Adrián Herrera Monreal, Juan Antonio Herrera Monreal, Cecilia Herrera Monreal, Zulema Montijo Monreal, Erick Montijo Monreal, Juana Ballín Castro, Irma Josefina González Rodríguez, Mayela Banda González, Gema Iris González, Karla Arizbeth Hernández Banda, Jacqueline Hernández, Carlos Hernández Llamas, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos e Atziri Geraldine Bermúdez Ramos.

#### *6.2. Ameaças, intimidação e perseguições sofridas pelos familiares*

425. A Comissão alegou que “as mães de Claudia Ivette, Esmeralda e Laura Berenice [...] foram vítimas de perseguição, maus-tratos e intimidação por parte de autoridades e agentes estatais de maneira contínua, desde a denúncia dos desaparecimentos até a atualidade”. Para a Comissão, “a busca por justiça neste caso levou a que as mães e alguns membros de suas famílias sejam vítimas de perseguições e ameaças em diferentes momentos a partir de que ocorreram os desaparecimentos de suas filhas, colocando-se em risco suas vidas e integridade”.
426. Os representantes afirmaram que, “ante a demanda de justiça e de investigação por parte das mães de Esmeralda, Laura, Claudia e suas famílias, a resposta do Estado mexicano foi a intimidação, perseguição, formas sistemáticas de dissuasão, até a violência contra elas: tanto de forma direta contra seus filhos, como também contra suas defensoras”.
427. O Estado destacou que, “durante as investigações pelo desaparecimento, a localização dos restos e os interrogatórios para encontrar os responsáveis pelos homicídios de Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez, não se encontram elementos que demonstrem atos de desprezo público, perseguição ou discriminação em agravo dos familiares destas três mulheres”. O Estado assegurou que “não há elementos que permitam demonstrar acusações falsas ou ameaças cometidas por agentes do Estado contra os familiares das três vítimas. Pelo contrário, o Estado informou à Corte que os familiares das jovens González, Herrera e Ramos contam com todos os recursos contemplados na legislação nacional para denunciar possíveis acusações ou ameaças. Entretanto, como os familiares não compareceram para informar sobre estas atuações, as autoridades não contam com elementos para investigar as mesmas e punir os responsáveis.

428. A senhora Monárrez declarou perante o Tribunal o seguinte:

[por haver pegado os ossos de minha filha] começaram perseguições, carros, identificados como veículos oficiais da PGR tanto por mim como por minha filha Claudia Ivonne, que nos seguiam a todas as partes.

[...]

eu tive de sair de meu país porque em uma ocasião tentaram atropelar meus dois filhos menores e a mim, e tive que pedir asilo nos Estados Unidos, porque depois de que não procuraram minha filha eu formei uma organização chamada Integração de Mães por Juárez [...]

[E]stavamos sendo perseguidos, inclusive a minha filha Claudia Ivonne, ela havia ficado no México

quando eu fui pedir asilo. Tivemos que passar por um processo muito difícil. Tivemos que ficar detidos. Eu fiquei três semanas com meu menino de cinco anos, que agora tem um problema. Ele não pode ver as autoridades. Ele não pode ver ninguém de uniforme que lhe dá pânico. Minha filha Claudia ficou no México porque não podiam nos ajudar todos ao mesmo tempo. Ficou com minhas netas. Tentaram tirar uma de minhas meninas de sete anos da escola. Puseram uma pistola na cabeça da Claudia e lhe disseram que ficasse calada, que [...] não continuasse dizendo nada porque senão iam machucá-la [...]

[As autoridades realizaram atos de perseguição] porque nunca puderam me comprar, mesmo com todas as coisas que me faziam para ter medo, [...] por isso fui embora. [...]

Tive que pedir a muitas pessoas que me ajudassem. Tive que vender comida na rua. Tivemos que dormir na rua. Tivemos que estar em um local com os indigentes da rua. Creio que minha família não merecia isto. Creio que as autoridades são tão culpadas de fazer com que eu tivesse que emigrar para proteger a vida de minhas filhas e a minha própria [...]. Fui embora em 4 de setembro de 2006 e minha filha [...] no ano passado, quando já não consegui suportar mais. [...]

[As hostilidades se deram] desde o princípio, quando minha filha desapareceu, desde então eu me senti com os pés e as mãos amarrados.<sup>430</sup>

429. Em 9 de julho de 2007, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, irmã da jovem Ramos, declarou perante o Ministério Público que:

no dia 2 de maio de [2006], apresent[ei] uma denúncia sobre alguns veículos e pessoas que andaram em minha casa perguntando onde eu vivia e com quem vivia e o que faz[ia], e andaram investigando minha vida [...]. [A] denúncia foi feita perante a Procuradora e ela enviou ordens expressas a [uma] funcionária [que] tom[ou] uma declaração e tudo era feito em sigilo [...] [até] agora não foi investigado nada; [além disso] [...] há dois meses [...] solicitei por escrito uma cópia da denúncia que [inter]pus e me d[ei] conta que não era uma denúncia[,] [mas que] tomaram minha declaração como testemunho e o anexaram ao inquérito [...] de minha irmã Berenice Ramos [...] [de modo que] volto a solicitar que seja investigado [por que] funcionários judiciais e carros oficiais estiveram diante de meu domicílio.<sup>431</sup>

430. A família Ramos Monárrez solicitou asilo às autoridades estadunidenses. O Juiz que decidiu sobre o pedido de asilo político baseou sua decisão, *inter alia*, na declaração de várias testemunhas, que mencionaram que:

Há vários grupos que se manifestaram contra o feminicídio. Estes grupos realizaram protestos e marchas. Um destes grupos foi 'Integração de Mães por Juárez', que foi fundada pela Senhora Monarrez Salgado. [A declarante] tenta participar de uma reunião da organização. Antes de chegar, alguns homens armados assaltaram os participantes, de modo que a reunião foi cancelada.<sup>432</sup>

[...]

Prevalece, claramente, um clima de medo e intimidação contra as pessoas que se manifestam contra os assassinatos e a falta de investigação relacionada com os homicídios das jovens mulheres em Ciudad Juárez [...]. A senhora Monarrez Salgado se converteu em uma das familiares das vítimas de feminicídio que mais se faz ouvir na hora de solicitar que a polícia investigue estes crimes [...]. Questionou publicamente a competência da polícia, seu nível de compromisso para resolver crimes e discutiu abertamente a possível participação direta da polícia no encobrimento dos feminicídios. [...] Participou de várias entrevistas nacionais e internacionais através de distintos meios de rádio, canais de televisão e jornais. [...] Os funcionários do governo e as pessoas diretamente vinculadas a ele estão por trás das ameaças e atos de intimidação, dado seu interesse em silenciar o apoio aos homicídios e as críticas em relação ao manejo dos casos de feminicídio por parte do governo.<sup>433</sup>

431. Finalmente, o mesmo Juiz considerou os testemunhos da família Ramos Monarrez, os quais qualificou como "consistentes e bem fundamentados pela prova documentada".<sup>434</sup> Em relação às declarações da senhora Monarrez afirmou que:

Através dos meios de comunicação, a Sra. Monárrez Salgado acusou publicamente os funcionários do governo do México, incluindo o Governador e o Promotor Geral do Estado mexicano de Chihuahua, de

430. Cf. declaração prestada pela senhora Monárrez, nota 183 *supra*.

431. Cf. declaração de Claudia Ivonne Ramos Monárrez perante o agente do Ministério Público da Procuradoria Geral de Justiça de Chihuahua em 9 de julho de 2007 (expediente de anexos à demanda, tomo X, anexo 91, folha 3544). Em relação a esta denúncia, ver também o pedido de cópia da denúncia por perseguição realizado em 25 de agosto de 2006, por Claudia Ivonne Ramos Monárrez perante a Promotoria Especial de assassinatos contra mulheres em 1º de maio de 2007 (expediente de anexos à contestação à demanda, tomo XXXVI, folha 13128).

432. Cf. *United States Department of Justice, Executive Office for Immigration Review, written decision of the Immigration Court, April 13, 2009* (expediente de mérito, tomo XIII, folha 4015).

433. Cf. *written decision of the Immigration Court*, folha 4023, nota 432 *supra*.

434. Cf. *written decision of the Immigration Court*, folha 4025, nota 432 *supra*.

serem cúmplices da morte de sua filha e da subsequente investigação deficiente. [...]

Depois de identificar o corpo de sua filha, a Sra. Monárrez Salgado começou a receber ligações ameaçadoras. As pessoas que telefonaram lhe disseram que se continuasse falando, iam matá-la ou fazer desaparecer seus filhos. As ligações telefônicas foram contínuas, entretanto se intensificaram depois que a Corte Interamericana admitiu o caso dos Assassinatos de Campo Algodoeiro;

Um dia, enquanto caminhava para um funeral, a Sra. Monárrez Salgado percebeu que era seguida por uma caminhonete. A caminhonete acelerou e se dirigiu rapidamente para cima dela. Ela conseguiu sair do caminho. A caminhonete deu a volta na quadra e tentou atropelá-la novamente. A Sra. Monárrez Salgado conseguiu evitar o segundo ataque, razão pela qual a caminhonete se afastou. Depois dirigiu-se ao funeral;

Ao voltar do funeral, percebeu que alguém havia entrado em sua casa e havia revisado seus documentos relacionados com a morte de sua filha. Faltavam alguns documentos. Algumas semanas depois, alguém tentou entrar em sua casa pela segunda vez.

432. Da mesma maneira, a senhora Claudia Ivonne Ramos Monárrez e o senhor Jorge Daniel Ramos Monárrez declararam perante o Juiz de imigração sobre determinados fatos de perseguição que lhes fizeram sentir-se ameaçados e que suas vidas estivessem em perigo, de modo que solicitaram asilo às autoridades estadunidenses, o que lhes foi concedido.<sup>435</sup>
433. O Juiz concedeu o asilo ao constatar que, “no transcurso de oito anos, a família Monárrez Salgado teve de enfrentar atos de perseguição, ameaças e atentados contra suas vidas que chegaram ao nível de acoso. Cada membro da família sofreu incidentes, chegando a ser uma séria ameaça contra suas vidas e, portanto, isso constituiria assédio. Assim, é claro que sofreram assédio quando se tem em consideração o efeito acumulativo dos anos de intimidação, perseguição e ataques físicos”.<sup>436</sup>
434. A prova pericial apresentada no processo perante a Corte determinou, em relação aos familiares da jovem Ramos, que sofrem medo sustentado pelos perigos e diversas ameaças que sofreram, refletidos em fatos que colocaram em perigo sua segurança e sua integridade em espaços públicos, sem que as autoridades tenham dado atenção expressa e correta a suas demandas. Também sofreram sensações de solidão e isolamento pela desconfiança crescente nas autoridades.<sup>437</sup>
435. Dos autos do presente caso se observam certos dados em relação à existência de um padrão de condutas estatais para familiares de mulheres vítimas de violência em Ciudad Juárez que consistiam em tratamentos depreciativos e desrespeitosos e até agressivos quando tentavam obter informação sobre as investigações,<sup>438</sup> que geravam na maioria dos casos desconfiança e temor, razão pela qual não denunciavam os fatos. Em alguns casos os familiares manifestaram que lhes foi dito que deixassem de realizar investigações ou realizar outras atividades em busca de justiça.<sup>439</sup> Além disso, foi informado que “a perseguição e as ameaças aos familiares das vítimas, a seus representantes e às organizações da sociedade civil, incrementou-se na mesma medida em que a pressão nacional e internacional aumentaram”, fazendo-os responsáveis por essa dimensão nacional e internacional que a situação tomou.<sup>440</sup>
436. Com base no anterior, a Corte considera que do acervo probatório se observa que a senhora Monárrez sofreu diversos atos de perseguição desde o desaparecimento de sua filha até que abandonou seu país para asilar-se nos Estados Unidos, circunstâncias que também sofreram seus três filhos e netos.
437. Em relação à família Herrera, em 5 de abril de 2006, a senhora Monreal Jaime declarou perante a Promotoria que seu filho Adrián Herrera Monreal “foi interceptado em seu veículo, chegaram duas patrulhas da Polícia Municipal e duas caminhonetes da Polícia Judiciária, desceram-no, golpearam-no e levaram seu veículo. [O]ito meses depois o carro apareceu desmantelado em um terreno da Polícia Judiciária”.<sup>441</sup> Esta declaração é

435. Cf. *written decision of the Immigration Court*, folhas 4018 a 4020, nota 432 *supra*.

436. Cf. *written decision of the Immigration Court*, folhas 4028 e 4029, nota 432 *supra*.

437. Cf. declaração do perito de la Peña Martínez, folha 3352, nota 186 *supra*.

438. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folhas 1745 e 1770, nota 64 *supra*, e Nações Unidas, Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1924, nota 64 *supra*.

439. Cf. CIDH, *Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez*, folhas 1748 e 1769, nota 64 *supra*.

440. Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1946, nota 64 *supra*.

441. declaração testemunhal de Irma Monreal Jaime perante o agente do Ministério Público ligado ao grupo da Promotoria Mista para a Investigação de Homicídios de Mulheres em 5 de abril de 2006 (expediente de anexos à contestação à demanda, tomo XXX, anexo 50 registro I tomo I, folha 10290).

consistente com a realizada perante esta Corte na audiência pública<sup>442</sup> e com a prova pericial apresentada.<sup>443</sup>

438. Por outro lado, não há um questionamento específico por parte do Estado contra estes fatos alegados, nem o mesmo ofereceu prova que desvirtue sua existência. Portanto, o Tribunal considera estabelecida a existência de atos de perseguição contra o senhor Adrián Herrera Monreal.
439. Em relação à família González, nem os representantes nem a Comissão precisam fatos concretos que refletem as alegadas perseguições e ameaças, nem construíram uma argumentação com fundamentos probatórios que permita à Corte realizar uma conclusão sobre a alegação.
440. Em virtude do exposto, a Corte conclui que os atos de perseguição sofridos pelos familiares configura uma violação ao direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento de Adrián Herrera Monreal, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos e Atziri Geraldine Bermúdez Ramos.

## VIII

### Artigo 11<sup>444</sup> (Proteção da Honra e da Dignidade) da Convenção Americana

441. Os representantes alegaram que “o Estado violou o direito à dignidade e à honra, previsto no artigo 11 da [Convenção], ao fomentar uma atitude de desprezo por parte da autoridade em relação às vítimas, por meio de perguntas e observações preconceituosas a certos familiares no momento de suas denúncias, bem como ao realizar declarações públicas ofensivas”. A critério dos representantes, “o Estado, ao manifestar de maneira pública uma atitude de desprezo e desprestígio pelas vítimas, afeta diretamente sua dignidade e honra; ademais, não cumpre sua obrigação de modificar os padrões culturais que fomentam a discriminação contra as mulheres nem de capacitar as autoridades encarregadas de prevenir, punir e erradicar a violência contra elas, como estabelece o artigo 8 da Convenção de Belém do Pará”. Posteriormente, consideraram que “isso estigmatizou e ridicularizou a ação que as mães realizavam em reivindicação de justiça”.
442. O Estado argumentou que “não se configuram violações ao direito à honra e à dignidade reivindicados pelos petionários em agravo dos familiares das [três mulheres]”, já que “durante as investigações sobre o desaparecimento, a localização dos restos e os interrogatórios para encontrar os responsáveis pelos homicídios [...] não são encontrados elementos que demonstrem atos de desprezo público, perseguição ou discriminação contra os familiares [das] três mulheres”.
443. O Tribunal procede a analisar estas alegações, apesar de que a Comissão não apresentou argumentos nesse sentido, já que se cumprem os requisitos expostos no parágrafo 232 *supra*.
444. O artigo 11 da Convenção reconhece que toda pessoa tem direito ao respeito a sua honra, proíbe todo ataque ilegal contra a honra e a reputação e impõe aos Estados o dever de oferecer a proteção da lei contra tais ataques. Em termos gerais, o direito à honra está relacionado com a autoestima e o valor próprio, enquanto a reputação se refere à opinião que os outros têm de uma pessoa.<sup>445</sup>
445. O Tribunal faz constar que as alegações relacionadas com a suposta violação do artigo 11 da Convenção em detrimento das vítimas e de suas mães se referem a fatos relativos ao tratamento que sofreram como consequência da busca das jovens desaparecidas e a posterior reivindicação de justiça. As consequências jurídicas destes fatos já foram examinadas em relação ao artigo 5 da Convenção, de modo que o Tribunal considera improcedente declarar uma violação ao artigo 11 da Convenção.

442. Cf. declaração prestada pela senhora Monreal, nota 183 *supra*.

443. Cf. declaração da perita Azaola Garrido, folha 3366, nota 186 *supra*.

444. O artigo 11 estabelece:

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

445. Cf. *Caso Tristán Donoso*, par. 57, nota 9 *supra*, e *Caso Escher e outros Vs. Brasil*, par. 117, nota 46 *supra*.

## IX Reparações

446. É um princípio de Direito Internacional que toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido dano comporta o dever de repará-lo adequadamente.<sup>446</sup> Essa obrigação é regulamentada pelo Direito Internacional.<sup>447</sup> Em suas decisões a este respeito, a Corte se baseou no artigo 63.1 da Convenção Americana.
447. Em conformidade com as considerações expostas sobre o mérito e as violações à Convenção declaradas nos capítulos anteriores, bem como à luz dos critérios fixados na jurisprudência da Corte em relação à natureza e alcances da obrigação de reparar,<sup>448</sup> a Corte procederá a analisar as pretensões apresentadas pela Comissão e pelos representantes, e a postura do Estado, com o objetivo de dispor as medidas dirigidas a reparar os danos.

### 1. Parte lesada

448. A Corte reitera que as pessoas declaradas vítimas de uma violação de um direito reconhecido na Convenção são consideradas "parte lesada".<sup>449</sup> Neste caso, o Tribunal declarou que o Estado violou os direitos humanos de Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez, bem como de seus familiares identificados no parágrafo 9 *supra*, de modo que serão considerados como "parte lesada" e beneficiários das reparações que são ordenadas neste capítulo.

### 2. Alegada "dupla reparação" das medidas solicitadas pelos representantes

449. O Estado manifestou que as reparações solicitadas pelos representantes "são excessivas, repetitivas e constituem um pedido de dupla reparação ao se referirem muitas delas aos mesmos conceitos de violação". Acrescentou que "determinar e conceder por separado estas [...] medidas de reparação implicaria uma carga desproporcional para o Estado, pois estas excederiam o dano causado". O Estado afirmou que estas reparações "não podem se referir ao mesmo conceito de violação" e "devem ter em consideração os apoios [médicos, econômicos em dinheiro, psicológicos e legais] oferecidos".
450. A Corte recorda que o conceito de "reparação integral" (*restitutio in integrum*) implica o restabelecimento da situação anterior e a eliminação dos efeitos que a violação produz, bem como uma indenização como compensação pelos danos causados. Entretanto, levando em consideração a situação de discriminação estrutural na qual se enquadram os fatos ocorridos no presente caso e que foi reconhecida pelo Estado (pars. 129 e 152 *supra*), as reparações devem ter uma vocação transformadora desta situação, de tal forma que as mesmas tenham um efeito não somente restitutivo, mas também corretivo. Nesse sentido, não é admissível uma restituição à mesma situação estrutural de violência e discriminação. Do mesmo modo, a Corte recorda que a natureza e quantia da reparação ordenada dependem do dano ocasionado nos planos tanto material como imaterial. As reparações não podem implicar nem enriquecimento nem empobrecimento para a vítima ou seus familiares, e devem ter relação direta com as violações declaradas. Uma ou mais medidas podem reparar um dano específico sem que estas sejam consideradas uma dupla reparação.
451. Em conformidade com isso, a Corte apreciará as medidas de reparação solicitadas pela Comissão e pelos representantes, de forma que estas: i) refiram-se diretamente às violações declaradas pelo Tribunal; ii) reparem proporcionalmente os danos materiais e imateriais; iii) não signifiquem enriquecimento nem empobrecimento; iv) na maior medida do possível, restabeleçam às vítimas a situação anterior à violação naquilo que não interfira com o dever de não discriminar; v) orientem-se a identificar e eliminar as causas de discriminação; vi) sejam adotadas sob uma perspectiva de gênero, levando em consideração os diferentes impactos que a violência causa em homens e mulheres, e vii) considerem todos os atos jurídicos e ações alegadas pelo Estado nos autos dirigidas a reparar o dano ocasionado.

446. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C Nº 7, par. 25; *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 170, nota 30 *supra*, e *Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 24 de Setembro de 2009. Série C Nº 204, par. 94.

447. Cf. *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 170, nota 30 *supra*, e *Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados*, par. 94, nota 446 *supra*.

448. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, pars. 25 e 26, nota 446 *supra*; *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 173, nota 30 *supra*, e *Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados*, par. 95, nota 446 *supra*.

449. Cf. *Caso da "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 25 de maio de 2001. Série C Nº 76, par. 82; *Caso Acevedo Buendía e outros ("Demitidos e Aposentados da Controladuría") Vs. Peru*, par. 112, nota 46 *supra*, e *Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados*, par. 97, nota 446 *supra*.

### **3. Obrigação de investigar os fatos e identificar, julgar e, se for o caso, punir os responsáveis pelas violações**

#### 3.1. Identificação, processo e sanção dos responsáveis pelo desaparecimento, abusos e homicídio por razões de gênero das jovens González, Ramos e Herrera

452. A Comissão afirmou que “uma reparação integral exige que o Estado investigue com a devida diligência, de forma séria, imparcial e exaustiva, os desaparecimentos e posteriores assassinatos” das vítimas com o propósito de “esclarecer a verdade histórica dos fatos”, para o que o Estado deveria “adotar todas as medidas judiciais e administrativas necessárias com o fim de completar a investigação, localizar, julgar e punir o ou os autores intelectuais e materiais dos fatos, e informar sobre os resultados”. Os representantes coincidiram com esta petição.
453. A Corte aceitou o reconhecimento de responsabilidade do Estado pelas irregularidades cometidas na primeira etapa das investigações, mas também concluiu que muitas delas não foram reparadas na segunda etapa (par. 388 *supra*). O Tribunal concluiu que no presente caso existia impunidade e que essa impunidade é causa e, por sua vez, consequência da série de homicídios de mulheres por razões de gênero que foi confirmada no presente caso.
454. A Corte considera que o Estado está obrigado a combater esta situação de impunidade por todos os meios disponíveis, já que esta propicia a repetição crônica das violações de direitos humanos.<sup>450</sup> A ausência de uma investigação completa e efetiva sobre os fatos constitui uma fonte de sofrimento e angústia adicional para as vítimas, que têm o direito a conhecer a verdade sobre o ocorrido.<sup>451</sup> Este direito à verdade exige a determinação da mais completa verdade histórica possível, o que inclui a determinação dos padrões de atuação conjunta e de todas as pessoas que de diversas formas participaram nestas violações.<sup>452</sup>
455. Por isso, a Corte dispõe que o Estado deve conduzir eficazmente o processo penal em curso e, se for o caso, os que chegarem a ser abertos, para identificar, processar e punir os responsáveis materiais e intelectuais pelo desaparecimento, maus-tratos e privação da vida das jovens González, Herrera e Ramos, em conformidade com as seguintes diretrizes:
- i) deverão ser removidos todos os obstáculos *de jure ou de facto* que impeçam a devida investigação dos fatos e o desenvolvimento dos respectivos processos judiciais e usar todos os meios disponíveis para fazer com que as investigações e processos judiciais sejam expeditos a fim de evitar a repetição de fatos iguais ou análogos aos do presente caso;
  - ii) a investigação deverá incluir uma perspectiva de gênero; considerar linhas de investigação específicas em relação à violência sexual, para a qual devem ser incluídas as linhas de investigação sobre os padrões respectivos na região; ser realizada de acordo com protocolos e manuais que cumpram as diretrizes desta Sentença; fornecer informação regularmente aos familiares das vítimas sobre os avanços na investigação e dar-lhes pleno acesso aos autos, e deve ser realizada por funcionários altamente capacitados em casos similares e em atenção a vítimas de discriminação e violência por razão de gênero;
  - iii) deverá ser assegurado que os distintos órgãos que participem no procedimento de investigação e nos processos judiciais contem com os recursos humanos e materiais necessários para desempenhar as tarefas de maneira correta, independente e imparcial, e que as pessoas que participem na investigação contem com as devidas garantias de segurança, e
  - iv) os resultados dos processos deverão ser divulgados publicamente para que a sociedade mexicana conheça os fatos objeto do presente caso.

#### 3.2. Identificação, processo e, se for o caso, punição dos funcionários que cometeram irregularidades

456. A Comissão manifestou, de maneira geral, que “o Estado possui a obrigação de investigar e punir todos os responsáveis pela obstrução da justiça, encobrimento e impunidade que imperaram em relação a estes casos”.

450. Cf. *Caso Goiburú e outros Vs. Paraguai. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de setembro de 2006. Série C N° 153, par. 164; *Caso dos Massacres de Ituango Vs. Colômbia. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 1° de julho de 2006. Série C N° 148, par. 399, e *Caso Baldeón García Vs. Peru*, par. 195, nota 261 *supra*.

451. Cf. *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, par. 146, nota 297 *supra*, e *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia*, par. 102, nota 49 *supra*.

452. Cf. *Caso do Massacre de La Rochela Vs. Colômbia*, par. 195, nota 397 *supra*, e *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia*, par. 102, nota 49 *supra*.

457. Os representantes solicitaram a realização de uma investigação séria, exaustiva e imparcial sobre os funcionários que participaram na investigação dos homicídios das três vítimas de 2001 até a presente data, e que estes sejam sancionados de maneira proporcional à lesão e ao dano produzido. Além disso, afirmaram que muitos dos funcionários que participaram nas investigações do Caso “*Campo Algodoeiro*” teriam continuado trabalhando no Estado de Chihuahua e teriam cometido as mesmas irregularidades, omissões e negligências.
458. O Estado somente reconheceu “sua responsabilidade em processar e punir os funcionários públicos que cometeram [irregularidades] no primeiro período das investigações”, e alegou ter sancionado os funcionários responsáveis, incluindo a “demissão” de alguns deles.
459. No presente caso, a Corte constatou que nenhuma das pessoas que incorreu nas graves irregularidades ocorridas na primeira etapa da investigação havia sido sancionada (par. 378 *supra*).
460. O Tribunal considera que, como forma de combater a impunidade, o Estado deverá, dentro de um prazo razoável, investigar, por intermédio das instituições públicas competentes, os funcionários acusados de irregularidades e, após um devido processo, aplicar as sanções administrativas, disciplinares ou penais correspondentes aos que forem considerados responsáveis.

### *3.3. Investigação das denúncias apresentadas pelos familiares de vítimas que foram intimidados e perseguidos*

461. Os representantes solicitaram que o Estado investigue os atos de perseguição e intimidação que foram denunciados pela senhora Benita Monárrez, sua filha, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, e pelo senhor Adrián Herrera Monreal, irmão da jovem Herrera, e que até a presente data não foram investigados pelas autoridades.
462. Em virtude de que o Tribunal constatou que no presente caso a senhora Monárrez sofreu diversos atos de perseguição desde o desaparecimento de sua filha até que abandonou seu país para ir-se ao exterior como asilada, circunstâncias que também sofreram seus outros três filhos e netos, e que o senhor Adrián Herrera Monreal sofreu diversos atos de perseguição, esta Corte ordena ao Estado que, dentro de um prazo razoável, realize as investigações correspondentes e, se for o caso, sancione os responsáveis.

\*\*\*

463. Os três homicídios por razões de gênero do presente caso ocorreram em um contexto de discriminação e violência contra a mulher. Não corresponde à Corte atribuir responsabilidade ao Estado somente pelo contexto, mas não pode deixar de advertir a grande importância que o esclarecimento da supracitada situação significa para as medidas gerais de prevenção que o Estado deveria adotar a fim de assegurar o gozo dos direitos humanos das mulheres e meninas no México e convida o Estado a considerar esta medida.

## **4. Medidas de satisfação e garantias de não repetição**

464. Nesta seção, o Tribunal determinará as medidas que buscam reparar o dano imaterial e que não têm natureza pecuniária, e disporá medidas de alcance ou repercussão pública.

### *4.1. Medidas de satisfação*

465. A Comissão afirmou que a gravidade e a natureza dos fatos no presente caso exigem que o Estado adote medidas destinadas à dignificação da memória das vítimas, de modo que solicitou à Corte que ordene ao Estado que: i) publique através de meios de comunicação escrita, rádio e televisão, a sentença que eventualmente profira o Tribunal; ii) realize um reconhecimento público de sua responsabilidade internacional pelo dano causado e pelas graves violações ocorridas, da forma digna e significativa que os objetivos da reparação exigem, em consulta com as mães das vítimas e seus representantes, e iii) estabeleça, em consulta com os familiares das vítimas, um lugar ou monumento em memória das mesmas.
466. Os representantes concordaram com a Comissão e solicitaram, ademais, que i) a publicação dos extratos da sentença que a Corte profira seja realizada em ao menos dois jornais de circulação nacional, dois de circulação estadual em Chihuahua, dois de circulação internacional e no Diário Oficial da Federação; ii) em relação ao reconhecimento público de responsabilidade, os representantes consideraram que o Estado deveria incluir as três esferas de governo e acrescentaram que deveria estar presente o Presidente da República, o Governador do Estado de Chihuahua, o Procurador Geral da República, o Procurador Geral de Justiça de Chihuahua, o Presidente do Tribunal Superior de Justiça e o Presidente da Suprema Corte de Justiça da Nação, juntamente



com as famílias das vítimas e as organizações civis que acompanharam a denúncia internacional do feminicídio, e a mesma deverá ser transmitida por meios impressos, rádio e televisão; iii) que um memorial seja estabelecido no local onde foram encontradas as vítimas e outro na Cidade do México, e iv) que o dia 6 de novembro de cada ano seja comemorado como “Dia nacional em memória das vítimas do feminicídio”.

467. O Estado ofereceu: i) o reconhecimento público de responsabilidade; ii) a difusão pública em meios massivos de comunicação do reconhecimento de responsabilidade, e iii) a realização de um evento público no qual sejam oferecidas desculpas aos familiares das vítimas pelas irregularidades reconhecidas pelo Estado durante as investigações iniciais dos homicídios e pelos danos sofridos pelos familiares das vítimas.

#### 4.1.1. Publicação da Sentença

468. Como a Corte dispôs em outros casos,<sup>453</sup> como medida de satisfação, o Estado deverá publicar no Diário Oficial da Federação, em um jornal de ampla circulação nacional e em um jornal de ampla circulação no Estado de Chihuahua, por uma única vez, os parágrafos 113 a 136, 146 a 168, 171 a 181, 185 a 195, 198 a 209 e 212 a 221 da Sentença e os pontos resolutivos da mesma, sem as correspondentes notas de rodapé. Adicionalmente, como foi ordenado pelo Tribunal em ocasiões anteriores,<sup>454</sup> a presente Sentença deverá ser publicada integralmente em um sítio web oficial do Estado, tanto federal como do Estado de Chihuahua. Para realizar as publicações nos jornais e na Internet é fixado o prazo de seis meses, a partir da notificação da presente Sentença.

#### 4.1.2. Ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional

469. A Corte determinou que o reconhecimento de responsabilidade efetuado pelo Estado constitui uma contribuição positiva ao desenvolvimento deste processo e à vigência dos princípios que inspiram a Convenção Americana (par. 26 *supra*). Entretanto, como em outros casos,<sup>455</sup> para que surta seus efeitos plenos, o Tribunal considera que o Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional em relação aos fatos do presente caso, em honra à memória das jovens González, Herrera e Ramos. Neste ato, o Estado deverá fazer referência às violações de direitos humanos declaradas na presente Sentença, tenham sido estas reconhecidas pelo Estado ou não. O ato deverá ser realizado por meio de uma cerimônia pública e ser transmitido através de rádio e televisão, tanto local como nacional. O Estado deverá assegurar a participação dos familiares das jovens González, Herrera e Ramos, identificados no parágrafo 9 *supra*, que assim o desejem, e convidar ao evento as organizações que representaram os familiares nas instâncias nacionais e internacionais. A realização e demais particularidades desta cerimônia pública devem ser consultadas prévia e devidamente com os familiares das três vítimas. Em caso de desacordo entre os familiares das vítimas ou entre os familiares e o Estado, a Corte resolverá. Para cumprir esta obrigação o Estado conta com um prazo de um ano a partir da notificação da presente Sentença.
470. Em relação às autoridades estatais que deverão estar presentes ou participar neste ato, o Tribunal, como o fez em outros casos, afirma que deverão ser de alta hierarquia. Corresponderá ao Estado definir a quem será atribuída tal tarefa.

#### 4.1.3. Memória das vítimas de homicídio por razões de gênero

471. A critério do Tribunal, no presente caso é pertinente que o Estado erija um monumento em memória das mulheres vítimas de homicídio por razões de gênero em Ciudad Juárez, entre elas as vítimas deste caso, como forma de dignificá-las e como recordação do contexto de violência que padeceram e que o Estado se compromete a evitar no futuro. O monumento será revelado na mesma cerimônia na qual o Estado reconheça publicamente sua responsabilidade internacional (par. 469 *supra*) e deverá ser construído na plantaçãõ onde foram encontradas as vítimas deste caso.
472. Em vista de que o monumento se refere a mais pessoas que as consideradas vítimas neste caso, a decisão sobre o tipo de monumento corresponderá às autoridades públicas, que consultarão o parecer das organizações da sociedade civil através de um procedimento público e aberto, no qual serão incluídas as organizações que representaram as vítimas do presente caso.

453. Cf. *Caso Garibaldi Vs. Brasil*, par. 157, nota 252 *supra*; *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, par. 199, nota 190 *supra*, e *Caso Escher e outros Vs. Brasil*, par. 239, nota 46 *supra*.

454. Cf. *Caso das Irmãs Serrano Cruz Vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de março de 2005. Série C N° 120, par. 195; *Caso Escher e outros Vs. Brasil*, par. 239, nota 46 *supra*, e *Caso Garibaldi Vs. Brasil*, par. 157, nota 252 *supra*.

455. Cf. *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, par. 202, nota 190 *supra*, e *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 200, nota 30 *supra*.

#### 4.1.4. Dia nacional em memória das vítimas

473. A Corte considera suficiente, para efeitos de satisfação das vítimas, a publicação da Sentença (par. 469 *supra*), o reconhecimento público de responsabilidade (par. 470 *supra*), e o monumento que será construído em memória das vítimas (par. 472 *supra*). Portanto, não considera necessário conceder o pedido de que o dia 6 de novembro de cada ano seja comemorado como “Dia nacional em memória das vítimas do feminicídio”, sem prejuízo de que uma medida como esta possa ser discutida através dos canais pertinentes no âmbito interno.

#### 4.2. Garantias de não repetição

##### 4.2.1. Sobre o pedido de uma política integral, coordenada e de longo prazo para garantir que os casos de violência contra as mulheres sejam prevenidos e investigados, os responsáveis processados e punidos, e as vítimas reparadas

474. A Comissão considerou que a Corte deveria ordenar ao Estado adotar uma “política integral e coordenada, respaldada com recursos adequados, para garantir que os casos de violência contra as mulheres sejam corretamente prevenidos, investigados, punidos e suas vítimas reparadas”.
475. Os representantes solicitaram a criação de um programa de longo prazo que contasse com os recursos necessários e a articulação dos diversos atores sociais, em coordenação com as instituições do Estado, com objetivos, metas, indicadores definidos que permitam avaliar periodicamente os avanços e permitam fazer de conhecimento da comunidade o trabalho realizado para conhecer a verdade dos fatos. Consideraram também que é necessária uma avaliação dos contextos normativos que preveem e sancionam a violência contra as mulheres, bem como das políticas e modelos de atenção a vítimas de violência de gênero, e em particular das famílias de mulheres vítimas de homicídio, em conformidade com os parâmetros internacionais de atendimento às vítimas. Posteriormente, solicitaram que o Estado elabore um programa permanente e transversal com mecanismos de avaliação constante e indicadores de obstáculos e avanços para erradicar a discriminação por gênero dentro da administração pública.
476. O Estado alegou que “implementou uma política integral e coordenada, respaldada com recursos públicos adequados, para garantir que os casos específicos de violência contra as mulheres sejam corretamente prevenidos, investigados, sancionados e reparados por quem seja responsável”.
477. A Corte observa que o Estado recontou todos os atos jurídicos, instituições e ações empreendidas desde 2001 até a presente data, tanto no âmbito federal como local, para prevenir e investigar os homicídios de mulheres em Ciudad Juárez, bem como dos apoios governamentais concedidos às vítimas.
478. Quanto a políticas de investigação em relação a estes crimes, o Estado explicou como, ao longo dos últimos anos, funcionaram diversos tipos de Promotorias, tanto no âmbito federal e estadual como de caráter misto. Estas políticas de investigação são explicadas com maior profundidade ao analisar o pedido de reparações relacionadas com a atração de casos ao foro federal (pars. 515 a 518 a seguir).
479. Por outro lado, o Estado adotou, em 2006 e 2007, diversas leis e reformas legislativas que têm como objetivo melhorar o sistema penal, o acesso à justiça e a prevenção e sanção da violência contra a mulher no Estado de Chihuahua: i) o novo Código Penal do Estado de Chihuahua;<sup>456</sup> ii) o novo Código de Processos Penais do Estado de Chihuahua;<sup>457</sup> iii) a Lei Estadual do Direito das Mulheres a uma Vida Livre de Violência;<sup>458</sup> iv) a Lei para Prevenir e Eliminar a Discriminação;<sup>459</sup> e v) a Lei Orgânica do Poder Judiciário do Estado de Chihuahua.<sup>460</sup>
480. O Estado adotou, em 2006, a Lei de Atendimento e Proteção a Vítimas ou Ofendidos pelo Crime no Estado de Chihuahua e facultou à Subprocuradoria de Direitos Humanos e Atendimento a Vítimas do Crime para realizar

456. Cf. Código Penal do Estado de Chihuahua, publicado no Diário Oficial em 27 de dezembro de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXIX, anexo 55, folhas 14364 a 14452).

457. Cf. Código de Processos Penais do Estado de Chihuahua, publicado no Diário Oficial em 9 de agosto de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXIX, anexo 54, folhas 14266 a 14362).

458. Cf. Lei Estadual de Direito das Mulheres a uma Vida Livre de Violência, publicada no Diário Oficial em 24 de janeiro de 2007 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIII, anexo 110, folhas 16144 a 16163).

459. Cf. Lei para Prevenir e Eliminar a Discriminação no Estado de Chihuahua, publicada no Diário Oficial em 7 de julho de 2007 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIII, anexo 111, folhas 16165 a 16178).

460. Cf. Lei Orgânica do Poder Judiciário do Estado de Chihuahua, publicada no Diário Oficial em 9 de agosto de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXIX, anexo 53, folhas 14187 a 14264).

tarefas em direitos humanos, acesso à justiça e reparação às vítimas.<sup>461</sup> Além disso, o Estado se referiu às reformas de 2006 e 2007 do Ministério Público do Estado de Chihuahua e a seus seguintes órgãos internos: i) a Agência Estadual de Investigação; ii) o Centro de Estudos Penais e Forenses; iii) o Departamento de Serviços Periciais e Ciências Forenses, e iv) o Departamento de Atendimento a Vítimas de Violência de Gênero e Violência Familiar.<sup>462</sup>

481. Em relação à segurança pública, o México afirmou que o Estado de Chihuahua criou, no ano de 2005, o programa “Chihuahua Seguro”. Entre as ações seguidas neste programa se encontram: i) o combate à impunidade; ii) a criação, em 2005, da Promotoria Especial de Crimes contra Mulheres em Ciudad Juárez, para um melhor atendimento de vítimas e um número telefônico de denúncia cidadã; iii) a capacitação das corporações municipais, em especial em direitos humanos, equidade, gênero; e iv) outras medidas para atender casos de violência contra as mulheres no âmbito familiar.<sup>463</sup> O Estado aludiu a uma Rede de Atendimento a Vítimas do Crime em Chihuahua, em coordenação com a CNDH.<sup>464</sup>
482. Do mesmo modo, o Estado afirmou que o Instituto Chihuahuense da Mulher (doravante denominado “o ICHIMU”) foi criado em agosto de 2002, para “impulsionar a igualdade de oportunidades na educação, capacitação, saúde, emprego, desenvolvimento, bem como potencializar o pleno exercício dos direitos das mulheres e fomentar a cultura da não violência para eliminar todas as formas de discriminação” e, em conformidade com o decreto de criação do ICHIMU, para implementar as políticas públicas que promovam o desenvolvimento integral das mulheres e sua participação plena na vida econômica, social, política, familiar e cultural.<sup>465</sup> O Estado indicou que o ICHIMU trabalha em duas vertentes: a institucionalização da perspectiva de gênero e a prevenção da violência contra as mulheres.
483. Dentro do contexto do planejamento e programação no Estado de Chihuahua, a Corte observa que foi apresentada informação em torno a cinco instrumentos que são resenhados a seguir: i) o Plano Estadual de Desenvolvimento 2004-2010 de Chihuahua (doravante denominado “o PEDCH”); ii) Programa para Melhorar a Condição da Mulher; iii) Programa Integral para Garantir o Direito das Mulheres a uma Vida Livre de Violência; iv) o Programa de Atendimento a Vítimas do Crime, e v) o Programa Integral de Segurança Pública entre 2003 e 2004.
484. O PEDCH considera as seguintes estratégias: i) fomentar espaços de participação e decisão para as mulheres, garantindo sua colaboração em iniciativas que permitam avançar na equidade de gênero; ii) reforçar a sensibilização sobre a perspectiva de gênero nos âmbitos social e governamental; iii) enfatizar a busca e aplicação de justiça na defesa e proteção da mulher e da família; iv) impulsionar reformas jurídicas que protejam a mulher em situação de violência; v) incrementar as ações institucionais de formação e informação no cuidado da saúde da mulher, e vi) promover a organização e desenvolvimento de projetos produtivos, que permitam diversificar fontes de emprego e rendadas mulheres, em especial de mulheres indígenas e localizadas em regiões rurais e localidades urbanas marginalizadas.<sup>466</sup>
485. Segundo o Estado, o Programa para Melhorar a Condição da Mulher, coordenado pelo Conselho Estadual de População do Estado de Chihuahua, tem como objetivo fortalecer de maneira interinstitucional as ações e os esforços dirigidos ao desenvolvimento integral da mulher que gerem condições e informação que lhes permita exercer plenamente suas liberdades e direitos.
486. Além disso, segundo o Estado, o Programa Integral para Garantir o Direito das Mulheres a uma Vida Livre de Violência, coordenado pelo Sistema Estadual para o Desenvolvimento Integral da Família de Chihuahua (doravante denominado “DIF”), promove uma cultura de não violência, em particular contra as mulheres, e uma cultura de denúncia de atos violentos cometidos contra mulheres, meninas, meninos e adultos mais velhos, incluindo ações dirigidas aos povos indígenas. Dentro das ações do DIF, o Estado destacou diversos programas, foros, jornadas de informação, oficinas e ações.<sup>467</sup> O Programa de Atendimento a Vítimas do Crime

461. Cf. Lei de Atendimento e Proteção a Vítimas ou Ofendidos pelo Crime do Estado de Chihuahua, publicada no Diário Oficial em 21 de outubro de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXIX, anexo 58, folhas 14506 a 14513).

462. Cf. Lei Orgânica do Ministério Público do Estado de Chihuahua, publicada no Diário Oficial em 9 de agosto de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XXXIX, anexo 52, folhas 14174 a 14185).

463. Cf. Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua, relatório sobre as políticas institucionais implementadas para prevenir, investigar, punir e eliminar a violência contra as mulheres (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XL, anexo 60, folha 14946).

464. Cf. CNDH, Segundo Relatório de Avaliação Integral, folha 4714, nota 79 *supra*.

465. Cf. Decreto N° 274/02-II-P.O de 30 de maio de 2002 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIII, anexo 112, folhas 16179 a 16193).

466. Cf. Relatório da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua, folha 14944, nota 463 *supra*.

467. Cf. Relatório da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua, folhas 14951 e 14952, nota 463 *supra*.

é aplicado desde 1998 pela FEIHM (par. 270 *supra*), mas foi reestruturado no início de 2004,<sup>468</sup> e o Estado afirmou que foi constituído para “criar um vínculo direto de assistência para a localização e apoio entre as vítimas, seus familiares e as instituições estatais competentes”. Finalmente, o Estado afirmou que o Programa Integral de Segurança Pública teve como objetivo a coordenação das forças de segurança das três esferas de governo no Estado de Chihuahua.

487. Em relação à competência federal, a Subcomissão de Coordenação e Contato para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez (doravante denominada “a SCEPEVM”) foi criada em 6 de junho de 2003 para “analisar a situação de violência contra as mulheres em Ciudad Juárez e propor uma política pública integral, com linhas de ação em distintos âmbitos a favor das meninas e mulheres de Ciudad Juárez”.<sup>469</sup>
488. Em 22 de julho de 2003, a SCEPEVM anunciou em Ciudad Juárez o Programa de Ações de Colaboração do Governo Federal para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres de Ciudad Juárez (“Programa das 40 ações”). O Programa das 40 ações “foi elaborado para atender as múltiplas causas vinculadas aos homicídios e desaparecimentos de mulheres em Ciudad Juárez”, e “baseia suas ações nas três principais áreas de ação que derivam das diversas recomendações recebidas: Busca de Justiça e Prevenção do Crime, Promoção Social e Direitos Humanos da Mulher”.<sup>470</sup>
489. A Corte observa que o Programa das 40 ações se baseou em três princípios fundamentais: i) coordenação, ii) participação social, e iii) a transparência, e possuía três eixos estratégicos: i) busca de justiça e prevenção do crime, com 15 ações; ii) promoção social, com 14 ações; e iii) direitos humanos da mulher, com 11 ações.<sup>471</sup>
490. O Programa das 40 ações teve continuação com a Comissão para Ciudad Juárez (par. 127 *supra*), criada em 18 de fevereiro de 2004 como um órgão descentralizado da Secretaria de Governo, dependente do Executivo Federal. A Comissão para Ciudad Juárez começou a operar no final de 2003.<sup>472</sup> A atividade da Comissão para Ciudad Juárez se concentrava em quatro linhas de ação: i) atenção direta a vítimas, ii) verdade e justiça; iii) políticas públicas com perspectiva de gênero, e iv) fortalecimento do tecido social.<sup>473</sup> A Comissão para Juárez contava com dois escritórios, um em Ciudad Juárez e outro na Cidade do México, para o cumprimento de suas funções.<sup>474</sup> A Corte observa que a Comissão para Juárez foi substituída em junho de 2009 pela Comissão Nacional para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres para atender a problemática da violência contra as mulheres no âmbito nacional.<sup>475</sup>
491. Existe um fundo de apoio econômico que funciona em Ciudad Juárez, o qual será explicado posteriormente ao avaliar as indenizações entregues no presente caso (par. 556 a seguir). Por outro lado, no âmbito federal, o INMUJERES recebeu em 2008 um orçamento de pouco mais de \$529.000.000,00 (quinhentos e vinte e nove milhões de pesos mexicanos), dos quais \$290.000.000,00 (duzentos e noventa milhões de pesos mexicanos) foram destinados a estados e municípios para fortalecer as instâncias da mulher e organismos da sociedade civil que trabalham no tema. Entre essas instâncias, o Estado se referiu ao Fundo de Apoio aos Mecanismos para o Progresso das Mulheres nas Entidades Federativas para o Atendimento das Mulheres Vítimas de Violência de Gênero, que teve um orçamento de \$112.300.000,00 (cento e doze milhões e trezentos mil pesos mexicanos) que foi fornecido aos estados de maneira equitativa para fortalecer as iniciativas locais em matéria de combate à violência de gênero.<sup>476</sup> Os representantes e a Comissão não contradisseram estas cifras.

468. Em fevereiro de 2004 foi instalada na FEIHM a base de dados do Registro Nacional de Vítimas do Crime e foi anunciada a criação do Banco de Dados em Genética Forense (Cf. Promotoria Especial para a Atenção de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Chihuahua, Primeiro Relatório, 3 de junho de 2004, expediente de anexos à demanda, tomo X, anexo 79, folhas 3103 e 3098).

469. Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1940 e 1970, nota 64 *supra*, e Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Terceiro Relatório de Gestão, folha 9030, nota 101 *supra*.

470. Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1938 a 1940, nota 64 *supra*; Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Relatório Final, folhas 7449 e 7450, nota 87 *supra*.

471. Cf. Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Terceiro Relatório de Gestão, folhas 9156 a 9292, nota 101 *supra*, e Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1938 a 1940, nota 64 *supra*.

472. Cf. Decreto através do qual se cria como órgão administrativo descentralizado da Secretaria de Governo, a Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, publicado no Diário Oficial da Federação em 18 de fevereiro de 2004 (expediente de anexos ao escrito de alegações finais do Estado, tomo XLIX, anexo 7, folhas 17403 e 17404) e Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Primeiro relatório de Gestão, folha 8690, nota 67 *supra*.

473. Cf. Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Primeiro relatório de Gestão, folha 8708, nota 67 *supra*.

474. Cf. Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Primeiro relatório de Gestão, folha 8707, nota 67 *supra*.

475. Cf. Decreto através do qual se cria como órgão administrativo descentralizado da Secretaria de Governo, a Comissão Nacional para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres, publicado no Diário Oficial da Federação em 1º de junho de 2009 (expediente de anexos ao escrito de alegações finais do Estado mexicano, tomo XLIX, anexo 8, folhas 17406 a 17409).

476. Cf. Orçamento da Federação para o Exercício Fiscal 2008, publicado no Diário Oficial da Federação em 13 de dezembro de 2007 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIII, anexo 85, folhas 15794 a 15910). No orçamento aparece que o INMUJERES recebeu 543,2

492. Através do INMUJERES, entre outras atividades e ações, o Estado ministrou diversas oficinas e capacitações a funcionários públicos, além de ter fortalecido centros de atenção e refúgio para mulheres e centros de atenção a homens violentos, incluindo centros em Ciudad Juárez.<sup>477</sup> O INMUJERES, criado em 2001, entre outras atividades, i) elaborou políticas públicas de erradicação de mensagens discriminatórias ou violentas contra as mulheres ou com estereótipos de gênero em meios de comunicação; ii) elaborou pautas publicitárias para prevenir a violência contra as mulheres em estações de rádio e canais de televisão em Chihuahua; iii) realizou campanhas de erradicação de violência de gênero; iv) direcionou vítimas a instituições de apoio através do serviço de atendimento de violência de gênero; v) financiou o projeto do Centro para o Desenvolvimento Integral da Mulher A.C., denominado “Pelos Direitos das Mulheres Vítimas do Femicídio em Juárez”; vi) financiou, em 2003, em coordenação com o Conselho Nacional de Ciência e Tecnologia (CONACYT) a elaboração de um diagnóstico sobre a incidência de violência de gênero em Ciudad Juárez, Chihuahua e em cinco entidades federativas mais, e vii) elaborou o “Diagnóstico Geo-socioeconômico de Ciudad Juárez e sua Sociedad”. Os representantes e a Comissão não contradisseram a existência e alcances destes projetos e ações.

\*\*\*

493. A Corte observa que nem a Comissão nem os representantes objetaram a existência ou validade dos organismos e programas referidos pelo Estado anteriormente, bem como as avaliações que o Estado fez de cada um deles. Tampouco a Comissão ou os representantes argumentaram suficientemente quais são as deficiências práticas das ações desenvolvidas pelo Estado até hoje, nem precisaram de que forma as medidas adotadas pelo Estado, em seu conjunto, não podem ser consideradas como uma “política integral e coordenada”. A esse respeito, o Tribunal recorda que em conformidade com o artigo 34.1 do Regulamento, é dever da Comissão expressar na demanda suas pretensões de reparações e custas, bem como seus fundamentos de direito e suas conclusões pertinentes. Este dever de motivação e fundamentação não se cumpre com petições genéricas às quais não se anexa prova ou argumentação, de fatos ou direito, que permita analisar sua finalidade, razoabilidade e alcance. O mesmo é aplicável aos representantes.

\*\*\*

494. O Tribunal aprecia os esforços do Estado mexicano para adequar formalmente sua legislação, outros atos jurídicos e instituições e para realizar diversas ações orientadas a combater a violência por razão de gênero, tanto no Estado de Chihuahua como no âmbito federal, bem como seu esforço para adequar seu sistema judiciário em matéria penal no âmbito local e federal. Estes avanços constituem indicadores estruturais relacionados com a adoção de normas que, em princípio, têm como objetivo enfrentar a violência e discriminação contra a mulher em um contexto como o que foi provado no presente caso.

495. Entretanto, a Corte não conta com informação suficiente e atualizada para poder avaliar se, através destes atos jurídicos, instituições e ações: i) foi gerada uma efetiva prevenção e investigação dos casos de violência contra a mulher e homicídios por razões de gênero; ii) os responsáveis foram processados e sancionados, e iii) as vítimas reparadas; tudo isso no âmbito do contexto provado no presente caso. Assim, por exemplo, nenhuma das partes ofereceu informação precisa sobre a ocorrência de crimes similares aos do presente caso entre os anos de 2006 a 2009.<sup>478</sup> Em particular, o Tribunal não pode se pronunciar sobre a existência de uma política integral para superar a situação de violência contra a mulher, discriminação e impunidade, sem informação sobre as falhas estruturais que atravessam estas políticas, os problemas em seus processos de implementação e seus resultados sobre o gozo efetivo de direitos por parte das vítimas desta violência. Assim mesmo, a Corte não conta com indicadores de resultado em relação a como as políticas implementadas pelo Estado possam constituir reparações com perspectiva de gênero, enquanto: i) questionem e estejam em capacidade de modificar, através de medidas especiais o *status quo* que causa e mantém a violência contra a

---

milhões de pesos mexicanos.

477. Cf. Lei do Instituto Nacional das Mulheres, publicada no Diário Oficial da Federação em 12 de janeiro de 2001 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIII, anexo 87, folhas 16010 a 16047). Algumas das atividades que o Estado menciona se encontram contidas no Anexo do Sexto Relatório Periódico do México em cumprimento da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, novembro de 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLII, anexo 82, folha 15479).

478. Em suas alegações finais escritas de junho de 2009, os representantes afirmaram que “de 2008 até a presente data 24 meninas e mulheres desapareceram em Ciudad Juárez sem que se conheça seu paradeiro e sem que as autoridades tenham realizado diligências suficientemente sérias e exaustivas para localizá-las”, segundo uma “cifra computada com informação oficial registrada” pela organização civil Nossas Filhas de Regresso à Casa A.C. Entretanto, perante a Corte não se precisou qual era essa informação oficial, nem com base em que metodologia se obtinha esta cifra. Tampouco se anexou nenhum documento probatório a esse respeito.

mulher e os homicídios por razões de gênero; ii) tenham constituído claramente um avanço na superação das desigualdades jurídicas, políticas e sociais, formais ou *de facto*, que sejam injustificadas por causar, fomentar ou reproduzir os fatores de discriminação por razão de gênero, e iii) sensibilizem os funcionários públicos e a sociedade sobre o impacto dos fatores de discriminação contra as mulheres nos âmbitos público e privado.

496. Essa insuficiência de argumentação por parte da Comissão, dos representantes e do Estado impede o Tribunal de se pronunciar se as políticas públicas atualmente desenvolvidas constituem realmente uma garantia de não repetição quanto ao ocorrido no presente caso.

#### 4.2.2. *Padronização dos protocolos, critérios de investigação, serviços periciais e de aplicação de justiça para combater desaparecimentos e homicídios de mulheres e os distintos tipos de violência contra as mulheres*

497. A Comissão solicitou, em geral, que a Corte ordene ao Estado fortalecer sua capacidade institucional para combater o padrão de impunidade frente a casos de violência contra as mulheres em Ciudad Juárez através de investigações penais efetivas, às quais deve ser dado um acompanhamento judicial constante, garantindo assim a adequada sanção e reparação.

498. Os representantes afirmaram que as práticas de busca e aplicação de justiça devem ser modificadas a partir de suas raízes e devem incluir todas as etapas de investigação, preservação de provas e evidências, de proteção do local dos fatos, de levantamento dos corpos, da cadeia de custódia, etc. Além disso, solicitaram que fosse padronizado e harmonizado o sistema de justiça penal estatal ou de prevenção e investigação do crime com as necessidades de respeito dos direitos humanos das mulheres, principalmente protocolos e manuais de investigação.

499. Em relação ao Novo Código Penal do Estado de Chihuahua, vigente desde 2007, o Estado afirmou que foram reformados: i) os crimes de homicídio doloso e sequestro em detrimento de mulheres ou menores de idade, de forma que se existe concorrência de crimes, mesmo quando isso exceda a pena de prisão de 60 anos, deverá ser imposta a pena por cada crime; ii) o crime de homicídio simples, de modo que se a vítima do crime é uma mulher ou um menor de idade é aplicada uma pena de 30 a 60 anos no lugar de uma pena de 8 a 20 anos de prisão, além da pena que se acumule por cada crime adicional ainda que se exceda a pena máxima de prisão de 60 anos, e iii) o crime de lesões, de forma que se for causada lesão a um ascendente, descendente, irmão, cônjuge, concubina ou concubino, casal, adotante ou adotado, aumenta em uma terceira parte a pena que corresponda. Finalmente, afirmou que este código castiga os atos de violência familiar nos termos da Lei Estadual do Direito das Mulheres a uma Vida Livre de Violência.<sup>479</sup>

500. Em relação ao novo Código de Processo Penal do Estado de Chihuahua, vigente desde 2006, o Estado afirmou que o mesmo: “estabelece que não serão aplicados os critérios de oportunidade para o exercício da ação penal em caso de crimes contra a liberdade e segurança sexuais, ou de violência familiar, por afetar gravemente o interesse público”. Além disso, este código prevê que nos casos de crimes sexuais e de violência familiar, a vítima conte “com assistência integral por parte das unidades especializadas da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua, que intervirão com a devida diligência, aplicando os protocolos emitidos”. Finalmente, informou que se contempla a medida cautelar de separação imediata do provável delinquente do domicílio quando se trate de agressões a mulheres.<sup>480</sup>

501. O Estado anexou modelos de protocolos como prova<sup>481</sup> e, a esse respeito, afirmou que “para cada tipo de crime se segue um protocolo específico. No caso dos homicídios de mulheres, conta-se com os protocolos relativos aos crimes de ordem sexual, lesões, criminalística de campo, atendimento a vítimas, atenção em crises, química forense, medicina forense, homicídio, suicídio e morte acidental”. Afirmou que a PGJCH difundiu amplamente o conteúdo da Declaração sobre Eliminação da Discriminação contra a Mulher, da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e da Convenção de Belém do Pará.

502. A Corte ordenou em outros casos normalizar, em conformidade com os padrões internacionais, os parâmetros

479. Cf. Artigos 32, parágrafo terceiro; 125, parágrafo segundo; 126; 130, e 193 do Código Penal do Estado de Chihuahua, folhas 14371, 14390, 14391 e 14404, nota 456 *supra*.

480. Cf. Artigo 83, inciso I, parágrafo segundo; 121, último parágrafo, e 169, inciso IX do Código de Processos Penais do Estado de Chihuahua, folhas 14281, 14291 e 14301, nota 457 *supra*.

481. Cf. Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua, Protocolos de Investigação em Criminalística e Protocolos de Pessoal Especializado em Atendimento a Vítimas (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo XLVII, anexo 3, folhas 16955 a 17082).

para investigar, realizar a análise forense e julgar.<sup>482</sup> O Tribunal considera que no presente caso o Estado deve, em um prazo razoável, continuar com a padronização de todos os seus protocolos, manuais, critérios de investigação, serviços periciais e de aplicação de justiça utilizados para investigar todos os crimes que se relacionem com desaparecimentos, violência sexual e homicídios de mulheres, em conformidade com o Protocolo de Istambul, o Manual sobre a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias e Sumárias das Nações Unidas e os padrões internacionais de busca de pessoas desaparecidas, com base em uma perspectiva de gênero. A esse respeito, deverá ser apresentado um relatório anual durante três anos.

#### 4.2.3. Implementação de um programa de busca e localização de mulheres desaparecidas no Estado de Chihuahua

503. Os representantes solicitaram revisar, reelaborar e reestruturar a “Operação Alba” com “a participação de especialistas internacionais na matéria que permitam [...] estabelecer um programa de investigação e documentação de resposta imediata [que conte com] os recursos financeiros correspondentes para seu adequado funcionamento”. Argumentaram, ademais, que “as operações de ‘reação imediata’ [vigentes] não constituem uma medida efetiva para atender de imediato um relato de desaparecimento ou extravio e, sobretudo, que não constituem ações corretas e efetivas que impeçam a realização de condutas criminais contra as mulheres e as meninas de Ciudad Juárez”, devido principalmente a que “os critérios para classificar os desaparecimentos como de ‘Alto Risco’ não são claros nem objetivos e revestem critérios discriminatórios” ou, inclusive, devido a que funcionários se negam a implementar as medidas urgentes sem uma justificativa plausível.
504. A Corte observa que, em 22 de julho de 2003, o Estado implementou a Operação Alba com o “objetivo [de] estabelecer uma vigilância extraordinária à já existente nas regiões de alto risco para mulheres e onde houve descobertas [...] de vítimas de homicídios”. Posteriormente, em 12 de maio de 2005, foi colocado em prática o Protocolo de Atendimento, Reação e Coordenação entre autoridades federais, estaduais e municipais em caso de desaparecimento de mulheres e meninas no Município de Juárez ou “Protocolo Alba”, onde foi estabelecido, por acordo e consenso das instituições participantes, um mecanismo de atendimento, reação e coordenação entre autoridades dos três âmbitos de governo em caso de desaparecimento de mulheres e meninas em Ciudad Juárez. Até outubro de 2006, o protocolo havia sido “ativado em oito ocasiões [desde sua criação], das quais permitiu localizar sete mulheres e dois meninos em situação de desaparecimento ou perda.<sup>483</sup>
505. O Tribunal avalia positivamente a criação da “Operação Alba” e do “Protocolo Alba” como uma forma de oferecer maior atenção ao desaparecimento de mulheres em Ciudad Juárez. Entretanto, observa que estes programas de busca unicamente são colocados em prática quando se apresenta um desaparecimento de “alto risco”, critério que segundo diversos relatórios, somente era satisfeito quando se apresentavam relatos com “características específicas”<sup>484</sup> a saber: “existe certeza de que [as mulheres] não tinham motivos para abandonar o lar”, trata-se de uma menina,<sup>485</sup> “a jovem [tinha] uma rotina estável”<sup>486</sup> e que o relato “tivesse características vinculadas com os homicídios ‘em série’”.<sup>487</sup>
506. A Corte considera que o Protocolo Alba ou qualquer outro dispositivo análogo em Chihuahua deve seguir, entre outros, os seguintes parâmetros: i) implementar buscas de ofício e sem nenhuma demora quando se apresentem casos de desaparecimento, como uma medida dirigida a proteger a vida, liberdade pessoal e a integridade pessoal da pessoa desaparecida; ii) estabelecer um trabalho coordenado entre diferentes corpos de segurança para encontrar o paradeiro da pessoa; iii) eliminar qualquer obstáculo de fato ou de direito que reduza a efetividade da busca ou que faça impossível seu início, como exigir investigações ou procedimentos preliminares; iv) designar os recursos humanos, econômicos, logísticos, científicos ou de qualquer índole que sejam necessários para o êxito da busca; v) confrontar o relatório de desaparecimento com a base de dados de pessoas desaparecidas referida na seção 4.2.4 a seguir, e vi) priorizar as buscas em áreas onde razoavelmente

482. Cf. *Caso Gutiérrez Soler Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 12 de setembro de 2005. Série C N° 132, pars. 109 e 110.

483. Cf. Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Terceiro Relatório de Gestão, folha 9054, nota 101 supra.

484. Cf. Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua, Ofício encaminhado ao Diretor de Direitos Humanos da Secretaria de Relações Exteriores, 17 de fevereiro de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLII, anexo 75, folha 15381).

485. Cf. Relatório do México elaborado pelo CEDAW, folha 1929, nota 71 supra.

486. Cf. CNDH, Relatório Especial, folha 2174, nota 66 supra, e Anistia Internacional, *Mortes Intoleráveis*, folha 2274, nota 64 supra.

487. Cf. CIDH, Situação dos Direitos da Mulher em Ciudad Juárez, folha 1746, nota 64 supra.

seja mais provável encontrar a pessoa desaparecida sem rejeitar arbitrariamente outras possibilidades ou áreas de busca. Todo o anterior deverá ser ainda mais urgente e rigoroso quando a desaparecida seja uma menina. A esse respeito, deverá ser apresentado um relatório anual durante três anos.

507. Por outro lado, a Comissão para Ciudad Juárez informou que, em março de 2005, criou o site [www.mujeresdesaparecidascdjuarez.gob.mx](http://www.mujeresdesaparecidascdjuarez.gob.mx) onde se encontram dados de algumas mulheres, jovens e meninas desaparecidas em Ciudad Juárez.<sup>488</sup> A Corte nota que o site deixou de ser atualizado a partir de dezembro de 2006.
508. A esse respeito, e levando em consideração que uma rede de informática através da qual qualquer pessoa possa fornecer informação sobre uma mulher ou menina desaparecida pode ser útil para localizá-la, a Corte, como o dispôs em outras ocasiões,<sup>489</sup> ordena a criação de um site que conterá a informação pessoal necessária de todas as mulheres, jovens e meninas que desapareceram em Chihuahua desde 1993 e que continuam desaparecidas. Esse site deverá permitir que qualquer indivíduo se comunique por qualquer meio com as autoridades, inclusive de maneira anônima, a fim de proporcionar informação relevante sobre o paradeiro da mulher ou menina desaparecida ou, se for o caso, de seus restos. A informação contida no site deverá ser atualizada permanentemente.

#### 4.2.4. *Confrontação de informação genética de corpos não identificados de mulheres ou meninas privadas da vida em Chihuahua com pessoas desaparecidas no âmbito nacional*

509. Os representantes solicitaram que seja criada uma base de dados de âmbito nacional para facilitar a identificação das pessoas relatadas como desaparecidas. Também afirmaram que é necessário implementar uma base de dados nacional que permita confrontar a informação de pessoas desaparecidas com informação de pessoas que foram encontradas sem vida e que foram registradas como não identificadas.
510. O Estado não se pronunciou especificamente a esse respeito. Entretanto, fez referência ao denominado "Programa de Identidade Humana", quando propôs aos familiares das vítimas que colaborassem com a EAAF a fim de confirmar a identidade dos corpos encontrados na plantação de algodão.
511. Embora o Tribunal observe que o Estado criou um registro de dados de mulheres desaparecidas no Município de Juárez e um banco de dados em genética forense,<sup>490</sup> a Corte não tem elementos probatórios que lhe permitam concluir que o Estado tenha criado uma base de dados de pessoas desaparecidas de âmbito nacional. Por outro lado, embora a Corte observe que existe um banco de dados em genética forense com informação genética de alguns familiares de vítimas de homicídio por razão de gênero e de alguns corpos encontrados,<sup>491</sup> ao Tribunal não lhe consta que o Estado houvesse confrontado a informação de mulheres desaparecidas no âmbito nacional, bem como a informação genética de familiares dessas pessoas desaparecidas com a informação genética extraída dos corpos de qualquer mulher ou menina privada da vida e não identificada em Chihuahua. Tampouco consta nos autos informação que permita à Corte determinar a suficiência dos dados contidos nas referidas bases, bem como a eficácia e os resultados que estas bases de dados tiveram dentro da investigação dos desaparecimentos e homicídios de mulheres em Ciudad Juárez.
512. A Corte considera que a racionalidade de criar uma base de dados de mulheres e meninas desaparecidas de âmbito nacional e a atualização e confrontação da informação genética proveniente de familiares de pessoas desaparecidas e de corpos não identificados responde à possibilidade de que os corpos de algumas mulheres ou meninas encontradas em Chihuahua pertençam a pessoas desaparecidas em outras entidades federativas, inclusive de outros países. Por isso, como o dispôs em outros casos,<sup>492</sup> a Corte ordena: i) a criação ou atualização de uma base de dados que contenha a informação pessoal disponível de mulheres e meninas desaparecidas no âmbito nacional; ii) a criação ou atualização de uma base de dados com a informação pessoal que seja necessária, principalmente genética e amostras celulares, dos familiares das pessoas desaparecidas que consintam – ou que assim o ordene um Juiz - para que o Estado armazene esta informação pessoal unicamente com objetivo de localizar a pessoa desaparecida, e iii) a criação ou atualização de uma base de

488. Cf. Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Terceiro Relatório de Gestão, folha 9200, nota 101 *supra*.

489. Cf. *Caso das Irmãs Serrano Cruz Vs. El Salvador*, par. 190, nota 454 *supra*.

490. Cf. Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Relatório final, folhas 14582 e 14587 a 14594, nota 87 *supra*.

491. Cf. Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Relatório final, folhas 14582 e 14587 a 14594, nota 87 *supra*.

492. Cf. *Caso Molina Theissen Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 3 de julho de 2004. Série C Nº 108, par. 91; *Caso das Irmãs Serrano Cruz Vs. El Salvador*, par. 193, nota 454 *supra*, e *Caso Servellón García e outros Vs. Honduras*, par. 203, nota 308 *supra*.



dados com a informação genética e amostras celulares proveniente dos corpos de qualquer mulher ou menina não identificada que for privada da vida no Estado de Chihuahua. O Estado a todo momento deverá proteger os dados pessoais contidos nestas bases de dados.

*4.2.5. Criação de uma figura legislativa para atrair os casos do foro comum ao foro federal quando se apresentem condições de impunidade ou se confirmem irregularidades de mérito nas averiguações prévias*

513. Os representantes afirmaram que é necessário contar com um mecanismo legal contido nas leis nacionais para facilitar e enquadrar a atração dos casos do foro comum ao foro federal, devido a que neste caso “um dos principais problemas que permitiram e ainda permitem as violações aos direitos humanos das vítimas de violência contra as mulheres e feminicídio é a impossibilidade de que a Federação intervenha, revise e se for o caso corrija as irregularidades e deficiências dos inquéritos realizados no foro comum”. Afirmaram que embora no âmbito federal tenha sido criada em 2004 a Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres de Ciudad Juárez, esta nunca teve facultades legais para propor ou corrigir as atuações dos funcionários do foro comum. Além disso, especificaram que ainda que tenha sido criada em 2004, a Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados com os Homicídios de Mulheres no Município de Ciudad Juárez, esta somente revisou as investigações prévias no foro comum em relação a negligências e responsabilidades de funcionários que nelas haviam participado, sem revisar, propor, intervir ou corrigir deficiências que havia encontrado já que seu mandato não a facultava para isso.
514. O Estado informou quem em 29 de agosto de 2003m foi criada a Agência Mista do Ministério Público no Município de Ciudad Juárez, Chihuahua, para a Investigação de Homicídios de Mulheres e dos Crimes Conexos (doravante denominada “a Agência Mista”), por meio de um convênio de colaboração entre a PGR e a PGCH. De acordo com a prova apresentada pelas partes, o objetivo da Agência Mista era perseguir os crimes dentro de um contexto de plena colaboração e coordenação entre as duas procuradorias e instrumentar ações conjuntas nas investigações dirigidas a esclarecer os homicídios de mulheres neste município. A Promotoria Especial Federal para Juárez coordenava e supervisionava a representação do Ministério Público da Federação que formava a Agência Mista.<sup>493</sup>
515. Em 30 de janeiro de 2004, foi criada a Promotoria Especial de âmbito federal. Segundo o alegado pelo Estado, a Promotoria Especial Federal para Juárez dependia da PGR e “era competente para dirigir, coordenar e supervisionar as investigações dos crimes relacionados com homicídios de mulheres do município de Juárez, Chihuahua, em exercício da faculdade de atração naqueles casos que tiveram conexão com algum crime federal”. Esta afirmação não foi controvertida pela Comissão ou pelos representantes. Entre as funções da Promotoria Especial se encontrava a de “revisar [...] e investigar cada um dos autos que contêm informação sobre homicídios e desaparecimentos de mulheres, e investigar com responsabilidade os casos em que encontrem provas de negligência, ineficiência ou tolerância por parte de servidores públicos, a fim de evitar a impunidade e punir aqueles que tenham deixado de cumprir seu dever”.<sup>494</sup> A Corte observa que a Promotoria Especial desenvolveu quatro programas específicos dentro de seu plano de trabalho: i) sistematização da informação sobre homicídios de mulheres e crimes relacionados; ii) atendimento a crimes relacionados com homicídios; iii) atendimento a denúncias de mulheres desaparecidas, e iv) atendimento a vítimas.<sup>495</sup>
516. A Promotoria Especial concluiu sua atuação em 2006, quando foi revogado o acordo de criação de 2004.<sup>496</sup> Em 16 de fevereiro de 2006, a PGR entregou à CNDH o relatório final da Promotoria Especial. A CNDH afirmou que “não foi informado no relatório final nenhum avanço significativo aos três relatórios anteriores, a respeito dos quais, inclusive, esta Comissão Nacional comentou pontualmente em seu Relatório de avaliação de 23 de agosto de 2005”.<sup>497</sup>
517. A Promotoria Especial foi substituída posteriormente em duas ocasiões: em 16 de fevereiro de 2006 pela Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes Relacionados com Atos de Violência contra as Mulheres,

493. Cf. Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Chihuahua, Primeiro Relatório, folhas 2999 a 3142, nota 468 *supra*; Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Relatório final, folha 14536, nota 87 *supra*, e Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folha 1939, nota 64 *supra*.

494. Cf. Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Relatório final, folha 14532, nota 87 *supra*.

495. Cf. Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Relatório final, folhas 14532, 14536 e 14537, nota 87 *supra*.

496. Cf. Procuradoria Geral da República, Acordo N° A/003/06, folha 15464, nota 498 *supra*.

497. Cf. CNDH, Segundo Relatório de Avaliação Integral, folha 4664, nota 72 *supra*.

ligada ao Gabinete do Procurador Geral da República, com o objetivo de atender crimes relacionados com atos de violência contra as mulheres no país;<sup>498</sup> e, em 31 de janeiro de 2008, pela Promotoria Especial para os Crimes de Violência contra as Mulheres e Tráfico de Pessoas, ligada também ao Gabinete do Procurador Geral da República, para investigar e perseguir crimes federais relacionados com fatos de violência contra as mulheres, bem como os de tráfico de pessoas.<sup>499</sup>

518. No âmbito local, em agosto de 2005, o Estado de Chihuahua modificou o objetivo de criação da FEIHM, já que, segundo o Estado, “antes se concentrava exclusivamente nos homicídios que tivessem um motivo sexual”, incluindo desde aquela data “todos os casos de homicídios dolosos nos quais as vítimas fossem mulheres”.<sup>500</sup>
519. A Corte observa que a atividade da Promotoria Especial esteve limitada a sistematizar a informação dos homicídios de mulheres em Ciudad Juárez e somente a investigar os crimes que pertencessem ao foro federal.<sup>501</sup> O Tribunal tampouco tem informação atualizada sobre o funcionamento e efetividade da renovada FEIHM.
520. Os representantes não sustentaram seu pedido de reparação em argumentos claros, pertinentes e suficientes sobre os problemas de acesso à justiça que se derivariam do direito interno aplicável à figura de atração ao foro federal. Tampouco argumentaram sobre a prova específica em torno a políticas elaboradas pelo Estado para solucionar a problemática sobre a matéria durante os últimos anos. Isso impede o Tribunal de se pronunciar sobre este pedido de reparação.

#### 4.2.6. Proibição a todo funcionário de discriminar por razão de gênero

521. Os representantes solicitaram a proibição expressa e sancionada a todo funcionário presente ou futuro dentro dos três níveis de governo que declarasse ou atuasse depreciando ou minimizando as violações aos direitos das mulheres, em particular a negação ou minimização da existência de violência contra as mulheres dentro do contexto de homicídios por motivos de gênero em Ciudad Juárez. Afirmaram que, em distintos momentos históricos, o Estado mexicano insistiu em reduzir, desvirtuar e minimizar as causas e efeitos dos homicídios e desaparecimentos de centenas de mulheres nessa cidade, e agregaram que a atitude das autoridades foi notoriamente discriminatória.
522. O Estado informou sobre a Lei Geral para a Igualdade entre Mulheres e Homens, publicada em 2006, que tem por objetivo regulamentar e garantir a igualdade entre mulheres e homens e propor as diretrizes e mecanismos institucionais que orientem o Estado mexicano para o cumprimento da igualdade substantiva nos âmbitos público e privado, promovendo o empoderamento das mulheres. A lei criou o Sistema Nacional para a Igualdade entre Mulheres e Homens, instalado em 2007 e, dentro do âmbito de aplicação da mesma, foi colocado em prática o Programa Nacional para a Igualdade entre Mulheres e Homens 2008-2012.<sup>502</sup> Por sua vez, o Programa Nacional para a Igualdade entre Mulheres e Homens 2008-2012 foi apresentado em 2008 dentro do âmbito do Plano Nacional de Desenvolvimento 2007-2012<sup>503</sup> e o Estado afirmou que “contribui ao sucesso dos objetivos, estratégias e prioridades nacionais em matéria de igualdade substantiva entre mulheres e homens”. Este programa é dirigido pelo INMUJERES. A lei foi replicada no Estado de Chihuahua desde o ano de 2007, com a publicação da Lei para Prevenir e Eliminar a Discriminação do Estado de Chihuahua.<sup>504</sup>
523. O Estado alegou que a Lei Geral de Acesso das Mulheres a uma Vida Livre de Violência, publicada em 2007, estabelece “as bases para a prevenção, atendimento e erradicação da violência contra as mulheres de qualquer idade no âmbito público e privado”, bem como os “preceitos de orientação para que as mulheres contem com acesso a uma vida livre de violência no âmbito federal e local: igualdade jurídica entre a mulher e o homem; respeito à dignidade humana das mulheres; a não discriminação e liberdade das mulheres”. Acrescentou que esta lei “identifica os mecanismos para a prevenção, proteção e assistência às mulheres e meninas para erradicar

498. Cf. Procuradoria Geral da República, Acordo N° A/003/06, 19 de janeiro de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLII, anexo 78, folhas 15462 a 15465).

499. Cf. Procuradoria Geral da República, Acordo N° A/024/08, 29 de janeiro de 2008 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLII, anexo 80, folhas 15470 a 15473).

500. Cf. Relatório sobre o México produzido pelo CEDAW, folhas 1937 e 1963, nota 64 *supra*, e CNDH, Segundo Relatório de Avaliação Integral, folha 4697, nota 72 *supra*.

501. Cf. Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Relatório final, folhas 14532, 14538, 14539 e 14544, nota 87 *supra*.

502. Cf. Lei Geral para a Igualdade entre Mulheres e Homens, publicada no Diário Oficial da Federação em 2 de agosto de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIII, anexo 106, folhas 16079 a 16089).

503. Cf. Plano Nacional de Desenvolvimento 2007-2012, estratégia 5.4 do eixo 1 e objetivo 16 do eixo 3 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLII, anexo 84, folhas 15495 a 15792).

504. Cf. Lei para Prevenir e Eliminar a Discriminação no Estado de Chihuahua, folhas 16164 a 16178, nota 459 *supra*.

a violência contra elas e contempla a obrigação dos órgãos de segurança pública dos estados, dos municípios e da federação, bem como dos órgãos de aplicação de justiça, de oferecer um atendimento adequado e especial às vítimas mulheres”.<sup>505</sup> Finalmente, a Lei para a Proteção dos Direitos de Meninas, Meninos e Adolescentes prevê que a proteção de seus direitos tem como objetivo assegurar um desenvolvimento pleno e integral, o que implica a oportunidade de formação física, mental, emocional, social e moralmente em condições de igualdade.<sup>506</sup>

524. Além disso, o México regulamentou no Estado de Chihuahua um tipo delitivo de discriminação e uma sanção administrativa para funcionários públicos que discriminem em conformidade com a Lei Federal de Responsabilidades dos Servidores Públicos.<sup>507</sup>

525. Os representantes não argumentaram sobre os vazios e insuficiências deste tipo de normas, programas e ações, razão pela qual o Tribunal não conta com elementos para se pronunciar sobre seu pedido.

#### *4.2.7. Lei para regulamentar os apoios para as vítimas de homicídios por razões de gênero*

526. Os representantes solicitaram ao Tribunal “a criação de uma [l]ei que regule [.] objetivamente os apoios específicos para as vítimas do feminicídio, bem como os padrões mínimos para o acompanhamento e avaliação destes apoios”. Este pedido foi justificado em virtude de que os apoios, de caráter social ou de compensação geral, implementados pelo Estado até a presente data, não podem estar ao arbítrio dos funcionários de turno, e porque os apoios não foram fixados nem estabelecidos com base em critérios internacionais de reparação do dano, mas sob critérios políticos e de governo.

527. O Estado não se pronunciou especificamente a esse respeito. Entretanto, a Corte observa que o Estado, ao conceder os apoios aos que este Tribunal se referirá mais adiante, atribuiu-lhes o caráter de indenizações adicionais às que ofereceu em seu escrito de contestação de demanda (par. 550 a seguir), e inclusive afirmou que o contato das autoridades mantido com os familiares das vítimas devia ser tomado “como uma mostra da boa-fé do Estado para reparar as consequências das irregularidades aceitas pelas autoridades em um primeiro momento das investigações sobre os homicídios das três mulheres”.

528. A Corte observa que a titular da Comissão para Ciudad Juárez reconheceu que ao se criar o Fundo de Auxílio Econômico aos Familiares das Vítimas de Homicídio de Mulheres em 2005 (par. 557 a seguir), este não foi considerado uma forma de reparação do dano; o tipo de auxílio foi concedido em consideração das condutas delitivas do homicida e não das responsabilidades do Estado; e os apoios estavam condicionados à promoção de juízos cíveis ou familiares.<sup>508</sup>

529. O Tribunal considera que não pode ser confundida a prestação dos serviços sociais que o Estado concede aos indivíduos com as reparações a que têm direito as vítimas de violações de direitos humanos, em razão do dano específico gerado pela violação. Nesse sentido, o Tribunal não considerará como parte das reparações que o Estado alega haver realizado os apoios governamentais que não tenham sido dirigidos especificamente a reparar a falta de prevenção, impunidade e discriminação atribuíveis ao Estado no presente caso.

530. Por outro lado, a Corte considera que não pode indicar ao Estado como regulamentar os apoios que oferece às pessoas como parte de um programa de assistência social, razão pela qual se abstém de pronunciar-se em relação a este pedido dos representantes.

#### *4.2.8. Capacitação com perspectiva de gênero a funcionários públicos e à população em geral do Estado de Chihuahua*

531. A Comissão solicitou ao Tribunal que ordene ao Estado realizar programas de capacitação para funcionários públicos em todas as áreas da administração da justiça e da polícia, e políticas integrais de prevenção. Além disso, solicitou que seja ordenada a implementação de políticas públicas e programas institucionais destinados a superar os estereótipos sobre o papel das mulheres na sociedade de Ciudad Juárez e promover a erradicação

505. Cf. Lei Geral de Acesso das Mulheres a uma Vida Livre de Violência, folhas 16091 a 16107, nota 124 *supra*.

506. Cf. Lei para a Proteção dos Direitos de Meninas, Meninos e Adolescentes, folhas 16049 a 16063, nota 420 *supra*.

507. Cf. artigos 30, 31 e 32 de Lei para Prevenir e Eliminar a Discriminação no Estado de Chihuahua, folha 16177, nota 459 *supra*; artigo 197 do Código Penal para o Estado de Chihuahua, folhas 14364 a 14452, nota 456 *supra*, e artigo 3 da Lei Geral para a Igualdade entre Mulheres e Homens, folha 16079, nota 502 *supra*.

508. Cf. Comissão para Prevenir e Erradicar a Violência contra as Mulheres em Ciudad Juárez, Terceiro Relatório de Gestão, folha 9185, nota 101 *supra*.

de padrões socioculturais discriminatórios que impeçam o pleno acesso das mulheres à justiça.

532. Os representantes reconheceram que, embora o Estado tenha feito esforços importantes em matéria de capacitação a funcionários públicos, principalmente àqueles cujo trabalho impacta diretamente nos casos de desaparecimentos e homicídios de mulheres, estes esforços não foram inteiramente satisfatórios, ao não haver sido desenvolvida uma perspectiva transversal de gênero e não incorporar a perspectiva de gênero em toda a atividade desenvolvida pelas autoridades do Estado. Agregaram que os funcionários que compareceram à audiência, embora tenham sido capacitados, “não entendem o conteúdo das Convenções [...] em relação aos direitos” das vítimas.
533. O Estado afirmou que “está consciente de que parte das irregularidades cometidas no início da investigação pelos homicídios de Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez ocorreram devido à falta de capacitação dos funcionários públicos que estiveram envolvidos nas mesmas”. Entretanto, o Estado alegou que a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua elaborou, a partir de outubro de 2004, em coordenação com instituições e universidades locais e internacionais, um programa de capacitação no qual investiu mais de 14 milhões de pesos para a especialização em técnicas e procedimentos de investigação e profissionalização em matéria pericial. A Corte não conta com registro do investimento do referido capital. Este programa inclui “mestrados com a colaboração de universidades espanholas e da Comissão Nacional de Direitos Humanos”.<sup>509</sup> Em 2005, através do Centro de Estudos Penais e Forenses foram implementados mais de 122 programas de capacitação que significaram um investimento superior a 12 milhões de pesos.<sup>510</sup> O Tribunal observa que não há registro deste investimento.
534. Em relação a temas de capacitação, a Lei Orgânica do Poder Judiciário do Estado de Chihuahua dá especial importância, a partir de 2006, à formação em direitos humanos e equidade de gênero dos funcionários que integram o Poder Judiciário Federal ou de Chihuahua.<sup>511</sup>
535. O Estado afirmou que capacitou em perspectiva de gênero os funcionários públicos dos estados da República do México, entre eles do Estado de Chihuahua, através dos Cursos de Formação de Multiplicadores do Subprograma de Equidade de Gênero.<sup>512</sup> Também mencionou que ofereceu capacitação a funcionários públicos federais dentro do contexto do programa de Sensibilização com Perspectiva de Gênero ministrado pelo INMUJERES, bem como do Subprograma de Equidade de Gênero a funcionários públicos da Secretaria de Segurança Pública do Governo Federal. Além disso, afirmou que em 2003 e em 2004 capacitou pessoal da Secretaria de Segurança Pública em temas básicos e especializados sobre Direitos Humanos e Segurança Pública. O Estado não apresentou prova que confirmasse quais funcionários públicos foram capacitados.
536. O Estado mencionou que, sob o Plano Nacional de Desenvolvimento 2007-2012, dentro da estratégia 5.4 relativa a “combater e punir com maior severidade a violência de gênero”, o Governo Federal colocará em operação programas de “sensibilização e capacitação dirigidos a policiais, médicos, promotores públicos e juizes, e a todo o pessoal encarregado dos trabalhos de proteção e atendimento às mulheres que sofrem de violência em todas as suas manifestações”.<sup>513</sup>
537. Além disso, o Estado se referiu aos seguintes cursos implementados em 2007: um “Diploma Internacional em Gênero e Sistema Penal”, no qual participaram 41 funcionários públicos;<sup>514</sup> um “Diploma em Violência

509. O Estado anexou diversos contratos realizados entre 2005 e 2008 com instituições nacionais e internacionais como a UNAM, o Instituto de Mediação do México, S.C., a Universidade Autônoma de Chihuahua, a Universidad Autónoma de Ciudad Juárez, a Universidad de Barcelona, a Universidade de Girona, o IMCAA, S.A. de C.V., o Foro Latino-Americano para a Segurança Urbana e a Democracia, A.C., entre outros, em colaboração com instâncias locais como a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua ou a Comissão Estadual de Direitos Humanos e instâncias federais como a Comissão Nacional de Direitos Humanos (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo L, folhas 17565 17833).

510. O Estado apresentou uma lista de cursos ministrados entre os anos de 2005 e 2009 com o nome do curso, o lugar e a data de realização e as pessoas que foram capacitadas (Cf. Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua, Centro de Estudos Penais e Forenses, Cursos ministrados no período 2005-2009, expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo XLIX, folhas 17537 a 17564).

511. Cf. artigos 135 e 145-k da Lei Orgânica do Poder Judiciário do Estado de Chihuahua, folhas 14220 e 14226, nota 460 *supra*.

512. A Corte observa que consta um comprovante da realização do curso de formação de multiplicadores no âmbito nacional do Subprograma de Equidade e Aplicação do Manual de Equidade de Gênero em “Prevenção da Violência Familiar” a autoridades da Secretaria de Segurança Pública do Estado de Chihuahua, e em “Direitos Humanos da Mulher e Autoestima”, “Masculinidade e Autoestima” e “Violência Familiar e Assertividade”, a funcionários de Chihuahua (Cf. Avanços ou resultados das ações no contexto do “PROEQUIDADE”, realizado pelo Instituto Nacional das Mulheres, Direção Geral de Avaliação e Desenvolvimento Estatístico, Direção de Avaliação no período de janeiro a dezembro de 2005, expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 6, folhas 15014 a 15016).

513. Cf. Plano Nacional de Desenvolvimento 2007-2012, estratégia 5.4., folha 15495 a 15792, nota 503 *supra*.

514. Cf. convênio realizado entre o Secretário Geral Executivo do Foro Latino-Americano para a Segurança Urbana e a Democracia A.C. e a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua em 15 de maio de 2007 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo L, folhas 17675 a 17688).

Familiar e Direitos Humanos”, o qual reuniu 69 integrantes da Procuradoria;<sup>515</sup> o curso “Bases e Princípios de Alta Especialidade em Direito Processual e Gênero”;<sup>516</sup> o curso “Violência Doméstica, um Problema de Todos”, dirigido ao pessoal do centro de justiça alternativa, Unidade de Pronto Atendimento e Unidade Especializada em Crimes Contra a Liberdade, Segurança Sexual e contra a Família.<sup>517</sup> Em 2008, o Estado aludiu ao curso “Perícias Forenses em caso de Violência de Gênero”, o qual foi dirigido a psicólogos do “Departamento de Atenção a Vítimas”.<sup>518</sup> Além disso, existe no Estado de Chihuahua a “Licenciatura em Busca de Justiça” cujo programa de estudo contempla a matéria “Perspectiva de Gênero”.<sup>519</sup>

538. A Corte observa que a testemunha Castro Romero declarou que, nos dias 14 de outubro e 26 de novembro de 2005, foi realizada a diplomação “Gênero e Direitos Humanos”, ministrada pela rede de instituições públicas que atendem mulheres em situação de violência. Além disso, fez referência ao seminário sobre “Direito Internacional dos Direitos Humanos, estratégias de Litígio”, no qual participaram aproximadamente “60 pessoas, entre elas a Subprocuradora da Região Norte da PGJE e pessoal da FEVIM”.<sup>520</sup>
539. Além disso, a testemunha Caballero Rodríguez, agente do Ministério Público encarregada das investigações no presente caso, manifestou ter recebido capacitação, entre outros temas, em relação à Convenção Americana e à Convenção de Belém do Pará.<sup>521</sup>
540. A Corte avalia positivamente todas as capacitações com perspectiva de gênero para funcionários públicos que o Estado realizou a partir do ano de 2004, bem como o possível destino de volumosos recursos destinados a esta finalidade. Entretanto, a capacitação, como sistema de formação contínua, deve ser estendida durante um período importante para cumprir seus objetivos.<sup>522</sup> Ademais, a Corte afirma que uma capacitação com perspectiva de gênero implica não somente uma aprendizagem das normas, mas o desenvolvimento de capacidades para reconhecer a discriminação que as mulheres sofrem em sua vida cotidiana. Em particular, as capacitações devem gerar que todos os funcionários reconheçam as afetações que geram nas mulheres as ideias e avaliações estereotipadas em relação ao alcance e conteúdo dos direitos humanos.
541. Em consequência, sem prejuízo da existência de programas e capacitações dirigidas a funcionários públicos encarregados da aplicação de justiça em Ciudad Juárez, bem como de cursos em matéria de direitos humanos e gênero, o Tribunal ordena que o Estado continue implementando programas e cursos permanentes de educação e capacitação em: i) direitos humanos e gênero; ii) perspectiva de gênero para a devida diligência na condução de investigações prévias e processos judiciais relacionados com discriminação, violência e homicídios de mulheres por razões de gênero, e iii) superação de estereótipos sobre o papel social das mulheres.
542. Os programas e cursos estarão destinados a policiais, promotores, juízes, militares, funcionários encarregados do atendimento e assistência jurídica a vítimas do crime e a qualquer funcionário público, tanto no âmbito local como federal, que participe direta ou indiretamente na prevenção, investigação, processamento, sanção e reparação destes casos. Dentro destes programas permanentes deverá ser feita uma especial menção à presente Sentença e aos instrumentos internacionais de direitos humanos, especificamente aos relativos à violência por razões de gênero, entre eles a Convenção de Belém do Pará e a CEDAW, levando em consideração como certas normas ou práticas no direito interno, seja intencionalmente ou por seus resultados, têm efeitos discriminatórios na vida cotidiana das mulheres. Os programas deverão também incluir estudos sobre o Protocolo de Istambul e o Manual sobre a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais,

515. Cf. convênio de colaboração para o curso “Violência Familiar e Direitos Humanos” entre a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua e a Universidade Nacional Autônoma do México de 9 de abril de 2007 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo L, folha 17689) e relatório sobre as políticas institucionais implementadas para prevenir, investigar, punir e eliminar a violência contra as mulheres, emitido pela Procuradoria Geral do Estado de Chihuahua (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XL, anexos 60, folha 14960).

516. Cf. contrato de prestação de serviços entre a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua e o Instituto Mexicano de Ciências e Artes Aplicadas (INMCAA S.A. de C.V.) de 1º de fevereiro de 2007 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo L, folha 17696).

517. O Estado anexou uma lista do Centro de Estudos Penais e Forenses com os cursos ministrados de 2005 a 2009. Na mesma consta que foi ministrado um curso denominado “Curso de Violência Doméstica; Um Problema para Todos”, com uma duração de 12 horas, dirigido a 26 pessoas, entre 26 a 28 de junho de 2007 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo XLIX, folha 17551).

518. Dentro da lista de cursos ministrados entre 2005 e 2009, o Estado afirmou que em outubro de 2008, o Instituto Chihuahuense da Mulher ministrou o curso “Perícias Forenses em caso de Violência de Gênero” a 8 psicólogos de atendimento a vítimas da Procuradoria (Cf. Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua, Centro de Estudos Penais e Forenses, folha 17563, nota 510 *supra*).

519. O Estado anexou uma lista sobre capacitação em 2005 onde é feita referência a uma “Licenciatura em Busca de Justiça” que envolveria 549 pessoas (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, tomo XLIX, folha 17535).

520. Cf. declaração prestada perante agente dotado de fé pública pela testemunha Castro Romero em 27 de abril de 2009, anexo 1 (expediente de mérito, tomo VIII, folhas 2927 e 2928).

521. Cf. declaração da testemunha Caballero Rodríguez, nota 386 *supra*.

522. Cf. *Caso Escher e outros Vs. Brasil*, par. 251, nota 46 *supra*.

Arbitrárias e Sumárias das Nações Unidas. O Estado deverá informar anualmente, durante três anos, sobre a implementação dos cursos e capacitações.

543. Além disso, levando em consideração a situação de discriminação contra a mulher reconhecida pelo Estado é necessário que este realize um programa de educação destinado à população em geral do Estado de Chihuahua, com o fim de superar esta situação. Para este efeito, o Estado deverá apresentar um relatório anual por três anos, no qual indique as ações que tenham sido realizadas para tal fim.

### 5. Reabilitação

544. A Comissão manifestou que “o México deve adotar medidas de reabilitação para os familiares das vítimas”, as quais devem incluir “medidas de reabilitação psicológica e médica”.

545. Os representantes solicitaram “que o Estado [m]exicano ofereça a assistência médica e psicológica a partir de duas instituições de caráter federal para garantir um serviço de qualidade ou [...] que garanta a remuneração dos especialistas que atendam às famílias até que [...] sejam concluídos os [...] tratamentos”. O anterior devido a que “as violações aos direitos humanos cometidas contra [as três vítimas] tiveram repercussões de forte impacto em suas [...] mães [,] ao terem sofrido [...] outras violações aos direitos fundamentais”. Ademais, afirmaram que “as famílias das vítimas” sofreram “problemas físicos e psicológicos”.

546. O Estado afirmou que ofereceu atendimento médico e psicológico aos familiares das vítimas através “[d]o Departamento de Atenção a Vítimas e Delitos, dependente da PGJCH”, do “Instituto Chihuahuense da Mulher”, “[d]a Secretaria de Fomento Social do Estado de Chihuahua [...]” e do “Centro de prevenção e atendimento a mulheres e famílias em situação de violência”.

547. A Corte observa que o Estado apresentou diversas listas elaboradas por organismos estatais<sup>523</sup> referentes ao suposto atendimento médico e psicológico proporcionado aos familiares das vítimas. Também observa que a testemunha Camberos Revilla afirmou que as três mães receberam tratamento médico e que o Estado ofereceu tratamento psicológico às senhoras González e Monreal, apesar de que esta última se recusou a recebê-lo.<sup>524</sup> A testemunha Galindo afirmou que a Secretaria de Fomento Social do Estado de Chihuahua apoiou os familiares das jovens Ramos e González com medicamentos e serviço médico.<sup>525</sup> Em conformidade com a declaração da testemunha Castro Romero, a senhora González e a senhora Monreal participaram em terapias de grupo denominadas “Da Dor à Esperança”.<sup>526</sup> Também consta que na audiência pública a senhora González afirmou que o Estado lhe proporcionou assistência médica.<sup>527</sup>

548. Embora este Tribunal aprecie a assistência médica e psicológica que o Estado ofereceu a algumas das vítimas, o Estado não demonstrou que cada um dos familiares tenha recebido ou continue recebendo algum tratamento psicológico, psiquiátrico ou médico, e não confirmou a qualidade das terapias ou as consultas e o progresso obtido pelos pacientes até a presente data.

549. Portanto, a Corte, como medida de reabilitação, ordena ao Estado que ofereça atendimento médico, psicológico ou psiquiátrico gratuito, de forma imediata, correta e efetiva, através de instituições estatais de saúde especializadas, a todos os familiares considerados vítimas por este Tribunal no caso *sub judice*, se estes assim o desejarem. O Estado deverá assegurar que os profissionais das instituições de saúde especializadas que sejam designados para o tratamento das vítimas avaliem devidamente as condições psicológicas e físicas de

523. Cf. relação de pagamentos no Hospital Geral de Mães de Vítimas de Femicídios que compreende o período de 2002 a 8 de maio de 2007 realizada pela chefia de trabalho social desta instituição em 11 de maio de 2007 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folha 15138); relação de medicamentos proporcionados pela Direção de Fomento Social à senhora Benita Monárrez Salgado elaborado pelo Diretor de Fomento Social em 11 de maio de 2007 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folha 15140); relação de medicamentos proporcionados pelo Departamento de Fomento Social à senhora Irma Monreal Jaime elaborado pelo Diretor de Fomento Social em 11 de maio de 2007 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folha 15141); relação de serviços médicos oferecidos às pessoas que pertencem ao Programa de Atendimento a Vítimas realizada pelo Diretor Geral do Hospital da Mulher em 11 de maio de 2007 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folha 15143); relação de atendimento médico e atendimento psicológico realizado pelo Centro de Prevenção e Atendimento a Mulheres e Famílias em Situação de Violência em 11 de maio de 2007 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folha 15165), e ofício N° Jur/0223/2007 emitido pelo Instituto Chihuahuense da Mulher em 4 de maio de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folhas 15173 e 15174).

524. Cf. declaração prestada perante agente dotado de fé pública pela testemunha Camberos Revilla em 8 de abril de 2009 (expediente de mérito, tomo IX, folhas 2981 a 2983).

525. Cf. declaração prestada perante agente dotado de fé pública pela testemunha Galindo López em 16 de abril de 2009 (expediente de mérito, tomo X, folhas 3308 e 3309).

526. Cf. declaração prestada pela testemunha Castro Romero, folhas 2922 a 2924, nota 520 *supra*.

527. Cf. declaração prestada pela senhora González, nota 183 *supra*.

cada vítima e tenham a experiência e formação suficiente para tratar tanto os problemas de saúde físicos que padeçam os familiares como os traumas psicológicos ocasionados como resultado da violência de gênero, da falta de resposta estatal e da impunidade. Além disso, o tratamento deve ser oferecido pelo tempo que seja necessário e incluir o fornecimento de todos os medicamentos que eventualmente requeiram.<sup>528</sup>

## 6. Indenizações

550. O Estado informou que como resultado do reconhecimento de violações parciais ao direito à integridade psíquica e moral dos familiares, concedeu através de suas autoridades locais e federais uma série de auxílios para reparar estas violações.<sup>529</sup> Além disso, o Estado solicitou à Corte que “analise os dados expostos sobre os auxílios materiais concedidos aos familiares [das três vítimas] a fim de determinar se cumpriu a obrigação internacional de indenizar as vítimas pelo reconhecimento de responsabilidade na violação parcial dos direitos [...] mencionados”.
551. Os representantes afirmaram que “o único auxílio extraordinário entregue às famílias das vítimas [...] é o denominado ‘Fundo de Auxílio Econômico aos Familiares das Vítimas de Homicídio de Mulheres’, criado em 2005, *ex professo*, para indenizar as famílias vítimas do feminicídio de Ciudad Juárez”, e que “estas quantias são as que reconhecem as famílias das vítimas como indenização ou pagamento extraordinário a título de reparação de dano material, sem que tenham estado [de] acordo com os requisitos, procedimentos e condições para sua entrega, pois lhes era pedido antes da entrega que ‘aceitassem’ os restos de suas filhas e [que] ‘desistissem’ de buscar prova genética que demonstrasse claramente sua correspondência filial”.
552. Os representantes reconheceram a entrega por parte do Estado dos seguintes recursos provenientes do Fundo de Auxílio Econômico aos Familiares das Vítimas de Homicídio de Mulheres (doravante denominado “o Fundo de Auxílio”), às seguintes pessoas:

Familiar	Montante
<b>Esmeralda Herrera Monreal</b>	
Irma Monreal Jaime	\$136.656,00 pesos
Benigno Herrera Monreal	\$34.164,00 pesos
Adrián Herrera Monreal	\$34.164,00 pesos
Juan Antonio Herrera Monreal	\$34.164,00 pesos
Cecilia Herrera Monreal	\$34.164,00 pesos
<b>Claudia Ivette González</b>	
Irma Josefina González Rodríguez	\$273.312,00 pesos
<b>Laura Berenice Ramos Monárrez</b>	
Benita Monárrez Salgado	\$136.656,00 pesos
Daniel Ramos Canales <sup>530</sup>	\$136.656,00 pesos

553. Os representantes também afirmaram de forma geral que os auxílios concedidos pelo Estado “inclue[m] auxílios em dinheiro e auxílios de caráter social que foram concedidos por petição expressa dos familiares das vítimas e outros que fazem parte de programas de auxílio social atualmente prestados pelo Governo do Estado de Chihuahua e o Governo Federal a favor das vítimas de violência contra as mulheres e feminicídio de Ciudad Juárez”. Além disso, afirmaram que incluem “outros programas sociais que estão à disposição e para o benefício da sociedade em geral pretendendo confirmar que todos eles fazem parte de uma reparação material

528. Cf. *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, par. 209, nota 190 *supra*, e *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 203, nota 30 *supra*.

529. O Estado quantificou o valor dos auxílios materiais pelos seguintes montantes: \$551.874,27 (quinhentos e cinquenta e um mil, oitocentos e setenta e quatro pesos mexicanos e 27 centavos) para os familiares de Laura Berenice Ramos Monárrez; \$545.358,01 (quinhentos e quarenta e cinco mil, trezentos cinquenta e oito pesos mexicanos e 1 centavo) para a família de Esmeralda Herrera Monreal, e \$504.602,62 (quinhentos e quatro mil, seiscentos e dois pesos mexicanos e 62 centavos) para os familiares de Claudia Ivette González.

530. O pai da jovem Ramos não foi incluído pela Comissão como vítima no presente caso.

integral concedida às vítimas”. Posteriormente, afirmaram que “alguns auxílios foram destinados às famílias como parte de um financiamento para projetos produtivos com a participação dos governos estadual e federal [...] sem mencionar que esses auxílios fazem parte de uma política pública do Governo Federal de auxílio a pessoas que desejem empreender um negócio e que se encontram em uma situação econômica desfavorável”.

554. A Corte observa que entre os auxílios provados que o Estado concedeu às vítimas se encontram: i) os recursos do Fundo de Auxílio que representam 50% ou mais, dependendo do caso, do valor total dos auxílios que o Estado alega ter concedido aos familiares das vítimas;<sup>531</sup> ii) auxílios para moradia com recursos provenientes do Instituto da Moradia do Estado de Chihuahua (IVI) para a senhora González e o senhor Adrián Herrera Monreal, que segundo o Estado chegam a \$ 114.200,00 (cento e quatorze mil e duzentos pesos mexicanos), respectivamente,<sup>532</sup> e auxílio consistente em um contrato de compra e venda realizado com o IVI de modo que a senhora Monárrez adquiriu um imóvel pela quantia de \$ 1,00 (um peso mexicano);<sup>533</sup> iii) auxílios para projetos produtivos provenientes de um programa coordenado pelo Governo Federal através da Secretaria de Desenvolvimento Social (SEDESOL) pela quantia de \$ 60.000,00 (sessenta mil pesos mexicanos) e de \$ 83.000,00 (oitenta e três mil pesos mexicanos) entregues à senhora Monárrez e à senhora Monreal, respectivamente,<sup>534</sup> e iv) diversos apoios constituídos em mantimentos, outros donativos e dinheiro em espécie.<sup>535</sup>

531. Cf. certidão de entrega do auxílio do Fundo de Auxílio Econômico aos Familiares das Vítimas de Homicídio de Mulheres no Município de Juárez, Chihuahua, a favor de: Benita Monárrez Salgado, em 11 de novembro de 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folhas 15069 a 15072); Daniel Ramos Canales, em 13 de dezembro de 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folhas 15057 a 15061); Cecilia Herrera Monreal, Juan Antonio Herrera Monreal, Benigno Herrera Monreal e Adrián Herrera Monreal, em 27 de novembro de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIV, anexo 129 e 130, folhas 16303 a 16305); Irma Monreal Jaime, em 27 de abril de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIV, anexos 129 e 130, folhas 16327 a 16329), e Irma Josefina González Rodríguez, em 11 de novembro de 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLV, anexo 132, folhas 16527 a 16530).

532. No acervo probatório somente consta um lista de moradias do IVI onde aparece que as senhoras González e Monreal receberam cada uma um imóvel na rua “Vista del Pino”. Por outro lado, consta um contrato de compra e venda de imóvel pela quantia de \$30.000,00 (trinta mil pesos mexicanos) realizado por Adrián Herrera Monreal na rua “Vista del Prado”. Não existe registro de que algum dos três imóveis recebidos superem o valor que alega o Estado (Cf. relação de mães de vítimas que contam com moradia do Instituto da Moradia, expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLV, anexo 132, folha 16570), e contrato privado de compra e venda de imóvel realizado por Adrián Herrera Monreal em 19 de junho de 2007, expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIV, anexo 130, folhas 16458 a 16460).

533. Cf. declaração da senhora Monárrez, nota 183 *supra*. Ver também, contrato de compra e venda realizado pela senhora Benita Monárrez Salgado em 18 de abril de 2006 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 127, folhas 15078 e 15079); declaração da testemunha Camberos Revilla, folha 2982, nota 524 *supra*; ofício N° Jur/0223/2007 do Instituto Chihuahuense da Mulher de 4 de maio de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folha 15173), e declaração da testemunha Galindo López, folha 3308, nota 525 *supra*.

534. Cf. comprovante de entrega à senhora Benita Monárrez Salgado de \$60.000,00 (sessenta mil pesos mexicanos) por meio do programa de opções produtivas em 31 de maio de 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIV, anexo 128, folha 16262) e comprovante de entrega à senhora Irma Monreal Jaime de \$83.660,00 (oitenta e três mil, seiscentos e sessenta pesos mexicanos) por meio do programa de opções produtivas em 31 de maio de 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLIV, anexo 131, folha 16464).

535. *Relacionados com a jovem Ramos*: lista de auxílios (mantimentos) realizada pelo programa de Atendimento a Vítimas da Subprocuradoria de Justiça em 30 de março de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folha 15094); lista de auxílios (carne) realizada pelo programa de Atendimento a Vítimas da Subprocuradoria de Justiça em 30 de março de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folha 15100); registro de entrega (caixa de carne) à senhora Benita Monárrez Salgado emitido pelo Departamento de Atendimento a Vítimas dos Crimes em 30 de março de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folha 15098); registro de entrega (mantimentos) a Claudia Ivonne Ramos Monárrez emitido pelo Escritório de Atendimento a Vítimas dos Crimes em 22 de abril de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folha 15103); declaração da testemunha Galindo López, folhas 3305 a 3309, nota 525 *supra*; recibos de pagamento emitidos pela Subprocuradoria de Justiça a favor da senhora Monárrez Salgado em 29 de outubro, 14 e 28 de novembro e 12 e 29 de dezembro de 2003 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folhas 15109, 15111, 15113, 15115 e 15117); recibos de pagamento N° AFV-00294, AFV-00335, AFV-00376 e um sem número emitidos pelo Instituto Chihuahuense da Mulher em 31 de maio, 15 de junho, 30 de junho e 3 de fevereiro de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folhas 15145, 15147, 15151 e 15155); registro de entrega (fogão e botijão de gás) emitido pela Unidade de Atendimento a Vítimas dos Crimes em 3 de fevereiro de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folha 15233); declaração da testemunha Camberos Revilla, folhas 2981 a 2983, nota 524 *supra*, e ofício N° Jur/0223/2007 emitido pelo Instituto Chihuahuense da Mulher em 4 de maio de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folhas 15173 e 15174). *Relacionados com a jovem Herrera*: lista de auxílios (carne) realizada pelo programa de Atendimento a Vítimas da Subprocuradoria de Justiça em 30 de março de 2004 (expedientes de anexos à contestação da demanda, tomo XLIV, anexo 130, folha 16277); lista de auxílios (mantimentos) realizada pelo programa de Atendimento a Vítimas da Subprocuradoria de Justiça em 30 de março de 2004 (expedientes de anexos à contestação da demanda, tomo XLIV, anexo 130, folha 16274); registro de entrega (mantimentos) emitido pelo Departamento de Atendimento a Vítimas dos Crimes em 31 de março de 2004 (expedientes de anexos à contestação da demanda, tomo XLIV, anexo 130, folha 16280); recibos de pagamento emitidos pela Subprocuradoria de Justiça a favor da senhora Monreal Jaime em 29 de abril, 29 de maio, 12 de junho, 10 e 31 de julho, 14 e 28 de agosto de 2003 (expedientes de anexos à contestação da demanda, tomo XLIV, anexo 130, folhas 16267, 16268, 16269, 16270, 16271, 16272 e 16273), e declaração da testemunha Galindo López, folhas 3305 a 3309, nota 525 *supra*. *Relacionados com a jovem González*: lista de auxílios (carne) realizada pelo programa de Atendimento a Vítimas da Subprocuradoria de Justiça em 30 de março de 2004, (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLV, anexo 132, folha 16476); lista de auxílios (mantimentos) realizada pelo programa de Atendimento a Vítimas da Subprocuradoria de Justiça em 30 de março de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLV, anexo 132, folha 16479); registro de entrega (caixa de carne) à senhora Irma Josefina González Rodríguez emitido pelo Departamento de Atendimento a Vítimas dos Crimes em 30 de março de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLV, anexo 132, folha 16481), e registro de entrega (mantimentos) à senhora Irma Josefina González Rodríguez emitido pelo Departamento de Atendimento a Vítimas dos Crimes em 2 de abril de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLV, anexo 132, folha 16538). Nos autos se encontra uma lista realizada pelo departamento administrativo da Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua referente a cheques emitidos pela Subprocuradoria de Justiça Região Norte no período de 2002 a 2006. Entretanto, esta Corte não analisa esta lista já que o Estado não a relacionou com algum auxílio, nem as quantidades coincidem com conceitos alegados pelo Estado. Além



555. A Corte observa que diversos auxílios concedidos pelo Instituto Chihuahuense da Mulher não se encontram provados. Embora o Estado os tenha relacionado e existam diversos testemunhos de autoridades que foram concedidos, dentro do acervo probatório não existem comprovantes que permitam a este Tribunal corroborar que foram recebidos pelos familiares das vítimas.<sup>536</sup>
556. No ano de 2004, a PGR realizou um contrato com uma instituição de crédito para administrar o Fundo de Auxílio Econômico aos Familiares das Vítimas de Homicídio de Mulheres no Município de Juárez, Chihuahua (doravante denominado “o Fundo de Auxílio”). Em sua primeira sessão ordinária de 29 de junho de 2005, o Conselho Assessor emitiu as “Diretrizes gerais às que haverá de se sujeitar a administração, aplicação e entrega dos recursos que, em via de auxílio econômico, serão concedidos aos familiares das vítimas de homicídio de mulheres no Município de Juárez, Chihuahua”.<sup>537</sup>
557. A Corte observa que, conforme as diretrizes do Fundo de Auxílio, “o auxílio econômico que será concedido aos familiares das vítimas com direito ao Fundo, nos termos da legislação aplicável, não constitui indenização ou reparação do dano”.<sup>538</sup> Além disso, esta Corte observa que, no dia 11 de novembro de 2005, o mandatário deste fundo entregou um cheque às pessoas referidas, fazendo-lhes declarar o seguinte:
- Acrescenta, sob compromisso de dizer verdade, haver recebido os restos de sua filha que em vida se chamava [nome de cada uma das três vítimas], de modo que não solicitará perante as autoridades competentes nenhum estudo de DNA ou diligência diversa a esse respeito, visto que os restos humanos que lhes foram entregues nesta oportunidade correspondem indubitavelmente aos da filha.<sup>539</sup>
558. O Tribunal sustenta que de nenhuma maneira poderia considerar estes recursos como uma forma de reparação por dano material às vítimas, já que o próprio Estado reconheceu que os mesmos não podem ser considerados como uma forma de reparação e porque foram concedidos sob a condição de que os familiares desconhecem seu direito de acesso à justiça e conhecimento da verdade. Em virtude do princípio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (ninguém pode alegar a seu favor sua própria torpeza ou dolo), o qual foi incluído no artigo 27 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados e na jurisprudência da Corte,<sup>540</sup> o Estado não pode invocar em seu benefício um acordo realizado com as vítimas que descumpra a Convenção para justificar que as reparou.
559. Em relação aos auxílios para moradia com recursos provenientes do IVI, constituídos de duas “casas mínimas” e aos auxílios para projetos produtivos provenientes de um programa coordenado pelo Governo Federal através da Secretaria de Desenvolvimento Social (SEDESOL), a Corte se remete ao exposto no parágrafo 529 e, por conseguinte, não as considera parte da indenização devida às vítimas.<sup>541</sup>
560. Finalmente, em relação ao auxílio consistente em um contrato de compra e venda realizado com o IVI de modo que a senhora Monárrez adquiriu o imóvel referido no parágrafo 554, bem como a diversos auxílios constituídos de mantimentos, outros donativos e dinheiro em espécie, a Corte os levará em consideração para o cálculo das indenizações.

disso, o Estado não anexou ao material probatório os cheques que supostamente teriam sido emitidos (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folhas 15168 a 15172).

536. Cf. declaração da testemunha Camberos Revilla, folhas 2977 a 2985, nota 524 *supra*; ofício N° Jur/0223/2007 emitido pelo Instituto Chihuahuense da Mulher em 4 de maio de 2004 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XLI, anexo 133, folhas 15173 e 15174), e declaração da testemunha Galindo López, folhas 3305 a 3309, nota 525 *supra*.

537. Cf. Promotoria Especial para o Atendimento de Crimes relacionados aos Homicídios de Mulheres no Município de Juárez, Relatório final, folha 14598, nota 87 *supra*.

538. Cf. acordo N° CA/001/05 do Conselho Assessor de Aplicação do Fundo de Auxílio Econômico aos Familiares das Vítimas de Homicídio de Mulheres no Município de Juárez, Chihuahua, da Procuradoria Geral da República de 29 de julho de 2005 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo XL, anexo 59, folha 14919).

539. Cf. certidão de entrega do apoio do Fundo de Auxílio Econômico a Familiares a favor de Benita Monárrez Salgado, em 11 de novembro de 2005; Daniel Ramos Canales, em 13 de dezembro de 2005; Cecilia Herrera Monreal, Juan Antonio Herrera Monreal, Benigno Herrera Monreal e Adrián Herrera Monreal, em 27 de novembro de 2006; Irma Monreal Jaime, em 27 de abril de 2006, e Irma Josefina González Rodríguez, em 11 de novembro de 2005, (expediente de anexos à contestação, tomo XLI, folhas 15057 a 15061, 15069 a 15072, e expediente de anexos às alegações finais escritas, tomo XLIV, anexo 128, folhas, 16303 a 16305, 16327 a 16329, e volume XLV, anexo 131, folhas, 16527 a 16530).

540. Cf. *Responsabilidade internacional pela expedição e aplicação de leis violatórias da Convenção (artigos 1 e 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-14/94 de 9 de dezembro de 1994, par. 35 e *Caso Castillo Páez Vs. Peru. Supervisão de Cumprimento de Sentença*. Resolução da Corte Interamericana de 3 de abril de 2009, considerando quinto.

541. As senhoras González e Monreal reconheceram haver recebido “casas mínimas”. Entretanto, o Estado não contrariou uma das declarações das mães na audiência pública em relação às condições dos imóveis, segundo a qual “nos deram uma casa mínima que mede vinte metros mais ou menos, está em região de risco, está em uma lixeira, [...] está perigoso, é uma região de risco” (Cf. declaração da senhora González, nota 183 *supra*). Tampouco contrariou uma declaração da perita Azaola Garrido no sentido de que a “casa mínima” que o Estado lhes concedeu “[s]e trata de um quarto de, aproximadamente, 4 x 4 metros, em um local distante da cidade, que carece de todo tipo de serviços e que inclusive no início carecia de transporte público, o que implicava tempo de traslado para seus locais de trabalho de até duas horas, assim como longas jornadas em que as crianças deviam permanecer sozinhas” (Cf. declaração da perita Azaola Garrido, folha 3370, nota 186 *supra*).

## 6.1. *Dano material*

### 6.1.1. *Dano emergente*

561. Os representantes afirmaram que, “por motivo dos desaparecimentos e posteriores mortes de Esmeralda, Claudia Ivette e Laura Berenice, as respectivas famílias de cada uma delas tiveram de realizar uma série de gastos extraordinários, [...] recalcando que estes não se limitaram somente aos gastos funerários e de sepultamento dos corpos”. Afirmaram que, “desde o momento dos desaparecimentos de cada uma das vítimas as famílias tiveram que realizar diversos gastos, constituídos de impress[ões] e cópias de panfletos [...] para divulgar seu desaparecimento”, da mesma maneira tiveram que financiar os “gastos de viagem extraordinários de vários membros das famílias [...], para ajudar em sua localização” e fazer “pagamentos extraordinários de telefone e outras despesas diversas durante as semanas em que estiveram desaparecidas”. Afirmaram que apesar de que não contem com os comprovantes respectivos dos gastos, consideram pertinente que a Corte conceda uma indenização geral por cada semana de desaparecimento até o momento da localização dos corpos de US\$ 150,00 (cento e cinquenta dólares dos Estados Unidos da América) distribuídos da seguinte maneira: i) à jovem Herrera, US\$ 150,00 (cento e cinquenta dólares dos Estados Unidos da América); ii) à jovem González, US\$ 600,00 (seiscentos dólares dos Estados Unidos de América), e iii) à jovem Ramos, US\$ 1.050,00 (mil e cinquenta dólares dos Estados Unidos da América).
562. Os representantes reconheceram que o Estado concedeu um auxílio extraordinário a título de pagamento de serviços funerários nos anos de 2004 e 2006 para cobrir “uma parte das despesas da senhora Monreal e da senhora González no ano de 2001”, estimados em \$ 2.600,00 (dois mil e seiscentos pesos mexicanos) e \$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos pesos mexicanos), respectivamente. Em relação à senhora Monárrez, afirmaram que “não há registro de que [o] auxílio extraordinário tenha sido entregue”.
563. Sem exibir comprovantes dos gastos funerários, os representantes solicitaram fixar a título de dano emergente derivado dos gastos funerários das famílias das vítimas as somas de: i) US\$ 1.000,00 (mil dólares dos Estados Unidos da América) para a senhora Monreal, e compensar os gastos que não foram devidamente cobertos pelo Estado no ano de 2006; ii) US\$ 1.000,00 (mil dólares dos Estados Unidos da América) para a senhora González, e compensar os gastos que não foram cobertos pelo Estado no ano de 2004, e iii) US\$ 1.300,00 (mil e trezentos dólares dos Estados Unidos da América) para a senhora Monárrez, e compensar os gastos realizados e que não foram compensados em nenhum momento pelo Estado.
564. O Estado apresentou uma proposta de reparação para cada uma das vítimas e, em relação ao dano emergente, estabeleceu que os gastos distribuídos pelos familiares das vítimas, como consequência de sua morte, poderiam englobar \$ 10.000,00 (dez mil pesos mexicanos) para cada vítima, levando em consideração o valor que equivaleria aos “gastos funerários” em Ciudad Juárez. Além disso, anunciou que a Procuradoria Geral de Justiça do Estado de Chihuahua entregou aos familiares da jovem Herrera, a título de pagamento de serviços funerários, em 2006, um total de \$ 3.300,00 (três mil e trezentos pesos mexicanos),<sup>542</sup> e anteriormente o Instituto Chihuahuense da Mulher concedeu em 2004 à senhora Monreal e seus familiares um total de \$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos pesos mexicanos), a título de apoio para gastos funerários.<sup>543</sup>
565. Diante da falta de apresentação de comprovantes que provem que os gastos funerários superaram as quantias solicitadas pelos representantes e levando em consideração que: i) os representantes reconheceram que a senhora Monreal e a senhora González receberam \$ 2.600,00 (dois mil e seiscentos pesos mexicanos) e \$ 6.500,00 (seis mil e quinhentos pesos mexicanos), respectivamente; ii) a falta de prova do Estado de que concedeu algum apoio a título de gastos funerários à senhora Monárrez, e iii) o reconhecimento do Estado de que em Ciudad Juárez os gastos funerários equivalem a \$ 10.000,00 (dez mil pesos mexicanos), este Tribunal considera, em equidade, que sejam entregues US\$ 550,00 (quinhentos e cinquenta dólares dos Estados Unidos da América) à senhora Monreal, US\$ 250,00 (duzentos e cinquenta dólares dos Estados Unidos da América) à senhora González e US\$ 750,00 (setecentos e cinquenta dólares dos Estados Unidos da América) à senhora Monárrez a título de gastos funerários.

542. Cf. declaração da testemunha Galindo López, folha 3308, nota 525 *supra*.

543. Cf. declaração da testemunha Camberos Revilla, folha 2982, nota 524 *supra*.

566. Em relação aos gastos extraordinários, dado que: i) os representantes não afirmaram por que o Tribunal deveria ordenar ao Estado indenizar os gastos extraordinários, diferentes dos funerários, em que incorreram os familiares das vítimas, tomando como base para o cálculo a quantia de US\$ 150,00 (cento e cinquenta dólares dos Estados Unidos da América) por cada semana de desaparecimento até a data de localização dos corpos; ii) na audiência, duas das mães reconheceram de maneira geral haver realizado gastos diferentes aos funerários,<sup>544</sup> e iii) o Estado não controverteu este pedido de gastos concretamente, mas se limitou a propor somente uma indenização a título de “gastos funerários”; a Corte decide conceder, em equidade, a título de gastos de busca: i) US\$ 150,00 (cento e cinquenta dólares dos Estados Unidos da América) à senhora Monreal; ii) US\$ 600,00 (seiscentos dólares dos Estados Unidos da América) à senhora González; e, iii) US\$ 1.050,00 (mil e cinquenta dólares dos Estados Unidos da América) à senhora Monárrez.
567. As indenizações fixadas no parágrafo anterior serão entregues diretamente a suas destinatárias.

*6.1.2. Lucro cessante ou perda de ingressos*

568. Os representantes alegaram que um cálculo “mais exato” do lucro cessante exige ter em consideração certo tipo de “incremento[s] anua[is]” em relação ao “salário diário” e ao “salário atualizado” que recebiam as vítimas. Além disso, aludiram a conceitos tais como “fator de integração” e “salário progressivo dos anos subsequentes”. Afirmaram que deveriam ser integrados todos os “fatores” que a Corte desenvolveu em sua jurisprudência e que estão relacionados com a “ponderação da idade no momento da morte, os anos restantes para completar a expectativa de vida média do país em questão” e uma “estimativa” dos salários que são pagos pelo “tipo de trabalho realizado pelas vítimas”, bem como sua “preparação e oportunidades profissionais”. Afirmaram que não deveriam ser descontados “os 25% por gastos pessoais que poderia[m] haver incorrido a[s] vítima[s]”, em virtude de que no Caso *Bámaca Velásquez Vs. Guatemala*, “o Tribunal não descontou essa quantia”. Finalmente, desenvolveram uma fórmula para calcular o lucro cessante por meio da qual calcularam as quantias devidas a cada vítima por este conceito.<sup>545</sup>
569. Os representantes argumentaram que a jovem Herrera trabalhava em uma “casa como empregada”, recebia um salário mensal de \$ 3.000,00 (três mil pesos mexicanos) e que no momento de sua morte tinha 15 anos de idade. Calcularam, em conformidade com sua fórmula, que o montante total deixado de receber pela jovem Herrera chegava a \$ 15.520.085,59 (quinze milhões, quinhentos e vinte mil, oitenta e cinco pesos mexicanos e 59 centavos), que equivaleriam, segundo seu critério, a US\$ 958.029,97 (novecentos e cinquenta e oito mil e vinte e nove dólares dos Estados Unidos da América e 97 centavos), tomando como referência a taxa de câmbio de 20 de fevereiro de 2008.
570. Em relação à jovem González, os representantes alegaram que trabalhava em uma “maquiladora” e que no momento de sua morte tinha 20 anos de idade e ganhava um salário mensal de \$ 2.000,00 (dois mil pesos mexicanos). Em conformidade com sua fórmula, afirmaram que o montante deixado de perceber chegava a \$ 7.593.561,83 (sete milhões, quinhentos e noventa e três mil, quinhentos e sessenta e um pesos mexicanos e 83 centavos), equivalentes a US\$ 703.107,57 (setecentos e três mil, cento e sete dólares dos Estados Unidos da América e 57 centavos).
571. Em relação à jovem Ramos, os representantes afirmaram que no momento de seu desaparecimento tinha 17 anos de idade, trabalhava em um restaurante como caixa, e recebia um salário mensal de \$ 4.600,00 (quatro mil e seiscentos pesos mexicanos). Em conformidade com sua fórmula, afirmaram que o montante que deixou de receber esta vítima chegava a \$ 20.400.026,75 (vinte milhões, quatrocentos mil, vinte e seis pesos mexicanos e 75 centavos), equivalentes a US \$ 1.888.891,36 (um milhão, oitocentos e oitenta e oito mil, oitocentos e noventa e um dólares dos Estados Unidos da América e 36 centavos).
572. Os representantes informaram em suas alegações finais que o total deixado de receber pela jovem Herrera em seu equivalente em dólares americanos na taxa de câmbio de 12 de junho de 2009 é de US\$ 772.143,56 (setecentos e setenta e dois mil, cento e quarenta e três dólares dos Estados Unidos da América e 56 centavos), e o das jovens González e Ramos US\$ 566.683,71 (quinhentos e sessenta e seis mil, seiscentos e oitenta e três dólares dos Estados Unidos da América e 71 centavos) e US\$ 1.522.390,00

544. A senhora González fez referência a gastos por cópias e outros itens. Por sua vez, a senhora Monárrez fez referência a gastos por estudos de DNA (Cf. declarações das senhoras Monárrez e González, nota 183 *supra*).

545. Os representantes exibiram quadros de cálculo para o montante de lucro cessante das vítimas sem explicitar nos mesmos o desenvolvimento da fórmula (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo XXIII, anexo 19, folhas 8099 a 8105).

(um milhão, quinhentos e vinte e dois mil, trezentos e noventa dólares dos Estados Unidos da América), respectivamente.

573. Por sua vez, o Estado informou que a jovem Herrera se dedicava à “limpeza doméstica” e que no Estado de Chihuahua o padrão de renda que se recebe por este tipo de serviços é de \$ 31.200,00 (trinta e um mil e duzentos pesos mexicanos) anuais, ou seja, \$ 2.600,00 (dois mil e seiscentos pesos mexicanos) mensais. O Estado referiu que a morte da jovem Herrera ocorreu em novembro de 2001, em cuja data a média de expectativa de vida no México para mulheres era de 76,7 anos em conformidade com o Instituto Nacional de Informação Estatística e Geografia do México (INEGI)<sup>546</sup> e que levando em consideração que a vítima tinha 15 anos de idade quando ocorreu sua morte, o Estado considerou que o que deixariam de receber os familiares da vítima como consequência da morte da jovem Herrera é de \$ 1.903.200,00 (um milhão, novecentos e três mil e duzentos pesos mexicanos).
574. Em relação à jovem González, o Estado alegou que se sabe que trabalhava em uma “empresa maquiladora” e estabeleceu que fazendo uma estimativa do que recebia no momento de sua morte e do que atualmente receberia por prestar este tipo de serviços laborais, seu salário integral aproximado seria de \$ 31.200,00 (trinta e um mil e duzentos pesos mexicanos) anuais. Levando em consideração a expectativa de vida no México e considerando que a vítima tinha 20 anos no momento de sua morte, o Estado afirmou que a quantia que deixariam de receber os familiares da jovem González chega a \$ 1.747.200,00 (um milhão, setecentos e quarenta e sete mil e duzentos pesos mexicanos).
575. Em relação à jovem Ramos, o Estado alegou que tinha conhecimento de que “não trabalhava” antes de morrer. Entretanto, o Estado considerou neste caso o mesmo salário anual que foi considerado para as duas vítimas anteriores, isto é, de \$ 31.200,00 (trinta e um mil e duzentos pesos mexicanos) anuais. O Estado, tendo em conta a expectativa de vida e que a vítima tinha 17 anos quando ocorreu sua morte, considerou que o que deixaram de receber os familiares chega a \$ 1.840.800,00 (um milhão, oitocentos e quarenta mil e oitocentos pesos mexicanos).
576. A Corte observa que: i) tanto a média de expectativa de vida apresentada pelos representantes como a apresentada pelo Estado se refere, em última instância, a uma mesma fonte nacional, ao haver obtido os dados do INEGI e do Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Conselho Nacional de População do México (CONAPO); ii) as médias de expectativa de vida diferem em 1,2 anos, sendo menor a proposta pelo Estado. Entretanto, em conformidade com os indicadores básicos do CONAPO, a média de expectativa de vida de mulheres no Estado de Chihuahua em 2001 era de 76,97; iii) as idades das jovens Herrera, González e Ramos eram 15, 20 e 17 anos de idade no momento de seu desaparecimento, e iv) tanto o salário mensal de cada uma das vítimas proposto pelos representantes como o salário mensal proposto pelo Estado não têm sustentação probatória.
577. Em virtude do anterior, a Corte conclui que o oferecimento estatal realizado para compensar o lucro cessante (par. 573, 574 e 575 *supra*) é adequado. Portanto, o leva em consideração e, em equidade, decide fixar as seguintes quantias que o Estado deverá pagar:

Vítima	Montante
<i>Esmeralda Herrera Monreal</i>	US \$145.500,00
<i>Claudia Ivette González</i>	US \$134.000,00
<i>Laura Berenice Ramos Monárrez</i>	US \$140.500,00

578. Estas quantias serão divididas em conformidade com o direito sucessório vigente na atualidade no Estado de Chihuahua, México.

## 6.2. *Dano imaterial*

579. Em sua jurisprudência, o Tribunal determinou diversas formas em que o dano imaterial pode ser reparado.<sup>547</sup>

546. Para obter o índice de expectativa de vida no México para mulheres, o Estado remeteu ao site oficial do Instituto Nacional de Informação Estatística e Geografia do México (INEGI): [www.inegi.gob.mx](http://www.inegi.gob.mx) Nesta página se observa que a média de expectativa de vida é extraída do Conselho Nacional de População do México (CONAPO).

547. O dano imaterial pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causados à vítima e a seus parentes próximos, a deterioração de

6.2.1. *Dano moral*

580. Os representantes enunciaram em seu escrito as violações imateriais sofridas pelos familiares das vítimas e quantificaram o dano moral nas seguintes quantias: i) US\$ 120.000,00 (cento e vinte mil dólares dos Estados Unidos da América) para as mães de Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez; ii) US\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) para a mãe de Claudia Ivette González; iii) US\$ 50.000,00 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada um dos irmãos das vítimas, e iv) 25.000,00 (vinte e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada um dos familiares restantes.
581. O Estado ofereceu conceder como reparação compensatória pelos sofrimentos causados aos familiares das três vítimas, em virtude das irregularidades cometidas pelos funcionários públicos que participaram durante as investigações dos três casos até antes de 2004, a quantia de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) a cada familiar ou seu equivalente em pesos mexicanos.
582. A jurisprudência internacional estabeleceu reiteradamente que uma sentença declaratória de violação de direitos constitui, *per se*, uma forma de reparação.<sup>548</sup> Entretanto, a Corte considera pertinente determinar o pagamento de uma compensação a título de danos imateriais a favor dos familiares das jovens Herrera, González e Ramos, considerados vítimas da violação ao artigo 5 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma.
583. A Corte concluiu que os familiares experimentaram e continuam experimentando afetações em sua integridade psíquica e moral em razão de três causas: i) a privação da liberdade, humilhações e morte sofridas pelas jovens Herrera, González e Ramos; ii) as irregularidades na investigação das autoridades e a impunidade; e iii) as perseguições sofridas pelo familiares indicados no parágrafo 440 *supra*.
584. Levando em consideração o anterior, bem como o exposto no parágrafo 560 *supra*, e considerando que é razoável o oferecimento estatal de pagar US\$ 10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) a cada um dos familiares das vítimas, a Corte decide partir dessa quantia e i) incluir os familiares declarados vítimas neste caso que não foram considerados no oferecimento estatal; ii) incrementar tal quantia em US\$ 1.000,00 (mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada um dos familiares, como forma de reparação pelo dano moral que as violações não reconhecidas pelo Estado produziram; iii) incrementar a quantia resultante em US\$ 4.000,00 (quatro mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor das três mães, já que nelas recaiu a busca de justiça; iv) incrementar a quantia resultante em US\$ 1.000,00 (mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor de Adrián Herrera Monreal, Claudia Ivonne e Daniel Ramos Monárrez; Ramón Antonio Aragón Monárrez, e Claudia Dayana, Itzel Arely e Paola Alexandra Bermúdez Ramos pelos atos de perseguição que sofreram, e iv) incrementar a quantia resultante em US\$ 3.000,00 (três mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor da senhora Benita Ramos Salgado, em razão dos atos de perseguição que sofreu.
585. Além disso, ainda que os representantes não tenham solicitado, o Tribunal considera que é oportuno ordenar ao Estado que indenize as jovens Herrera, Ramos e González pela falta de garantia de seus direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal. Para fixar a quantia correspondente, a Corte tem em consideração sua jurisprudência em casos similares;<sup>549</sup> o contexto no qual se produziram os fatos; a idade das vítimas e as consequentes obrigações especiais do Estado para a proteção da infância, e a violência por razões de gênero que as três vítimas sofreram. Por conseguinte, fixa em equidade a quantia de US\$ 38.000,00 (trinta e oito mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor de Claudia Ivette González e US\$ 40.000,00 (quarenta mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada uma das meninas, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez. Estas quantias serão divididas em conformidade com o direito sucessório vigente na atualidade no Estado de Chihuahua, México.

valores muito significativos para as pessoas, assim como as alterações, de caráter não pecuniário, nas condições de existência da vítima ou sua família. Dado que não é possível designar ao dano imaterial um equivalente monetário preciso, somente pode ser objeto de compensação por meio do pagamento de uma quantia em dinheiro ou a entrega de bens ou serviços apreciáveis em dinheiro, que o Tribunal determina em termos de equidade, assim como por meio da realização de atos ou obras de alcance ou repercussão públicos que tenham como efeito o reconhecimento da dignidade da vítima e evitar que voltem a ocorrer violações dos direitos humanos (Cf. *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 218, nota 30 *supra*, e *Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados*, par. 111, nota 446 *supra*).

548. Cf. *Caso Neira Alegria e outros Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 1996. Série C N° 29, par. 56; *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 219, nota 30 *supra*, e *Caso Dacosta Cadogan Vs. Barbados*, par. 100, nota 446 *supra*.

549. Cf. *Caso do "Massacre de Mampiripán" Vs. Colômbia*, par. 288, nota 252 *supra*; *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, par. 239, nota 297 *supra*, e *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, par. 184, nota 190 *supra*.

586. Consequentemente, o Estado deverá entregar as seguintes quantias:

<b>Vítima</b>	<b>Parentesco</b>	<b>Montante</b>
<b>Esmeralda Herrera Monreal</b>		US\$40.000,00
Irma Monreal Jaime	Mãe	US\$15.000,00
Benigno Herrera Monreal	Irmão	US\$11.000,00
Adrián Herrera Monreal	Irmão	US\$12.000,00
Juan Antonio Herrera Monreal	Irmão	US\$11.000,00
Cecilia Herrera Monreal	Irmã	US\$11.000,00
Zulema Montijo Monreal	Irmã	US\$11.000,00
Erick Montijo Monreal	Irmão	US\$11.000,00
Juana Ballín Castro	Cunhada	US\$11.000,00
<b>Claudia Ivette González</b>		US\$38.000,00
Irma Josefina González Rodríguez	Mãe	US\$15.000,00
Mayela Banda González	Irmã	US\$11.000,00
Gema Iris González	Irmã	US\$11.000,00
Karla Arizbeth Hernández Banda	Sobrinha	US\$11.000,00
Jacqueline Hernández	Sobrinha	US\$11.000,00
Carlos Hernández Llamas	Cunhado	US\$11.000,00
<b>Laura Berenice Ramos Monárrez</b>		US\$40.000,00
Benita Monárrez Salgado	Mãe	US\$18.000,00
Claudia Ivonne Ramos Monárrez	Irmã	US\$12.000,00
Daniel Ramos Monárrez	Irmão	US\$12.000,00
Ramón Antonio Aragón Monárrez	Irmão	US\$12.000,00
Claudia Dayana Bermúdez Ramos	Sobrinha	US\$12.000,00
Itzel Arely Bermúdez Ramos	Sobrinha	US\$12.000,00
Paola Alexandra Bermúdez Ramos	Sobrinha	US\$12.000,00
Atziri Geraldine Bermúdez Ramos	Sobrinha	US\$12.000,00

#### 6.2.2. Dano ao projeto de vida das vítimas

587. Os representantes alegaram que as jovens Herrera, González e Ramos sofreram danos a seu projeto de vida por diversas causas.

588. A Comissão e o Estado não realizaram alegações a esse respeito.

589. Além de que os representantes não argumentaram suficientemente por que os atos do Estado afetaram o projeto de vida das jovens Herrera, González e Ramos, a Corte afirma que a reparação por dano ao projeto de vida não procede quando a vítima faleceu, ao ser impossível repor as expectativas de realização que razoavelmente toda pessoa tem. Por essa razão, o Tribunal se abstém de realizar maiores considerações a esse respeito.

## 7. Custas e gastos

590. Como a Corte já afirmou em oportunidades anteriores, as custas e gastos estão compreendidos dentro do conceito de reparação consagrado no artigo 63.1 da Convenção Americana.<sup>550</sup>
591. A Comissão solicitou que se ordene ao Estado o pagamento das custas e gastos razoáveis e necessários devidamente provados, que se originem na tramitação do presente caso tanto no âmbito interno como perante o Sistema Interamericano.
592. Os representantes solicitaram o pagamento de gastos e custas originados no âmbito nacional e no âmbito internacional na tramitação do caso, em conformidade com os montantes considerados da seguinte maneira:
- A Associação Nacional de Advogados Democráticos A.C. (ANAD) considerou suas custas e gastos a título de viagens à Cidade do México, viagens a Washington D.C., despesas por hospedagem e alimentação entre os anos de 2005 e 2008 em Ciudad Juárez, pagamento de honorários de advogados e outros gastos em um total de US\$ 44.776,11 (quarenta e quatro mil, setecentos e setenta e seis dólares dos Estados Unidos da América e 11 centavos).
  - O Centro para o Desenvolvimento Integral da Mulher (CEDIMAC) considerou suas custas e gastos a título de investigação entre os anos de 2003 a 2007, representação legal e gastos de intervenção psicológica e atendimento clínico em um total de US\$ 205.351,85 (duzentos e cinco mil, trezentos e cinquenta e um dólares dos Estados Unidos da América e 85 centavos).
  - O Comitê da América Latina e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher (CLADEM) considerou suas custas e gastos a título de viagens aéreas à cidade do México, viagens à cidade de Washington D.C., pagamento de honorários profissionais e outros gastos em um total de US\$ 14.490,74 (quatorze mil, quatrocentos e noventa dólares dos Estados Unidos da América e 74 centavos).
  - A Rede Cidadã de Não Violência e Dignidade Humana considerou suas custas e gastos em um total de US\$ 33.230,00 (trinta e três mil, duzentos e trinta dólares dos Estados Unidos da América), a título de consulta cidadã realizada em março de 2002, traslados, hospedagem e alimentação nas viagens realizadas à cidade do México, durante o período compreendido entre os anos de 2003 e 2005, viagem à cidade de Washington D.C. em outubro de 2006, honorários profissionais e outros gastos.
593. O Estado afirmou que “os gastos e custas no âmbito interno que familiares da[s] vítima[s] puderam haver custeado, foram cobertos pelo Estado”. Além disso, afirmou que as custas e gastos que houvessem incorrido no âmbito internacional são desconhecidos do Estado. Apesar disso, o Estado considerou que se as mães de cada vítima houvessem participado em três ocasiões a reuniões na sede da Comissão, entre gastos de transporte e hospedagem, o montante a receber por cada uma chegaria a aproximadamente \$ 81.500.00 (oitenta e um mil e quinhentos pesos mexicanos). Finalmente, o Estado acrescentou que não pode reconhecer como vítimas do procedimento as organizações representantes das vítimas, de maneira que não podem obter a seu favor somas monetárias, já que somente as vítimas podem receber como reparação o reembolso de gastos, e que receber a quantia total de US\$ 284.498,00 (duzentos e oitenta e quatro mil, quatrocentos e noventa e oito dólares dos Estados Unidos da América) “resulta[ria] absurda e contrária à equidade, visto que e[ra] superior ao montante de compensação para cada uma das três vítimas no presente caso”.
594. O Tribunal esclarece que as custas e gastos, à diferença das medidas de indenização, não são concedidas a quem foi declarada vítima, porque as custas não são uma indenização. Dependendo das circunstâncias do caso, corresponde sua concessão à pessoa ou instituição que representou a vítima. O reembolso se justifica na necessidade de não gerar um prejuízo econômico para quem não cometeu a violação. O ônus corresponde ao Estado caso seja constatada sua responsabilidade internacional na matéria.
595. Os representantes das vítimas não apresentaram nenhum elemento probatório que comprovasse os gastos que foram alegados. A esse respeito, o Tribunal afirmou que “as pretensões das vítimas ou seus representantes em matéria de custas e gastos, e as provas que as sustentam, devem ser apresentadas à Corte no primeiro momento processual que lhes é concedido, isto é, no escrito de petições e argumentos, sem prejuízo de que tais pretensões sejam atualizadas em um momento posterior, em conformidade com as novas custas e gastos

550. Cf. *Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C N° 39, par. 79; *Caso Perozo e outros Vs. Venezuela*, par. 417, nota 22 *supra*; *Caso Garibaldi Vs. Brasil*, par. 194, nota 252 *supra*.

em que se tenha incorrido em razão do procedimento perante esta Corte".<sup>551</sup>

596. A Corte observa que o Estado fez um oferecimento de pagamento a título de gastos e custas na quantia de \$ 244.500,00 (duzentos e quarenta e quatro mil e quinhentos pesos mexicanos) a título de reuniões das mães das jovens Herrera, Ramos e González perante a Comissão Interamericana. Além disso, o Tribunal observa que os representantes não efetuaram nenhuma manifestação em relação à afirmação do Estado segundo a qual teriam sido cobertas as custas do foro interno. Entretanto, o Tribunal também adverte que os representantes das vítimas incorreram em gastos para assistir à audiência pública do caso realizada na cidade de Santiago, Chile, assim como gastos relativos ao exercício de sua representação legal, tais como a remissão de seus escritos, gastos de comunicação, entre outros, durante o processo perante este Tribunal. Levando em consideração o anterior e diante da falta de comprovantes destes gastos, determina, em equidade, que o Estado deve entregar a quantia de US\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) às mães das jovens Herrera, Ramos e González que entregarão, se for o caso, a quantia que considerem adequada a seus representantes, a título de custas e gastos. Este montante inclui os gastos futuros em que possam incorrer durante a supervisão do cumprimento desta Sentença e deverá ser entregue dentro de um ano a partir da notificação da presente Sentença.

### **8. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados**

597. O pagamento da indenização por dano material e imaterial e o reembolso de custas e gastos estabelecidos na presente Sentença serão feitos diretamente às pessoas indicadas na mesma, no prazo de um ano, contado a partir de sua notificação, considerando o indicado nos parágrafos 578 e 585 da mesma. Em caso de falecimento de algum beneficiário com anterioridade ao pagamento das respectivas quantias, estas serão entregues a seus herdeiros, em conformidade com o direito interno aplicável.

598. O Estado deverá cumprir as obrigações monetárias por meio do pagamento em dólares dos Estados Unidos da América ou seu equivalente em moeda nacional, utilizando para o respectivo cálculo a taxa de câmbio que se encontre vigente na bolsa de Nova York, no dia anterior ao pagamento.

599. Se por causas atribuíveis aos beneficiários das indenizações ou a seus herdeiros não for possível o pagamento das quantias determinadas dentro do prazo indicado, o Estado consignará este montante a seu favor em uma conta ou certificado de depósito em uma instituição financeira mexicana idônea, e nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancária. Se depois de 10 anos o montante designado não for reivindicado, as quantias serão devolvidas ao Estado com os juros acumulados.

600. As quantias designadas na presente Sentença sob o conceito de indenizações e reembolso de custas e gastos não poderão ser afetadas ou condicionadas por motivos fiscais atuais ou futuros. Portanto, deverão ser entregues aos beneficiários de forma íntegra em conformidade com o estabelecido nesta Sentença.

601. Caso o Estado incorra em demora, deverá pagar juros sobre a quantia devida, correspondente ao juro bancário moratório no México.

## **X**

### **Pontos Resolutivos**

602. Portanto,

**A CORTE**

**DECIDE,**

por unanimidade,

1. Aceitar parcialmente a exceção preliminar interposta pelo Estado, em conformidade com os parágrafos 31 e 80 da presente Sentença e, portanto, declarar que: i) tem competência contenciosa em razão da matéria para conhecer de alegadas violações ao artigo 7 da Convenção de Belém do Pará, e ii) não tem competência contenciosa em razão da matéria para conhecer de supostas violações aos artigos 8 e 9 deste instrumento internacional.

551. Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador*, par. 275, nota 265 *supra*; *Caso Escher e outros Vs. Brasil*, par. 259, nota 46 *supra*, e *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá*, par. 215, nota 9 *supra*.



2. Aceitar o reconhecimento parcial de responsabilidade internacional efetuado pelo Estado, nos termos dos parágrafos 20 a 30 da presente Sentença.

**DECLARA,**

por unanimidade, que,

3. Não pode atribuir ao Estado responsabilidade internacional por violações aos direitos substantivos consagrados nos artigos 4 (Direito à Vida), 5 (Direito à Integridade Pessoal) e 7 (Direito à Liberdade Pessoal) da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, derivadas do descumprimento da obrigação de respeito contida no artigo 1.1 da mesma, em conformidade com os parágrafos 238 a 242 desta Sentença.
4. O Estado violou os direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, reconhecidos nos artigos 4.1, 5.1, 5.2 e 7.1 da Convenção Americana, em relação à obrigação geral de garantia contemplada no artigo 1.1 e à obrigação de adotar disposições de direito interno contemplada no artigo 2 da mesma, bem como às obrigações contempladas no artigo 7.b e 7.c da Convenção de Belém do Pará, em detrimento de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez e Esmeralda Herrera Monreal, nos termos dos parágrafos 243 a 286 da presente Sentença.
5. O Estado descumpriu seu dever de investigar e, com isso, seu dever de garantir os direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, consagrados nos artigos 4.1, 5.1, 5.2 e 7.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma e com o artigo 7.b e 7.c da Convenção de Belém do Pará, em detrimento de Claudia Ivette González, Laura Berenice Ramos Monárrez e Esmeralda Herrera Monreal. Pelos mesmos motivos, o Estado violou os direitos de acesso à justiça e à proteção judicial, consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma e 7.b e 7.c da Convenção de Belém do Pará, em detrimento de: Irma Monreal Jaime, Benigno Herrera Monreal, Adrián Herrera Monreal, Juan Antonio Herrera Monreal, Cecilia Herrera Monreal, Zulema Montijo Monreal, Erick Montijo Monreal, Juana Ballín Castro, Irma Josefina González Rodríguez, Mayela Banda González, Gema Iris González, Karla Arizbeth Hernández Banda, Jacqueline Hernández, Carlos Hernández Llamas, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos e Atziri Geraldine Bermúdez Ramos, em conformidade com os parágrafos 287 a 389 da presente Sentença.
6. O Estado violou o dever de não discriminação contido no artigo 1.1 da Convenção Americana, em relação ao dever de garantia dos direitos à vida, à integridade pessoal e à liberdade pessoal, consagrados nos artigos 4.1, 5.1, 5.2 e 7.1 de este tratado, em detrimento de Laura Berenice Ramos Monárrez, Esmeralda Herrera Monreal e Claudia Ivette González; bem como em relação ao acesso à justiça, consagrado nos artigos 8.1 e 25.1 da mencionada Convenção, em detrimento de Irma Monreal Jaime, Benigno Herrera Monreal, Adrián Herrera Monreal, Juan Antonio Herrera Monreal, Cecilia Herrera Monreal, Zulema Montijo Monreal, Erick Montijo Monreal, Juana Ballín Castro, Irma Josefina González Rodríguez, Mayela Banda González, Gema Iris González, Karla Arizbeth Hernández Banda, Jacqueline Hernández, Carlos Hernández Llamas, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos e Atziri Geraldine Bermúdez Ramos, nos termos dos parágrafos 390 a 402 da presente Sentença.
7. O Estado violou os direitos da criança, consagrados no artigo 19 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma, em detrimento das meninas Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez, em conformidade com os parágrafos 403 a 411 da presente Sentença.
8. O Estado violou o direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, pelos sofrimentos causados a Irma Monreal Jaime, Benigno Herrera Monreal, Adrián Herrera Monreal, Juan Antonio Herrera Monreal, Cecilia Herrera Monreal, Zulema Montijo Monreal, Erick Montijo Monreal, Juana Ballín Castro, Irma Josefina González Rodríguez, Mayela Banda González, Gema Iris González, Karla Arizbeth Hernández Banda, Jacqueline Hernández, Carlos Hernández Llamas, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos e Atziri Geraldine Bermúdez Ramos, nos termos dos parágrafos 413 a 424 da presente Sentença.

9. O Estado violou o direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1 e 5.2 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, pelos atos de perseguição que sofreram Adrián Herrera Monreal, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos e Atziri Geraldine Bermúdez Ramos, nos termos dos parágrafos 425 a 440 da presente Sentença.
10. O Estado não violou o direito à proteção da honra e da dignidade, consagrado no artigo 11 da Convenção Americana, nos termos dos parágrafos 441 a 445 da presente Sentença.

#### **E, DISPÕE**

por unanimidade, que,

11. Esta Sentença constitui, *per se*, uma forma de reparação.
12. O Estado deverá, em conformidade com os parágrafos 452 a 455 desta Sentença, conduzir eficazmente o processo penal em curso e, se for o caso, os que chegarem a ser abertos, para identificar, processar e, se for o caso, punir os responsáveis materiais e intelectuais pelo desaparecimento, maus-tratos e privação da vida das jovens González, Herrera e Ramos, em conformidade com as seguintes diretrizes:
  - i) deverão ser removidos todos os obstáculos *de jure ou de facto* que impeçam a devida investigação dos fatos e o desenvolvimento dos respectivos processos judiciais, e deverão ser usados todos os meios disponíveis para fazer com que as investigações e processos judiciais sejam expeditos a fim de evitar a repetição de fatos iguais ou análogos aos do presente caso;
  - ii) a investigação deverá incluir uma perspectiva de gênero; empreender linhas de investigação específicas em relação à violência sexual, para o que devem ser incluídas as linhas de investigação sobre os padrões respectivos na região; deve ser realizada em conformidade com os protocolos e manuais que cumpram as diretrizes desta Sentença; deve ser fornecida informação regularmente aos familiares das vítimas sobre os avanços na investigação e dar-lhes pleno acesso aos autos, e deve ser realizada por funcionários altamente capacitados em casos similares e em atenção a vítimas de discriminação e violência por razão de gênero;
  - iii) deverá ser assegurado que os distintos órgãos que participem no procedimento de investigação e nos processos judiciais contem com os recursos humanos e materiais necessários para desempenhar as tarefas de maneira correta, independente e imparcial, e que as pessoas que participem na investigação contem com as devidas garantias de segurança, e
  - iv) os resultados dos processos deverão ser divulgados publicamente para que a sociedade mexicana conheça os fatos objeto do presente caso.
13. O Estado deverá, dentro de um prazo razoável, investigar, por meio das instituições públicas competentes, os funcionários acusados de irregularidades e, depois de um devido processo, aplicar as sanções administrativas, disciplinares ou penais correspondentes aos que forem considerados responsáveis, em conformidade com o exposto nos parágrafos 456 a 460 desta Sentença.
14. O Estado deverá realizar, dentro de um prazo razoável, as investigações correspondentes e, se for o caso, punir os responsáveis pelas perseguições de que foram objeto Adrián Herrera Monreal, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos e Atziri Geraldine Bermúdez Ramos, em conformidade com o exposto nos parágrafos 461 e 462 desta Sentença.
15. O Estado deverá, no prazo de seis meses a partir da notificação da presente Sentença, publicar no Diário Oficial da Federação, em um jornal de ampla circulação nacional e em um jornal de ampla circulação no Estado de Chihuahua, por uma única vez, os parágrafos 113 a 136, 146 a 168, 171 a 181, 185 a 195, 198 a 209 e 212 a 221 desta Sentença e os pontos resolutivos da mesma, sem as notas de rodapé correspondentes. Adicionalmente, o Estado deverá, dentro do mesmo prazo, publicar a presente Sentença integralmente em um sítio web oficial do Estado. Tudo isso em conformidade com o parágrafo 468 desta Sentença.
16. O Estado deverá, no prazo de um ano a partir da notificação desta Sentença, realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional em relação aos fatos do presente caso, em

honra à memória de Laura Berenice Ramos Monárrez, Esmeralda Herrera Monreal e Claudia Ivette González, nos termos dos parágrafos 469 e 470 da presente Sentença.

17. O Estado deverá, no prazo de um ano a partir da notificação desta Sentença, erigir um monumento em memória das mulheres vítimas de homicídio por razões de gênero em Ciudad Juárez, nos termos dos parágrafos 471 e 472 da presente Sentença. O monumento será revelado na mesma cerimônia na qual o Estado reconheça publicamente sua responsabilidade internacional, em cumprimento do ordenado no ponto resolutivo anterior.
18. O Estado deverá, em um prazo razoável, continuar com a padronização de todos os seus protocolos, manuais, critérios de investigação, serviços periciais e de aplicação de justiça, utilizados para investigar todos os crimes que sejam relacionados a desaparecimentos, violência sexual e homicídios de mulheres, em conformidade com o Protocolo de Istambul, o Manual sobre a Prevenção e Investigação Efetiva de Execuções Extrajudiciais, Arbitrárias e Sumárias das Nações Unidas e os padrões internacionais de busca de pessoas desaparecidas, com base em uma perspectiva de gênero, em conformidade com o disposto nos parágrafos 497 a 502 desta Sentença. A esse respeito, deverá ser apresentado um relatório anual durante três anos.
19. O Estado deverá, em um prazo razoável e de conformidade com os parágrafos 503 a 506 desta Sentença, adequar o Protocolo Alba, ou, na sua falta, implementar um novo dispositivo análogo, em conformidade com as seguintes diretrizes, devendo apresentar um relatório anual durante três anos:
  - i) implementar buscas de ofício e sem nenhuma demora, quando se apresentem casos de desaparecimento, como uma medida dirigida a proteger a vida, liberdade pessoal e a integridade pessoal da pessoa desaparecida;
  - ii) estabelecer um trabalho coordenado entre diferentes corpos de segurança para encontrar o paradeiro da pessoa;
  - iii) eliminar qualquer obstáculo de fato ou de direito que reduza a efetividade da busca ou que torne impossível seu início, como exigir investigações ou procedimentos preliminares;
  - iv) designar os recursos humanos, econômicos, logísticos, científicos ou de qualquer natureza que sejam necessários para o êxito da busca;
  - v) confrontar o relatório de desaparecimento com a base de dados de pessoas desaparecidas referida nos parágrafos 509 a 512 *supra*, e
  - vi) priorizar as buscas em áreas onde razoavelmente seja mais provável encontrar a pessoa desaparecida sem rejeitar arbitrariamente outras possibilidades ou áreas de busca. Todo o anterior deverá ser ainda mais urgente e rigoroso quando a desaparecida for uma criança.
20. O Estado deverá criar, em um prazo de seis meses a partir da notificação desta Sentença, um site que deverá ser atualizado permanentemente e terá a informação pessoal necessária de todas as mulheres, jovens e meninas que desapareceram em Chihuahua desde 1993 e que continuam desaparecidas. Este site deverá permitir que qualquer indivíduo se comunique por qualquer meio com as autoridades, inclusive de maneira anônima, a fim de proporcionar informação relevante sobre o paradeiro da mulher ou da menina desaparecida ou, se for o caso, de seus restos mortais, em conformidade com os parágrafos 507 e 508 desta Sentença.
21. O Estado deverá, dentro do prazo de um ano a partir da notificação desta Sentença e em conformidade com os parágrafos 509 a 512 da mesma, criar ou atualizar uma base de dados que contenha:
  - i) a informação pessoal disponível de mulheres e meninas desaparecidas no âmbito nacional;
  - ii) a informação pessoal que seja necessária, principalmente genética e amostras celulares, dos familiares das pessoas desaparecidas que consentam – ou que assim o ordene um Juiz - que o Estado armazene esta informação pessoal unicamente com o objetivo de localizar a pessoa desaparecida, e
  - iii) a informação genética e amostras celulares provenientes dos corpos de qualquer mulher ou menina não identificada que seja privada da vida no Estado de Chihuahua.
22. O Estado deve continuar implementando programas e cursos permanentes de educação e capacitação em direitos humanos e gênero; perspectiva de gênero para a devida diligência na condução de investigações prévias e processos judiciais relacionados com discriminação, violência e homicídios de mulheres por razões de gênero, e superação de estereótipos sobre o papel social das mulheres dirigidos a funcionários públicos nos termos dos parágrafos 531 a 542 da presente Sentença.

- O Estado deverá informar anualmente, durante três anos, sobre a implementação dos cursos e capacitações.
23. O Estado deverá, dentro de um prazo razoável, realizar um programa de educação destinado à população em geral do Estado de Chihuahua, com o fim de superar esta situação. Para esse fim, o Estado deverá apresentar um relatório anual durante três anos, no qual indique as ações que foram realizadas para tal fim, nos termos do parágrafo 543 da presente Sentença.
24. O Estado deve oferecer atendimento médico, psicológico ou psiquiátrico gratuito, de forma imediata, correta e efetiva, através de instituições estatais especializadas de saúde, a Irma Monreal Jaime, Benigno Herrera Monreal, Adrián Herrera Monreal, Juan Antonio Herrera Monreal, Cecilia Herrera Monreal, Zulema Montijo Monreal, Erick Montijo Monreal, Juana Ballín Castro, Irma Josefina González Rodríguez, Mayela Banda González, Gema Iris González, Karla Arizbeth Hernández Banda, Jacqueline Hernández, Carlos Hernández Llamas, Benita Monárrez Salgado, Claudia Ivonne Ramos Monárrez, Daniel Ramos Monárrez, Ramón Antonio Aragón Monárrez, Claudia Dayana Bermúdez Ramos, Itzel Arely Bermúdez Ramos, Paola Alexandra Bermúdez Ramos e Atziri Geraldine Bermúdez Ramos, se estes assim o desejam, nos termos dos parágrafos 544 a 549 esta Sentença.
25. O Estado deverá, dentro do prazo de um ano a partir da notificação desta Sentença, pagar as quantias fixadas nos parágrafos 565, 566, 577, 586 e 596 da presente Sentença a título de indenizações e compensações por danos materiais e imateriais e o reembolso de custas e gastos, segundo corresponda, sob as condições e nos termos dos parágrafos 597 a 601 da presente Sentença.
26. A Corte supervisionará o cumprimento íntegro desta Sentença, em exercício de suas atribuições e em cumprimento de seus deveres em conformidade com a Convenção Americana, e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto na mesma. Dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação desta Sentença o Estado deverá apresentar ao Tribunal um relatório sobre as medidas adotadas para dar-lhe cumprimento.

A Juíza Cecilia Medina Quiroga e o Juiz Diego García-Sayán informaram à Corte seus Votos Concorrentes, os quais acompanham a presente Sentença.

Redigida em espanhol e inglês, fazendo fé o texto em espanhol, em San José, Costa Rica, em 16 de novembro de 2009.

Cecilia Medina Quiroga  
Presidenta

Diego García-Sayán

Manuel E. Ventura Robles

Margarette May Macaulay

Rhadys Abreu Blondet

Rosa María Álvarez González  
Juíza *Ad Hoc*

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

Comunique-se e execute-se,

Cecilia Medina Quiroga  
Presidenta

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

**VOTO CONCORRENTE DO JUIZ DIEGO GARCIA-SAYAN EM RELAÇÃO À SENTENÇA  
DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO GONZÁLES E OUTRAS  
("CAMPO ALGODOEIRO") VS. MÉXICO, DE 16 DE NOVEMBRO DE 2009**

1. A violência contra a mulher é um drama com várias dimensões e expressões. É, sem dúvida, uma das manifestações persistentes de discriminação mais generalizadas no mundo, que se reflete em um leque que vai de expressões sutis e veladas até situações cruéis e violentas. Dentro desta última categoria se encontra obviamente a violência contra a mulher em Ciudad Juárez, da que foram vítimas Claudia Ivette González, Esmeralda Herrera Monreal e Laura Berenice Ramos Monárrez e a que se refere esta Sentença proferida no Caso González e outras ("Campo Algodoeiro") Vs. México (doravante denominada "a Sentença"). Como o disse a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada "a Corte Interamericana", "a Corte" ou "o Tribunal") na Sentença, os fatos descritos foram influenciados "por uma cultura de discriminação contra a mulher" (par. 164). Essa cultura "incidiu tanto nos motivos como na modalidade dos crimes, bem como na resposta das autoridades frente a estes" (par. 164). Expressão disso, em conformidade com a Sentença, são "as respostas ineficientes e as atitudes indiferentes documentadas em relação à investigação destes crimes" (par. 164) sobre as quais a Corte estabeleceu a responsabilidade internacional do Estado.
2. Em relação aos fatos de violência contra as mulheres em Ciudad Juárez, o Tribunal se pergunta na Sentença se os atos perpetrados contra as vítimas, que terminaram com a morte das jovens González, Herrera Monreal e Ramos Monárrez, são atribuíveis ao Estado (par. 231). A Corte estabeleceu que carecia de elementos para concluir que os perpetradores houvessem sido agentes estatais (par. 242) e concentrou seu raciocínio na eventual responsabilidade do Estado por omissão no cumprimento de seu dever de garantia.
3. O tema do dever de prevenção foi tratado pela justiça internacional, em geral, e por esta Corte, em particular, com enfoques claros dentro da indubitável complexidade do problema. A jurisprudência do Tribunal estabeleceu critérios precisos e fundamentais sobre o dever de prevenção. Esses critérios são mais específicos, certamente, quando se trata de pessoas que se encontram sob custódia do Estado, como é o caso de um centro onde se encontravam menores presos<sup>1</sup> ou situações nas quais o Estado se encontra em posição especial de garante como é o caso de uma comunidade indígena deslocada por haver sido vítima do despojo de suas terras.<sup>2</sup>
4. Em situações mais "definidas" como as que se apresentaram nos casos *Ximenes Lopes Vs. Brasil* ou *Yakye Axa Vs. Paraguai*, os critérios do Tribunal foram, de fato, mais específicos, pois se referem a grupos humanos que ocupavam espaços que se encontravam sob custódia do Estado dadas as características específicas dos problemas em cada caso. No Caso *Ximenes Lopes*, a Corte estabeleceu que, no caso de pessoas com uma deficiência mental e que se encontravam sob a custódia ou cuidado do Estado,<sup>3</sup> este tinha responsabilidade internacional ao haver descumprido "seu dever de cuidar e de prevenir a violação da vida e da integridade pessoal, bem como seu dever de regular e fiscalizar o atendimento médico de saúde, o que constituem deveres especiais derivados da obrigação de garantir os direitos consagrados nos artigos 4 e 5 da Convenção Americana".<sup>4</sup> No Caso *Yakye Axa*, por sua vez, ao se tratar de uma comunidade indígena deslocada de seu território, composta por um grupo identificável de famílias e que se encontrava temporariamente em condições muito precárias em uma área limítrofe a uma estrada, a Corte determinou que o Estado tinha "o dever de adotar medidas positivas, concretas e orientadas à satisfação do direito a uma vida digna".<sup>5</sup>
5. Tanto o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (doravante denominado "o Tribunal Europeu") como a Corte Interamericana foram estabelecendo critérios precisos e rigorosos para definir o "dever de prevenção" dentro de marcos situacionais mais amplos e gerais. O Tribunal Europeu adotou a esse respeito decisões desde 1998 através das quais é analisada a complexidade do tema do dever de prevenção e são enumerados alguns critérios específicos para defini-lo. Assim, no Caso *Osman Vs. Reino Unido* o Tribunal Europeu estabeleceu uma aproximação cautelosa para definir o dever de prevenção mencionando alguns critérios específicos, reiterados em posteriores e mais recentes decisões desse mesmo tribunal.<sup>6</sup>

1. Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C N° 149.

2. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai. Mérito Reparações e Custas*. Sentença 17 de junho de 2005. Série C N° 125

3. Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, par. 138, nota 1 *supra*.

4. Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, par. 146, nota 1 *supra*.

5. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, par. 162, nota 2 *supra*

6. Por exemplo, *European Court of Human Rights, Case Kilic v. Turkey (Application N° 22492/93) Judgment Strasbourg, 28 March 2000, par. 63*, Cf. *Case of Opuz v. Turkey (Application N° 33401/02), Judgment Strasbourg, 9 June 2009. para. 129*.

Levando em consideração as dificuldades que implicam o planejamento e adoção de políticas públicas nas sociedades modernas, para o Tribunal, a imprevisibilidade da conduta humana e as opções de caráter operativo que devem ser tomadas em função das prioridades e dos recursos disponíveis, essa obrigação positiva deve ser interpretada de forma que não imponha às autoridades uma carga impossível ou desproporcional. [...] Na opinião do Tribunal, quando haja uma alegação de que as autoridades violaram sua obrigação positiva de proteger o direito à vida [...], deve ser estabelecido com clareza que no momento dos fatos as autoridades sabiam, ou deviam saber, da existência de um risco real e imediato para a vida de um indivíduo ou indivíduos identificados como vítimas de atos criminais de terceiros, e que tais autoridades não tomaram as medidas dentro do alcance de suas atribuições que, apreciadas razoavelmente, podiam ser esperadas para evitar este risco.<sup>7</sup>

6. O Tribunal Europeu, pois, põe ênfase na dificuldade de garantir a ordem pública, na imprevisibilidade da conduta humana e na vastidão de opções operacionais para determinar prioridades e designação de recursos, derivando disso a conclusão de que a obrigação de prevenir não pode ser interpretada em um sentido que imponha uma carga impossível ou desproporcional ao Estado. Nessa perspectiva, enfatiza a obrigação de dar os "passos apropriados" para proteger a vida das pessoas que estejam sob sua jurisdição<sup>8</sup> o que supõe implementar normas penais corretas para dissuadir o cometimento de crimes que estejam respaldados por um maquinário de aplicação da lei em matéria de prevenção, repressão e sanção.<sup>9</sup> Em "algumas circunstâncias bem definidas"<sup>10</sup> esta obrigação pode implicar, inclusive, a obrigação positiva das autoridades de tomar medidas operacionais preventivas para proteger um indivíduo cuja vida se encontre sob risco de sofrer atos criminais por parte de outro indivíduo.
7. Em linha e em consonância com a jurisprudência do Tribunal Europeu, esta Corte Interamericana construiu seus próprios critérios jurisprudenciais sobre o dever de prevenção. Um conceito que a Corte mencionou - e reiterou - desde o Caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* na jurisprudência fundacional do Tribunal em 1988 é que o Estado possui a obrigação de prevenir "razoavelmente" as violações dos direitos humanos.<sup>11</sup> Em casos mais recentes, a Corte estabeleceu quais são os componentes para definir e precisar o conteúdo do "dever de prevenção" em linha com decisões do Tribunal Europeu, como as citadas.
8. No Caso *Pueblo Bello Vs. Colômbia*, o Tribunal estabeleceu critérios claros através de conceitos que foram reiterados depois nos Casos da *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai*<sup>12</sup> e em *Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia*.<sup>13</sup> Assim, no Caso *Pueblo Bello* a Corte estabeleceu que:

[...] para a Corte, é claro que um Estado não pode ser responsável por qualquer violação de direitos humanos cometida entre particulares dentro de sua jurisdição. De fato, o caráter *erga omnes* das obrigações convencionais de garantia a cargo dos Estados não implica uma responsabilidade ilimitada dos Estados frente a qualquer ato ou fato de particulares, pois seus deveres de adotar medidas de prevenção e proteção dos particulares em suas relações entre si se encontram condicionados ao conhecimento de uma situação de risco real e imediato para um indivíduo ou grupo de indivíduos determinado e às possibilidades razoáveis de prevenir ou evitar esse risco. Ou seja, ainda que um ato, omissão ou fato de um particular tenha como consequência jurídica a violação de determinados direitos humanos de outro particular, este não é automaticamente atribuível ao Estado, pois deve-se atender as circunstâncias particulares do caso e a concretização destas obrigações de garantia".<sup>14</sup>

9. A Corte estabeleceu, pois, que não existe "uma responsabilidade ilimitada dos Estados frente a qualquer ato ou fato de particulares"<sup>15</sup> e que o dever de prevenção tem - em linhas gerais e fora das situações especiais

7. Cf. *Case of Osman v. The United Kingdom (87/1997/871/1083)*. Judgment Strasbourg, 28 October 1998, para. 116. Texto original e oficial:

*For the Court, and bearing in mind the difficulties involved in policing modern societies, the unpredictability of human conduct and the operational choices which must be made in terms of priorities and resources, such an obligation must be interpreted in a way which does not impose an impossible or disproportionate burden on the authorities. [...] In the opinion of the Court where there is an allegation that the authorities have violated their positive obligation to protect the right to life [...] it must be established to its satisfaction that the authorities knew or ought to have known at the time of the existence of a real and immediate risk to the life of an identified individual or individuals from the criminal acts of a third party and that they failed to take measures within the scope of their powers which, judged reasonably, might have been expected to avoid that risk.*

8. Cf. *Case of Osman v. The United Kingdom*, par. 115, nota 7 *supra*.

9. Cf. *Case of Osman v. The United Kingdom*, par. 115, nota 7 *supra*.

10. Cf. *Case of Osman v. The United Kingdom*, par. 115, nota 7 *supra*.

11. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C N° 1, par. 174.

12. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de março de 2006. Série C N° 146, par. 155.

13. Cf. *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C N° 192, par. 78.

14. Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C N° 140, par. 123.

15. Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*, par. 123, nota 14 *supra*.

nas quais o Estado tenha uma posição especial de garante – três componentes que devem concorrer: 1) o “conhecimento de uma situação de risco real e imediato”; 2) “um indivíduo ou grupo de indivíduos determinado”, e 3) “possibilidades razoáveis de prevenir ou evitar esse risco”.<sup>16</sup> Esses conceitos foram apontados para se referir ao “risco real e imediato” nos Casos *Ríos e outros Vs. Venezuela*<sup>17</sup> e *Perozo e outros Vs. Venezuela*.<sup>18</sup>

10. Ao resolver o presente caso, a Corte recordou o já determinado no caso *Velásquez Rodríguez* sobre a obrigação de prevenir “razoavelmente” (par. 236) e reiterou os três critérios integrantes do dever de prevenção estabelecidos na jurisprudência desta Corte e do Tribunal Europeu e recapitulados no parágrafo anterior.
11. O Tribunal concluiu neste caso, assim, que a ausência de uma política geral que devia haver sido iniciada em 1998 é uma falta do Estado no cumprimento geral de seu dever de prevenção (par. 282). Esta “política geral” pode ser interpretada fazendo uso dos critérios estabelecidos pelo Tribunal Europeu no Caso *Osman Vs. Reino Unido*, no sentido da necessidade de uma política de segurança pública orientada à prevenção, persecução e sanção de crimes, como aqueles contra mulheres que se conhecia que vinham sendo cometidos em Ciudad Juárez, pelo menos desde esse ano, quando a Comissão Nacional de Direitos Humanos (ente federal) advertiu sobre o padrão de violência contra a mulher nessa localidade.
12. Simultaneamente, a Corte determina, entretanto, que “não foi estabelecido que [o Estado] tinha conhecimento de um risco real e imediato para as vítimas deste caso” (par. 282) antes de seu sequestro e desaparecimento. Distinto é o tratamento que faz o Tribunal no que a Sentença chama o “segundo momento”, que é desde quando o Estado sim teve conhecimento sobre o risco “real e imediato” sobre um “grupo de indivíduos determinado”, quando as três vítimas identificadas desapareceram, apresentando-se, assim, o perigo concreto e específico de que elas fossem estupradas e privadas da vida, frente ao que o Estado “não demonstrou ter adotado as medidas razoáveis, em conformidade com as circunstâncias que cercavam os casos, para encontrar as vítimas com vida” (par. 284).
13. Ao reiterar sua jurisprudência na matéria sobre o “dever de prevenção”, a Corte enfatizou as características e componentes fundamentais deste dever de garantia, bem como as características e níveis da responsabilidade internacional do Estado. Assim, aparece a combinação de uma obrigação de elaborar e pôr em prática o que nesta Sentença se denomina “uma política geral” de segurança pública com seus respectivos espaços de prevenção e persecução penal, entendendo as dificuldades em qualquer contexto e, pior ainda, em contextos de criminalidade ampla e generalizada.
14. Mas, simultaneamente, a Corte estabelece os componentes específicos do dever de prevenção para casos determinados em uma perspectiva que contribui a que não se diluam os critérios para determinar a responsabilidade internacional do Estado confundindo-a, eventualmente, com o crime comum. Isso facilita que não se diluam e evaporem conceitos fundamentais como os de “violação de direitos humanos” ou “responsabilidade internacional dos Estados” ou que se confundam com fatos muito graves, certamente, mas juridicamente diferentes e distinguíveis como a atividade criminal de indivíduos. Os componentes do dever de prevenção reiterados nesta Sentença, desta forma, ajudam a prevenir que no dia de amanhã os atos criminais de um indivíduo possam ser confundidos com os deveres internacionais do Estado.
15. Os Estados estão obrigados a estabelecer políticas gerais de ordem pública que protejam a população da violência delinquencial. Esta obrigação tem prioridade progressiva e decidida dado o contexto de crescente criminalidade na maioria dos países da região. Mas disso não se deriva, como se diz com clareza nesta Sentença, que exista “uma responsabilidade ilimitada dos Estados frente a qualquer ato ou fato de particulares” (par. 280) já que as medidas de prevenção sobre as quais o Estado pode ser declarado internacionalmente responsável têm as características e componentes que a jurisprudência desta Corte desenvolveu e que se reiteram nesta Sentença.

Diego García-Sayán  
Juiz

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

16. Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*, par. 123, nota 14 *supra*.

17. Cf. *Caso Ríos e outros Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C Nº 194, par. 110.

18. Cf. *Caso Perozo e outros Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C Nº 195, par. 121.

**VOTO CONCORRENTE DA JUÍZA CECILIA MEDINA QUIROGA EM RELAÇÃO  
À SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NO CASO GONZÁLEZ E OUTRAS  
 (“CAMPO ALGODOEIRO”) VS. MÉXICO, DE 16 DE NOVEMBRO DE 2009**

1. Mesmo quando concordo com a decisão da Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Corte” ou “Tribunal”) neste caso, no sentido de que existe uma violação do artigo 5.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “Convenção Americana” ou “Convenção”), não concordo com o fato de que a Corte não tenha qualificado como tortura as ações perpetradas contra as vítimas.
2. Sob um ponto de vista prático-jurídico, não há maiores diferenças em qualificar ou não uma conduta como tortura. Tanto a tortura como os tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes são violações de um direito humano e todos estes atos são regulamentados praticamente da mesma maneira. Sem prejuízo disso, a Corte não vacilou em outros casos em qualificar uma conduta como tortura, frequentemente sem mencionar as razões pelas quais o fez, e se observa que o elemento principal é o da severidade da ação e como a mesma afeta a vítima. É a conduta, em geral, a que determina a distinção entre tortura e outros tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. A razão de qualificar um ato como tortura obedece ao maior estigma em designá-lo em relação a outros, também incompatíveis com o artigo 5.2 da Convenção.
3. A Corte decidiu explicitar os requisitos que eram exigidos para a ocorrência de tortura no Caso *Bueno Alves Vs. Argentina*, entendendo que se está diante de um ato constitutivo de tortura quando o maltrato é: a) intencional; b) cause severos sofrimentos físicos ou mentais, e c) seja cometido com determinado fim ou propósito.<sup>1</sup> Se analisamos estes três elementos veremos que o primeiro e o terceiro podem se encontrar presentes em outros tratamentos incompatíveis com o artigo 5.2 da Convenção. A intencionalidade se refere à consciência do sujeito de que está realizando um ato que irá causar um sofrimento ou um sentimento de humilhação e o propósito se refere às razões pelas quais o executa: dominação, discriminação, sadismo, alcance de alguma ação ou omissão da vítima ou outros. Ambos os elementos podem existir nos tratamentos cruéis, desumanos ou degradantes. Portanto, o que realmente distingue a tortura de outros tratamentos, nos termos em que foi formulado pela Corte no Caso *Bueno Alves*, é a severidade do sofrimento físico ou mental.
4. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (doravante denominado “Tribunal Europeu”) adotou precisamente essa posição. Nesse sentido, no Caso *Irlanda Vs. Reino Unido* decidiu que a tortura se refere a “um tratamento desumano que causa sofrimento muito sério e cruel”.<sup>2</sup>
5. A Observação Geral 20 ao Artigo 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (doravante denominado “o Pacto”), do Comitê de Direitos Humanos,<sup>3</sup> sustenta que a distinção entre as diferentes formas de tratamento a que faz referência o Pacto “depende da classe, propósito e severidade do tratamento particular.”<sup>4</sup> Esse mesmo Comitê não fez distinções entre os diversos tipos de conduta quando argumentou na Observação indicada que:

A finalidade das disposições do artigo 7 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos é proteger a dignidade e a integridade física e mental da pessoa. O Estado Parte tem o dever de oferecer a toda pessoa, por meio das medidas legislativas e de outra natureza, a proteção necessária contra os atos proibidos pelo artigo 7, sejam infligidos por pessoas que atuem no desempenho de suas funções oficiais, à margem destas funções ou inclusive a título privado.<sup>5</sup>

6. O Tribunal Europeu tampouco fez qualquer distinção no recente Caso *Opuz Vs. Turquia*,<sup>6</sup> no qual argumentou:

Em relação à questão de se o Estado pode ser considerado responsável, sob o artigo 3, pelos maus-tratos infligidos a pessoas por parte de atores não estatais, a Corte recorda que a obrigação dos Estados

1. Cf. *Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C N° 164, par. 79, e *Caso Bayarri Vs. Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de outubro de 2008. Série C N° 187, par. 81.

2. Cf. *European Court of Human Rights, Case of Ireland v. The United Kingdom, (Application N° 5310/71) Judgment Strasbourg, 18 January 1978*, para. 167.

3. Cf. *General Comment N° 20: Replaces general comment concerning prohibition of torture and cruel treatment or punishment (Art. 7): 10/03/92 CCPR General Comment N°20*.

4. Cf. *General Comment N° 20*, par. 4, nota 3 *supra*.

5. Cf. *General Comment N° 20*, par. 2, nota 3 *supra*. Também faz referência a atos de tortura cometidos por particulares no par. 13 da mesma Observação Geral, no sentido de que:

[a]o apresentar seus relatórios, os Estados Partes deverão indicar as disposições de seu direito penal que sancionam a tortura e os tratamentos ou castigos cruéis, desumanos e degradantes, e especificar as sanções aplicáveis a esses atos, sejam estes cometidos por funcionários públicos ou outras pessoas que atuem em nome do Estado ou por particulares. Serão considerados responsáveis quem viole o artigo 7, seja alentando, ordenando ou perpetrando atos proibidos.

6. Cf. *European Court of Human Rights, Case of Opuz v. Turkey, (Application N° 33401/02)*, Judgment Strasbourg, 9 June 2009, para. 159. Ver também *Case of Z and others v. the United Kingdom (Application N° 29392/95)*, Judgment Strasbourg 10 May 2001, par. 73-



Partes conforme o artigo 1 da Convenção, de assegurar a toda pessoa sob sua jurisdição os direitos e liberdades consagrados na Convenção, conjuntamente com o artigo 3, requer dos Estados que tomem medidas elaboradas para assegurar que os indivíduos sob sua jurisdição não sejam objeto de tortura ou tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, incluindo maus-tratos perpetrados por indivíduos privados (ver, *mutatis mutandi*, *H.L.R. v. France*, 29 April 1997, § 40, *Reports* 1997-III). Particularmente, as crianças e outros indivíduos vulneráveis têm direito à proteção por parte do Estado, em forma de dissuasão efetiva, contra aquelas violações sérias à integridade pessoal (ver *A. v. the United Kingdom*, 23 September 1998, § 22, *Reports* 1998-VI).<sup>7</sup>

7. Como se pode observar, nenhuma destas decisões ou interpretações faz alusão ao requisito da exigência da participação ativa, aquiescência ou tolerância, ou inação de um agente estatal. Esse é um requisito agregado pela Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura (doravante denominada “a CIPST”) e pela Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes (doravante denominada “Convenção contra a Tortura”). Ambas as Convenções são posteriores à Convenção Americana, tendo entrado em vigor em 1987.
8. Ao ler os parágrafos 218, 219, 220 e 230 desta decisão, pode-se advertir que as três vítimas sofreram graves agressões físicas e, muito provavelmente, violência sexual de algum tipo antes de sua morte. A descrição do estado dos cadáveres, ainda que tenha sido feita de maneira ineficiente nos primeiros momentos, mostra a magnitude do tratamento que lhes foi infligido, de modo que os fatos permitiam ser considerados como atos de tortura.
9. Não parece, pois, haver justificativa ao fato de que o tratamento que foi aplicado à três vítimas deste caso não tenha sido qualificado como tortura, salvo o fato de que a Corte considerou que não era possível concluir que um Estado pudesse ser responsável por um ato de tortura se não havia prova de que este houvesse sido perpetrado por agentes do Estado ou houvesse sido realizado quando um empregado ou funcionário público, podendo impedir o ato, não o houvesse feito (artigo 3.a<sup>o</sup> da CIPST) ou, nos termos do artigo 1<sup>o</sup> da Convenção contra a Tortura, o ato houvesse sido realizado com a aquiescência de um agente do Estado.
10. Com relação à formulação da Convenção contra a Tortura, é suficiente dizer que o próprio Comitê contra a Tortura, criado por esta Convenção, afirmou que:

quando as autoridades do Estado [...] têm conhecimento ou motivos fundados para acreditar que sujeitos privados ou atores não estatais perpetram atos de tortura ou maus-tratos e não exercem a devida diligência para impedir, investigar, julgar e castigar estes sujeitos privados ou atores não estatais [...] o Estado é responsável [...] por consentir ou tolerar esses atos inaceitáveis. A negligência do Estado à hora de intervir para por fim a esses atos, punir os autores e oferecer reparação às vítimas da tortura facilita e faz possível que os atores não estatais cometam impunemente atos proibidos pela Convenção, de modo que a indiferença ou inação do Estado constitui uma forma de incitação e/ou de autorização de fato. O Comitê aplicou este princípio aos casos em que os Estados Partes não impediram atos de violência de gênero, como a violação, a violência no lar, a mutilação genital feminina ou o tráfico, ou não protegeu as vítimas.<sup>10</sup>

11. Também o Relator especial sobre a questão da tortura, referindo-se ao artigo 1 da Convenção contra a Tortura, que consagra obrigações similares ao citado artigo 3 da CIPST, afirmou que:

a violência contra a mulher à margem do controle direto do Estado tem sido utilizada com frequência

7. Cf. European Court of Human Rights, *Case of Opuz v. Turkey*, par. 159, nota 6 *supra*.

8. O artigo 3 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura estabelece:

Serão responsáveis pelo delito de tortura:

- a. os empregados ou funcionários públicos que, atuando nesse caráter, ordenem sua comissão ou instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou, podendo impedi-lo, não o façam.
- b. as pessoas que, por instigação dos funcionários ou empregados públicos a que se refere a alínea a, ordenem sua comissão, instiguem ou induzam a ela, cometam-no diretamente ou nele sejam cúmplices.

9. O artigo 1.1 da Convenção contra a Tortura e Outros Tratamentos ou Penas Cruéis, Desumanos ou Degradantes estabelece:

Para os efeitos da presente Convenção, o termo “tortura” significa qualquer acto por meio do qual uma dor ou sofrimentos agudos, físicos ou mentais, são intencionalmente causados a uma pessoa com os fins de, nomeadamente, obter dela ou de uma terceira pessoa informações ou confissões, a punir por um acto que ela ou uma terceira pessoa cometeu ou se suspeita que tenha cometido, intimidar ou pressionar essa ou uma terceira pessoa, ou por qualquer outro motivo baseado numa forma de discriminação, desde que essa dor ou esses sofrimentos sejam infligidos por um agente público ou por qualquer outra pessoa agindo a título oficial, a sua instigação ou com o seu consentimento expreso ou tácito. Este termo não compreende a dor ou sofrimentos resultantes unicamente de sanções legítimas, inerentes a essas sanções ou por elas ocasionados.

10. Comitê contra a tortura, Observação Geral N<sup>o</sup> 2 sobre aplicação do artigo 2 pelos Estados Partes, documento CAT/C/GC/2, de 24 de janeiro de 2008, par. 18.

para excluir do âmbito de proteção que dispõe a Convenção. Entretanto, [este artigo,] quando fala de consentimento ou aquiescência do funcionário público[,] faz extensivas claramente as obrigações do Estado à esfera privada e deveria se entender que abarca a falta de proteção por parte do Estado das pessoas que estejam dentro de sua jurisdição contra a tortura e os maus tratos por particulares.<sup>11</sup>

12. Em relação à CIPST, três pontos são pertinentes de destaque. O primeiro é que a Convenção Americana, vigente desde julho de 1978, não contém uma definição desta conduta e que a Corte teve de construí-la em conformidade com suas faculdades como órgão autorizado para dar uma interpretação autêntica às disposições desse tratado, de modo que o conceito de tortura do Tribunal, explicitado ou não explicitado nas decisões, mas presente na mente dos julgadores, não deve ser necessariamente igual ao destas convenções e não deve ser aplicado inexoravelmente. O segundo é que nem todos os Estados partes da Convenção Americana o são da CIPST, de maneira que a Corte, até hoje, pode estar enfrentada a conhecer de um caso de tortura sem poder aplicar essa Convenção diretamente. De fato, nesta decisão não é aplicada a Convenção Interamericana contra a Tortura, nem esta é utilizada para iluminar a interpretação das normas da Convenção Americana. O terceiro recorda que o próprio Tribunal determinou que, após considerar o conceito de tortura desenvolvido no sistema europeu de direitos humanos e a definição prevista na CIPST, havia chegado à conclusão de “que foi conformado um verdadeiro regime jurídico internacional de proibição absoluta de todas as formas de tortura”,<sup>12</sup> tanto física como psicológica.<sup>13</sup>
13. Havendo sido formulado um *corpus juris* internacional, é procedente ver como é aplicado para dar a maior proteção aos direitos humanos dos indivíduos. Talvez o melhor resumo da posição que possa ser adotado neste caso, que é um caso de violação grave da integridade de duas meninas e uma jovem mulher – por si mesmas pertencentes a um setor colocado pela sociedade em um estado de vulnerabilidade, que por sua vez é permitido pelo Estado –, se encontra em uma decisão do Tribunal Penal Internacional para a antiga Iugoslávia (doravante denominado “Tribunal para a antiga Iugoslávia”).
14. No Caso *Prosecutor Vs. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac e Zoran Vukovic*,<sup>14</sup> o Tribunal para a antiga Iugoslávia acode, no parágrafo 479, à jurisprudência do Tribunal Europeu<sup>15</sup> e, no parágrafo 482, a sua própria jurisprudência<sup>16</sup> para argumentar que a definição da Convenção contra a Tortura não constitui uma norma de direito consuetudinário. A definição contida nessa Convenção somente pode ser utilizada na medida em que outros instrumentos internacionais ou leis nacionais não deem ao indivíduo uma proteção mais ampla, ou melhor. Isto repete, ademais, uma das normas básicas da aplicação dos instrumentos de direitos humanos que se encontra no artigo 29.b.<sup>17</sup> da Convenção Americana e no artigo 5.2<sup>18</sup> do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos.
15. O Tribunal para a antiga Iugoslávia, depois de examinar o conjunto de normas e regras que se referem à tortura, chega, por um lado, à conclusão, que compartilho, de que há três elementos na tortura que não são objetado e

11. *Relatório 2008 do Relator Especial sobre a tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes*, Manfred Nowak, doc. A/HRC/7/3 de 15 de janeiro de 2008, par. 31.

12. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C N° 110, par. 112. Ver também *Caso Fermín Ramírez Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de junho de 2005. Série C N° 126, par. 117, e *Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C N° 160, par. 271.

13. *Cf. Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C N° 1, par. 103. Igualmente, *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 18 de agosto de 2000. Série C N° 69, par. 102; *Caso Maritza Úrrutia Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2003. Série C N° 103, par. 92; *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C N° 110, par. 112.

14. *Cf. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Trial chamber, Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic, Judgment of 22 February 2001*.

15. *Costello-Roberts v. UK, 25 Mar 1993, Séries A, No 247-C, paras. 27-28; HLR v. France, 29 Apr 1997, Reports 1997-III, p. 758, para. 40; and A v. UK, 23 Sept 1998, Reports of Judgments and Decisions 1998-VI, p. 2692, para. 22*.

16. *Cf. International Tribunal for the Prosecution of Persons Responsible for Serious violations of International Humanitarian Law Committed in the Territory of the Former Yugoslavia since 1991, Trial Chamber, Prosecutor v Furundžija, Case IT-95-17/1-T, Judgment, 10 Dec 1998, para. 160*.

17. O artigo 29.b da Convenção estabelece:

Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:

b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos em conformidade com as leis de qualquer dos Estados Partes ou em conformidade com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;

18. O artigo 5.2 do Pacto estabelece:

Não pode ser admitida nenhuma restrição ou derrogação aos direitos fundamentais do homem reconhecidos ou em vigor em todo Estado Parte no presente Pacto em aplicação de leis, convenções, regulamentos ou costumes, sob pretexto de que o presente Pacto não os reconhece ou reconhece-os em menor grau.

que constituem, por conseguinte, *jus cogens*: i) o sofrimento ou dor severos, físicos ou mentais, seja por ação ou omissão; ii) a intencionalidade do ato e iii) a motivação ou fim do ato para alcançar algo.<sup>19</sup> Por outro lado, há três elementos que permanecem em contensão e, portanto, não formam parte do *jus cogens*: i) a lista de motivações pelas quais o ato é cometido; ii) a necessidade de que o ato seja cometido em conexão com um conflito armado; e iii) o requisito de que o ato seja perpetrado ou instigado por um agente do Estado ou seja realizado com seu consentimento ou aquiescência.<sup>20</sup>

16. Todo este raciocínio me leva a argumentar que a Corte não está obrigada a aplicar ou a se guiar nem pela definição da CIPST nem pela da Convenção contra a Tortura, mas que deveria fazer prevalecer a concepção do *jus cogens*, visto que essa estabelece a melhor proteção para as vítimas de tortura. Recordo, ademais, que o artigo 16 da CIPST dispõe que essa Convenção “deixa a salvo o disposto pela Convenção Americana sobre Direitos Humanos, por outras convenções sobre a matéria e pelo Estatuto da Comissão Interamericana de Direitos Humanos com relação ao delito de tortura”, de modo que interpretar a tortura se afastando desta Convenção não constitui um descumprimento da mesma, mas, pelo contrário, sua aplicação fiel.
17. Se a Corte é independente para definir a tortura e, portanto, não necessita integrar como um elemento do conceito da mesma a participação por ação ou omissão de um agente do Estado (nem necessita tampouco interpretar de maneira estrita o conceito de aquiescência, visto que neste caso – baseando-me nos fatos – sustento que usando o conceito de aquiescência do Comitê contra a Tortura havia aquiescência do Estado) o único problema que deveria ser analisado é se é possível atribuir ao Estado o fato de não ter cumprido sua obrigação de garantir a integridade pessoal das vítimas diante da possibilidade da tortura. Não necessito repetir o que a Corte disse em muitas decisões, e que reitera nesta Sentença, que a obrigação de garantir requer o dever de prevenir.
18. A decisão neste caso estabelece dois momentos em que o Estado não cumpriu esse dever completamente. O primeiro é anterior ao desaparecimento das vítimas e não se refere à obrigação de impedir que essas três vítimas fossem sequestradas; isso seria desproporcional. O que sim podia ser exigido é que desde o momento em que o Estado teve conhecimento oficial (não menciono o não oficial), ou seja, pelo menos desde o momento em que a Comissão Nacional de Direitos Humanos advertiu oficialmente sobre a existência do padrão de violência contra as mulheres em Ciudad Juárez, existiu ausência de políticas destinadas a tentar reverter a situação.
19. O segundo momento, que é o que me interessa para este voto, é o período entre o momento em que as três vítimas desapareceram e a resposta do Estado a esse desaparecimento, que foi, em conformidade com a decisão, completamente tardia e até hoje insuficiente. A Corte reconhece no parágrafo 283 da decisão que o Estado “teve conhecimento de que existia um risco real e imediato de que as vítimas fossem agredidas sexualmente, submetidas a abusos e assassinadas”, e que, por conseguinte, “considera que ante tal contexto surge um dever de devida diligência estrita frente a denúncias de desaparecimento de mulheres, em relação à sua busca durante as primeiras horas e os primeiros dias”.
20. Se a Corte tivesse concluído que o Estado era neste caso responsável pela tortura a que foram submetidas as vítimas, o Tribunal teria seguido a tendência de outros órgãos de supervisão internacionais, já citados, que vêm instituindo uma tendência em relação à responsabilidade dos Estados por atos de tortura cometidos por agentes não estatais, o que, considero, teria constituído um importante desenvolvimento e esclarecimento sobre um tema em relação ao qual a Corte, com certeza, deverá continuar se ocupando.

Cecilia Medina Quiroga  
Juíza

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

19. Cf. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, par. 483, nota 14 *supra*.

20. Cf. *Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomir Kovac and Zoran Vukovic*, par. 484, nota 14 *supra*.

**CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS  
CASO DA COMUNIDADE INDÍGENA XÁKMOK KÁSEK VS. PARAGUAI**

**SENTENÇA DE 24 DE AGOSTO DE 2010**

*(Mérito, Reparações e Custas)*

No caso da *Comunidade Indígena Xákmok Kásek*,

a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante “a Corte Interamericana”, “a Corte” ou “o Tribunal”), integrada pelos seguintes juízes:

Diego García-Sayán, Presidente;  
Leonardo A. Franco, Vice-Presidente;  
Manuel E. Ventura Robles, Juiz;  
Margarette May Macaulay, Juíza;  
Rhadys Abreu Blondet, Juíza;  
Alberto Pérez Pérez, Juiz;  
Eduardo Vio Grossi, Juiz, e  
Augusto Fogel Pedrozo, Juiz *ad hoc*;

presentes, ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e  
Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta,

de acordo com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante “a Convenção” ou “a Convenção Americana”) e com os artigos 30, 32, 59 e 60 do Regulamento da Corte (doravante “o Regulamento”),<sup>1</sup> profere a presente Sentença.

**I**

**Introdução da Causa e Objeto da Controvérsia**

1. Em 3 de julho de 2009, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Comissão” ou “a Comissão Interamericana”) apresentou, de acordo com os artigos 51 e 61 da Convenção, uma demanda contra a República do Paraguai (doravante denominado “o Estado” ou “Paraguai”), a partir da qual se iniciou o presente caso. A petição inicial foi apresentada à Comissão em 15 de maio de 2001. Em 20 de fevereiro de 2003, a Comissão aprovou o Relatório nº 11/03,<sup>2</sup> mediante o qual declarou admissível esta petição. Posteriormente, em 17 de julho de 2008, aprovou o Relatório de Mérito nº 30/08,<sup>3</sup> nos termos do artigo 50 da Convenção, o qual continha determinadas recomendações para o Estado. Este relatório foi notificado ao Estado em 5 de agosto de 2008. Em 2 de julho de 2009, a Comissão, depois de analisar vários relatórios enviados pelo Estado e as observações dos petionários a respeito, decidiu submeter o presente caso à jurisdição da Corte, “em virtude de que não

1. Conforme o disposto no artigo 79.1 do Regulamento vigente, “[o]s casos contenciosos que já tiverem sido submetidos à consideração da Corte antes de 1º de janeiro de 2010 continuarão a tramitar, até que neles se profira sentença, conforme o Regulamento anterior”. De tal modo, o Regulamento mencionado na presente Sentença corresponde ao instrumento aprovado pelo Tribunal em seu XLIX Período Ordinário de Sessões, realizado de 16 a 25 de novembro de 2000 e reformado parcialmente em seu LXXXII Período Ordinário de Sessões, realizado de 19 a 31 de janeiro de 2009.

2. No Relatório de Admissibilidade nº 11/03 a Comissão concluiu que tinha competência para conhecer a denúncia apresentada pelos petionários e que a petição era admissível em conformidade com os artigos 46 e 47 da Convenção. Com fundamento nos argumentos de fato e de direito e sem prejudicar o mérito da questão, declarou admissível a denúncia dos petionários sobre a suposta violação dos artigos 2, 8.1, 21, e 25 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno, Garantias Judiciais, Direito à Propriedade Privada e Proteção Judicial) da Convenção Americana e 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) desse tratado, pelo eventual descumprimento da obrigação de adotar disposições de direito interno, em detrimento da Comunidade Xákmok Kásek do Povo Enxet e de seus membros.

3. No Relatório de Mérito nº 30/08, a Comissão concluiu que o Estado descumpriu as obrigações previstas nos artigos 21 (Direito à Propriedade Privada), 8.1 (Garantias Judiciais) e 25 (Proteção Judicial), todos em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, em detrimento da Comunidade Indígena Xákmok Kásek do Povo Enxet-Lengua e de seus membros. Ademais, em aplicação do princípio *iure novit curia* a Comissão concluiu que o Estado do Paraguai descumpriu as obrigações que lhe impõem os artigos 3 (Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica), 4 (Direito à Vida) e 19 (Direitos da Criança), todos em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção Americana, em detrimento da Comunidade Indígena Xákmok Kásek do Pueblo Enxet-Lengua e de seus membros.

considerou que houvesse um cumprimento estatal ao estabelecido no Relatório de Mérito”. A Comissão designou como delegados os senhores Paolo Carozza, então Comissário, e Santiago A. Canton, Secretário Executivo, e como assessores legais Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta, e Karla I. Quintana Osuna, Isabel Madariaga e María Claudia Pulido, especialistas da Secretaria Executiva. Posteriormente, a Comissão designou a Comissária María Silvia Guillén, em virtude de que o mandato do Comissário Carozza havia terminado.

2. A demanda está relacionada com a alegada responsabilidade internacional do Estado pela suposta falta de garantia do direito de propriedade ancestral da Comunidade Indígena Xákmok Kásek (doravante denominada a “Comunidade Indígena Xákmok Kásek”, a “Comunidade Xákmok Kásek”, a “Comunidade indígena” ou a “Comunidade”) e seus membros (doravante denominados “os membros da Comunidade”), já que desde 1990 encontrar-se-ia tramitando a solicitação de reivindicação territorial da Comunidade, “sem que até agora h[ouvesse] sido resolvida satisfatoriamente”. Segundo a Comissão “[o] anterior tem significado não somente a impossibilidade de a Comunidade ter acesso à propriedade e à posse de seu território, mas, pelas próprias características da mesma, tem implicado mantê-la em um estado de vulnerabilidade alimentar, médica e sanitária, que ameaçam de forma contínua a sobrevivência dos membros da Comunidade e a integridade da mesma”.
3. A Comissão solicitou à Corte que declare que o Estado é responsável pela violação dos direitos consagrados nos artigos 3 (Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica), 4 (Direito à Vida), 8.1 (Garantias Judiciais), 19 (Direitos da Criança), 21 (Direito à Propriedade Privada) e 25 (Proteção Judicial) da Convenção, em relação às obrigações estabelecidas nos artigos 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) e 2 (Dever de Adotar Disposições de Direito Interno) da mesma. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado determinadas medidas de reparação. A demanda foi notificada ao Estado e aos representantes das supostas vítimas em 17 de agosto de 2009.
4. Em 17 de outubro de 2009, Oscar Ayala Amarilla e Julia Cabello Alonso, integrantes da organização *Tierraviva* aos Povos Indígenas do Chaco, em nome e representação dos membros da Comunidade (doravante denominados “os representantes”), apresentaram seu escrito de petições, argumentos e provas (doravante “escrito de petições e argumentos”). Os representantes aderiram *in totum* à demanda da Comissão e, adicionalmente aos artigos da Convenção invocados por esta, solicitaram à Corte que declare que o Estado também é responsável pela violação do direito consagrado no artigo 5 (Direito à Integridade Pessoal) da Convenção. Finalmente, solicitaram determinadas medidas de reparação.
5. Em 31 de dezembro de 2009, o Estado apresentou seu escrito de contestação da demanda e de observações ao escrito de petições e argumentos (doravante “contestação da demanda”). O Estado controverteu os fatos alegados e as pretensões de direito expostas pela Comissão e pelos representantes. O Estado designou o senhor José Enrique García como Agente e a senhora Inés Martínez Valinotti como Agente Assistente.<sup>4</sup>

## II

### Procedimento Perante a Corte

6. Em 29 de outubro de 2009, foram incorporados aos autos os relatórios periciais prestados pelos senhores José Alberto Braunstein, Bartemeu Melia i Lliteres, Enrique Castillo e José Aylwin no caso *Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*,<sup>5</sup> a pedido da Comissão e dos representantes. Nesse mesmo dia as perícias foram transmitidas ao Estado, para que apresentasse as observações que considerasse pertinentes.
7. Por meio da Resolução de 8 de março de 2010,<sup>6</sup> o Presidente da Corte (doravante denominado “o Presidente”) dispôs a recepção de declarações perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) das supostas vítimas, testemunhas e peritos oferecidos oportunamente pelas partes. Adicionalmente, as partes foram convocadas a uma audiência pública para receber as declarações propostas pela Comissão, pelo Estado e pelos representantes, assim como suas alegações finais orais sobre o mérito e as eventuais reparações e custas. Finalmente, o Presidente fixou prazo até 24 de maio de 2010 para que as partes apresentassem seus respectivos escritos de alegações finais.
8. Nos dias 29 e 30 de março de 2010, os representantes, a Comissão e o Estado enviaram as declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*).

4. Quando se notificou a demanda ao Estado, este foi informado de seu direito a designar um Juiz *ad hoc* para a consideração do caso. Em 16 de setembro de 2009, o Estado designou o senhor Augusto Fogel Pedrozo como Juiz *ad hoc*.

5. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença 17 de junho de 2005. Série C Nº 125, pars. 38.a, b, c e d, e 39.

6. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai*. Resolução do Presidente da Corte de 8 de março de 2010.

9. Em 29 de março de 2010, o senhor Amancio Ruiz e a senhora Eduvigis Ruiz, supostas vítimas convocadas pelo Presidente a prestar declaração perante agente dotado de fé pública (par. 7 *supra*), enviaram uma comunicação na qual indicaram que o senhor Roberto Carlos Eaton Kent, proprietário da fazenda dentro da qual se encontram parte das terras reclamadas pelos membros da Comunidade e empregador do senhor Amancio Ruiz, estaria “organizando as testemunhas por parte do Estado paraguaio”. Segundo as mencionadas supostas vítimas, o senhor Eaton “é a pessoa que mais tem se oposto à reivindicação da Comunidade; a pessoa que os perseguiu e sempre mostrou uma profunda falta de respeito às suas justas reivindicações. A pessoa cujos direitos sempre foram antepostos aos seus por parte do Estado paraguaio; é um permanente aliado do Estado em detrimento da vida e da cultura do povo”.
10. Em 5 de abril de 2010, o Estado, por solicitação do Tribunal, apresentou suas observações ao exposto pelos senhores Amancio Ruiz e Eduvigis Ruiz. Indicou que “os representantes do Estado haviam aceito a proposta do Sr. Roberto Carlos Eaton, de boa fé, em assumir os gastos de mobilidade e hospedagem dos [referidos declarantes], para que estas pessoas pudessem oferecer suas versões sobre os temas expostos, em presença de um agente dotado de fé pública, que daria as garantias de uma declaração espontânea e livre”. Sustentou, ademais, que “não comunicou tal fato à organização *Tierraviva*, já que as [supostas] vítimas propostas procederiam a conceder declarações sobre documentos assinados ou atos realizados por eles mesmos”. Concluiu indicando que “no máximo, o problema foi uma comunicação deficiente, que por ter como intermediário o Senhor Eaton gerou nos indígenas certa desconfiança, no entanto, esta era infundada”. O Estado esclareceu que não havia “intimidado as supostas vítimas” e não “havia realizado alianças com nenhuma das partes em conflito”. Finalmente, indicou que desistia destas declarações oferecidas.
11. A audiência pública foi realizada em 14 de abril de 2010, durante o XLI Período Extraordinário de Sessões realizado na cidade de Lima, República do Peru.<sup>7</sup>
12. Em 4 de maio de 2010, seguindo instruções do Presidente, determinada prova documental foi requerida ao Estado, à Comissão e aos representantes.
13. No dia 24 de maio de 2010, a Comissão e os representantes, e em 25 de maio de 2010, o Estado, enviaram, respectivamente, seus escritos de alegações finais. A Comissão, os representantes e o Estado apresentaram parte da prova documental requerida. Igualmente, os representantes anexaram alguns documentos ao escrito de alegações finais.

### III Competência

14. A Corte é competente para conhecer do presente caso, nos termos do artigo 62.3 da Convenção Americana, já que o Paraguai é Estado Parte da Convenção desde 24 de agosto de 1989 e reconheceu a competência contenciosa do Tribunal em 11 de março de 1993.

### IV Prova

15. Com base no estabelecido nos artigos 46 e 47 do Regulamento aplicável neste caso, assim como em sua jurisprudência a respeito da prova e sua apreciação,<sup>8</sup> a Corte examinará e valorará os elementos probatórios documentais enviados pelas partes em diversas oportunidades processuais, assim como as declarações prestadas mediante *affidavit* e em audiência pública. Para isso, o Tribunal ater-se-á aos princípios da crítica sã, dentro do marco jurídico correspondente.<sup>9</sup>

7. A esta audiência compareceram: a) pela Comissão Interamericana: María Silva Guillén, Comissária; Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta; Karla I. Quintana Osuna, assessora e, Federico Guzmán, assessor; b) pelas supostas vítimas: Julia Cabello Alonso, representante; Oscar Ayala Amarilla, representante e Nicolás Soerner, assistente, e c) pelo Estado: Embaixador Modesto Luis Guggiari, Embaixador da República do Paraguai no Peru; Inés Martínez Valinotti, Agente Assistente e Diretora de Direitos Humanos do Ministério das Relações Exteriores, e Abraham Franco Galeano, procurador delegado da Procuradoria Geral da República.

8. Cf. *Caso da “Panel Blanca” (Paniágua Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 8 de março de 1998. Série C Nº 37, par. 50; *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C Nº 212, par. 47, e *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colômbia. Exceções Preliminares, Mérito e Reparações*. Sentença de 26 de maio de 2010. Série C Nº 213, par. 53.

9. Cf. *Caso da “Panel Blanca” (Paniágua Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparações e Custas*. Sentença de 25 de maio de 2001. Série C Nº 76, par. 76; *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*, par. 47 nota 8 *supra*, e *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colômbia*, par. 53, nota 8 *supra*.

## 1. Declarações recebidas

16. Foram recebidas as declarações escritas das seguintes supostas vítimas, testemunhas e peritos:<sup>10</sup>
- 1) *Clemente Dermott*, líder da Comunidade, suposta vítima proposta pela Comissão. Declarou, *inter alia*, sobre os “processos legais seguidos perante a jurisdição interna para a restituição do território à Comunidade Xákmok Kásek”;
  - 2) *Marcelino López*, líder da Comunidade, suposta vítima proposta pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre:
    - i) “os processos legais seguidos perante a jurisdição interna para a restituição de seu território”, e ii) “as migrações e separações de pessoas que compunham a Comunidade”;
  - 3) *Gerardo Larrosa*, membro da Comunidade e promotor de saúde, suposta vítima proposta pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre “as condições de saúde da [C]omunidade, tanto presentes, como no passado”;
  - 4) *Tomás Dermott*, membro da Comunidade, suposta vítima proposta pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre “as populações do território ancestral e a história de despojo das terras da Comunidade Xákmok Kásek”;
  - 5) *Roberto Carlos Eaton Kent*, “proprietário da Fazenda Salazar”, testemunha proposta pelo Estado. Declarou, *inter alia*, sobre “as situações fáticas e jurídicas das terras reclamadas pela Comunidade”;
  - 6) *Rodolfo Stavenhagen*, antropólogo e sociólogo, ex-Relator Especial para os Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais dos Povos Indígenas, da Organização das Nações Unidas, perito proposto pela Comissão. Declarou, *inter alia*, sobre: i) “a situação dos povos indígenas do Chaco Paraguai”; ii) “a importância do reconhecimento e proteção de suas terras e territórios ancestrais para os povos indígenas”, e iii) “as consequências da falta de reconhecimento por parte do Estado”;
  - 7) *Antonio Spiridonoff Reyes*, engenheiro florestal, perito proposto pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre: i) “a determinação da área reivindicada pela [C]omunidade [I]ndígena Xákmok Kásek como apta para um assentamento humano e para sua expansão demográfica”, e ii) “as formas de aproveitamento econômico possíveis na terra e em todo o território tradicional”, e
  - 8) *Sergio Iván Braticevic*, geógrafo, com mestrado em sociologia econômica e doutor em Filosofia e Letras, Seção de Antropologia, perito proposto pelo Estado. Elaborou, *inter alia*, um relatório que denominou “Breve estudo territorial sobre a Comunidade Xákmok Kásek do Chaco Paraguai”.
17. Quanto à prova apresentada em audiência pública, a Corte recebeu as declarações das seguintes pessoas:
- 1) *Maximiliano Ruíz*, mestre e membro da Comunidade, suposta vítima proposta pela Comissão e pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre: i) a situação social da Comunidade ante a falta de seu território ancestral; ii) as condições sociais e educativas atuais na Comunidade; iii) a situação dos meninos e meninas da Comunidade, e iv) as condições vividas na Fazenda Salazar durante a permanência dos membros desta Comunidade neste lugar;
  - 2) *Antonia Ramírez*, membro da Comunidade, suposta vítima proposta pela Comissão e pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre: i) a situação atual da Comunidade, em especial em relação à situação geral das mulheres, meninos e meninas da Comunidade em relação à falta de seu *habitat* tradicional, e ii) as condições vividas na Fazenda Salazar durante a permanência de seus membros neste lugar;
  - 3) *Rodrigo Villagra Carron*, doutor em antropologia social, testemunha proposta pela Comissão e pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre: i) a colonização e perda do território Enxet; ii) o processo inicial de recuperação deste território pelas distintas comunidades desse Povo; iii) a situação específica da reivindicação da terra do povo Xákmok Kásek e a legislação nacional aplicável em relação com a reivindicação dos povos indígenas do Paraguai à terra, e iv) a relação entre as reivindicações territoriais atuais, incluindo a de Xákmok Kásek, e o processo sócio-adaptativo frente ao Estado-Nação;
  - 4) *Lidia Acuña*, atual Presidenta do INDI, testemunha proposta pelo Estado. Declarou, *inter alia*, sobre “as gestões realizadas a fim de dar uma solução ao problema apresentado pela Comunidade Xákmok Kásek”, e

10. Em 29 de março de 2010, a Comissão indicou que o senhor Juan Dermott não poderia prestar sua declaração já que se encontrava doente. Igualmente, em 30 de março de 2010, o Estado desistiu das declarações de Amancio Ruiz Ramirez, Edivigis Ruiz Dermott e Oscar Centurión (par. 6 *supra*).

- 5) *Fulgencio Pablo Balmaceda Rodríguez*, médico, perito proposto pela Comissão e pelos representantes. Declarou, *inter alia*, sobre a situação médico-sanitária dos membros da Comunidade, em especial sobre as causas de óbito das pessoas falecidas.

## 2. Admissibilidade da prova

18. Neste caso, como em outros,<sup>11</sup> o Tribunal admite o valor probatório dos documentos apresentados oportunamente pelas partes que não foram controvertidos nem objetados, nem cuja autenticidade foi colocada em dúvida, e aqueles que se referem a fatos supervenientes.
19. A respeito dos testemunhos e perícias, a Corte os considera pertinentes na medida em que se ajustem ao objeto definido pelo Presidente na resolução que ordenou recebê-los (par. 7 *supra*), os quais serão valorados no capítulo que corresponda. Quanto às declarações das supostas vítimas, por terem um interesse no presente caso, não serão apreciadas isoladamente, mas dentro do conjunto das provas do processo.<sup>12</sup>
20. A respeito da prova pericial oferecida pelo Estado, em 6 de abril de 2010 este informou sobre a designação do senhor Sergio Iván Braticevic para desenvolver o “Estudo Antropológico de Terras Tradicionais da Comunidade Indígena Xákmok Kásek”. Posteriormente, em 17 de maio de 2010, o Estado enviou o relatório pericial referido.
21. Mediante escritos de 19 de abril e 1º de junho de 2010, a Comissão apresentou observações sobre a designação do senhor Sergio Iván Braticevic e sobre a perícia prestada. Manifestou, *inter alia*, que: “o escrito não se encontrava assinado pelo senhor Braticevic e que no documento notarial enviado pelo Estado no qual supostamente se transcreve este escrito, consta que um terceiro, o senhor José E. García Ávalos, aparentemente funcionário do Estado, foi quem solicitou a ‘transcrição do documento perante o notário”. No entanto, o perito não era especialista em antropologia, mas geógrafo, tendo somente publicações sobre o Chaco Argentino, além de não ser especialista em povos indígenas, pois sua produção literária enfocava em projetos de desenvolvimento e expansão produtiva. Para o desenvolvimento da perícia este somente se reuniu com agentes estatais sem ter a experiência necessária para prestar este tipo de parecer. Em razão do acima exposto, a Comissão alegou que sua perícia não cumpre o objeto para o qual foi proposta e não era relevante receber sua declaração pericial, já que não ajudava ao esclarecimento dos fatos.
22. Os representantes, mediante escrito recebido em 1º de junho de 2010, apresentaram observações a respeito da perícia do senhor Sergio Iván Braticevic. Consideraram errado o fato de que o estudo fosse baseado na documentação do caso e em entrevistas com funcionários, sem ter em consideração a Comunidade e expressaram sua suspeita de que o estudo pretendia “dar uma aparência ou cobertura técnica às pretensões do Estado para eximir-se de sua responsabilidade na restituição da reivindicação territorial de 10.700 hectares”.
23. A esse respeito, a Corte observa que ainda que na perícia enviada não haja constância da assinatura do senhor Braticevic, a mesma estava protocolizada, e que as observações da Comissão e dos representantes referem-se ao valor probatório da mesma e não à sua admissibilidade. Em consequência, o Tribunal considera a perícia do senhor Braticevic útil para o caso, e a valorará conjuntamente com o acervo probatório e conforme as regras da crítica sã. As observações da Comissão e dos representantes serão consideradas na análise do mérito da controvérsia.
24. Em 16 de abril de 2010, o Estado entregou prova documental posteriormente à realização da audiência pública relacionada, entre outros aspectos, à entrega de mantimentos e assistência humanitária. Em 24 de maio de 2010, os representantes indicaram que esta prova “não tinha relação com as questões litigiosas do caso, de modo que resultavam impertinentes” e ademais haviam sido produzidas nos últimos meses. A esse respeito, o Tribunal admite a prova documental enviada pelo Estado e a incorpora ao acervo probatório em razão de sua utilidade para a resolução do caso. Para isso, o Tribunal ater-se-á aos princípios da crítica sã, dentro do marco normativo correspondente.<sup>13</sup>
25. Quanto à documentação apresentada pelo perito Pablo Balmaceda e pelas testemunhas Rodrigo Villagra Carron e Lida Acuña ao finalizar a audiência pública realizada no presente caso, assim como a apresentada

11. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C Nº 4, par. 140; *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*, par. 50, nota 8 *supra*, e *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colômbia*, par. 56, nota 8 *supra*.

12. Cf. *Caso Loayza Tamaio Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C Nº 33, par. 43; *Caso Radilla Pacheco Vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2009. Série C Nº 209, par. 93, e *Caso do Massacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C Nº 211, par. 63.

13. Cf. *Caso da “Panel Blanca” (Paniágua Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparações e Custas*, par. 76, nota 9 *supra*; *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*, par. 47, nota 8 *supra*, e *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colômbia*, par. 53, nota 8 *supra*.



pelos representantes junto com suas alegações finais escritas, a Corte as admite em aplicação do artigo 47.1 do Regulamento, pois são úteis para esta causa, e não foram objetadas nem tampouco sua autenticidade ou veracidade colocadas em dúvida.

26. Quanto à documentação requerida por este Tribunal em 4 de maio de 2010 (par. 12 *supra*) que foi enviada pelas partes, este Tribunal decide admiti-la por considerá-la útil, de acordo com o artigo 47.1 do Regulamento.

## V

### Oferecimento de Solução Amistosa, Reconhecimento de Responsabilidade e Pedido de Suspensão do Procedimento

#### 1. Sobre o oferecimento de solução amistosa e o reconhecimento de responsabilidade do Estado

27. O Estado, ao contestar a demanda, indicou que “não havia violado o direito à propriedade comunitária dos Xákmok Kásek consagrado na legislação interna, mas reconhece que, por circunstâncias de fato que não lhe são imputáveis, não pôde satisfazer o direito até agora”. Ademais, o Estado solicitou à Corte “desconsiderar as pretensões formuladas” pela Comissão e pelos representantes, e ofereceu uma “solução amistosa”, oferecimento que reiterou durante a audiência pública. Além disso, o Estado indicou que “aceitava o pedido de reparação”.
28. Os representantes indicaram que ratificavam sua vontade de não aceitar a solução amistosa em razão de que estaria destinada, “segundo a experiência da Comunidade, a retardar, desnecessariamente, um pronunciamento da Corte sobre o mérito do presente caso”. Indicaram que em anos anteriores a Comunidade esteve “aberta à possibilidade de resolver amistosamente o caso, em várias oportunidades, e em todas as ocasiões o Estado não cumpriu minimamente o combinado”.
29. A Comissão observou que em várias oportunidades o Estado ofereceu o que denominou uma “solução amistosa”. Notou ainda que durante o trâmite ante si o Estado havia feito estes oferecimentos, entretanto tal vontade conciliadora nunca teria sido traduzida na implementação de medidas concretas.
30. Em conformidade com os artigos 56.2 e 57 do Regulamento, e em exercício de seus poderes de tutela judicial internacional dos direitos humanos, a Corte pode determinar se a solução amistosa ou um reconhecimento de responsabilidade efetuado por um Estado demandado oferece base suficiente, nos termos da Convenção, para continuar o conhecimento do mérito e determinar as eventuais reparações e custas. Dado que os processos perante esta Corte referem-se à tutela dos direitos humanos, questão de ordem pública internacional que transcende a vontade das partes, a Corte deve velar para que tais atos resultem aceitáveis para os fins que busca cumprir o Sistema Interamericano. Nesta tarefa o Tribunal não se limita unicamente a verificar as condições formais dos mencionados atos, mas os deve confrontar com a natureza e gravidade das violações alegadas, as exigências e o interesse da justiça, as circunstâncias particulares do caso concreto e a atitude e posições das partes.<sup>14</sup>
31. Quanto ao oferecimento de “solução amistosa”, este ato concretiza-se de acordo com a vontade das partes. Neste caso as supostas vítimas não aceitaram as condições estatais vertidas em tal oferecimento, de modo que corresponde ao Tribunal continuar com a análise do caso.
32. Com respeito ao aludido “reconhecimento de responsabilidade” do Estado, a Corte observa que o Paraguai simultaneamente nega os fatos e as violações à Convenção de que é acusado. Razão pela qual não existe um reconhecimento de responsabilidade internacional e a totalidade da controvérsia sobre o mérito do assunto se mantém. Unicamente em matéria de reparações existe uma aceitação do Estado às várias medidas reparatórias solicitadas pela Comissão e pelos representantes. Em razão do anterior, esta Corte decide analisar a controvérsia em matéria de fatos e de direito. Caso o Estado seja condenado pela violação de algum direito humano, o Tribunal levará em consideração a aceitação realizada pelo Estado a respeito das medidas de reparação solicitadas, e definirá, conforme a prova que tenha sido aportada e as violações declaradas, as medidas que melhor se adequam à reparação integral das vítimas.

14. Cf. *Caso Kimel Vs. Argentina. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 2 de maio de 2008. Série C Nº 177, par. 24; *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 3 de abril de 2009. Série C Nº 196, par. 24, e *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C Nº 205, par. 25.

## 2. Solicitação do Estado de suspensão do presente processo

33. O Estado solicitou “a suspensão do presente processo” em razão de que as contradições encontradas na denominação e afiliação étnica da Comunidade impediriam a titulação de terras em seu favor e não se adequaria “aos requisitos do Estatuto Indígena e à normativa internacional”. Indicou distintos escritos apresentados pelos representantes, documentos legais internos e declarações dos membros da Comunidade que, a seu juízo, produziriam confusões quanto à identificação ou pertencimento étnico da Comunidade, pois em alguns casos aparece como pertencente ao povo Enxet, em outros como Enxet-Lengua e em outras oportunidades como Sanapaná. Explicou que o pertencimento étnico ou a um povo constituía um “elemento essencial para uma transferência de propriedade”. Ademais, indicou que em razão das confusões quanto ao nome da Comunidade, seus líderes estariam registrados como líderes da “Comunidade Zalazar”,<sup>15</sup> o que faria impossível a titulação das terras em favor da mesma até que fosse regularizada esta documentação.
34. Os representantes alegaram que a Comunidade é de formação multiétnica. Indicaram que desde o trâmite do caso perante a Comissão manifestaram que a Comunidade estava formada por Sanapanás e Lenguas, sendo esta a denominação aceita pela Comunidade, assim como “pela comunidade científica e a sociedade em geral que caracterizava estas etnias como pertencentes a um povo comum, o povo Enxet”. Explicaram que quando os Lenguas começaram a ser conhecidos como Enxet surgiram algumas confusões de quem “não acompanhou o avanço científico sobre estas populações”.
35. A Comissão alegou que o fato de que a Comunidade esteja composta por famílias pertencentes a distintas etnias “não constituía [...] um obstáculo para que esta comunidade indígena fosse titular do direito ao território ancestral”. Destacou que a “integração multiétnica da Comunidade [...] obedece sua própria história” e que os povos indígenas são grupos humanos dinâmicos, cuja configuração cultural “é reestruturada e reconfigurada com o passar do tempo, sem que por isso se perca sua condição indígena específica”. Sustentou que independentemente das diferentes etnias que conformam a Comunidade, “está claramente identificada quanto à sua localização e composição geral”.
36. A Corte observa que as alegadas diferenças quanto à identificação da Comunidade referem-se, por um lado, ao caráter multiétnico da Comunidade e, por outro, à sua denominação.

### 2.1. Caráter multiétnico da Comunidade Xákmok Kásek

37. Em primeiro lugar, a Corte ressalta que não corresponde a este Tribunal nem ao Estado determinar o pertencimento étnico ou o nome da Comunidade. Como o próprio Estado reconhece, “não pode [...] unilateralmente adjudicar ou desmentir denominações das Comunidades Indígenas, por corresponder este ato à própria Comunidade”. A identificação da Comunidade, desde seu nome até sua composição, é um fato histórico-social que faz parte de sua autonomia. Este tem sido o critério do Tribunal em situações similares,<sup>16</sup> portanto, a Corte e o Estado devem limitar-se a respeitar as determinações que a Comunidade apresente neste sentido, ou seja, a forma como esta se auto identifique.
38. Sem prejuízo do sustentado acima, esta Corte observa que no Paraguai existem 20 etnias indígenas pertencentes a cinco famílias linguísticas, a saber: Enlhet-Enenlhet, anteriormente chamada Lengua Maskoy, Mataco Matáguayo, Zamuco, Guaicurú e Guarani.<sup>17</sup> Na região do Chaco há a presença de até 17 etnias indígenas diferentes com representação das cinco famílias linguísticas.<sup>18</sup>
39. A família linguística Enlhet-Enenlhet<sup>19</sup> está composta por seis povos: Enxet (Lenguas ou Enxet – Sul), Enlhet

15. Em diversos documentos oferecidos pelas partes faz-se referência indistintamente à fazenda ou região de “Salazar” ou “Zalazar”. Nesta Sentença quando o Tribunal cite o alegado por alguma parte ou um documento probatório, utilizará a grafia do documento original. Entretanto, quando a Corte *motu proprio* refira-se a esta fazenda ou região o fará utilizando a grafia “Salazar”.

16. Cf. *Caso do Povo Saramaka. Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C Nº 172, par. 164.

17. Cf. Perícia de Rodolfo Stavenhagen autenticada por agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo II, folha 620); perícia de Sergio Iván Braticevic protocolizada por agente dotado de fé pública (expediente de anexos às alegações finais do Estado, tomo X, folha 4238); declaração de Rodrigo Villagra Carron prestada na audiência pública realizada em 14 de abril de 2010, durante o XLI Período Extraordinário de Sessões realizado na cidade de Lima, República do Peru, e declaração de Lida Acuña prestada em audiência pública realizada em 14 de abril de 2010, durante o XLI Período Extraordinário de Sessões realizado na cidade de Lima, República do Peru.

18. Cf. Perícia de Sergio Iván Braticevic, folha 4238, nota 17 *supra*; declaração de Rodrigo Villagra Carron, nota 17 *supra*, e declaração de Lida Acuña, nota 17 *supra*.

19. Cf. Declaração de Rodrigo Villagra Carron, nota 17 *supra*; declaração de Lida Acuña, nota 17 *supra*, e Kalish, Hannes e Unruh, Ernesto. 2003. “Enlhet-Enenlhet. Una familia linguística chaqueña”, em *Thule Rivista di studi americanisti*, n. 14/15, aprile/ottobre 2003 (expediente de

(Enlhet – Norte), Sanapaná, Angaité, Toba Maskoy e Guaná. Os Enlhet-Enenlhet têm habitado tradicionalmente o Chaco Paraguai,<sup>20</sup> em particular a região centro-leste do mesmo território<sup>21</sup> e são sujeitos históricos que têm se reconfigurado social e linguisticamente a partir de uma base maior e mais heterogênea de grupos, aldeias e grupos distribuídos naquele território.<sup>22</sup> De acordo com a perícia apresentada pelo próprio Estado, os Enlhet-Enenlhet têm habitado a área do Chaco desde tempos imemoriais e “pelo menos três ou quatro gerações de indígenas Sanapaná, Enxet e Angaité têm habitado as imediações das áreas conhecidas como Pozo Colorado, Zalazar e Cora-í”.<sup>23</sup>

40. O processo de colonização do Chaco e o estabelecimento de fazendas obrigaram muitas das aldeias indígenas dos arredores a concentrar-se nas fazendas. A história particular da Comunidade Xákmok Kásek, derivada da prova apresentada, revela que membros das aldeias Sanapanás e Enxet, que tradicionalmente estavam na área onde posteriormente foi fundada a Fazenda Salazar, foram deixando seus lugares originais e foram se juntando perto da área da Fazenda, e “ali, pouco a pouco, as pessoas foram se misturando, casando-se entre si”.<sup>24</sup> Rodrigo Villagra Carron explicou que os Sanapaná e os Enxet “são povos afins e relacionados linguística, étnica e geograficamente”.<sup>25</sup> Esta continuidade geográfica também se evidencia de diversos mapas apresentados a esta Corte pelos representantes, os quais não foram negados ou contraditos pelo Estado em nenhuma oportunidade.<sup>26</sup>
41. Adicionalmente, o Tribunal observa que ainda quando o Estado expôs que foi somente em virtude da perícia realizada por Sergio Iván Braticevic que pôde dilucidar a alegada confusão gerada em relação ao pertencimento étnico da Comunidade, o Atlas de Comunidades Indígenas do Paraguai, elaborado em 2002 por organismos estatais, estabelece que a Comunidade Xákmok Kásek está composta em 73,7% por Sanapaná, 18,0% por Enxet Sul, 5,5% de Enlhet Norte, 2,4% de Angaité e 0,4% de Toba-Qom.<sup>27</sup>
42. Finalmente, os membros da Comunidade, no presente caso, identificam-se como pertencentes à Comunidade Xákmok Kásek, majoritariamente composta por membros do povo Sanapaná e Enxet-Sul (anteriormente conhecidos como Lenguas).<sup>28</sup>
43. Em consequência, esta Corte considera que a composição multiétnica da Comunidade é um fato provado, que o Estado conhecia ou devia conhecer previamente. As distintas referências como pertencentes ao povo Enxet ou como descendentes do povo Sanapaná obedecem a razões históricas ou circunstanciais,<sup>29</sup> de maneira que o argumento do Estado não constitui razão suficiente para a suspensão do presente caso.

anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 16, tomo VII, folha 2915).

20. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 29 de março de 2006. Série C Nº 146, par. 73.5, e *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, par. 50.1, nota 5 *supra*.

21. Kalish, Hannes e Unruh, Ernesto. 2003. “Enlhet-Enenlhet. Una familia linguística chaqueña”, folha 2915, nota 19 *supra*.

22. Cf. Perícia de José Alberto Braunstein prestada no caso da *Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, (expediente de mérito, tomo I, folhas 270 a 702), nota 5 *supra*.

23. Cf. Perícia de Sergio Iván Braticevic, folha 4243, nota 17 *supra*.

24. Declaração de Tomás Dermott prestada perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo II, folha 597), e declaração de Rodrigo Villagra Carron, nota 17 *supra*.

25. Declaração de Rodrigo Villagra Carron, nota 17 *supra*.

26. Cf. Mapa dos terrenos pertencentes à sociedade mercantil Quebrachales Paraguaio (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo VII, anexo 15, folhas 2902 a 2905); mapa do Paraguai de 1908 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VII, anexo 15, folhas 2898 a 2901), e mapa de povos indígenas do Chaco de Alfred Métraux (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VII, anexo 15, folha 2913).

27. Cf. “Atlas das Comunidades Indígenas no Paraguai”: II Censo Nacional Indígena: Comunidade Xákmok Kásek – Fazenda Salazar disponível em: <http://www.dgeec.gov.py/Publicaciones/Biblioteca/Web%20Atlas%20Indigena/Atlasindigena.htm>, (última visita agosto de 2010).

28. Nas alegações finais a Comissão afirmou que “a Comunidade está claramente identificada quanto a sua localização e sua composição geral; seus membros identificam-se a si mesmos como provenientes de Xákmok Kásek” (expediente de mérito, tomo III, folha 1025). Por sua vez, os representantes indicaram que “estamos diante de uma comunidade de conformação multiétnica, onde predominam as famílias de origem Enxet (língua sul) e sanapaná, e acrescentaram que “isto nunca foi desconhecido pela representação”, e referiram-se ao exposto em seu escrito de observações de mérito perante a Comissão (expediente de mérito, tomo III, folhas 1055 e 1056 e expediente de anexos à demanda, apêndice III, tomo IV, folhas 1486 e 1487). Cf. Declaração de Rodrigo Villagra Carron, nota 17 *supra*; declaração de Maximiliano Ruiz prestada na audiência pública realizada em 14 de abril de 2010, durante o XLI Período Extraordinário de Sessões realizado na cidade de Lima, República do Peru, e declaração de Antonia Ramírez prestada na audiência pública realizada em 14 de abril de 2010, durante o XLI Período Extraordinário de Sessões realizado na cidade de Lima, República do Peru.

29. Testemunhas apresentadas tanto pelo Estado como pelos representantes indicaram como uma autoridade no estudo dos Enxet o antropólogo Stephen Kidd, que explica que “dentro da família linguística dos Maskoy, os Sanapaná e Angaité também se referem a eles mesmos como Enxet”. Kidd, Stephen: “*Amor y odio entre la gente sin cosas*”, 1999 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VII, anexo 16, folha 3124). Igualmente, os representantes acrescentaram que “quando somente os missionários anglicanos chegavam por estas terras era comum que as distintas etnias identificavam-se a si mesmas simplesmente com o termo enlhet-enenlhet ou enxet, segundo a grafia que se escolha, que traduzido quer dizer ‘pessoa, gente’, e designavam a seus povos vizinhos e diferentes deles com um nome mais específico” Cf. Escrito de alegações finais escritas dos representantes (expediente de mérito, tomo III, folha 1056).

## 2.2. Nome da Comunidade

44. Quanto ao nome da Comunidade, da prova apresentada depreende-se que em novembro de 1986 o Instituto Paraguai do Indígena (doravante o “INDI”) reconheceu os “líderes da Comunidade Indígena Sanapaná, assentada no lugar denominado Zalazar”.<sup>30</sup> Posteriormente, em novembro de 1987, o Presidente do Paraguai reconheceu a personalidade jurídica da Comunidade Zglamo Kacet, reconhecendo-a como “pertencente à etnia Maskoy”.<sup>31</sup> Esta denominação foi uma interpretação com diferente grafia à atualmente utilizada de Xákmok Kásek.<sup>32</sup> Finalmente, em abril de 1994, o INDI reconheceu os atuais líderes da Comunidade como líderes “da comunidade indígena ‘Zalazar’, pertencente à etnia Sanapaná”, e expressamente deixou sem efeito o anterior reconhecimento de líderes.<sup>33</sup>
45. A esse respeito, a Corte observa que, efetivamente, para a formalização da escritura pública correspondente sobre as terras atualmente ocupadas pelos membros da Comunidade (par. 77 *infra*), o Tabelionato Maior de Governo requereu “a regularização da representação legal da Comunidade”, a qual “devia ser administrada pelos interessados”.<sup>34</sup> Posto isso, adverte que contrário ao alegado pelo Estado, a regularização requerida por este organismo refere-se ao nome da Comunidade, em razão de que na resolução de reconhecimento de líderes vigente (nota 30 *supra*) denomina-se a Comunidade como “Zalazar” e não como Xákmok Kásek. Por isso, na nota do Tabelionato Maior de Governo encaminhada ao INDI, foi indicado que o reconhecimento de líderes “devia corresponder aos que representam a atual Comunidade, com a denominação vigente”, de modo que o INDI deveria enviar “a resolução que correspondesse ao reconhecimento dos líderes [atuais] da Comunidade Indígena Xákmok Kásek”. Igualmente, em razão da distinta grafia no decreto que reconhecia a personalidade jurídica à Comunidade (nota 31 *supra*), solicitou ao INDI “realizar o esclarecimento de que estes nomes correspondiam à mesma e idêntica comunidade”.<sup>35</sup>
46. Paralelamente, da prova aportada o Tribunal observa que os representantes da Comunidade solicitaram ao INDI, em 2 de novembro de 2009, a referida mudança do nome da Comunidade na resolução de reconhecimento de líderes, indicando que a denominação como Salazar “referia-se ao antigo assentamento da Comunidade”.<sup>36</sup> Assim mesmo, ante esta solicitação dos representantes, a Direção Jurídica do INDI indicou que deveria proceder à modificação da Resolução pertinente “em relação unicamente ao nome correto da Comunidade, devendo constar ‘Comunidade Indígena Xákmok Kásek’ da Etnia Sanapaná [...]”, deixando inalterado os nome dos líderes da citada Comunidade.<sup>37</sup> Entretanto, até a presente data esta resolução não foi modificada.
47. Contrário ao afirmado pela Presidente do INDI durante a audiência pública, nem o Tabelionato Maior de Governo nem a Direção Jurídica do INDI solicitaram a retificação da etnia da Comunidade para continuar com o processo de titulação de terras.<sup>38</sup> Ambos os organismos estatais solicitaram ao INDI apenas a retificação do nome da Comunidade, o que apesar da solicitação correspondente da Comunidade, por meio de seus representantes, ainda não foi realizada pelo Estado.
48. A Corte constata que o Estado alegou que esta representatividade está em dúvida em razão das diferentes etnias atribuídas à Comunidade em diversos documentos, entre eles, a resolução de reconhecimento de líderes e a comunicação na qual os representantes solicitam a mudança de nome da Comunidade nesta resolução. Entretanto, tendo em conta a composição multiétnica da Comunidade (par. 43 *supra*), o Tribunal adverte que não é um argumento suficiente para desconhecer a representação convencional da Comunidade exercida por um período superior a 20 anos, em um procedimento perante o mesmo Estado. Se existirem sérias dúvidas quanto à representação da Comunidade, o Estado pôde tomar as ações pertinentes para confirmá-la, do qual não existe evidência perante este Tribunal.

30. Cf. Resolução nº 44/86 emitida pelo INDI em 4 de novembro de 1986 (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo II, folha 782).

31. Cf. Decreto nº 25.297 do Presidente da República de 4 de novembro de 1987 (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo II, folha 786).

32. Cf. Perícia de Sergio Iván Braticевич, folha 4242, nota 17 *supra*.

33. Cf. Resolução P.C. nº 30/94 emitida pelo INDI em 25 de abril de 1994 (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo IV, folha 1695).

34. Cf. Constância de 6 de abril de 2010 emitida pelo Tabelionato Maior de Governo do Paraguai (expediente de anexos às alegações finais do Estado, tomo X, folha 4207).

35. Cf. Nota E.M.G. nº 065 do Tabelionato Maior de Governo de 7 de abril de 2010 encaminhada à Presidente do INDI (expediente de anexos às alegações finais do Estado, tomo X, folha 4208).

36. Cf. Comunicação dos representantes de 2 de novembro de 2009 encaminhada ao INDI (expediente de anexos entregues pelo Estado na audiência pública, tomo IX, folha 3710).

37. Cf. Parecer nº 88/09 de 6 de novembro de 2009 emitido pela Direção Jurídica do INDI (expediente de anexos entregues pelo Estado na audiência pública, tomo IX, folha 3709).

38. Cf. Declaração de Lida Acuña, nota 17 *supra*.

49. Portanto, atualmente depende do Estado, através dos organismos correspondentes, a retificação da resolução que segundo o Estado representa um obstáculo insuperável para o cumprimento de suas obrigações com respeito aos membros da Comunidade Xákmok Kásek, de maneira que não seria razoável a procedência do pedido do Estado em relação à suspensão do presente caso.
50. Em virtude das considerações anteriores, a Corte conclui que não procede a solicitação de suspensão do procedimento arguido pelo Estado, e, portanto, prosseguirá ao exame do mérito do mesmo.

## VI

### **Direito à Propriedade Comunitária, Garantias Judiciais e Proteção Judicial (Artigos 21.1, 8.1 E 25.1 da Convenção Americana)**

51. A Comissão Interamericana alegou que apesar de a legislação paraguaia reconhecer e garantir expressamente o direito de propriedade dos povos indígenas, e ainda quando os membros da Comunidade no presente caso iniciaram o trâmite para a recuperação de suas terras tradicionais em 1990, ainda “não havia sido alcançada uma solução definitiva”. De acordo com a Comissão, a área reclamada pelas vítimas é parte de seu *habitat* tradicional desde tempos imemoriais, de maneira que têm direito a recuperar estas terras ou a obter outras de igual extensão e qualidade, de forma tal que se garanta seu direito a preservar e desenvolver sua identidade cultural.
52. Os representantes também insistiram que o Estado até agora não resolveu a petição da Comunidade, apesar do cumprimento de todos e cada um dos requisitos exigidos pela legislação Paraguáia. Alegaram que o Estado reconheceu a violação do direito à propriedade da Comunidade, mas que as medidas adotadas não foram adequadas para restituir o território reclamado.
53. O Estado sustentou que garantiu à Comunidade o acesso a todos os meios legais disponíveis para exercer seu direito à propriedade comunitária, mas que tal direito “não pôde ser satisfeito plenamente até agora devido a situações de fato que não puderam ser resolvidas na esfera interna”. Ressaltou que a legislação nacional protege o direito à propriedade privada e que “os proprietários da terra alegada como ancestral pela Comunidade, possuem títulos de propriedade devidamente inscritos”, de modo que o Estado “encontra-se entre dois direitos humanos tutelados”. Acrescentou que a “Comunidade reclama o território sem possuir a posse nem a propriedade do imóvel reivindicado”. Segundo o Estado, “o território tradicional dos membros da Comunidade abarca uma extensão maior à reclamada e não se limita à Fazenda Salazar”, a qual é um “estabelecimento em pleno funcionamento e exploração”, razão pela qual deveria buscar-se uma solução alternativa. Finalmente, o Paraguai insistiu que “se encontra tomando as medidas pertinentes a fim de restabelecer a propriedade comunitária aos Xákmok Kásek”, o que alega se evidenciaria da intenção do Estado de transferir 1.500 hectares em favor da Comunidade.
54. No presente capítulo a Corte examinará se o Estado garantiu e efetivou o direito à propriedade dos membros da Comunidade sobre suas terras tradicionais. Para isso, o Tribunal determinará os fatos que se encontram provados e fará as considerações de direito pertinentes.
55. A Corte analisará os fatos relacionados ao direito à propriedade dos membros da Comunidade e sua reivindicação sobre suas terras tradicionais ocorridos após 11 de março de 1993, data na qual o Estado reconheceu a competência contenciosa do Tribunal. Entretanto, como foi feito em casos anteriores,<sup>39</sup> indicará fatos que ocorreram com anterioridade unicamente como antecedentes do caso, mas não derivará nenhuma consequência jurídica baseada neles.

## **1. Fatos**

### **1.1. Sobre as comunidades indígenas no Paraguai**

56. Antes da colonização do Chaco os indígenas viviam em comunidades pequenas e flexíveis.<sup>40</sup> A economia dos membros dos povos indígenas do Chaco baseava-se principalmente na caça, coleta e pesca. Também cultivavam pequenas hortas e possuíam alguns animais domésticos.<sup>41</sup> Percorriam suas terras utilizando a natureza, na

39. Cf. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C Nº 154, par. 82; *Massacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, par. 178, nota 12 *supra*, e *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colômbia*, par. 46, nota 8 *supra*.

40. Cf. Kidd, Stephen: “*Los Indígenas Enxet: condiciones laborales*”, 1994 (expediente de anexos entregues pelo Estado na audiência pública, tomo IX, folha 3678 e expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, folhas 2740 a 2759), e declaração de Rodrigo Villagra Carron, nota 17 *supra*.

41. Cf. Kidd, Stephen: “*Los Indígenas Enxet: condiciones laborales*”, folha 3678, nota 40 *supra*.

medida em que as estações e a tecnologia cultural permitiam aproveitá-la, o que determinava que se deslocassem e ocupassem uma área muito extensa de território.<sup>42</sup>

57. Os povos indígenas não estiveram ligados aos interesses da colonização espanhola e permaneceram relativamente fora do contato com a cultura europeia e crioula até finais do século XIX.<sup>43</sup>
58. Entre os anos de 1885 e 1887, o Estado vendeu dois terços do Chaco<sup>44</sup> na bolsa de valores de Londres para financiar a dívida do Paraguai depois da chamada guerra da Tríplice Aliança. A divisão e venda destes territórios foi realizada com desconhecimento da população que os habitava, que nesse momento era exclusivamente indígena.<sup>45</sup>
59. Economicamente, a estrutura do espaço chaquenho durante os dois últimos séculos organizou-se primordialmente através da expansão da fronteira agropecuária, a partir de diversas frentes de cultivo, exploração madeireira e criação de gado.<sup>46</sup> O assentamento no Chaco de um grande número de empresários e pecuaristas, na qualidade de proprietários dos latifúndios, incrementou-se consideravelmente no início do século XX.<sup>47</sup> Paralelamente, várias missões religiosas assentaram-se em distintas áreas da região, com o objetivo de “cristianizar” os indígenas.<sup>48</sup>
60. O estabelecimento da companhia *International Products Corporation* a partir da margem direita do Rio Paraguai e o Porto Pinasco como base, estendendo-se para o oeste, a divisão progressiva em fazendas, a aliança com os missionários anglicanos para a “pacificação religiosa”, o treinamento trabalhista dos indígenas e o uso de métodos de controle da população indígena determinaram a progressiva concentração das aldeias de origem étnica diferenciada nas aldeias em cuja vizinhança eram estabelecidas missões anglicanas ou fazendas da companhia ou outros pecuaristas.<sup>49</sup> Desde então as terras do Chaco Paraguai foram transferidas a proprietários privados e fracionadas progressivamente.
61. O extermínio crescente de animais, a introdução em grande escala do gado bovino e a divisão territorial que deixava a caça sujeita a permissões dos proprietários trouxe como consequência a obrigatoriedade dos indígenas em desempenhar, cada vez mais, o papel de mão-de-obra barata para os novos negócios empresariais<sup>50</sup> e em usar a residência temporária nas distintas fazendas da região para seguir praticando suas atividades de subsistência, ainda que com significativas mudanças em razão das restrições impostas pela propriedade privada.<sup>51</sup>
62. Ainda que os indígenas tenham continuado ocupando suas terras tradicionais, as atividades de economia de mercado às quais foram incorporados tiveram o efeito de restringir sua mobilidade, concluindo em sua sedentarização.<sup>52</sup>
63. De acordo com o II Censo Nacional Indígena elaborado em 2002, 45% das 412 comunidades auditadas ainda não dispunham de segurança jurídica e definitiva.<sup>53</sup> Atualmente, ainda que as comunidades indígenas registradas tenham aumentado a 525, 45% delas ainda “não possui um acesso à terra própria para se assentar e desenvolver condições de vida favorável”.<sup>54</sup>

42. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai*, par. 73.2, nota 20 *supra*.

43. Cf. Perícia de Rodolfo Stavenhagen, folhas 620 a 651, nota 17 *supra*.

44. Cf. Perícia de Rodolfo Stavenhagen, folhas 620 a 651, nota 17 *supra*, e Kidd, Stephen: “*Los Indígenas Enxet: condiciones laborales*”, folha 3678, nota 40 *supra*.

45. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai*, par. 73.1, nota 20 *supra*, e *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, par. 50.10, nota 5 *supra*.

46. Cf. Perícia de Rodolfo Stavenhagen, folha 623, nota 17 *supra*, e perícia de Sergio Iván Braticевич, folhas 4238, 4240 e 4251, nota 17 *supra*.

47. Cf. Perícia de José Alberto Braunstein, folha 279, nota 22 *supra*.

48. Cf. Perícia de José Alberto Braunstein, folha 279, nota 22 *supra*; perícia de Rodolfo Stavenhagen, folhas 620 a 651, nota 17 *supra*, e Kidd, Stephen. *Los Indígenas Enxet: condiciones laborales*, folha 3678, nota 40 *supra*.

49. Cf. Mapa intitulado “*International Product’s Corporation*” de 1950 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VII, anexo 15, folhas 2906 a 2909); mapa intitulado “*Antiguas aldeas Angaité, misiones anglicanas y fazendas del IPC*”, elaborado por Fortis e Villagra, de 2008 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VII, anexo 15, folha 2910); Revista “*The Magazines of the South American Missionary Society*” de outubro de 1930 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VII, anexo 14, folha 2875); Revista “*The South American Missionary Society Magazines*” de janeiro e fevereiro de 1941 (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo I, 3, folha 368); Revista “*The Magazines of the South American Missionary Society*” de janeiro e fevereiro de 1944 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VII, anexo 14, folha 2895), e declaração de Rodrigo Villagra Carron, nota 17 *supra*.

50. Cf. Kidd, Stephen: “*Los Indígenas Enxet: condiciones laborales*”, folha 3678, nota 40 *supra*.

51. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai*, par. 73.4, nota 20 *supra*, e perícia de Rodolfo Stavenhagen, folha 620 a 627, nota 17 *supra*.

52. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai*, par. 73.3, nota 20 *supra*.

53. Em 2002, 45% das comunidades registradas representavam 185 comunidades, cujas terras pertenciam, majoritariamente a instituições do governo ou a fazendas ou a empresas. Cf. Perícia de Rodolfo Stavenhagen, folha 629, nota 17 *supra*, e II Censo Nacional Indígena de População e Moradias 2002 elaborado pela DGEEC do Paraguai (expediente de anexos à contestação, tomo VIII, anexo 6.1, folhas 3602 e 3603).

54. Cf. Proposta de Política Pública para o Desenvolvimento Social 2010-2020, elaborada em 25 de fevereiro de 2010 (expediente de anexos apresentados pelo Estado na audiência pública, tomo IX, anexo XIX, folha 4091).

## 1.2. A Comunidade Xákmok Kásek e a reivindicação territorial de seus membros

64. O processo de colonização no Chaco Paraguai também afetou a Comunidade Xákmok Kásek. Em 1930, a Igreja Anglicana estabeleceu a missão de “Campo Flores”, com o fim de continuar com a “cristianização” dos Enxet e, em 1939, fundou a subestação missionária de Xákmok Kásek no lugar onde se assentou a Comunidade até o ano de 2008 (par. 77 *infra*).<sup>55</sup> De acordo com a história particular da Comunidade, relatada por um de seus atuais líderes, os Sanapaná estavam “desde muito antes” na área onde depois foi fundada a Fazenda Salazar,<sup>56</sup> inclusive muito antes da Guerra do Chaco (1932 – 1935) e antes da chegada do primeiro ocupante estrangeiro “estavam os enxet lengua e seus acampamentos em Xákmok Kásek”.<sup>57</sup>
65. De acordo com a prova apresentada, a Comunidade Xákmok Kásek está formada por 66 famílias e um total de 268 pessoas;<sup>58</sup> foi criada a partir de membros das aldeias Sanapaná que tradicionalmente habitavam e percorriam o espaço posteriormente ocupado pela Fazenda Salazar, e membros da aldeia Enxet assentada no lugar que deu seu nome à Comunidade, e que significa “muitos pequenos periquitos”,<sup>59</sup> assim como pela família Dermott de ascendência enxet que chegou à área em 1947.<sup>60</sup>
66. Quando os indígenas das distintas aldeias concentraram-se na área da Fazenda Salazar, que ficava próxima do lugar chamado Xákmok Kásek, pouco a pouco foram se misturando (par. 40 *supra*). Entre 1953<sup>61</sup> e março de 2008, o assentamento principal da Comunidade estava na mencionada área da Fazenda Salazar, localizada no Km. 340 da *Ruta Transchaco*, no distrito de *Pozo Colorado*, departamento de Presidente Hayes, Região ocidental do Chaco.<sup>62</sup>
67. Em 28 de dezembro de 1990,<sup>63</sup> os líderes da Comunidade iniciaram um procedimento administrativo perante o Instituto do Bem-Estar Rural (atualmente Instituto do Desenvolvimento Rural e da Terra, doravante denominado “IBR” ou “INDERT”), com o fim de recuperar suas terras tradicionais, de acordo com o disposto na Lei nº 904/81 sobre o “Estatuto das Comunidades Indígenas”.<sup>64</sup>
68. A Comunidade reclama uma extensão de 10.700 hectares, que forma parte de seu território tradicional, localizada no interior da Fazenda Salazar, nos arredores de uma área denominada “*Retiro Primero*”, ou *Mompey Sensap* na língua

55. Cf. Relatório Antropológico do Centro de Estudos antropológicos da *Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción* (doravante “CEADUC”), assinado por Miguel Chase Sardi, de 21 de dezembro de 1995 (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo II, folhas 736 a 749 e apêndice 3 tomo IV, folhas 1732 a 1746); Revista “*The Magazine of the South American Missionary Society*” de janeiro de 1939 (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo IV, folha 365); Revista “*The South American Missionary Society Magazine*” de janeiro e fevereiro de 1941, folha 371, nota 49 *supra*, e declaração de Rodrigo Villagra Carron, nota 17 *supra*.

56. Cf. Declaração de Tomás Dermott, folhas 597 a 599, nota 24 *supra*; Relatório Sócio-Antropológico da Comunidade Xákmok Kásek elaborado pela Direção Jurídica do INDI (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo II, folha 841), e declaração de Maximiliano Ruiz, par 28 *supra*. A Fazenda Salazar foi criada em torno de 1945 na região do Chaco Central e chegou a ocupar uma área de 110.000 hectares. Depois de progressivos desmembramentos (aprox. 71.142 hectares), passou a abranger um espaço aproximado de 26.434 hectares (Cf. Eaton e Cia. S.A. “*Frente a un pedido de expropiación*”, expediente de anexos entregues pelo Estado na audiência pública, tomo IX, anexo X, 3785 a 3811, e declaração de Roberto Carlos Eaton Kent, prestada perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo II, folhas 659-664).

57. Cf. Declaração de Tomás Dermott, folha 597, nota 24 *supra*.

58. Cf. Censo da Comunidade atualizado em 16 de outubro de 2009 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VI, anexo 10, folhas 2762 a 2783); censo da Comunidade Xákmok Kásek, assentada nos 1.500 hectares, sem data (expediente de anexos à contestação, anexo 6.2, tomo VIII, folhas 3618 a 3626); censo da Comunidade Indígena elaborado pelos representantes, atualizado em 30 de agosto de 2008 (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo I, folhas 320 a 336), e censo Indígena Salazar de Fevereiro de 2008 (expediente de anexos à contestação, anexo 6.2, tomo VIII, folhas 3221 a 3617).

59. Em algumas oportunidades é traduzido como “ninho de pequenos papagaios” (escrito de demanda, expediente de mérito, folha 23); em outras como “ninho de passarinho” (declaração de Maximiliano Ruiz, *supra* nota 28.). Igualmente, os proprietários privados explicam que a Fazenda Salazar tem sido conhecida por distintos nomes, entre eles, “Fazenda Laguna Konkic” que, em enlhet, aparentemente significa “lugar de muitos pequenos periquitos”. Cf. Uma breve resenha histórica dos Kent, Mobsbye, Eaton no Chaco. Fortin Juan de Salazar e Espinoza (expediente de anexos entregues na audiência pública pelo Estado, anexo X, tomo IX, folha 3836).

60. Cf. Declaração de Tomás Dermott, folhas 594 a 596, nota 24 *supra*. O Estado indicou que a Comunidade Xákmok Kásek era relativamente nova e havia se desprendido de uma comunidade preexistente, “cujo lugar original de residência é constituído basicamente em uma região denominada *Misión Inglesa* e *El Estribo*”. Entretanto, não aportou prova que sustentasse esta alegação (contestação da demanda, expediente de mérito, tomo I, folhas 370 e 371).

61. Cf. Relatório Sócio-Antropológico da Comunidade Xákmok Kásek, folha 841, nota 56 *supra*, e declaração de Tomás Dermott, folha 597, nota 24 *supra*.

62. Cf. Relatório Antropológico do CEADUC, folha 735, nota 55 *supra*; Relatório Sócio-Antropológico da Comunidade Xákmok Kásek, folhas 838 a 853, nota 56 *supra*; Relatório da vistoria realizada pelo Eng. Pastor Cabanellas em 17 de maio de 1991 (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo II, folhas 791 a 793), e Relatório da vistoria de 22 de setembro de 1992 (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo III, folha 883).

63. De acordo com os representantes, em 1986 o senhor Ramón Oviedo, líder da comunidade indígena, solicitou ao INDI 200 hectares, parte de suas terras ancestrais; mas esta petição não alcançou maiores trâmites por parte do INDI. Esta afirmação não foi negada nem contestada pelo Estado (expediente de mérito, folha 231). Igualmente, segundo os líderes da Comunidade Marcelino López e Clemente Dermott, declarantes perante este Tribunal, o expediente correspondente a esta solicitação inicial foi perdido e por isso foi iniciada uma nova solicitação em 1990. Cf. Declaração de Marcelino López prestada perante agente dotado de fé pública (escrito de argumentos e solicitações, expediente de mérito/expediente de mérito, tomo II, folhas 231 e 582, e Declaração de Clemente Dermott, prestada perante agente dotado de fé pública em 25 de março de 2010 (expediente de mérito, tomo II, folha 645).

64. Cf. Lei 904/81 Estatuto das Comunidades Indígenas de 18 de dezembro de 1981 (expediente de anexos à demanda, anexo 7, folhas 2399 a 2425).

- da Comunidade.<sup>65</sup> O assentamento principal da Comunidade até princípios de 2008 (par. 66 *supra*), ainda quando formava parte do território ancestral da Comunidade, não é parte da extensão de 10.700 hectares reclamada.
69. No momento da solicitação de reivindicação, as terras reclamadas formavam parte de uma fazenda de propriedade da Eaton e Cia. S.A..<sup>66</sup> No final de 2002, parte do território em reivindicação (3.293 hectares) foi adquirido pela Cooperativa Menonita Chortitzer Komitee.<sup>67</sup> Em consequência, o território reclamado pela Comunidade atualmente é propriedade da Eaton e Cia. S.A. e da Cooperativa Menonita Chortitzer Komitee Ltda.<sup>68</sup>
70. Em razão do fracasso da via administrativa, os líderes da Comunidade acudiram diretamente ao Congresso da República em 23 de junho de 1999 para solicitar a expropriação das terras reivindicadas.<sup>69</sup>
71. Diante desta solicitação, o proprietário privado apresentou um relatório ao Congresso, no qual expôs que não era necessário expropriar as terras reclamadas, pois “nesta fração de terras assentava-se o coração do estabelecimento pecuário, e que existiam terras disponíveis e limítrofes com a fração pretendida”.<sup>70</sup>
72. Em 16 de novembro de 2000, a Câmara de Senadores do Paraguai rejeitou o projeto de lei de expropriação das terras reclamadas pela Comunidade.<sup>71</sup>
73. De acordo com a Presidente do INDI, existe “uma resistência [da sociedade em geral] de ceder geralmente nesse sentido às reivindicações dos povos indígenas”, assim como “historicamente o Congresso Nacional tem se oposto às expropriações”.<sup>72</sup>
74. A vida dos membros da Comunidade no interior da Fazenda Salazar estava condicionada por restrições ao uso do território, derivadas da propriedade privada sobre as terras que ocupavam. Em particular, os membros da Comunidade eram proibidos de cultivar ou possuir gado.<sup>73</sup> Entretanto, apesar de estarem assentados em uma pequena porção do território tradicional, percorriam suas terras<sup>74</sup> e praticavam certas atividades como a caça, ainda que isso fosse difícil.<sup>75</sup> Igualmente, muitos dos membros da Comunidade trabalhavam na Fazenda Salazar.<sup>76</sup>
75. Contudo, consta das declarações prestadas perante esta Corte que nos últimos anos os membros da Comunidade viram-se cada vez mais restringidos no desenvolvimento de seu modo de vida, assim como quanto à mobilidade dentro da extensão da Fazenda Salazar. Vários dos declarantes relataram como a caça foi proibida por completo,<sup>77</sup>

65. A Comunidade originalmente solicitou 6.900 hectares, depois aumentou sua solicitação a 20.000 hectares, e finalmente diminuiu sua solicitação a 10.700 hectares, “porque parecia que se diminuíssemos, o Estado ia se animar a devolver-nos as terras e também porque gente da [C]omunidade que não aguentava mais teve que sair”. Declaração de Marcelino López, folha 582, nota 63 *supra*. No mesmo sentido, comunicação dos líderes da Comunidade dirigido ao Presidente do IBR de 11 de novembro de 1993 (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo III, folha 898), e solicitação da Comunidade perante o IBR de 28 de dezembro de 1990 (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo II, folha 780).

66. Cf. Relatório de vistoria a realizada pelo Eng. Pastor Cabanellas, folhas 791 a 795, nota 62 *supra*.

67. Cf. Declaração de Roberto Carlos Eaton Kent, folha 662, nota 56 *supra*; declaração de Clemente Dermott, folha 647, nota 63 *supra*; nota de imprensa de 3 de abril de 2003 intitulada “*Sawatzky dice que desconocía reclamo de Enxet*” (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo IV, folha 1584); nota de imprensa de 1º de abril de 2003, intitulada “*Menonitas ofrecen al Indi tierra reclamada por nativos*” (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo IV, folha 1583); nota de imprensa de 7 de janeiro de 2003 intitulada “*Eaton y Cía. vendió tierra reclamada por indígenas*” (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo IV, folha 1576), e nota de imprensa de 7 de fevereiro de 2003 intitulada “*Nativos insisten en recuperar tierras vendidas a menonitas*” (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo IV, folha 1575).

68. Cf. Declaração de Roberto Carlos Eaton Kent, folha 662, nota 56 *supra*; declaração de Marcelino López, folha 581, nota 63 *supra*; perícia de Sergio Iván Braticевич, folhas 948 e 949, nota 17 *supra*, e perícia de Antonio Spiridinoff prestada perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo II, folha 614).

69. Cf. Solicitação de expropriação realizada pela Comunidade em 23 de junho de 1999 encaminhada à Câmara de Senadores do Congresso da República (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo IV, folhas 1837 a 1846).

70. Cf. Relatório denominado “*Estancia Salazar frente a un pedido de expropiación*” folha 3792, nota 56 *supra*.

71. Cf. Resolução nº 693 da Câmara de Senadores do Congresso Nacional (expediente de anexos à demanda, anexo 5, folha 2384). Em 23 de setembro de 2000, a Comissão de Reforma Agrária e Bem-Estar Rural da Câmara de Senadores aconselhou a aprovação da expropriação em favor da Comunidade, entretanto, em 9 de novembro de 2000 retratou-se de referido parecer (Cf. Parecer nº 11-2000/2001 de 9 de novembro de 2000 da Comissão de Reforma Agrária e Bem-Estar Rural da Câmara de Senadores, expediente de anexos à demanda, anexo 5, folha 2382); Projeto de Lei apresentado à Câmara de Senadores em 25 de junho de 1999, expediente de anexos à demanda, anexo 5, folha 2381, e parecer nº 18-2000-2001 da Comissão de Reforma Agrária e Bem-Estar Rural da Câmara de Senadores (expediente de anexos à demanda, anexo 5, folha 2383).

72. Cf. Declaração de Lida Acuña, nota 17 *supra* e declaração de Rodrigo Villagra Carron, nota 17 *supra*.

73. Cf. Relatório Antropológico do CEADUC, folhas 741 e 743, nota 55 *supra*, e declaração de Tomás Dermott, folha 598, nota 24 *supra*.

74. Cf. Declaração de Marcelino López, folha 580, nota 63 *supra*.

75. Cf. Declaração de Gerardo Larrosa prestada perante agente dotado de fé pública em 25 de março de 2010 (expediente de mérito, tomo II, folhas 604 a 609), e declaração de Tomás Dermott, folha 595, nota 24 *supra*.

76. Cf. Declaração de Maximiliano Ruíz, nota 28 *supra*; declaração de Marcelino López, folha 586, nota 63 *supra*, e Relatório do CEADUC, folha 712 e 713, nota 55 *supra*.

77. Cf. Declaração de Marcelino López, folha 580, nota 63 *supra*; declaração de Gerardo Larrosa, folha 605, nota 75 *supra*, e de declaração de Lida Beatriz Acuña, nota 17 *supra*, declaração de Maximiliano Ruíz, nota 28 *supra*, e declaração de Antonia Ramírez, folha 1151, nota 28 *supra*.



o proprietário privado contratou guardas particulares que controlavam suas entradas, saídas e deslocamentos,<sup>78</sup> e tampouco puderam praticar outras atividades como pesca ou coleta de alimentos.<sup>79</sup>

76. Frente a estas dificuldades, os líderes das Comunidades Nepoxen, Saria, Tajamar Kabayu e Kenaten, todas elas de origem Angaité (doravante denominadas “as comunidades Angaité”), combinaram com os líderes da Comunidade Xákmok Kásek em 16 de abril de 2005 a cessão de 1.500 hectares em favor dos membros da Comunidade Xákmok Kásek.<sup>80</sup> A estas comunidades Angaité o INDI havia restituído 15.113 hectares em 1997.<sup>81</sup> Em setembro de 2005, os líderes da Comunidade solicitaram ao INDI a titulação desta extensão de terras em seu favor.<sup>82</sup> Posteriormente, ao aceitar a titulação desta extensão de terra, os membros da Comunidade “reafirma[ram sua] firme postura de seguir na luta [pela] reivindicação de [seu] território restante que é de um total de 10.700 hectares”.<sup>83</sup>
77. Em 25 de fevereiro de 2008, em razão do incremento das dificuldades na Fazenda Salazar, os membros da Comunidade trasladaram-se e assentaram-se nos 1.500 hectares cedidos pelas comunidades Angaité. Denominou-se este novo assentamento de “25 de Febrero”,<sup>84</sup> o qual se encontra fora das terras reclamadas.<sup>85</sup>
78. Até a presente data não foram tituladas as terras do “25 de Febrero” em favor dos membros da Comunidade Xákmok Kásek, onde se encontra assentada atualmente.
79. Ao deslocar-se de seu antigo assentamento, alguns membros da Comunidade separaram-se da mesma e mudaram-se a outras comunidades.<sup>86</sup>

### 1.3. Declaração de reserva natural privada sobre parte do território reclamado

80. Em 31 de janeiro de 2008, a Presidência da República declarou 12.450 hectares da Fazenda Salazar como uma área silvestre, protegida sob domínio privado, por um período de cinco anos.<sup>87</sup> Das terras afetadas, aproximadamente 4.175 hectares formam parte dos 10.700 hectares reclamados pela Comunidade desde 1990.<sup>88</sup>
81. Esta declaração de reserva natural foi realizada sem consulta aos membros da Comunidade e sem levar em conta sua reivindicação territorial.<sup>89</sup> Isso foi confirmado pela Assessoria Jurídica da Secretaria do Ambiente, a qual concluiu que o processo através do qual se declarou como reserva natural parte da Fazenda Salazar padecia de sérias irregularidades, dentre as quais se encontrava não ter levado em conta a existência da reivindicação da Comunidade, razão pela qual deveria ser revogado.<sup>90</sup>
82. De acordo com a Lei nº 352/94, que estabelece o regime legal aplicável às Áreas Silvestres Protegidas, aquelas que se encontrem sob o domínio privado serão inapropriáveis durante o lapso de validade da declaração.<sup>91</sup> Ademais, esta Lei estabelece restrições de uso e de domínio, entre as quais se encontra a proibição da ocupação de todo o terreno, assim como atividades tradicionais dos membros da Comunidade como a caça, pesca e

78. Cf. Declaração de Gerardo Larrosa, folha 505, nota 75 *supra*, declaração de Marcelino López, folha 580, nota 63 *supra*, declaração de Antonia Ramirez, folhas 1151, 1152 e 1156, nota 28 *supra*, e declaração de Clemente Dermott, folha 650, nota 63 *supra*.

79. Cf. Declaração de Gerardo Larrosa, folha 605, nota 75 *supra*, declaração de Rodrigo Villagra Carron, nota 17 *supra*.

80. Cf. Ata de Acordo de 16 de abril de 2005 assinada pelos líderes das comunidades de Nepoxen, Saria, Tajamar Kabayu, Kenaten e Xákmok Kásek (expediente de documentos entregues na audiência pública pelo Estado, tomo IX, anexo VI, folhas 3731 e 3732); declaração de Maximiliano Ruíz, nota 28 *supra*. Estas comunidades também eram conhecidas como a Comunidade de Cora-i (Cf. Declaração testemunhal de Rodrigo Villagra Carron, nota 17 *supra*).

81. Cf. Declaração de Roberto Carlos Eaton Kent, folha 659, nota 56 *supra*, e declaração de Rodrigo Villagra Carron, nota 17 *supra*.

82. Cf. Comunicação da Comunidade de 9 de setembro de 2005 encaminhada ao INDI (expediente de documentos entregues na audiência pública pelo Estado, tomo IX, anexo VI, folha 3730).

83. Cf. Ata de reunião da Comunidade de 2 de maio de 2009 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 7, tomo VI, folha 2736).

84. Cf. Declaração de Marcelino López, folha 580, nota 63 *supra*; declaração de Gerardo Larrosa, folha 605, nota 75 *supra*; declaração de Maximiliano Ruíz, nota 28 *supra*; declaração de Clemente Dermott, nota 63 *supra*, e declaração de Antonia Ramirez, nota 28 *supra*.

85. Rodrigo Villagra Carron explicou que o assentamento “25 de febrero” ficava a 35 Km. da Fazenda Salazar; enquanto que Clemente Dermott explicou que ficava a 35 Km. da Rota Transchaco. Cf. Declaração de Rodrigo Villagra Carron, nota 17 *supra*, e declaração de Clemente Dermott, folha 645, nota 63 *supra*.

86. Cf. Declaração de Marcelino López, folhas 586 e 587, nota 63 *supra*.

87. Cf. Decreto nº 11.804 da Presidência da República pelo qual se declara como Área Silvestre Protegida sob o Domínio Privado a Reserva denominada “Fazenda Salazar” de 31 de janeiro de 2008 (expediente de anexos à demanda, anexo 7, folhas 2429 a 2435 e 2429 a 2435).

88. Cf. Ação de inconstitucionalidade interposta pela Comunidade perante a Corte Suprema de Justiça em 31 de julho de 2008 (expediente de anexos à contestação, anexo 1.9, tomo VIII, folha 3416); Mapa da Reserva natural privada “Fazenda Salazar” (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, anexo 4, tomo VI, folha 2711), e Mapa do Território Tradicional da Comunidade Xákmok Kásek e Terras Reivindicadas (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, anexo 4, tomo VI, folha 2712).

89. Cf. Declaração de Marcelino López, folha 584, nota 63 *supra*, e declaração de Clemente Dermott, folha 648, nota 63 *supra*.

90. Cf. Parecer da Assessoria Jurídica da Secretaria do Ambiente de 24 de dezembro de 2009 (expediente de anexos à contestação, anexo 1.8, tomo VIII, folhas 3382 a 3388).

91. Cf. Artigo 56 da Lei nº 352/1994 (expediente de anexos às alegações finais escritas, tomo X, folha 4543).

coleta.<sup>92</sup> Esta regulamentação penaliza as infrações<sup>93</sup> e designa um guarda florestal, que pode estar armado<sup>94</sup> e efetuar prisões.<sup>95</sup>

83. Em 31 de julho de 2008, a Comunidade promoveu uma ação de inconstitucionalidade perante a Corte Suprema de Justiça contra a mencionada declaração de reserva natural.<sup>96</sup>
84. Como consequência da interposição desta ação, a Promotoria Geral do Estado foi notificada, e em 2 de outubro de 2008 solicitou a interrupção do prazo para contestar esta ação, em razão da necessidade de agregar o expediente administrativo relativo à reclamação de terras por parte da Comunidade.<sup>97</sup> Este prazo efetivamente foi interrompido em 24 de outubro de 2008 e, apesar de que os representantes da Comunidade enviaram em 14 de dezembro de 2009 uma cópia autenticada do expediente administrativo,<sup>98</sup> este procedimento ainda está suspenso.<sup>99</sup>

## 2. O direito à propriedade comunitária

85. Este Tribunal considerou que a estreita vinculação dos povos indígenas com suas terras tradicionais e os recursos naturais ligados à sua cultura que nelas se encontram, bem como os elementos incorpóreos que se desprendam deles, devem ser protegidos pelo artigo 21 da Convenção Americana.<sup>100</sup>
86. Ademais, a Corte leva em consideração que, entre os indígenas,
- existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que a sua membresia não está centrada em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Os indígenas, pelo fato da própria existência, têm o direito a viver livremente em seus próprios territórios; a estreita relação que os indígenas mantêm com a terra deve ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras.<sup>101</sup>
87. Além disso, a Corte indicou que os conceitos de propriedade e posse nas comunidades indígenas podem ter um significado coletivo, no sentido de que a propriedade desta “não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade”.<sup>102</sup> Esta noção do domínio e da posse sobre as terras não necessariamente corresponde à concepção clássica de propriedade, mas merece igual proteção do artigo 21 da Convenção. Desconhecer as versões específicas do direito ao uso e gozo dos bens, dadas pela cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, equivaleria a sustentar que somente existe uma forma de usar e dispor dos bens, o que por sua vez significaria fazer ilusória a proteção do artigo 21 da Convenção para milhões de pessoas.<sup>103</sup>
88. No presente caso não está em discussão o fato de que a legislação paraguaia reconhece a existência dos povos indígenas como grupos anteriores à formação do Estado, assim como a identidade cultural destes povos, sua relação com seu respectivo *habitat* e as características comunitárias de seu domínio sobre suas terras, concedendo-lhes, ademais, uma série de direitos específicos, que servem de base para que este Tribunal defina o alcance e conteúdo do artigo 21 da Convenção.

92. Cf. Artigo 24.b, 27 e 64 da Lei nº 352/1994, folhas 4537 a 4546, nota 91 *supra*; Parecer da Assessoria Jurídica da Secretaria do Ambiente, folhas 3382 a 3388, nota 90 *supra*, e Caderno sobre a reserva natural privada “Fazenda Salazar” (expediente de anexos à contestação, anexo 3.1, tomo VIII, folha 3469).

93. Cf. artigo 58 da Lei nº 352/1994, folhas 4543 e 4544, nota 91 *supra*.

94. Cf. artigo 44 da Lei nº 352/1994, folha 4541, nota 91 *supra*.

95. Cf. artigo 45 da Lei nº 352/1994, folha 4541, nota 91 *supra*.

96. Cf. Ação de inconstitucionalidade interposta pela Comunidade, folhas 3415 a 3427, nota 88 *supra*.

97. Solicitação de interrupção do prazo perante a Corte Suprema de Justiça (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1.8, tomo VIII, folha 3428).

98. Cf. Escrito dos representantes de 14 de dezembro de 2009 encaminhado à Sala Constitucional (expediente de anexos à contestação, anexo 1.9, tomo VIII, folha 3435).

99. Cf. Nota S.J. I nº 211 de 21 de maio de 2010, assinada pelo Secretário Judicial I da Corte Suprema de Justiça e encaminhada à Direção de Direitos Humanos da Corte Suprema de Justiça (expediente de anexos às alegações finais do Estado, anexo 24, tomo VIII, folha 4593).

100. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, par. 137, nota 5 *supra*; *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai*, par. 118, nota 20 *supra*, e *Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname*, par. 88, nota 16 *supra*.

101. Cf. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2001. Série C Nº 79, par. 149; *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai*, par. 118, nota 20 *supra*, e *Caso do Povo Saramaka. Vs. Suriname*, par. 90, nota 16 *supra*.

102. Cf. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua*, par. 149, nota 101 *supra*; *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai*, par. 120, nota 20 *supra*, e *Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname*, par. 89, nota 16 *supra*.

103. *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai*, par. 120, nota 20 *supra*.

89. O Estado não nega que os membros da Comunidade Xákmok Kásek têm o direito à propriedade comunitária de seu território tradicional e que a caça, a pesca e a coleta sejam elementos essenciais de sua cultura. A controvérsia no presente caso centra-se na necessidade de restituir especificamente as terras reclamadas pelos membros da Comunidade e a realização efetiva do direito à propriedade, ambas questões que o Tribunal passará a analisar a seguir.

## **2.1. Questões relativas às terras reclamadas**

### *2.1.1. Caráter tradicional das terras reclamadas*

90. A Corte observa que o Estado, apesar de indicar que “não nega suas obrigações de restituir direitos a estes povos”, questiona o caráter ancestral das terras reclamadas pela Comunidade. O Paraguai alegou que os antepassados das vítimas “habitaram um território de maior extensão que os reclamados nesta demanda, dentro do qual se mobilizavam e se mantinham em permanente migração interna”. afirmou que “a Comunidade Xákmok Kásek estava dispersa ao longo de seu vasto território ancestral, tendo se assentado por questões de vontade na área da Fazenda Salazar”, e que “o certo e o concreto é que as fazendas que hoje reclamam como o assentamento de seus antepassados, nunca foi assentamento definitivo da Comunidade”. Segundo o Estado, em razão de “sua condição de povos nômades, mesmo que alguma vez tenham passado acidentalmente por tais áreas, isto não lhes habilita a reclamar fazendas em plena exploração como suas”.

91. A Comissão indicou que “enquanto a Comunidade [...] Xákmok Kásek alude a seu território ancestral comunitário e o reivindica especificamente, o Estado refere-se ao território ancestral dos Enxet-Lengua como um todo e, sobre essa base afirma que pode conceder um espaço alternativo dentro desse amplo território étnico”. A Comissão afirmou que os 10.700 hectares reclamados pela Comunidade correspondem a seu “território ancestral específico”, o que se evidencia do critério próprio da Comunidade, a toponímia do território e a realização de práticas culturais tradicionais no território, inclusive de forma clandestina; de documentos técnicos oficiais ou elaborados a pedido do Estado e da ocupação histórica deste território. Ressaltou que a postura do Estado “pretende desconhecer que os povos indígenas do Chaco estão formados por múltiplas comunidades, algumas de composição multiétnica [...], cada uma das quais tem sua história específica e particular, que tem produzido laços claros com uma porção concreta do território do Chaco”. Nesse sentido, indicou que a Comunidade Xákmok Kásek “construiu historicamente sua afiliação cultural em um território determinado – o do *Retiro Primero* da Fazenda Salazar que estão reivindicando”.

92. Os representantes indicaram que a Comunidade “reclama somente a restituição de uma pequena parte de seu território ancestral”, a qual está claramente determinada e é conhecida e identificada por membros da Comunidade como *Mompey Sensap* (hoje *Retiro Primero*) e *Makha Mompena* (hoje *Retiro Kuñataí*). Ressaltaram que as terras reclamadas identificam-se “na memória coletiva, ainda viva na Comunidade e em seus membros, os quais clara e sistematicamente associam e vinculam eventos, lugares, lembranças e práticas de economia tradicional no espaço geográfico de referência”.

93. Em relação ao caráter tradicional das terras reclamadas, a Corte analisará: a) a ocupação e o percurso destas terras e seus arredores pelos membros da Comunidade; b) a toponímia da zona; c) estudos técnicos elaborados a esse respeito, e d) a alegada idoneidade das terras reclamadas.

#### *a) Movimentação e ocupação do território tradicional*

94. O Tribunal considera que está provado o caráter originalmente nômade dos povos pertencentes à Comunidade e o fato de que seu território tradicional abarca uma extensão maior que a reclamada (pars. 56 e 65 *supra*), o que não foi controvertido pelas partes. Posto isso, o perito Braticevic explicou que o nomadismo dos povos da área implicava que estes se deslocavam por seu território de maneira radial ou circular seguindo um ciclo ou período anual.<sup>104</sup> No mesmo sentido pronunciou-se o perito Braunstein.<sup>105</sup>

95. Os lugares assinalados por membros da Comunidade como aldeias, zonas de caça, pesca, lugares de enterro, fontes de plantas medicinais e pontos relevantes em sua história obedecem a este padrão de percurso e apropriação de território exposto pelos peritos perante esta Corte.<sup>106</sup> Desta forma e atendendo os critérios

104. Perícia de Sergio Iván Braticevic, folha 4244, nota 17 *supra*.

105. Perícia de José Alberto Braunstein, folhas 276 a 277, nota 22 *supra*.

106. Cf. Mapa intitulado Topónimos e Pontos Geográficos conforme a declaração de Tomás González Dermott de Xákmok Kásek (expediente de mérito, tomo II, folha 602), e Mapa intitulado Território Tradicional da Comunidade Xákmok Kásek e Terras Reivindicadas, folha 2712, nota 88 *supra*.

científicos apresentados, o território tradicional específico da Comunidade Xákmok Kásek é determinável. Ainda quando a Corte desconhece a extensão precisa deste território, já que não foi provada nos autos, observa que isso coincide com o território sempre indicado como tradicional pelos membros da Comunidade, ou seja, a Fazenda Salazar e arredores, e é menor que o território ancestral de 175.000 hectares correspondente aos povos étnicos que pertencem a Comunidade.<sup>107</sup> Ressalta-se que o território tradicional relevante, para efeitos da proteção do direito à propriedade comunitária dos membros da Comunidade, não é o de seus antepassados, mas o da própria Comunidade.

96. O perito Braticevic expressou que a família Enlhet-Enenlhet “habitou esta área do Chaco desde tempos imemoriais” e que não havia objeções quanto à determinação do território ancestral da Comunidade Xákmok Kásek ao redor da mencionada fazenda.<sup>108</sup> Isso encontra apoio adicional no mapa de aldeias Enlhet-Enenlhet apresentado pelos representantes, onde se identifica a zona denominada Lha’acme-Caasec, como uma de suas aldeias.<sup>109</sup>
97. Igualmente, em conformidade com a história das comunidades indígenas no Chaco Paraguai (pars. 56 a 63 *supra*), muitas aldeias indígenas, entre elas os antepassados da Comunidade, assentaram-se ao redor destas missões religiosas e nas áreas das fazendas pecuárias.<sup>110</sup> No caso particular da Comunidade Xákmok Kásek, no lugar que deu o nome à Comunidade foi fundada uma missão religiosa em 1939 (par. 64 *supra*). Tomás Dermott relatou que aí “estavam os Enxet lengua e seu acampamento em Xakma Kásek”, muito antes que chegasse o primeiro ocupante estrangeiro (par. 64 *supra*).<sup>111</sup> Igualmente, a testemunha Rodrigo Villagra Carron explicou que quando se formou a Fazenda Salazar, o proprietário privado ordenou que as distintas aldeias indígenas da zona fossem integradas e que fossem viver na área da Fazenda para ter um maior controle.<sup>112</sup> Então, como explica Tomás Dermott, os Sanapaná que nessa zona “acampavam e deslocavam-se à vontade, tinham chácaras, e caçavam”, “saíram de suas aldeias e foram procurar trabalho”, reunindo-se alguns próximos da área da Fazenda (pars. 40, 65 e 66 *supra*).<sup>113</sup> A perícia apresentada pelo Estado coincide com esta relação de fatos.<sup>114</sup>
98. Desde seu assentamento na área da Fazenda Salazar até recentemente (pars. 74 e 75 *supra*), os membros da Comunidade continuaram percorrendo este território tradicional e fazendo uso de seus recursos, com certas limitações impostas pelos proprietários privados. Justamente quando as restrições de mobilização e de desenvolvimento de atividades tradicionais de subsistência tornaram-se demasiado difíceis, os membros da Comunidade decidiram sair e instalar-se no local denominado “25 de Febrero” (pars. 75 a 78 *supra*).
99. Igualmente, o Tribunal observa que a área atualmente reclamada pela Comunidade ao redor do *Retiro Primero* (par. 68 *supra*) constitui uma porção desse maior território tradicionalmente percorrido, e inclui pontos importantes dentro da vida, cultura e história da Comunidade.<sup>115</sup>

*b) Toponímia da zona de acordo com a Comunidade*

100. Com respeito à toponímia da zona, a Corte recorda que a ocupação tradicional do território dos povos indígenas do Chaco evidencia-se principalmente nos nomes concedidos a determinados lugares dentro do mesmo, tais como locais de assentamento periódico, poços, lagoas, bosques, palmares, zonas de coleta e de pesca, cemitérios, etc.<sup>116</sup>
101. No presente caso a Comunidade, desde o início de seu processo de reivindicação de terras identificou os lugares que utiliza como referência de suas terras tradicionais com nomes em sua própria língua. Assim, na solicitação original perante o IBR (par. 67 *supra*), os líderes da Comunidade indicaram que estas terras deviam

107. Cf. Relatório do CEADUC, folha 735 e 741, nota 55 *supra*.

108. Perícia de Sergio Iván Braticevic, folha 4243, nota 17 *supra*.

109. Cf. Mapa *Apcaochla Chaco* (“Região do Chaco em idioma Enlhet”) (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VII, anexo 15, folha 2912).

110. Declaração de Rodrigo Villagrán Carron, nota 17 *supra*.

111. Cf. Declaração de Tomás Dermott, folha 597, nota 24 *supra*.

112. Cf. Declaração de Rodrigo Villagra Carron, nota 17 *supra*.

113. Cf. Declaração de Tomás Dermott, folha 597, nota 24 *supra*.

114. Especificamente, Sergio Ivan Braticevic manifestou que “a Fazenda Salazar atuou como um lugar centrípeto para as comunidades que se encontravam ao seu redor, sem negar um fenômeno habitual na área, a migração em procura de trabalho”. Perícia de Sergio Ivan Braticevic, folha 4245, nota 17 *supra*.

115. Tomás Dermott relata que em Makha Mompensa (lugar dentro dos 10.700 hectares reclamados) “havia e há muitos tipos de plantas medicinais e para estudo [x]amânico. Muitos dos xamãs Sanapaná iam aí para buscar essas plantas, consumi-las e assim aprender a curar, aí há muito bons panaktema ‘remédios’. Os Sanapanás também tinham muitas chácaras nessa zona, *Retiro Primero*, e costumavam percorrê-la para caçada, aí perto há uma canhada grande chamada Mompey Sensap, ‘*Mariposa Blanca*’. A gente tinha chácaras aí”. Cf. Declaração de Tomás Dermott, folha 595, nota 24 *supra*.

116. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, par. 50.4, nota 5 *supra*.

abarcar “as áreas de Mopae Sensap, Yagkamet Wennaktee, Naktee Sagye e Mosgamala, e devia alcançar até Xakmaxapak no Sul”.<sup>117</sup> Além disso, no único relatório antropológico elaborado no âmbito interno concluiu-se que “dentro do território em reivindicação, os indígenas tinham um conhecimento profundo dos lugares tradicionais e seus nomes”.<sup>118</sup>

*c) Estudos técnicos*

102. A respeito dos estudos técnicos elaborados em relação ao caráter tradicional das terras reclamadas, em primeiro lugar, o Tribunal observa que, ainda que poucos, os documentos e estudos realizados durante o processo de reivindicação de terras na esfera interna afirmaram o caráter tradicional das terras reclamadas pela Comunidade.<sup>119</sup> Em segundo lugar, as perícias de Antonio Spiridinoff e Sergio Iván Braticevic confirmam o caráter tradicional das terras reclamadas.<sup>120</sup>

*d) Idoneidade das terras reclamadas*

103. Finalmente, em relação à idoneidade das terras reclamadas, o relatório antropológico elaborado pelo Centro de Estudos Antropológicos da *Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción* (doravante “CEADUC”), conclui especificamente que as terras reclamadas são aptas e idôneas para o desenvolvimento da Comunidade.<sup>121</sup>

104. Igualmente, em sua perícia, Antonio Spiridinoff observa que a justificação técnica utilizada como base para a declaração da Reserva Natural privada na Fazenda Salazar, além de ignorar a reclamação indígena, justifica o potencial de uso para uma comunidade indígena.<sup>122</sup> Por sua vez, Sergio Iván Braticevic não nega a maior idoneidade das terras reivindicadas em comparação com outras possíveis. De fato, o perito expressamente sustenta que se deveria “priorizar a porção de terra reclamada”, e que caso a ação de inconstitucionalidade contra a declaração de reserva natural privada não fosse favorável e “fossem esgotadas todas as alternativas jurídicas”, então deveriam recorrer a terras alternativas às reclamadas.<sup>123</sup>

105. Além disso, a testemunha Villagra Carron explicou que as terras reclamadas foram as reivindicadas porque “há um vínculo específico com cemitérios nessas terras, porque os ascendentes Sanapaná tiveram várias aldeias nessa região, e porque essas terras são as mais aptas para viver, já que entre Xámok Kásek e Mompey Sensap existe a maior diversidade biológica que permite o sustento para a família”.<sup>124</sup>

106. Somado ao fato acima exposto, o Tribunal adverte que o Estado não controverteu a alegada idoneidade das terras reclamadas. A defesa do Estado limitou-se a indicar sua impossibilidade de conceder estas terras aos membros da Comunidade – questão que se examinará abaixo – sem negar o anterior. Além disso, o Estado limita-se a insistir na concessão de terras alternativas sem contestar o afirmado pela Comunidade, seus representantes e a Comissão.

\* \* \*

107. Portanto, a Corte considera que em virtude da história de ocupação e percurso do território por parte dos membros e ascendentes da Comunidade, a toponímia da área concedida por seus membros, as conclusões dos estudos técnicos realizados a respeito, assim como as considerações relativas à idoneidade destas terras dentro do território tradicional, a porção de 10.700 hectares nos arredores do *Retiro Primero* ou *Mompey Sensap* e do *Retiro Kuñataí* ou *Makha Mompena*, reclamadas pela Comunidade, são suas terras tradicionais e, conforme esses estudos técnicos, desprende-se que são as mais aptas para o assentamento da mesma.

117. Cf. Solicitação da Comunidade ao IBR de 28 de dezembro de 1990, folha 780, nota 65 *supra*. De fato quando a Comunidade reiterou seu pedido em 1994, com ocasião de uma audiência de conciliação indicou que devia ser realizada uma “medição para determinar o lugar exato da pretensão da Comunidade [porque] os lugares pretendidos, são conhecidos unicamente com os nome[s] tradicionais [dos] Indígenas”. Cf. Ata nº 7 da audiência realizada entre as partes em 11 de fevereiro de 1994 (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo 3, folhas 905 a 908).

118. Cf. Relatório Antropológico do CEADUC, folha 740, nota 55 *supra*.

119. Cf. Relatório Antropológico do CEADUC, folha 747, nota 55 *supra*; Parecer nº 2476 da Chefia de Advocacia Indígena do IBR de 5 de novembro de 1991 (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo II, folha 864), e Memorando do Presidente do IÑDI de 22 de agosto de 1995 (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo II, folhas 859 e 860).

120. Cf. Perícia de Sergio Iván Braticevic, folha 4235 a 4252, nota 17 *supra*, e perícia de Antonio Spiridinoff, folhas 613 a 616, nota 68 *supra*.

121. Cf. Relatório Antropológico do CEADUC, folha 1736, nota 55 *supra*.

122. Cf. Perícia de Antonio Spiridinoff, folha 615, nota 68 *supra*.

123. Cf. Perícia de Sergio Iván Braticevic, folha 4248, nota 17 *supra*.

124. Declaração de Rodrigo Villagra Carron, nota 17 *supra*.

### 2.1.2. Posse das terras reclamadas e sua exigência para o reconhecimento da propriedade comunitária

108. Em relação à posse das terras reclamadas, a Comissão considerou que o Estado está obrigado a reconhecer e responder a reivindicação da Comunidade “ainda quando não tenham plena posse das mesmas e estejam em mãos privadas”. Os representantes alegaram que a Comunidade “tem mantido uma forma de posse parcial sobre as terras que reclamam e seus arredores quanto ao acesso aos recursos naturais”. Acrescentaram que os membros da Comunidade desenvolveram suas atividades tradicionais nas terras reclamadas “desde antes da transferência das terras à empresa Eaton e Cia., até o começo de 2008, quando aquelas atividades foram proibidas com o estabelecimento da reserva [natural] privada”. O Estado sustentou que “os peticionários não têm a propriedade devidamente inscrita no Registro de Imóveis, nem a posse do imóvel pretendido”.
109. O Tribunal lembra sua jurisprudência a respeito da propriedade comunitária das terras indígenas,<sup>125</sup> segundo a qual: 1) a posse tradicional dos indígenas sobre suas terras tem efeitos equivalentes ao título de pleno domínio concedida pelo Estado;<sup>126</sup> 2) a posse tradicional concede aos indígenas o direito a exigir o reconhecimento oficial de propriedade e seu registro;<sup>127</sup> 3) o Estado deve delimitar, demarcar e conceder título coletivo das terras aos membros das comunidades indígenas;<sup>128</sup> 4) os membros dos povos indígenas que, por causas alheias à sua vontade, tenham saído ou perdido a posse de suas terras tradicionais mantêm o direito de propriedade sobre as mesmas, ainda na falta de título legal, salvo quando as terras tenham sido legitimamente trasladadas a terceiros de boa fé,<sup>129</sup> e 5) os membros dos povos indígenas que involuntariamente tenham perdido a posse de suas terras, e estas tenham sido trasladadas legitimamente a terceiros inocentes, têm o direito de recuperá-las ou de obter outras terras de igual extensão e qualidade.<sup>130</sup>
110. Adicionalmente, tal como foi estabelecido nos casos das comunidades indígenas de *Yakye Axa* e *Sawhoyamaxa*, o Paraguai reconhece o direito dos povos indígenas a solicitar a devolução de suas terras tradicionais perdidas,<sup>131</sup> inclusive quando se encontrem sob domínio privado e não tenham plena posse das mesmas.<sup>132</sup> Com efeito, o Estatuto de Comunidades Indígenas Paraguai consagra o procedimento a ser seguido para a reivindicação de terras sob domínio privado,<sup>133</sup> o que é precisamente a hipótese do presente caso.
111. Neste caso, ainda que os membros da Comunidade não tenham a posse das terras reclamadas, conforme a jurisprudência desta Corte e o direito interno paraguaio, eles têm o direito de recuperá-las.

### 2.1.3. Vigência do direito a reclamar as terras tradicionais

112. Com respeito à possibilidade de recuperar as terras tradicionais, em oportunidades anteriores<sup>134</sup> a Corte estabeleceu que a base espiritual e material da identidade dos povos indígenas é sustentada principalmente em sua relação única com suas terras tradicionais, razão pela qual enquanto essa relação exista, o direito à reivindicação destas terras permanecerá vigente. Se esta relação tivesse deixado de existir, também se extinguiria esse direito.
113. Para determinar a existência da relação dos indígenas com suas terras tradicionais, a Corte estabeleceu que: i) ela pode se expressar de distintas maneiras segundo o povo indígena de que se trate e as circunstâncias concretas em que se encontre, e ii) a relação com as terras deve ser possível. Algumas formas de expressão desta relação poderiam incluir o uso ou presença tradicional, através de laços espirituais ou cerimoniais; assentamentos ou cultivos esporádicos; caça, pesca ou coleta estacional ou nômade; uso de recursos naturais

125. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, pars. 131, nota 5 *supra*; *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai*, par. 128, nota 20 *supra*, e *Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname*, par. 89, nota 16 *supra*.

126. Cf. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua*, par. 151, nota 101 *supra*, e *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai*, par. 128, nota 20 *supra*.

127. Cf. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua*, par. 151, nota 101 *supra*, e *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai*, par. 128, nota 20 *supra*.

128. Cf. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua*, par. 164, nota 101 *supra*; *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, par. 215, nota 45 *supra*, e *Caso do Povo Saramaka vs. Suriname*, par. 194, nota 16 *supra*.

129. Cf. *Caso da Comunidade Moiwana Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença 15 de junho de 2005. Série C Nº 124, par. 133, e *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai*, par. 128, nota 20 *supra*.

130. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai*, pars. 128 a 130, nota 20 *supra*.

131. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, pars. 138 a 139, nota 5 *supra* e *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai*, par. 129, nota 20 *supra*.

132. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, pars. 135 a 149, nota 5 *supra*, e *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai*, pars. 127 e 130, nota 20 *supra*.

133. Cf. Artigos 24, 25, 26 e 27 de Lei 904/81 Estatuto das Comunidades Indígenas, folhas 2399 a 2425, nota 64 *supra*.

134. Cf. *Caso da Comunidade Moiwana Vs. Suriname*, par. 133, nota 129 *supra*; *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, pars. 131, 135 e 137, nota 5 *supra* e *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai*, pars. 127 e 131, nota 20 *supra*.

ligados a seus costumes, e qualquer outro elemento característico de sua cultura.<sup>135</sup> O segundo elemento implica que os membros da Comunidade não sejam impedidos, por causas alheias à sua vontade, de realizar as atividades que revelam a persistência da relação com suas terras tradicionais.<sup>136</sup>

114. No presente caso, a Corte observa que a relação dos membros da Comunidade com seu território tradicional se manifesta, *inter alia*, no desenvolvimento de suas atividades tradicionais dentro destas terras (pars. 65, 66, 74 e 75 *supra*). A esse respeito, o antropólogo Chase Sardi expressou, em seu relatório elaborado em 1995, que a mesma seguia “ocupando seu território e praticando sua economia tradicional, apesar dos condicionamentos impostos pela propriedade privada”<sup>137</sup>. É particularmente relevante ressaltar que, apesar das restrições impostas aos membros da Comunidade, “continuam entrando para caçar escondidos”.<sup>138</sup> Além disso, alguns membros da Comunidade indicaram que quando viviam na Fazenda Salazar, mesmo com sérias limitações, ainda se praticava algo de medicina tradicional e os xamãs buscavam plantas medicinais no monte,<sup>139</sup> e enterravam seus mortos de acordo com seus costumes.<sup>140</sup>
115. Somado ao anterior, os membros da Comunidade têm se visto totalmente impedidos, por razões alheias à sua vontade, de realizar atividades tradicionais nas terras reclamadas desde o início de 2008, em razão da criação da Reserva Natural Privada em parte do território reivindicado (pars. 80 e 82 *supra*).
116. Em virtude das considerações anteriores, a Corte considera que o direito dos membros da Comunidade Xákmok Kásek de recuperar suas terras perdidas permanece vigente.

#### 2.1.4. Alegada satisfação do direito dos membros da Comunidade a seu território tradicional com terras alternativas

117. O Estado argumentou que o direito dos membros da Comunidade poderia ser satisfeito com terras alternativas às reclamadas, já que as terras tradicionais não se limitam às terras reclamadas. Entretanto, o Estado não indicou quais seriam estas terras alternativas, de igual extensão e qualidade, que poderiam satisfazer a reivindicação da Comunidade. Ainda que tenha aportado uma lista de propriedades disponíveis nas zonas próximas ao atual assentamento da Comunidade, não indicou as características ou qualidades das mesmas que poderiam satisfazer os requisitos de qualidade necessários para a sustentabilidade dos Xákmok Kásek.<sup>141</sup>
118. Não basta que existam outras propriedades disponíveis. Tal como indicou o perito apresentado pelo Estado, para a concessão de terras alternativas às reclamadas, estas devem ao menos ter certas “aptidões agroecológicas” e serem submetidas a um estudo que determine seu potencial de desenvolvimento por parte da Comunidade.<sup>142</sup>
119. Nesse mesmo sentido, a Corte observa que os membros da Comunidade rejeitaram as extensões de terras alternativas oferecidas em distintas oportunidades durante o procedimento interno, precisamente porque não cumpriam os requisitos de qualidade necessários, sem que o Estado em qualquer momento refutasse esta alegação ou tomasse medida alguma para comprová-lo ou negá-lo (nota 148 *infra*).
120. Igualmente, a respeito dos 1.500 hectares onde atualmente está assentada a Comunidade, o Tribunal considera que esta extensão de terra dificilmente pode ser considerada suficiente e, portanto, satisfatória do direito à propriedade comunitária dos seus membros, quando nem sequer cumpre o mínimo legal estabelecido no Paraguai. Com efeito, de acordo com a legislação paraguaia, aos membros da Comunidade corresponderia um mínimo de 100 hectares por família.<sup>143</sup> Sendo que a Comunidade está formada por 66 famílias atualmente (par. 65 *supra*), uma superfície de 1.500 hectares não constitui uma extensão suficiente, particularmente quando existem relatórios periciais que consideram que nem sequer o mínimo legal estabelecido é suficiente para o desenvolvimento das atividades e formas tradicionais de vida de uma comunidade como a de Xákmok Kásek.<sup>144</sup>

135. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, par. 154, nota 5 *supra*, e *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai*, pars. 131 a 132, nota 20 *supra*.

136. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai*, par. 132, nota 20 *supra*.

137. Cf. Relatório Antropológico do CEADUC, folha 741, nota 55 *supra*.

138. Declaração de Gerardo Larrosa, folha 605, nota 75 *supra*.

139. Cf. Declaração de Gerardo Larrosa, folha 607, nota 75 *supra*, e Declaração de Maximiliano Ruíz, nota 28 *supra*.

140. Cf. Declaração de Maximiliano Ruíz, nota 28 *supra*.

141. Lista de propriedades à venda (expediente de anexos entregues pelo Estado na audiência pública, anexo 2, tomo IX, folhas 3769 a 3774).

142. Cf. Perícia de Sergio Iván Braticевич, folha 4248, nota 17 *supra*.

143. Cf. Artigo 18 da Lei nº 904/81, folha 2404, nota 64 *supra*.

144. No relatório apresentado em 1995 pelo CEADUC, dentro do procedimento administrativo de reivindicação de terras iniciado pela Comunidade, considerou-se que a extensão de 178 hectares por família, que estava sendo reivindicado pela Comunidade até esse momento, resultava insuficiente para a conservação e desenvolvimento das formas particulares de vida da Comunidade (Cf. Relatório Antropológico do CEADUC, folhas 735 a 750, nota 55 *supra*). Em similar sentido expressou-se a testemunha Rodrigo Villagra Carron (Cf. Declaração de Rodrigo Villagra Carron, nota 17 *supra*).

121. Em segundo lugar, ainda quando reconhece que o território tradicional da Comunidade não se limita às terras reclamadas, a Corte lembra que este território tradicional tampouco se estende por todo o Chaco Central e Baixo Chaco. A esse respeito, o Tribunal reitera suas considerações anteriores (pars. 94 a 107 *supra*), segundo as quais a extensão reclamada pela Comunidade configura suas terras tradicionais como ótimas para seu assentamento e desenvolvimento. Portanto, o Estado devia e deve ainda dirigir suas ações para efetivar o direito à propriedade dos membros da Comunidade sobre estas terras.

## **2.2. Ações do Estado realizadas para recuperar as terras tradicionais**

122. Em virtude de que se concluiu que as terras reclamadas são as terras tradicionais ótimas para o assentamento da Comunidade, que a posse das mesmas não é necessária e que o direito de recuperação destas terras tradicionais encontra-se vigente, o Tribunal passará a examinar as ações realizadas pelo Estado para garantir aos membros da Comunidade a recuperação destas terras.

123. A Comissão alegou que “a ineficácia dos procedimentos estabelecidos na legislação paraguaia para fazer efetivo o direito de propriedade dos povos indígenas significou concretamente que não se garanta por parte do Estado o direito de propriedade da Comunidade [...] a seu território ancestral”. Igualmente, considerou que a inexistência de um recurso efetivo contra as violações aos direitos reconhecidos pela Convenção constitui em si mesma uma violação das obrigações contraídas pelo Paraguai em virtude da mesma. Adicionalmente, indicou que “o atraso no procedimento administrativo [...] foi produzido pelas atuações sistematicamente demoradas e deficientes das autoridades estatais”. Insistiu em que o contexto jurídico paraguaio, sob o ponto de vista processual e substantivo, não permitiu nem permite o devido reconhecimento dos direitos da Comunidade.

124. Os representantes sustentaram que “o Estado não modificou o mecanismo para a restituição territorial indígena”, apesar do mandato expresso da Corte nos casos das comunidades indígenas de *Yakye Axa* e *Sawhoyamaya*, motivo pelo qual “neste caso alega-se [...] a mesma situação jurídica [contra] uma comunidade indígena distinta”, onde a ineficácia do procedimento estabelecido na legislação paraguaia impediu a efetividade do direito à propriedade. Ressaltaram que “o prazo de 20 anos transcorridos no caso *sub judice* dificilmente pode ser qualificado como razoável”.

125. O Estado explicou que, através de suas instâncias administrativas, realizou tudo o que estava ao seu alcance para que a Comunidade esteja em condições de reclamar seus direitos, de modo que “seria injusto [...] concluir que o Paraguai violou os direitos à proteção ou garantias judiciais, desde uma perspectiva interpretativa ampla”. Manifestou que realizou ações concretas como conceder títulos de propriedade a uma diversidade de comunidades indígenas. Segundo o Paraguai, isso demonstra que “o sistema de proteção dos direitos indígenas tal como está estabelecido na legislação vigente é perfeitamente compatível com a Convenção[; já que] sempre que haja consenso entre indígenas, proprietários e Estado, é perfeitamente possível a solução dos problemas de falta de acesso à propriedade comunitária da terra”.

126. Em razão das alegações expostas, a Corte procederá a analisar a devida diligência, o prazo razoável e a efetividade do trâmite administrativo de reivindicação de terras tradicionais indígenas.

### **2.2.1. Devida diligência no trâmite administrativo**

127. A Corte observa que ao longo da duração do procedimento administrativo iniciado em 1990 não se realizaram maiores diligências. No curso de mais de 17 anos de duração deste procedimento, a partir do reconhecimento da competência da Corte, foi solicitado um estudo antropológico,<sup>145</sup> realizaram-se algumas reuniões para tentar chegar a um acordo entre as partes e intercambiaram-se ofertas entre os proprietários privados e os membros da Comunidade em ao menos cinco oportunidades.<sup>146</sup> Antes do reconhecimento da competência da Corte

145. O INDI solicitou ao CEADUC a realização de um relatório científico sobre o território tradicional da Comunidade. Cf. Nota P.C. nº 396/95 do Presidente do INDI ao Diretor do CEADUC de 22 de agosto de 2005 (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo II, folha 734).

146. Entre 1990 e 1994, a Comunidade insistiu nas terras reclamadas enquanto o proprietário privado ofereceu o Retiro Winchester (Cf. Escrito do advogado da Comunidade Florencio Gómez Belotto encaminhado ao Presidente do IBR de 19 de fevereiro de 1993, expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo III, folha 894; ata nº 7 da audiência realizada entre as partes em 11 de fevereiro de 1994, folhas 905 a 908, nota 17 *supra*, e oferta de terras ao IBR para indígenas Lengua, Sanapaná e Angaité de 21 de fevereiro de 1994, expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo III, folhas 909 a 913). Igualmente, em novembro de 1995 os proprietários privados ofereceram em lugar das terras em reivindicação, extensões de terra em um setor chamado Cora-í ou alternativamente na fração denominada *Potrero Pañuelo* (Cf. Escrito do advogado de Eaton e Cia. S.A. de 7 de novembro de 1995, expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo II, folhas 755 a 756). Depois de uma reunião em março de 1996, os líderes da Comunidade ofereceram modificar sua solicitação renunciando a uma porção das terras em reivindicação, substituindo-as com terras conhecidas como o “*Retiro Cuñata-í*” (Cf. Escrito dos representantes da Comunidade de 2 de abril de 1996, expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo II, folha 772). Em 1998, os proprietários privados ofereceram a venda da



realizaram-se duas inspeções oculares.<sup>147</sup>

128. As poucas diligências realizadas pelo Estado tiveram início a pedido dos membros da Comunidade ou por proposta do proprietário privado. Entretanto, nenhuma delas foi determinante na obtenção de uma solução definitiva à reclamação apresentada pela Comunidade. Ademais, ante a reivindicação da Comunidade de que as terras oferecidas como alternativa a suas terras tradicionais não eram aptas para seu assentamento,<sup>148</sup> nem o IBR nem o INDI solicitaram a realização de estudos técnicos que comprovassem ou negassem essa alegação; ainda mais quando estas instituições estatais estão legalmente obrigadas a prover “terras aptas e pelo menos de igual qualidade” às que ocupavam os membros da Comunidade.<sup>149</sup>
129. O Tribunal toma nota de longos períodos de inatividade nos autos. Desde que foi transmitido ao INDI em junho de 1994, não consta no mesmo nenhuma atuação deste organismo para a solução do processo até julho de 1995, quando os representantes da Comunidade solicitaram informação a respeito das gestões realizadas.<sup>150</sup> Iguualmente, depois de uma reunião entre as partes em fevereiro de 1996, convocada por iniciativa dos membros da Comunidade, não houve novas atuações até o ano de 1998 quando o proprietário privado ofereceu as terras reclamadas,<sup>151</sup> mas isso não foi aceito pelo Estado. Posteriormente, em um espaço de seis anos, entre o ano de 2000 e 2006, as únicas atuações que constam são ofertas realizadas por proprietários privados às autoridades estatais.<sup>152</sup> Resulta ainda mais grave que o expediente administrativo teve que ser reconstituído porque os documentos haviam sido extraviados.<sup>153</sup>
130. Finalmente, o Tribunal observa que, em junho de 1994, o IBR solicitou ao INDI que se pronunciasse sobre o pedido de expropriação proposto pela Comunidade, por considerar que havia esgotado a via administrativa. Entretanto, não consta nos autos que o INDI tenha dado resposta a este pedido. Ao contrário, as atuações deste organismo revelam que buscou continuar a via administrativa, o que foi confirmado pelo então Presidente do INDI, que manifestou que “[a]s gestões de[ssa] Presidência ha[viam] se dirigido a tentar uma vez mais [...] concluir a presente causa administrativa por via da negociação”.<sup>154</sup>
131. Em razão de todas as considerações precedentes, a Corte considera que o procedimento de reivindicação de terras iniciado pela Comunidade não foi realizado com a devida diligência. Conseqüentemente, o Tribunal conclui que a atuação das autoridades estatais não foi compatível com os padrões de diligência consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana.

totalidade da Fazenda Salazar e em 2000 ofereceram “a qualquer que quisesse comprar” a propriedade chamada Cora’í. Em março de 2003, a Chortitzer Komitee ofereceu a venda de 3.293 hectares do território reclamado (Cf. Declaração de Roberto Carlos Eaton Kent, folha 662, nota 56 *supra*; nota de imprensa de 1º de abril de 2003 intitulada “Menonitas ofrecen al Indi tierra reclamada por nativos”, expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo IV, folha 1583). Finalmente, em 2004 o senhor Eaton ofereceu à Comunidade a Fazenda Magallanes (Cf. Declaração de Roberto Carlos Eaton Kent, folha 660, nota 56 *supra*).

147. Cf. Relatório de inspeção ocular realizada por Pastor Cabanellas, folhas 791 a 795, nota 62 *supra*, e Resolução P. nº 651 do Presidente do IBR de 21 de agosto de 1992 (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo III, folha 891).

148. Depois da ampliação da inspeção ocular, o advogado da Comunidade solicitou que fosse realizado um estudo geológico no *Retiro Winchester* oferecido pelo proprietário privado. Entretanto, a referida solicitação não parece ter tido resposta. Em agosto de 1993, em razão de uma inspeção ocular a outra comunidade indígena à qual também havia sido oferecida, foi realizada uma inspeção ocular no *Retiro Winchester* que concluiu que não era apto para o desenvolvimento da Comunidade (Cf. comunicação sem data do advogado da Comunidade ao IBR, expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo III, folha 888, e relatório sobre a viagem realizada ao Chaco nos dias 12, 13 e 14 de agosto de 1993, expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo III, folha 959 a 960). Por sua vez, as terras na Fazenda Magallanes foram aparentemente inspecionadas por funcionários do INDI, os quais concluíram que não eram aptas para o assentamento da Comunidade (Cf. Ata de reunião de 12 de agosto de 2004 da Comunidade Xákmok Kásek, expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo IV, folha 1286); declaração de Marcelino López, folha 587, nota 63 *supra*, e declaração de Clemente Dermott, folha 647, nota 63 *supra*).

149. Artigo 15 da Lei nº 904/81, folha 2403, nota 64 *supra*.

150. O expediente administrativo foi enviado ao INDI em junho de 1994 e a seguinte atuação da que se tem evidência é uma solicitação da Comunidade de julho de 1995, a partir da qual se emitiu um memorando e foi solicitado um estudo antropológico (Cf. Parecer 1474 da Chefia de Assuntos Indígenas do IBR de 20 de junho de 1994, expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo II, folha 730, e Memorando do Presidente do INDI de 22 de agosto de 1995, folha 860, nota 119 *supra*).

151. Depois que os membros da Comunidade ofereceram modificar sua solicitação quanto a uma porção das terras em reivindicação (escrito dos representantes da Comunidade de 2 de abril de 1996, nota 146 *supra*), a seguinte atuação foi o oferecimento dos proprietários privados de vender a totalidade da Fazenda Salazar em 1998 (nota 146 *supra*).

152. As únicas atuações que constam no expediente foram as ofertas realizadas quanto à Korai/Cora’í, a porção das terras em reivindicação de propriedade da Chortitzer Komitee, e à Fazenda Magallanes (Cf. Declaração de Roberto Carlos Eaton Kent, nota 146 *supra*), até as solicitações de cópias e reconstituição do expediente por parte da Comunidade em 2006 (Cf. Solicitação dos representantes da Comunidade de 6 de julho de 2006 encaminhada ao INDERT, expediente de anexos à demanda, anexo 5, folha 2377, e solicitação dos representantes de 23 de agosto de 2006, expediente de anexos à demanda, anexo 5, folhas 2379 a 2380).

153. Em 2006, os representantes da Comunidade tiveram de solicitar a reconstituição do expediente administrativo porque o mesmo havia sido “extraviado em duas oportunidades” no INDERT (Cf. Solicitação dos representantes da Comunidade de 6 de julho de 2006, folha 2377, nota 152 *supra*, e declaração de Clemente Dermott, folha 645, nota 63 *supra*). Em sua declaração testemunhal a atual Presidente do INDI indicou que em 2008 “perderam-se muitos documentos, [de maneira que] inclusive atualmente estavam reconstituindo o expediente do povo Xákmok Kásek”, em razão da ocupação do INDI por parte de grupos indígenas (Cf. Declaração de Lida Acuña, nota 17 *supra*).

154. Memorando do Presidente do INDI de 22 de agosto de 1995, folha 859, nota 119 *supra*.

### 2.2.2. Princípio de prazo razoável no procedimento administrativo

132. Tanto a Comissão como os representantes alegaram que a duração do procedimento de reivindicação de terras violava o princípio do prazo razoável. O Estado não se referiu a esta alegação.
133. O artigo 8.1 da Convenção estabelece, como um dos elementos do devido processo, que aqueles procedimentos que se desenvolvam para a determinação dos direitos das pessoas de natureza civil, laboral, fiscal ou de qualquer caráter, devem ser feitos dentro de um prazo razoável. A Corte considerou quatro elementos para determinar a razoabilidade do prazo: i) complexidade do assunto, ii) conduta das autoridades, iii) atividade processual do interessado<sup>155</sup> e iv) afetação gerada na situação jurídica da pessoa envolvida no processo.<sup>156</sup>
134. Com relação ao primeiro elemento, a Corte reconhece, como o fez em oportunidades anteriores, em relação a este recurso,<sup>157</sup> que o assunto neste caso é complexo. Entretanto, adverte que as demoras no processo administrativo não se produziram pela complexidade do caso, mas pela atuação deficiente e demorada das autoridades estatais (segundo elemento). Como foi exposto anteriormente, a atuação dos órgãos do Estado encarregados da resolução da reivindicação territorial da Comunidade caracterizou-se durante todo o procedimento administrativo pela passividade, inatividade, pouca diligência e falta de resposta das autoridades estatais.
135. Em relação ao terceiro elemento, a atividade processual do interessado, a Corte observa que longe de entorpecer a tramitação do recurso, muitas das atuações no processo foram iniciadas a pedido da Comunidade.
136. Quanto ao quarto elemento para determinar a razoabilidade do prazo, deve-se levar em consideração a afetação gerada pela duração do procedimento na situação jurídica da pessoa envolvida no mesmo, considerando, entre outros elementos, a matéria objeto de controvérsia. O Tribunal estabeleceu que se o passar do tempo incide de maneira relevante na situação jurídica do indivíduo, será necessário que o procedimento avance com maior diligência a fim de que o caso se resolva em tempo hábil.<sup>158</sup> No presente caso a demora na obtenção de uma solução definitiva ao problema da terra dos membros da Comunidade incidiu diretamente em seu estado de vida. Esta situação é analisada em profundidade no Capítulo VII *infra*.
137. Adicionalmente, a Corte recorda que nos casos das comunidades indígenas de *Yakye Axa* e *Sawhoyamaya*, ambos contra o Paraguai, este Tribunal considerou que os prazos de mais de 11 anos e 13 anos, respectivamente, de duração dos procedimentos de reivindicação de terras não eram compatíveis com o princípio do prazo razoável.<sup>159</sup> Portanto, o prazo de mais de 17 anos no presente caso (par. 127 *supra*) não pode senão levar a semelhante conclusão.
138. Consequentemente, o Tribunal conclui que a duração do procedimento administrativo não é compatível com o princípio do prazo razoável estabelecido no artigo 8.1 da Convenção Americana.

### 2.2.3. Efetividade do recurso administrativo de reivindicação de terras indígenas

139. O artigo 25.1 da Convenção estabelece a obrigação dos Estados Partes de garantir, a todas as pessoas sob sua jurisdição, um recurso judicial efetivo contra atos que violem seus direitos fundamentais.<sup>160</sup> A existência desta garantia “constitui um dos pilares básicos, não somente da Convenção Americana, mas do próprio Estado de Direito em uma sociedade democrática”.<sup>161</sup> O contrário, ou seja, a inexistência de tais recursos efetivos coloca uma pessoa em estado de vulnerabilidade.<sup>162</sup>

155. Cf. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicarágua. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de janeiro de 1997. Série C Nº 30, par. 77; *Caso Garibaldi Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de setembro de 2009, par. 133, e *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, par. 244, nota 12 *supra*.

156. Cf. *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C Nº 192, par. 155; *Caso Garibaldi Vs. Brasil*, par. 133, nota 155 *supra*, e *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, par. 244, nota 12 *supra*.

157. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, par. 87, nota 5 *supra*.

158. Cf. *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia*, par. 155, nota 156 *supra*; *Caso Kawas Fernández*, par. 115, nota 114 *supra*, e *Caso Garibaldi Vs. Brasil*, par. 138, nota 155 *supra*.

159. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, par. 89, nota 5 *supra*; *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai*, par. 97 e 98, nota 20 *supra*.

160. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C Nº 1, par. 91; *Massacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, par. 104, nota 12 *supra*, e *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*, par. 190, nota 8 *supra*.

161. Cf. *Caso Castillo Páez Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 3 de novembro de 1997. Série C Nº 34, par. 82; *Caso Escher e outros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de julho de 2009. Série C Nº 200, par. 195, e *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de novembro de 2009. Série C Nº 207, par. 128.

162. Cf. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C Nº 162, par. 183, e *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*, par. 128, nota 161 *supra*.

140. Para que o Estado cumpra o disposto no artigo 25 da Convenção não basta que os recursos existam formalmente, mas é preciso que tenham efetividade nos termos daquele preceito.<sup>163</sup> Esta efetividade supõe que, além da existência formal dos recursos, estes deem resultados ou respostas às violações de direitos reconhecidos, seja na Convenção, na Constituição ou na lei.<sup>164</sup> O Tribunal tem reiterado que esta obrigação implica que o recurso seja idôneo para combater a violação e que sua aplicação pela autoridade competente seja efetiva.<sup>165</sup> Nesse sentido, não podem ser considerados efetivos os recursos que, pelas condições gerais do país ou inclusive pelas circunstâncias particulares de um caso dado, resultem ilusórios.<sup>166</sup>
141. Adicionalmente, o artigo 25 da Convenção está intimamente ligado às obrigações gerais contidas nos artigos 1.1 e 2 da mesma, as quais atribuem funções de proteção ao direito interno dos Estados Partes, do que resulta que o Estado tem a responsabilidade de elaborar e consagrar normativamente um recurso eficaz, assim como a de assegurar a devida aplicação deste recurso por parte de suas autoridades judiciais.<sup>167</sup> Nesse sentido, nos termos do artigo 25 da Convenção, a normativa interna deve assegurar a devida aplicação de recursos efetivos ante as autoridades competentes com o propósito de amparar todas as pessoas sob sua jurisdição contra atos que violem seus direitos fundamentais ou que levem à determinação de seus direitos e obrigações.<sup>168</sup>
142. Em relação aos povos indígenas, o Tribunal tem sustentado que para garantir o direito de seus membros à propriedade comunitária os Estados devem estabelecer “um recurso efetivo com as garantias do devido processo [...] que lhes permita reivindicar suas terras tradicionais”.<sup>169</sup>
143. A Corte observa que o direito de reivindicação de terras comunitárias indígenas no Paraguai está garantido normativamente pela Constituição da República.<sup>170</sup> O recurso específico para a reivindicação destas terras está regulado principalmente pela Lei nº 904/81 que estabelece o Estatuto das Comunidades Indígenas. No caso concreto da Comunidade Xákmok Kásek, as normas aplicáveis são aquelas relativas ao assentamento de comunidades indígenas em terras de domínio privado.<sup>171</sup>
144. A Corte lembra que, nos casos das comunidades indígenas de *Yakye Axa* e *Sawhoyamaxa*, considerou que o procedimento administrativo interno para a reivindicação de terras tradicionais não era efetivo,<sup>172</sup> porquanto não oferecia a possibilidade real de que os membros das comunidades indígenas recuperassem suas terras tradicionais se estas estivessem sob domínio privado.
145. Em virtude de que o presente caso trata do mesmo recurso, já que o Estado não modificou sua legislação nem sua prática a respeito,<sup>173</sup> o Tribunal reitera sua jurisprudência em relação a que o procedimento administrativo sob estudo apresenta os seguintes problemas estruturais, que impedem que o mesmo possa tornar-se efetivo: a) restrição nas faculdades de expropriação; b) submissão do procedimento administrativo à existência de um acordo de vontade entre as partes, e c) ausência de diligências técnico-científicas dirigidas a encontrar uma solução definitiva para o problema.
- a) *Restrição nas faculdades de expropriação*
146. Em primeiro lugar, a remissão ao Estatuto Agrário limita as possibilidades de que se expropiem terras reivindicadas por comunidades indígenas àqueles casos de terras não exploradas racionalmente,<sup>174</sup> sem

163. Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Exceção Preliminar*. Sentença de 30 de novembro de 2005. Série C Nº 139, par. 4; *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, par. 196, nota 12 *supra*, e *Caso Chitay Nech e Outros Vs. Guatemala*, par. 202, nota 8 *supra*.

164. Cf. *Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C Nº 71, par. 90; *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*, par. 129, nota 161 *supra*, e *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*, par. 202, nota 8 *supra*.

165. Cf. *Caso Acosta Calderón Vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de junho de 2005. Série C Nº 129, par. 93; *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, par. 291, nota 12 *supra* e *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*, par. 202, nota 8 *supra*.

166. Cf. *Garantias Judiciais em Estados de Emergência (artigos 27.2, 25 e 8 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-9/87 de 6 de outubro de 1987. Série A Nº 9, par. 24; *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*, par. 129, nota 161 *supra*, e *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*, par. 202, nota 8 *supra*.

167. Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C Nº 63, par. 237; *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*, par. 130, nota 161 *supra*, e *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, par. 295, nota 12 *supra*.

168. Cf. *Caso Suárez Rosero Vs. Equador. Mérito*. Sentença de 12 de novembro de 1997. Série C Nº 35, par. 65; *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*, par. 130, nota 161 *supra*, e *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, par. 295, nota 12 *supra*.

169. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, par. 96, nota 5 *supra*, e *Caso do Povo Saramaka*, par. 178, nota 16 *supra*.

170. Cf. Artigo 64 da Constituição do Paraguai (expediente de anexos à demanda, anexo 7, folha 2437).

171. Cf. Artigos 22, 24, 25 e 26 da Lei nº 904/81 Estatuto das Comunidades Indígenas, folhas 2405 a 2406, nota 64 *supra*.

172. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, par. 98, nota 5 *supra*, e *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa Vs. Paraguai*, par. 108, nota 20 *supra*.

173. Cf. Declaração de Rodrigo Villagra Carron, nota 17 *supra*.

174. Cf. artigo 94 da Lei nº 1.863/02, Estatuto Agrário (expediente de anexos à demanda, anexo 7, folha 2472).

considerar aspectos próprios dos povos indígenas, como a significação especial que as terras têm para estes.<sup>175</sup> Como bem indicou a testemunha Rodrigo Villagra Carron, “depois de 100 anos de colonização, essas terras de algum modo terão sido exploradas”. O Tribunal lembra que o argumento segundo o qual os indígenas não podem, sob nenhuma circunstância, reclamar suas terras tradicionais quando estas estejam exploradas e em plena produtividade, observa a questão indígena exclusivamente através da produtividade da terra e do regime agrário, o que é insuficiente para as características peculiares destes povos.<sup>176</sup>

147. Apesar de que o exposto no parágrafo anterior já tenha sido estabelecido em casos anteriores contra o Paraguai, neste caso o Estado novamente argumentou que “não pôde satisfazer plenamente” o direito à propriedade comunitária porque as terras reclamadas pertencem a proprietários privados, e estão racionalmente exploradas, de modo que se vê impedido de fazer efetivo o direito à propriedade dos membros da Comunidade.
148. A esse respeito, a Comissão Interamericana alegou que a aludida impossibilidade fática e jurídica que o Estado invoca em sua defesa não é um argumento que lhe permita eximir-se de sua responsabilidade internacional. Os representantes acrescentaram que “a visão mercantilista do valor das terras, que é entendida unicamente como meio de produção para gerar ‘riquezas’, é inadmissível e inaplicável quando se aborda a questão indígena, pois pressupõe uma visão limitada da realidade, ao não contemplar a possibilidade de uma concepção distinta à nossa maneira ‘ocidental’ de ver as coisas do direito indígena; sustentar que somente existe uma forma de usar e dispor dos bens significaria fazer ilusória a definição de que o Paraguai é um Estado pluricultural e multiétnico, jogando por terra os direitos de milhares de pessoas que habitam o Paraguai e o enriquecem com sua diversidade”.
149. A Corte reitera novamente que diante de terras exploradas e produtivas é responsabilidade do Estado, através dos órgãos nacionais competentes, determinar e ter em consideração a especial relação dos membros da comunidade indígena reclamante com esta terra, no momento de decidir entre ambos os direitos. Caso contrário, o direito de reivindicação careceria de sentido e não ofereceria uma possibilidade real de recuperar as terras tradicionais. Limitar desta forma a realização efetiva do direito à propriedade dos membros das comunidades indígenas não somente viola as obrigações do Estado derivadas das disposições da Convenção relativas ao direito à propriedade, mas também compromete a responsabilidade do Estado em relação à garantia de um recurso efetivo e constitui um tratamento discriminatório que produz exclusão social.
150. Adicionalmente, chama a atenção deste Tribunal que a expropriação das terras reivindicadas tivesse sido denegada alegando-se a exploração racional das mesmas e a suposta afetação para a unidade produtiva da empresa (pars. 71 e 72 *supra*), quando de 10.700 hectares reclamados, um total de aproximadamente 7.468 hectares foram extraídos da mencionada unidade produtiva, seja porque foram vendidos a outro proprietário (par. 69 *supra*) ou porque estão dentro da área declarada como reserva natural privada que estabelece sérias restrições a sua exploração (pars. 80 e 82 *supra*).

*b) Submissão do procedimento administrativo à existência de um acordo entre as partes*

151. Por outro lado, em lugar de prever a emissão de uma valoração judicial ou administrativa que decida a controvérsia, que sempre vai existir tratando-se de terras tradicionais indígenas sob domínio privado, condiciona-se a solução a um acordo de vontades entre as partes. O INDI unicamente está facultado a negociar a compra direta das terras com o proprietário privado ou para negociar o reassentamento dos membros das comunidades indígenas. Como expressamente explicou o Estado, “sempre que exista consenso entre indígenas, proprietários e Estado, é perfeitamente possível a solução dos problemas de falta de acesso à propriedade comunitária da terra”.
152. Nesse sentido pronunciou-se o perito Enrique Castillo no caso da *Comunidade Indígena Yakye Axa*, que explicou que o procedimento administrativo de reivindicação de terras para comunidades indígenas obteve resultados positivos em casos em que os proprietários privados concordaram em negociar a transferência dos imóveis reivindicados, mas foi abertamente ineficaz diante de casos em que as negociações com os proprietários não foram viáveis.<sup>177</sup>

175. Segundo o Estado, para a expropriação indefectivelmente devem ser cumpridos todos os requisitos legais exigidos[, ou] seja, deve tratar-se de um latifúndio improdutivo ou que o motivo de expropriação seja o da utilidade social. “A legislação agrária vigente no país, leva em consideração o uso rentável da terra assim como a produtividade que dela faz o proprietário para determinar sua expropriação ou não” (Cf. escrito de contestação da demanda, folhas 386 e 399).

176. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai*, par. 139, nota 20 *supra*.

177. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, par. 38.b, nota 5 *supra*.

*c) Ausência de diligências técnico-científicas dirigidas a encontrar uma solução definitiva do problema*

153. O terceiro problema que se observa no procedimento administrativo interno é a ausência de diligências técnico-científicas que contribuam de forma determinante para uma solução definitiva do problema. Apesar de que a própria legislação paraguaia exige ao INDERT e ao INDI entregar soluções definitivas às solicitações que lhes apresentem,<sup>178</sup> ao longo dos mais de 20 anos de duração deste procedimento as únicas diligências técnicas praticadas pelas autoridades administrativas foram duas vistorias e um relatório antropológico, que concluiu que as terras reclamadas pela Comunidade formavam parte de seu território tradicional e eram aptas para seu assentamento (par. 103 *supra*). Entretanto, este estudo aparentemente não foi suficiente, como se desprende do simples fato de que até a presente data persiste a controvérsia quanto à propriedade comunitária dos Xákmok Kásek. Ademais, nunca foi realizada nenhuma outra diligência encaminhada a verificar a aptidão, ou não, de outras terras dentro do território tradicional.

\* \* \*

154. A Corte reitera que o procedimento administrativo de reivindicação de terras não foi efetivo e não mostrou uma possibilidade real para que os membros da Comunidade Xákmok Kásek recuperem suas terras tradicionais. Além disso, a falta de um recurso efetivo para a recuperação de terras indígenas representa um descumprimento do dever estatal, estabelecido no artigo 2 da Convenção, de adequar seu direito interno para garantir na prática o direito à propriedade comunitária.

**2.3. Sobre o decreto que declara parte da área reclamada como área silvestre protegida**

155. Os representantes alegaram que se tivesse existido um mecanismo de consulta para a declaração da reserva natural privada, “teriam sido garantidos os direitos da Comunidade Xákmok Kásek, já que teria permitido um debate diante do projeto privado”. Ademais, ressaltaram que depois de quase dois anos da interposição da ação de inconstitucionalidade contra o decreto que dispôs a criação de uma área silvestre protegida em terras reclamadas pela Comunidade (pars. 83 e 84 *supra*), o Estado “não alcançou resultados definitivos sobre o tema”.

156. O Estado indicou que iniciou a solicitação de revogação da declaração da reserva natural, e apresentou o parecer da Secretaria do Ambiente que recomenda sua revogação (par. 81 *supra*).

157. A esse respeito, a Corte considera que a fim de garantir o direito à propriedade dos povos indígenas, conforme o artigo 1.1 da Convenção, o Estado deve assegurar a participação efetiva dos membros da Comunidade, conforme seus costumes e tradições, em relação com todo plano ou decisão que afete suas terras tradicionais e que possa implicar restrições no uso, gozo e desfrute destas terras, para assim evitar que isso resulte numa denegação de sua subsistência como povo indígena.<sup>179</sup> Isso é consoante com as disposições da Convenção nº 169 da OIT, da qual o Paraguai é Estado parte.

158. No presente caso está devidamente provado que não se levou em conta a reclamação indígena sobre as terras declaradas como reserva natural no momento de emitir-se o Decreto nº 11.804 e aprovar-se a justificação técnica que as declarava como tal; que não se informou aos membros da Comunidade sobre os planos para declarar parte da Fazenda Salazar como reserva natural privada, e que esta declaração causou prejuízos à forma de vida dos membros da Comunidade (pars. 80 a 82 *supra*).

159. Por outro lado, de acordo com a prova aportada pelo próprio Estado, a ação de inconstitucionalidade interposta pela Comunidade está paralisada desde 24 de outubro de 2008, quando se suspendeu “o prazo que tinha o Promotor Geral do Estado para contestar o traslado da presente ação [...], sendo esta a última atuação existente nos autos”.<sup>180</sup>

160. Igualmente, o Tribunal adverte que este prazo foi suspenso em razão da necessidade de agregar o expediente administrativo relativo à reivindicação de terras da Comunidade, o qual foi enviado à Corte Suprema pelos representantes em 14 de dezembro de 2009 (par. 84 *supra*).<sup>181</sup> Entretanto, apesar disso e do parecer favorável

178. Artigo 4 da Lei nº 43/89. Pela qual se modificam disposições da Lei nº 1.372/88; “que estabelece um regime para a regulação dos assentamentos das comunidades indígenas”, de 21 de dezembro de 1989 (expediente de anexos à demanda, apêndice 2, tomo 1, folha 252).

179. Cf. *mutatis mutandis*, *Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname*, par. 129, nota 16 *supra*.

180. Cf. Nota S.J. I nº 211 de 21 de maio de 2010, folha 4593, nota 99 *supra*.

181. Cf. Escrito dos representantes de 14 de dezembro de 2009 encaminhado à Sala Constitucional, folha 3435, nota 98 *supra*.

à impugnação parcial do respectivo decreto por parte da Assessoria Jurídica da Secretaria do Ambiente (par. 81 *supra*), este procedimento de inconstitucionalidade ainda está suspenso.<sup>182</sup>

161. A Corte considera que o decurso de mais de dois anos depois da interposição do recurso de inconstitucionalidade, com respeito a um decreto que tem uma vigência de cinco anos, evidencia que as autoridades estatais não atuaram com diligência suficiente, tendo em conta que, ademais, os próprios organismos técnicos do Estado pronunciaram-se sobre a necessidade de anular esta declaração de reserva natural porque “ignorou a existência da reivindicação indígena” e “atenta contra o direito à propriedade comunitária e seu *habitat* tradicional reconhecido na Constituição da República”.<sup>183</sup> Igualmente, a própria Presidente do INDI declarou em relação à emissão deste decreto que “lamentavelmente as instituições sempre atuaram como compartimentos estanques”, e que “o INDI, que é a instituição que tem que aplicar a política pública indigenista, devia ter enviado estes antecedentes de modo que todos os outros ministérios [do gabinete social] estivessem a par das reivindicações dos povos indígenas”.<sup>184</sup>
162. Em virtude das considerações anteriores, o Tribunal considera que a ação de inconstitucionalidade exercida no presente caso não proporcionou um recurso efetivo aos membros da Comunidade para a proteção de seu direito à propriedade sobre suas terras comunitárias.

#### **2.4. Suposta falta de interposição de recursos na via judicial**

163. O Estado argumentou que os representantes não fizeram uso dos recursos adequados dentro da legislação interna, já que em casos como o presente é a justiça que deve “determinar quem tem [o] melhor direito”, entre quem invoca um direito de propriedade ancestral contra quem tem título e posse e ao mesmo tempo dá uso econômico à terra.
164. Os representantes indicaram que “os métodos descritos pelo Estado correspondem a trâmites de aquisição de imóveis, não de restituição territorial indígena”. Igualmente, quanto à possibilidade de recorrer à esfera judicial para impugnar alguma resolução administrativa, indicaram que isso “mereceria a existência de alguma resolução administrativa que queira impugnar-se”, o que não era o caso da Comunidade Xákmok Kásek, porque as resoluções administrativas eram favoráveis à Comunidade. O problema era “sua nula eficácia para a obtenção das terras”.
165. A Comissão ressaltou que o Estado “não indic[ou] exatamente qual via judicial seria a apropriada para este caso” e que, contrário ao alegado pelo Estado, a Comunidade “reivindicou sua terra através dos meios disponíveis”.
166. O Tribunal observa que o Paraguai não indicou quais são os recursos judiciais supostamente disponíveis e efetivos para garantir o direito comunitário à terra dos indígenas, nem aportou prova de sua existência na legislação interna.
167. Adicionalmente, a Corte adverte que o perito Enrique Castillo expôs que:

[A Lei 904/81] estabelece um procedimento dentro da esfera do Direito Administrativo para a reivindicação de terras indígenas, que por sua vez subtrai a matéria da Jurisdição Ordinária, ou seja, dos processos civis de reivindicação de imóveis[s]. No sentido exposto, as reivindicações de terras indígenas perante o Estado são arguidas e tramitadas perante órgãos administrativos [...]. Não existe neste contexto legal nem na prática de tribunais, reivindicação de terras indígenas que seja tramitada perante a Justiça Ordinária”.<sup>185</sup>

168. Portanto, a Corte conclui que o Paraguai não demonstrou a existência de algum outro procedimento que seja efetivo para dar uma solução definitiva à reclamação arguida pelos membros da Comunidade Xákmok Kásek.

\*\*\*

169. De todo o exposto anteriormente, o Tribunal constata que os argumentos do Estado para justificar a falta de materialização do direito à propriedade das supostas vítimas não são suficientes para relevar sua responsabilidade internacional. De fato, certas ações e omissões do Estado, longe de contribuir à materialização do direito à propriedade dos membros da Comunidade, obstaculizaram e impediram sua concretização. Assim

182. Cf. Nota S.J. I nº 211 de 21 de maio de 2010, folha 4593, nota 99 *supra*.

183. Cf. Parecer de 24 de dezembro de 2009 da Assessoria Jurídica da Secretaria do Ambiente, folhas 3383 e 3385, nota 90 *supra*.

184. Cf. Declaração de Lida Acuña, nota 17 *supra*.

185. Cf. Perícia de Enrique Castillo prestada no caso da *Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, nota 5 *supra* (expediente de mérito, tomo I, folha 296).

a declaração de reserva natural privada de parte do território reclamado pela Comunidade (par. 80 *supra*) não somente impede o desenvolvimento de suas atividades tradicionais sobre as mesmas, mas também sua expropriação e ocupação sob qualquer suposto (par. 82 *supra*). Resulta de especial preocupação para esta Corte as considerações do perito Rodolfo Stavenhagen, não contraditas pelo Estado, segundo as quais esta declaração como área silvestre protegida poderia constituir uma nova e sofisticada forma que adotaram os proprietários privados de territórios reclamados por comunidades indígenas para “obstaculizar a reivindicação de território de povos originários [...] sempre protegidos sob formas legais e até invocando fins tão puros como a conservação do meio ambiente”.<sup>186</sup>

170. Consequentemente, a Corte conclui que o procedimento administrativo iniciado para a recuperação dos 10.700 hectares (pars. 67 e 68 *supra*) que correspondem às terras tradicionais mais aptas para o assentamento da Comunidade não foi realizado com a devida diligência, não foi tramitado em um prazo razoável, não foi efetivo e não mostrou uma possibilidade real para que os membros da Comunidade recuperassem suas terras tradicionais. Igualmente, as autoridades internas paraguaias, em especial o Congresso da República, observaram o tema territorial indígena exclusivamente a partir da produtividade das terras, desconhecendo as particularidades próprias da Comunidade Xákmok Kásek e a relação especial de seus membros com o território reclamado. Finalmente, o Estado ignorou por completo a reclamação indígena no momento de declarar parte deste território tradicional como reserva natural privada e a ação de inconstitucionalidade interposta para remediar tal situação não foi efetiva. Tudo isso representa uma violação do direito à propriedade comunitária, às garantias judiciais e à proteção judicial, reconhecidos respectivamente nos artigos 21.1, 8.1 e 25.1 da Convenção, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma, em detrimento dos membros da Comunidade Xákmok Kásek.

### **3. Afetações à identidade cultural dos membros da Comunidade como consequência da não restituição de seu território tradicional**

171. A Comissão afirmou que quando “aumentaram as restrições da população indígena ao acesso a suas terras tradicionais, foram produzidas mudanças significativas nas práticas de subsistência da população indígena”. Indicou que “várias famílias da Comunidade Xákmok Kásek decidiram separar-se [...] pelas difíceis condições de vida, em busca de soluções para suas necessidades”.
172. Os representantes alegaram a existência de um “desgaste cultural coletivo” dos membros da Comunidade pela violação do direito à propriedade. Acrescentaram que a falta do território comunitário priva a Comunidade “da base fundamental para desenvolver sua cultura, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica”. Segundo os representantes, haveria uma estreita relação entre as práticas espirituais da Comunidade vividas coletivamente e a vinculação às terras ancestrais. Inclusive, indicaram que a falta de terra afetou os ritos de iniciação de homens, mulheres e xamãs.
173. O Estado não se pronunciou sobre o assunto.
174. A cultura dos membros das comunidades indígenas corresponde a uma forma de vida particular de ser, ver e atuar no mundo, constituído a partir de sua estreita relação com suas terras tradicionais e recursos naturais, não somente por serem estes seu principal meio de subsistência, mas também porque constituem um elemento integrante de sua cosmovisão, religiosidade e, portanto, de sua identidade cultural.<sup>187</sup>
175. Quando se trata de povos indígenas ou tribais, a posse tradicional de suas terras e os padrões culturais que surgem dessa estreita relação formam parte de sua identidade. Tal identidade alcança um conteúdo particular em razão de sua percepção coletiva enquanto grupo, suas cosmovisões, seus imaginários coletivos e a relação com a terra onde desenvolvem sua vida.<sup>188</sup>
176. Para os membros da Comunidade Xákmok Kásek, traços culturais como as línguas próprias (*Sanapaná e Enxet*), os rituais de xamanismo e os de iniciação masculina e feminina, os saberes ancestrais xamânicos, a forma de lembrar seus mortos, e a relação com o território são essenciais para sua cosmovisão e sua forma particular de existir.
177. Todos estes traços e práticas culturais dos membros da Comunidade foram impactados pela falta de suas terras tradicionais. Conforme a declaração da testemunha Rodrigo Villagra Carron o processo de deslocamento do território tradicional incidiu “no fato de que as pessoas não possam enterrar [seus familiares] nos lugares

186. Cf. Perícia de Rodolfo Stavenhagen, folha 640, nota 17 *supra*.

187. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*, par. 135, nota 5 *supra*; *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai*, par. 118, nota 20 *supra*, e *Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname*, par. 120, nota 16 *supra*.

188. ONU, Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais. Observação Geral nº 21, de 21 de dezembro de 2009. E/C.12/GC/21.

escolhidos, [...] que não possam voltar [a esses lugares], que esses lugares também tenham sido de alguma maneira dessacralizados [...]. [Este] processo forçoso implica que toda essa relação afetiva não pode acontecer, nem essa relação simbólica, nem espiritual”.<sup>189</sup>

178. O senhor Maximiliano Ruíz indicou que a religião e a cultura “quase se perdeu totalmente”. A testemunha Rodrigo Villagra Carron expôs as dificuldades que os membros da Comunidade têm para seus ritos de iniciação masculina e feminina,<sup>190</sup> assim como a perda paulatina do xamanismo.<sup>191</sup>
179. Outro traço da integridade cultural dos membros da Comunidade são suas línguas. No transcurso da audiência pública o senhor Maximiliano Ruíz manifestou que na Fazenda Salazar unicamente lhes ensinavam a falar em espanhol ou em guarani e não em suas próprias línguas. Em igual sentido, a senhora Antonia Ramírez ao ser questionada pela Comissão durante a audiência de se falava a língua sanapaná, indicou que sim, mas que seus filhos e seus netos não falam sanapaná, mas guarani.
180. Além disso, a falta de suas terras tradicionais e as limitações impostas pelos proprietários privados repercutiu nos meios de subsistência dos membros da Comunidade. A caça, a pesca e a coleta se tornaram cada vez mais difíceis, levaram os indígenas decidissem sair da Fazenda Salazar e realocar-se em “25 de Febrero” ou em outros lugares, desagregando-se assim parte da Comunidade (pars. 75 a 77, 79 e 98 *supra*).
181. Todas estas violações são incrementadas com o transcurso do tempo e aumentam a percepção dos membros da Comunidade de que suas reivindicações não são atendidas.
182. Em resumo, este Tribunal observa que os membros da Comunidade Xákmok Kásek têm sofrido diversos danos à sua identidade cultural que se produzem primordialmente pela falta de seu próprio território e dos recursos naturais que aí estão, o que representa uma violação do artigo 21.1 da Convenção em relação ao artigo 1.1 da mesma. Estes danos são uma mostra adicional da insuficiência da visão meramente “produtiva” das terras à hora de ponderar os direitos em conflito entre os indígenas e os proprietários particulares das terras reclamadas.

## VII

### Direito à Vida

#### (ARTIGO 4.1 da Convenção Americana)

183. A Comissão afirmou que o direito à vida “compreende [...] o direito [...] às condições que garantam uma existência digna”. Acrescentou que “o descumprimento por parte do Estado [...] de sua obrigação de garantir o direito à propriedade da Comunidade” significou “a criação de uma situação permanente de perigo que ameaça também a própria sobrevivência física dos membros da Comunidade”.
184. Os representantes alegaram que “o Estado não [...] reverteu as condições que exacerbaram as dificuldades de acesso a uma vida digna dos membros da Comunidade, em atenção à situação de especial vulnerabilidade”. Para os representantes, a “não restituição das terras ancestrais e do *habitat* tradicional da Comunidade [...] impossibilitou a seus membros a prática da caça, da pesca e da coleta nas terras e no *habitat* reivindicados, afetando deste modo sua identidade cultural e religiosa, colocando-os, ademais, em uma situação de extrema vulnerabilidade”. Solicitaram, finalmente, que fosse atribuída a responsabilidade internacional do Estado pelo falecimento de vários membros da Comunidade.

189. Declaração de Rodrigo Villagra Carron, nota 17 *supra*.

190. A testemunha Rodrigo Villagra Carron declarou em audiência pública em quê consistiam os rituais de iniciação:

por exemplo, o masculino em que um Xamã ou o Cayá começa a cantar toda a noite e vai convidando pessoas. Primeiro implica que tem que ser uma época boa, uma época do ano boa quando as pessoas podem coletar frutos e alimentos suficientes para convidar a uma festividade grande. Nesse processo de iniciação os jovens são submetidos a provar certos tipos de plantas que implicam que possam desmaiar [...] e que sejam velados por um xamã ou vários xamãs principais, e o que fazem é dominar a potência, o conhecimento que está nessas plantas, que depois vai ser a planta dona de um conhecimento que lhe vai permitir curar. [...] É como uma festividade social onde [...] está cantando um xamã e ao mesmo tempo são feitas outras danças entre mulheres e homens [...]. Os homens enfeitavam-se com plumas com pinturas particulares, e várias aldeias vizinhas vinham. Isso permitia uma integração social que diminuía o nível de conflito porque era uma festa. [...] [H]avia competições esportivas, também havia jogos [...] de salão, jogos esportivos, danças específicas que permitiam não somente a integração com outras aldeias, mas de gênero entre homem e mulher.

191. Quanto à prática do xamanismo, a testemunha Villagra Carron indicou que:

a realidade é que hoje há muitos menos xamãs. Por exemplo, no ritual “de Huanca”, que é onde se inicia as pessoas que podem chegar a ter esse conhecimento, [...] isso implica ter acesso a lugares específicos, onde obter essa planta, ou onde realizar o estudo, afastado das pessoas, porque é um estudo muito perigoso pelas implicações que tem pelo processo que sofre o iniciado. Por essas razões, é que não há mais iniciados xamãs. [...] Os últimos xamãs estão morrendo.



185. O Estado afirmou que concedeu assistência alimentar e sanitária. Ademais, indicou que “não existe relação entre a terra e a sobrevivência física [...] como causa da suposta falta de preservação do direito à vida”. Acrescentou que “em nenhum momento os agentes do Estado obrigaram os indígenas a saírem de suas terras, ao contrário, realizaram esforços consideráveis para procurar outros lugares dentro do território ancestral”. Enfatizou que não era possível imputar-lhe responsabilidade em relação aos falecimentos.
186. A Corte indicou que o direito à vida é um direito humano fundamental, cujo gozo pleno é um pré-requisito para o desfrute de todos os outros direitos humanos.<sup>192</sup> Ao não ser respeitado, todos os direitos carecem de sentido. Em razão deste caráter, não são admissíveis interpretações restritivas do mesmo.<sup>193</sup>
187. Por essa razão, os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições que se requeiram para que não ocorram violações desse direito e, em particular, o dever de impedir que seus agentes atentem contra ele. A observância do artigo 4, relacionado ao artigo 1.1 da Convenção, não somente pressupõe que nenhuma pessoa seja privada de sua vida arbitrariamente (obrigação negativa), mas também requer que os Estados adotem todas as medidas apropriadas para proteger e preservar o direito à vida (obrigação positiva),<sup>194</sup> conforme o dever de garantir o pleno e livre exercício, sem discriminação, dos direitos de todas as pessoas sob sua jurisdição.<sup>195</sup>
188. O Tribunal foi enfático no sentido de que um Estado não pode ser responsável por qualquer situação de risco ao direito à vida. Tendo em consideração as dificuldades de planejar e adotar políticas públicas e as decisões de caráter operativo que devem ser tomadas em função de prioridades e recursos, as obrigações positivas do Estado devem ser interpretadas de forma que não se imponha às autoridades um ônus impossível ou desproporcional.<sup>196</sup> Para que surja esta obrigação positiva, deve-se estabelecer que no momento dos fatos as autoridades sabiam ou deviam saber da existência de uma situação de risco real e imediato para a vida de um indivíduo ou de um grupo de indivíduos determinados, e que não tomaram as medidas necessárias no âmbito de suas atribuições que, julgadas razoavelmente, podiam esperar-se para prevenir ou evitar esse risco.<sup>197</sup>
189. No presente caso, em 11 de junho de 1991<sup>198</sup> e em 22 de setembro de 1992<sup>199</sup>, funcionários do INDI constataram o estado de especial vulnerabilidade em que se encontravam os membros da Comunidade, ao não terem a titularidade de suas terras. Em 11 de novembro de 1993, os líderes indígenas reiteraram ao IBR que sua solicitação de reclamação de terras era prioritária em razão de que “estavam vivendo em condições sumamente difíceis e precárias e não sabiam até quando poderiam aguentar”.<sup>200</sup>
190. A Promotoria do Trabalho em Primeiro Turno realizou uma inspeção nas Fazendas Salazar, Cora-í e Maroma. Esta Promotoria constatou “a precária situação em que viviam os membros da Comunidade] [...], não tendo condições mínimas de higiene, abrigo e espaço de acordo com o número de moradores, as casas [...] não tinham paredes compactas e tetos com telhas e foram construídas de forma tal que atentam contra a integridade física e a saúde dos indígenas, o chão era de terra”.<sup>201</sup> Igualmente, este relatório indicou “que receberam alimentação [...] de forma muito reduzida”.<sup>202</sup> Nessa visita foram verificadas as irregularidades em matéria de exploração laboral sofrida pelos membros da Comunidade.

192. Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*, par. 167, par. 144 *supra*; *Caso Montero Aranguren e outros (Retém de Catia) Vs. Venezuela. Exceções preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de julho de 2006. Série C. nº 150, par. 63, e *Caso Zambrano Vélez e outros Vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C Nº 166, par. 78.

193. Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*, par. 144, nota 167 *supra*; *Caso Montero Aranguren e outros (Retém de Catia) Vs. Venezuela*, par. 63, nota 192 *supra*, e *Caso Zambrano Vélez e outros Vs. Equador*, par. 78, nota 192 *supra*.

194. Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*, par. 144, nota 167 *supra*; *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, par. 74, nota 14 *supra*, e *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, par. 245, nota 14 *supra*.

195. Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C Nº 140, par. 120; *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*, par. 74, nota 14 *supra*, e *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, par. 245, nota 14 *supra*.

196. Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, par. 124, nota 195 *supra*, e *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai*, par. 155, nota 20 *supra*.

197. Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, pars. 123 e 124, nota 195 *supra*, e *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai*, par. 155, nota 20 *supra*.

198. Cf. Ata manuscrita de diligência de vistoria realizada em 11 de junho de 1991 à Comunidade Xákmok Kásek em relação com as terras reclamadas. (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo II, folha 790), e relatório de vistoria realizada por Pastor Cabanellas, folhas 791 a 794 nota 62 *supra*.

199. Cf. Relatório da ampliação de vistoria de 22 de setembro de 1992, folhas 883 e 884, nota 62 *supra*.

200. Comunicação da Comunidade encaminhada ao Presidente do IBR de 11 de novembro de 1993, nota 65 *supra* (expediente de anexos à demanda, anexo 5, folha 2351).

201. Cf. Relatório elaborado pela Promotoria de Trabalho do Primeiro Turno, sem data (expediente de anexos à demanda, apêndice 3, tomo IV, folha 1808).

202. Cf. Relatório elaborado pela Promotoria de Trabalho do Primeiro Turno, sem data, folha 1810, nota 201 *supra*.

191. Em 17 de abril de 2009, a Presidência da República e o Ministério da Educação e Cultura emitiram o Decreto nº 1.830,<sup>203</sup> através do qual se declarou em estado de emergência a duas comunidades indígenas,<sup>204</sup> uma delas a Comunidade Xákmok Kásek. O Decreto nº 1.830, em sua parte pertinente, indica que:

estas Comunidades estão privadas do acesso aos meios de subsistência tradicionais ligados à sua identidade colonial, dentro dos territórios reclamados como parte de seus territórios ancestrais, por situações alheias à sua vontade [...] de maneira que dificulta o normal desenvolvimento da vida de referidas comunidades [...], em razão da falta de meios de alimentação e de assistência médica – mínimos e indispensáveis, o qual é uma preocupação do Governo que exige uma resposta urgente aos mesmos [...].

[Consequentemente, dispôs que]

o INDI, conjuntamente com a Secretaria de Emergência Nacional e o Ministério da Saúde Pública e Bem-estar Social, executem as ações que correspondam para a imediata provisão de atendimento médico e alimentar às famílias integrantes da Comunidade Xákmok Kásek durante o tempo que durem os trâmites judiciais e administrativos referentes à legalização das terras reclamadas como parte do *habitat* tradicional da mesma.<sup>205</sup>

192. Em resumo, no presente caso as autoridades internas conheciam a existência de uma situação de risco real e imediato para a vida dos membros da Comunidade. Consequentemente, surgiram para o Estado determinadas obrigações de prevenção que o obrigavam – conforme a Convenção Americana (artigo 4, em relação ao artigo 1.1) e a seu próprio direito interno (Decreto nº 1.830) – à adoção das medidas necessárias que, julgadas razoavelmente, eram de se esperar para prevenir ou evitar esse risco.

193. Conforme o anterior, a Corte deve avaliar as medidas adotadas pelo Estado para cumprir seu dever de garantia do direito à vida dos membros da Comunidade Xákmok Kásek. Para isso, a Corte analisará a suposta violação deste direito em duas seções: 1) o direito à vida digna, e 2) a suposta responsabilidade internacional do Estado pelos alegados falecimentos.

## **1. O direito à vida digna**

### **1.1. Acesso e qualidade da água**

194. De acordo com o manifestado pelo senhor Pablo Balmaceda, desde o ano de 2003 os membros da Comunidade não tinham serviço de distribuição de água.<sup>206</sup> Da prova fornecida se evidencia que a partir de abril de 2009,<sup>207</sup> em virtude do Decreto nº 1.830, o Estado forneceu água aos membros da Comunidade assentados em “*25 de Febrero*” nas seguintes quantidades: 10.000 litros em 23 de abril de 2009,<sup>208</sup> 20.000 litros em 3 de julho de 2009,<sup>209</sup> 14.000 litros em 14 de agosto de 2009,<sup>210</sup> e 20.000 litros em 10 de agosto de 2009.<sup>211</sup> Em 5 de fevereiro de 2010, o Estado indicou que havia entregado cinco reservatórios de 6000 m<sup>3</sup> à Comunidade.<sup>212</sup>

195. A Corte observa que a água fornecida pelo Estado durante os meses de maio a agosto de 2009 não supera 2,17 litros por pessoa ao dia.<sup>213</sup> A esse respeito, de acordo com os padrões internacionais, a maioria das pessoas requer no mínimo 7,5 litros por dia para satisfazer o conjunto das necessidades básicas, que inclui alimentação e higiene.<sup>214</sup> Ademais, segundo os padrões internacionais, a água deve ser de uma qualidade que represente um

203. Cf. Decreto nº 1830 de 17 de abril de 2009 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 7, folhas 3643 a 3646).

204. O referido Decreto nº 1.830 de 17 de abril de 2009, nota 203 *supra*, refere-se também à Comunidade Kelyenmagategma do Povo Enxet e Y'ara Marantu.

205. Cf. Decreto nº 1.830, nota 203 *supra*.

206. Cf. Relatório médico-sanitário da Comunidade Enxet de Xákmok Kásek, realizado pelo médico Pablo Balmaceda durante o ano de 2002 - 2003 (expediente de anexos à demanda, anexo 4, folha 2305).

207. Cf. Planilha de distribuição de água, Secretaria de Emergência Nacional (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1.7, folhas 3378 a 3381).

208. Cf. Planilha de distribuição de água, Secretaria de Emergência Nacional, folha 3378, nota 207 *supra*.

209. Cf. Planilha de distribuição de água, Secretaria de Emergência Nacional, folha 3380, nota 207 *supra*.

210. Cf. Planilha de distribuição de água, Secretaria de Emergência Nacional, folha 3381, nota 207 *supra*.

211. Cf. Planilha de distribuição de água, Secretaria de Emergência Nacional, folha 3379, nota 207 *supra*.

212. Cf. Ata de 5 de fevereiro de 2005 (expediente de anexos entregues pelo Estado na audiência pública, anexo XIV, folhas 3959 a 3962).

213. Para obter este dado o Tribunal contabilizou: (total de litros de água entregues pelo Estado / número de membros da Comunidade que vivem em *25 de Febrero*) = N1; N1 / período de tempo no qual a referida assistência foi fornecida em dias calendário= quantidade de litros de água diários por pessoa.

214. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ONU. Observação Geral nº 15. O direito à água (artigos 11 e 12 do Pacto), (29º período de sessões de 2002), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 117 (2002). par. 12. Ver J. Bartram and G. Howard, “*La cantidad de agua domiciliaria, el nivel de servicio y la salud*”, WHO, 2002. WHO/SDE/WSH/03.02: “*Los estimados de las necesidades de las madres lactantes que realizan una*

nível tolerável de risco. Com base nos padrões indicados, o Estado não demonstrou que estivesse fornecendo água em quantidade suficiente para garantir um abastecimento para os mínimos requerimentos. E mais, o Estado não enviou prova atualizada sobre o fornecimento de água durante o ano de 2010, nem tampouco demonstrou que os membros da Comunidade tinham acesso a fontes seguras de água no assentamento “25 de Febrero” onde estão radicados atualmente. Ao contrário, em declarações prestadas na audiência pública membros da Comunidade indicaram, a respeito do fornecimento de água, que “atualmente se é que se pede, não cumpre, às vezes demora muito, às vezes não há mais água”, e que “sofrem muito pela seca, porque onde se mudaram, em “25 de Febrero”] não há açude, não há lagoas, nada, somente há bosque e nada mais”<sup>215</sup> e indicaram que durante os períodos de seca utilizam uma cisterna localizada a aproximadamente sete quilômetros de distância.<sup>216</sup>

196. Por conseguinte, a Corte considera que as gestões que o Estado realizou a partir do Decreto nº 1.830 não foram suficientes para prover os membros da Comunidade de água em quantidade suficiente e qualidade adequada, o que os expõe a riscos e doenças.

### 1.2. Alimentação

197. Quanto ao acesso a alimentos, os membros da Comunidade sofreram “graves restrições [...] por parte dos titulares [das] terras [reclamadas]. Uma delas foi a de não poder contar com fazenda própria (gado bovino ou de outra índole) por proibição do patrão, [e] lhes foi proibido cultivar [e caçar]” (pars. 74 e 75 *supra*).<sup>217</sup> Por isso, as fontes de alimento disponíveis eram limitadas.<sup>218</sup> Por sua vez, a dieta alimentar era limitada e pobre.<sup>219</sup> Por outro lado, se os membros da Comunidade tinham dinheiro, podiam comprar alguns alimentos na Fazenda ou dos caminhões de alimentos na rota Transchaco. Entretanto, estas opções dependiam de sua restringida capacidade aquisitiva.<sup>220</sup>
198. O Tribunal não desconhece que, em cumprimento do Decreto nº 1.830, o Estado realizou ao menos oito entregas de alimentos<sup>221</sup> entre os meses de maio e novembro de 2009, e entre os meses de fevereiro e março de 2010, e que em cada uma foram oferecidos aos membros da Comunidade kits com porções de alimentos.<sup>222</sup> Entretanto, a Corte deve avaliar a acessibilidade, disponibilidade e sustentabilidade<sup>223</sup> da alimentação concedida aos membros da Comunidade e determinar se a assistência oferecida satisfaz os requerimentos básicos de uma alimentação adequada.<sup>224</sup>
199. A esse respeito, o Estado indicou que “foi previsto que o kit de alimentos de 47 quilos duraria um mês, entregando-se um kit por família”.<sup>225</sup> Entretanto, a entrega dos alimentos é inconsistente, as rações alimentares fornecidas têm deficiências nutricionais,<sup>226</sup> a maioria dos membros da Comunidade consomem um só alimento por dia, basicamente arroz ou macarrão, e somente raras vezes isso é complementado “com frutas, batata, peixe

*actividad física moderada en temperaturas superiores al promedio indican que 7,5 litros per cápita por día atenderían las necesidades de la mayoría de las personas en casi todas las condiciones. Cabe observar que la calidad de esta agua debe tener un nivel tolerable de riesgo*. Ver também: P.H. Gleick, (1996) “Basic water requirements for human activities: meeting basic needs”, *Water International*, 21, pp. 83-92.

215. Cf. Declaração de Maximiliano Ruíz, nota 28 *supra*.

216. Cf. Declaração de Maximiliano Ruíz, nota 28 *supra*.

217. Cf. Relatório Antropológico do CEADUC, folha 1740, nota 55 *supra*. Ver também: declaração de Tomás Dermott, folha 597, nota 24 *supra*; declaração de Marcelino López, folha 585, nota 63 *supra*; declaração de Gerardo Larrosa, folha 605, nota 75 *supra*, e declaração de Maximiliano Ruíz, nota 28 *supra*.

218. Cf. Avaliação sobre salubridade em quatro Comunidades Enxet, maio e junho de 2007 (anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VI, folha 2650).

219. Geralmente era composta e caracterizada por um cacto de frutos comestíveis, algumas hortas pequenas onde cultivavam mamão, palmitos de Karanda’ e, atividades de pesca nos açudes. Cf. avaliação sobre salubridade em quatro Comunidades Enxet, folha 2642, nota 218 *supra*.

220. Cf. Avaliação sobre salubridade em quatro Comunidades Enxet, folha 2642, nota 218 *supra*.

221. Cf. Nota da Secretaria de Emergência Nacional (SEN-SE nº 1467/09) de 23 de dezembro de 2009 (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo VIII, anexo 1.7, folhas 3332 e 3333, e atas de provisão de alimentos entregues pela Secretaria de Emergência Nacional (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo VIII, folhas 3349, 3354, 3362, 3364, 3369, 3374).

222. Cf. Atas e planilhas de assistência a vítimas da Secretaria de Emergência Nacional da Presidência da República (expediente de anexos à contestação da demanda, folhas 3322 a 3377) e (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, folhas 4284 a 4303).

223. Cf. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ONU, Observação Geral nº 12, de 12 de maio de 1999, E/C.12/1999/5. Pars. 6 a 8.

224. Cabe destacar que para o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais “[o] direito à alimentação adequada não deve ser interpretado [...] de forma estreita ou restritiva assimilando-o a um conjunto de calorias, proteínas e outros elementos nutritivos concretos” (Observação Geral nº 12, par. 6, nota 223 *supra*).

225. Cf. Nota da Secretaria de Emergência Nacional (SEN-SE nº 1467/09), nota 221 *supra*.

226. Cf. Avaliação sobre salubridade quanto a Comunidades Enxet, folha 2650, nota 218 *supra*, e perícia de Pablo Balmaceda prestada em audiência pública realizada em 14 de abril de 2010, durante o XLI Período Extraordinário de Sessões realizado na cidade de Lima, República do Peru.

ou carne produto da caça”.<sup>227</sup> Neste aspecto é conclusivo o relatório sobre a salubridade na Comunidade que, em 2007, revelou que “17,9% da amostra (idades entre 2 a 10 anos) apresentaram certo grau de severidade de baixo peso”,<sup>228</sup> e o declarado pelo perito Pablo Balmaceda de que a má nutrição é evidente “pela baixa estatura”.<sup>229</sup> Nesse mesmo sentido, as supostas vítimas declararam que ainda que seja certo que o Estado ofereceu alguns alimentos, “não recebem os alimentos frequentemente”<sup>230</sup> e indicaram que “a alimentação não é adequada” e que “há pouca alimentação”.<sup>231</sup>

200. A Corte nota que o total de provisões alimentares fornecidas entre o período de 12 de maio de 2009 e 4 de março de 2010 foi de 23.554 quilos,<sup>232</sup> com base no referido dado deduz-se que a quantidade de alimentos oferecidos pelo Estado corresponderia a aproximadamente 0,29 kg de alimentos por pessoa por dia, tendo em conta os números fornecidos.<sup>233</sup> Em consequência, o Tribunal considera que a quantidade de provisões alimentares é insuficiente para satisfazer medianamente as necessidades básicas diárias de alimentação de qualquer pessoa.<sup>234</sup>
201. A inadequada nutrição dos membros da Comunidade repercutiu no crescimento das crianças, pois “a prevalência mínima de atrofia de crescimento foi de 32,2% [...], mais que o dobro do esperado para a população de referência (15,9%)”.<sup>235</sup> Igualmente, o promotor de saúde da Comunidade indicou que pelo menos “90% das crianças têm desnutrição”.<sup>236</sup>
202. Consequentemente, apesar do demonstrado pelo Estado, não se evidencia que com a assistência oferecida tenham sido superadas as necessidades nutricionais que existiam com anterioridade ao Decreto nº 1.830 (par. 191 *supra*).

### 1.3. Saúde

203. Quanto ao acesso a serviços de saúde, a Comissão alegou que as crianças “sofrem de desnutrição” e os demais membros em geral sofrem de doenças como tuberculose, diarreia, mal de Chagas e outras epidemias ocasionais. Além disso, indicou que a Comunidade não teve uma assistência médica adequada e as crianças não recebem as vacinas correspondentes. Os representantes coincidiram com o alegado pela Comissão e esclareceram que o novo assentamento, aldeia “25 de Febrero”, está localizada a 75 quilômetros do centro de saúde mais próximo, o qual funciona “de maneira deficiente e sem contar com um veículo que possa, eventualmente, chegar à Comunidade”. Portanto, “os doentes graves devem ser atendidos no Hospital da cidade de *Limpio*, que dista mais de 400 quilômetros do assentamento da Comunidade e cuja passagem de ônibus está fora do alcance econômico”, dos membros da Comunidade.
204. O Estado afirmou que os “líderes de Xákmok Kásek foram atendidos em suas reivindicações de medicamentos e atendimento médico” e indicou que o serviço público de saúde no Paraguai é gratuito. Além disso, informou que, desde outubro de 2009, foi contratada uma promotora de saúde indígena e uma Unidade de Saúde da Família foi construída.<sup>237</sup> Complementariamente, indicou que havia prestado assistência em matéria de saúde, à Comunidade dentro de seu próprio *habitat* e que a Direção Geral de Grupos Vulneráveis tem fornecido assistência médica e desenvolvido a política de saúde a ser implementada na Comunidade.
205. Os autos do processo indicam que, anteriormente ao Decreto nº 1.830, os membros da Comunidade haviam

227. Cf. Avaliação sobre salubridade em quatro Comunidades Enxet, folhas 2650 a 2651, nota 218 *supra*.

228. Cf. Avaliação sobre salubridade em quatro Comunidades Enxet, folha 2650, nota 218 *supra*.

229. Cf. Perícia de Pablo Balmaceda, nota 226 *supra*.

230. Cf. Declaração de Antonia Ramirez, nota 28 *supra*.

231. Cf. Declaração de Gerardo Larrosa, folha 607, nota 75 *supra*, e declaração de Maximiliano Ruíz, nota 28 *supra*.

232. Cf. Planilhas de assistência a vítimas da Secretaria de Emergência Nacional da Presidência da República, nota 222 *supra* e anexos às alegações finais escritas expediente de anexos às alegações finais escritas, folhas 4284 a 4303).

233. Para conseguir este dado foi realizada a seguinte fórmula: 23.554 (total de quilos entregues conforme às planilhas de assistência a vítimas da Secretaria de Emergência Nacional da Presidência da República) / 268 (número de membros da Comunidade) = 87,89 Kg por pessoa. Este resultado 87,89 kg / 300 dias que é o período de tempo que abarca a assistência oferecida pelo Estado = 0,29 Kg por dia por pessoa durante esse tempo.

234. O Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais considera que o conteúdo básico do direito à alimentação é: “a disponibilidade de alimentos em quantidade e qualidade suficientes para satisfazer as necessidades alimentares dos indivíduos, sem substâncias nocivas, e aceitáveis em uma cultura determinada” (Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ONU, Observação Geral nº 12, par. 8, nota 223 *supra*).

235. Cf. Avaliação sobre salubridade em quatro Comunidades Enxet, folha 2649, nota 218 *supra*.

236. Cf. Declaração de Gerardo Larrosa, folha 606, nota 75 *supra*.

237. Cf. Relatório de 16 de dezembro de 2009, assinado por María Filomena Bejarano, Diretora Geral da Direção Geral de Assistência a Grupos Vulneráveis (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1.4, folhas 3307 a 3308).

“receb[ido] [...] assistência médica mínima”<sup>238</sup> e os postos de saúde eram poucos e distantes. Ademais, por anos “as crianças não receb[eram assistência] médica geral e vacinação”.<sup>239</sup> Em relação ao acesso aos serviços de saúde “somente aqueles que trabalham nas fazendas [poderiam] ter acesso ao [Instituto do Seguro de Saúde] e, ainda [assim], o uso desse seguro não era possível, posto que eles não haviam recebido os cartões ou não dispunham de recursos para chegar e permanecer no Hospital de Loma Plata, que é o mais próximo”.<sup>240</sup> Além disso, “um censo de saúde elaborado em 1993, pelo Serviço Nacional de Saúde (SENASA), [...] confirmou que uma grande porcentagem da população Xákmok Kásek, naquela época, era portadora do vírus da doença de Chagas”.<sup>241</sup>

206. Quanto às condições atuais, a Corte constatou que a partir de 2 de novembro de 2009 foi contratada uma agente comunitária de saúde indígena.<sup>242</sup> Também, em 17 de abril de 2009, com posterioridade à emissão do Decreto nº 1.830, o Estado realizou um total de nove jornadas à Comunidade,<sup>243</sup> nas quais foram atendidas 474 consultas, oferecendo-se tratamentos e medicamentos em alguns casos.<sup>244</sup> Igualmente, o Estado enviou documentação sobre um Projeto de construção de um Dispensário Médico para a Comunidade, o qual tem um custo aproximado de Gs. 120.000.000 (cento e vinte milhões de guaranis).<sup>245</sup>
207. Entretanto, segundo Marcelino Lopez, líder da Comunidade, e Gerardo Larrosa, promotor de saúde da Comunidade, o tema da saúde é bastante crítico. Indicaram que “há indígenas que morrem por falta de meio de transporte ou por falta de medicamentos”<sup>246</sup> e sua percepção é de que “a maioria dos indígenas são afetados por causa do [...] governo”.<sup>247</sup> Especificamente, Gerardo Larrosa indicou que “quase não chega a assistência das brigadas médicas, exceto em algumas ocasiões”, e “não se dispõe do estoque de medicamentos básicos para os atendimentos primários, nem tampouco de um lugar adequado para o armazenamento”.<sup>248</sup>
208. O Tribunal reconhece os avanços realizados pelo Estado. Entretanto, as medidas adotadas a partir do Decreto nº 1.830 de 2009 são caracterizadas como temporárias e transitórias. Ademais, o Estado não garantiu a acessibilidade física nem geográfica a estabelecimentos de saúde para os membros da Comunidade e, da prova aportada, não são evidenciadas ações positivas para garantir a aceitação dos referidos bens e serviços, nem que tenham sido desenvolvidas medidas educativas em matéria de saúde que sejam respeitosas dos usos e costumes tradicionais.

#### 1.4. Educação

209. Quanto ao acesso a serviços de educação, a Comissão alegou que o Relator sobre Povos Indígenas da Comissão Interamericana “constatou as precárias condições da escola onde assistem ao redor de 60 meninos e meninas da Comunidade”. Indicou que a “escola tem uma superfície aproximada de 25[m<sup>2</sup>], sem um teto adequado que proteja da chuva e sem chão, não tem mesas, cadeiras, nem materiais educativos”. Ademais, indicou que “os meninos e as meninas ausentam-se cada vez mais da escola por falta de alimentos e de água”. Os representantes coincidiram com os fatos alegados pela Comissão e adicionaram que “o ensino é dado em guarani e em castelhano e não em sanapaná ou enxet, os idiomas dos membros da Comunidade”.
210. O Estado afirmou que havia entregado “materiais didáticos e merenda escolar [através do] Ministério de Educação”, e que tem um “plano de construção de uma escola no assentamento da Comunidade, uma vez finalizados os trâmites de escrituração de terras”. Indicou que realizou um “reforço de mobiliários” na Escola Básica Dora Kent de Eaton.<sup>249</sup> Igualmente, do acervo probatório se observa que em 26 de outubro de 2009 foi

238. Cf. Relatório Antropológico do CEADUC, folha 1742, nota 55 *supra*.

239. Cf. Relatório Antropológico do CEADUC, folha 1742, nota 55 *supra*.

240. Cf. Relatório Antropológico do CEADUC, folha 1742 nota 55 *supra*.

241. Cf. Relatório Antropológico do CEADUC, folha 1742, nota 55 *supra*.

242. Cf. Comunicação MSPyBS/DGAPS nº 865/2009 de 18 de dezembro de 2009 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1.4, folha 3306).

243. Cf. Relatório da Diretora Geral de Assistência a Grupos Vulneráveis de 16 de dezembro de 2009, nota 237 *supra*.

244. Cf. Informação apresentada pelo Ministério da Saúde Pública e Bem-estar Social em 16 de dezembro de 2009 que inclui a informação de atendimentos médicos realizados entre 1º de maio de 2009 até 4 de novembro de 2009, e os dados que se encontram em listagens enviadas pela Direção Geral de Assistência a Grupos Vulneráveis ao Ministério da Saúde Pública e Bem-estar Social (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo VIII, anexo 4, folhas 3292 a 3305), e planilhas de atendimento de janeiro e fevereiro de 2010 (expediente de anexos às alegações finais escritas do Estado, folhas 4423 a 4435).

245. Cf. Memória descritiva “dispensário médico – para assentamento indígena da XV região sanitária de Presidente Hayes” (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 4, folhas 3315 a 3321).

246. Declaração de Marcelino López, folha 587, nota 63 *supra*.

247. Declaração de Marcelino López, folha 587, nota 63 *supra*.

248. Declaração de Gerardo Larrosa, folha 606, nota 75 *supra*.

249. O Estado indicou que havia oferecido 23 mesas individuais para alunos, 23 cadeiras individuais para alunos, uma mesa para professor,

realizada uma jornada de capacitação docente para professores que estão trabalhando nas escolas de várias comunidades, entre elas a de Xákmok Kásek, e a Direção Geral de Educação Escolar Indígena concluiu que “os docentes contam com a grande necessidade de seguir capacitando-se, de trabalhar na recuperação da língua e na revitalização da cultura”.<sup>250</sup>

211. De acordo com os padrões internacionais, os Estados têm o dever de garantir a acessibilidade à educação básica gratuita e à sustentabilidade da mesma.<sup>251</sup> Em particular, quando se trata de satisfazer o direito à educação básica no seio de comunidades indígenas, o Estado deve propiciar o referido direito com uma perspectiva etnoeducativa.<sup>252</sup> O anterior implica adotar medidas positivas para que a educação seja culturalmente aceitável sob uma perspectiva étnica diferenciada.<sup>253</sup>
212. No presente caso, o senhor Maximiliano Ruíz, docente na Comunidade indicou que há “85 alunos [...], a maior parte [pertencentes à etnia] Sanapaná, mas se ensina o programa do Ministério de Educação”. Indicou que existe deserção escolar em razão da situação em que estão. Apesar de o senhor Maximiliano Ruíz reconhecer que o Estado fornece “merendas escolares”, indicou que estas são esporádicas e não mensais.
213. Da prova apresentada, a Corte observa que ainda que algumas condições na prestação da educação por parte do Estado tenham melhorado, não existem instalações adequadas para a educação das crianças. O próprio Estado anexou um conjunto de fotos onde se observa que as aulas ocorrem sob um teto sem paredes e ao ar livre.<sup>254</sup> Igualmente, o Estado não assegura nenhum tipo de programa para evitar a deserção escolar.

\* \* \*

214. Em resumo, este Tribunal destaca que a assistência estatal oferecida com base no Decreto nº 1.830, de 17 de abril de 2009, não foi suficiente para superar as condições de especial vulnerabilidade que este Decreto comprovou existirem na Comunidade Xákmok Kásek.
215. Esta situação dos membros da Comunidade está estreitamente vinculada à falta de suas terras. Com efeito, a ausência de possibilidades de autoabastecimento e de sustentabilidade de seus membros, de acordo a suas tradições ancestrais, os leva a depender quase exclusivamente das ações estatais e ver-se obrigados a viver de uma forma não somente distinta a suas pautas culturais, mas na miséria. Assim afirmou Marcelino López, líder da Comunidade: “[s]e temos nossa terra, também irá melhorar tudo e, principalmente, vamos poder viver abertamente como indígenas, caso contrário será muito difícil viver”.<sup>255</sup>
216. Deve-se ter em consideração neste ponto que, tal e como o afirma o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais da Organização das Nações Unidas, “a pobreza limita gravemente, na prática, a capacidade de uma pessoa ou um grupo de pessoas de exercer o direito de participar em todos os âmbitos da vida cultural e de ter acesso e contribuir com eles em pé de igualdade e, o que é mais grave, prejudica seriamente sua esperança no porvir e sua capacidade para o desfrute efetivo de sua própria cultura”.<sup>256</sup>
217. Em consequência, a Corte declara que o Estado não ofereceu as prestações básicas para proteger o direito a uma vida digna nestas condições de risco especial, real e imediato para um grupo determinado de pessoas, o que constitui uma violação do artigo 4.1 da Convenção, em relação ao artigo 1.1. da mesma, em detrimento de todos os membros da Comunidade Xákmok Kásek.

## 2. Os falecimentos ocorridos na Comunidade

218. Os representantes solicitaram que se declare o Estado responsável internacionalmente pelo falecimento de vários membros da Comunidade. Ao contrário, a Comissão indicou que “carec[ia] de elementos para determinar se cada uma das mortes descritas pelos representantes esta[va] indiretamente relacionada com a possibilidade

uma cadeira para professor e um armário (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo VIII, anexo 1.6, folha 3323).

250. Cf. Relatório de 26 de outubro de 2009 à Direção Geral de Educação Escolar Indígena sobre a jornada de Capacitação Docente Indígena com parecer na Corte Interamericana de Direitos Humanos (expediente de anexos à contestação à demanda, anexo 1.6, folhas 3324 a 3328).

251. Ver artigo 13.3.a do Protocolo de San Salvador, sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, que indica que “o ensino primário deve ser obrigatório e acessível a todos gratuitamente”.

252. Cf. Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes, artigo 27.1

253. Cf. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ONU, Observação Geral nº 13, de 8 de dezembro de 1999, E/C.12/1999/10., par. 50

254. Cf. Fotos da Escola Básica nº 11531 (expediente de anexos às alegações finais do Estado, tomo X, folha 4415).

255. Declaração de Marcelino López, folha 585, nota 63 *supra*.

256. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, ONU, Observação Genal nº 21, de 21 de dezembro de 2009, E/C.12/GC/21, par. 38.

da Comunidade Xákmok Kásek de ter acesso a seu território ancestral”. O Estado afirmou que não poderia ser declarada sua responsabilidade internacional e se opôs ao alegado pelos representantes.

219. A Comissão apresentou três listas em sua demanda que contêm os nomes de várias pessoas falecidas na Comunidade. Por outro lado, os representantes apresentaram uma listagem que contém o nome de 44 pessoas, das quais 38 coincidem com a listagem indicada pela Comissão,<sup>257</sup> e ressaltaram que “poderia haver mais falecidos que os apresentados pela [Comissão]” ou inclusive que os apresentados por eles.
220. Quanto à prova que respalda a causa provável da morte destas pessoas, a data da mesma e os dados sobre o atendimento médico prévio, o Estado afirmou que o testemunho pericial do senhor Pablo Balmaceda “carece da seriedade e da fundamentação própria necessárias para um estudo dessa envergadura”, acrescentou que “não contempla a base documental requerida, sendo que não se acompanha nem se refere a certidões de óbito, protocolos de autópsia ou qualquer outra documentação pertinente que demonstre o falecimento e as causas de morte”.
221. O senhor Pablo Balmaceda, ao prestar sua declaração, esclareceu que lhe foi difícil “coletar os dados sobre as mortes, [já que] não há lugares onde se possam inscrever os nascidos e muito menos os mortos”, então “a lembrança dessas pessoas estava somente na memória da comunidade”. O especialista também acrescentou que sua perícia corroborava “os dados epidemiológicos existentes no Paraguai, de que a população indígena tem piores coeficientes de saúde”. Finalmente, os representantes enviaram dois atestados de óbito,<sup>258</sup> os quais são consistentes com o informado previamente por eles.
222. Ante a ausência de prova documental contrária à apresentada no procedimento perante a Corte – ou seja, a perícia do senhor Balmaceda, o relatório médico-sanitário sobre a Comunidade realizado em 2002 e 2003<sup>259</sup> e os dois atestados de óbito enviados pelos representantes - e tendo em conta a desatenção estatal em matéria de saúde que foi provada (pars. 205, 207 e 208 *supra*), bem como a inexistência de registros estatais sobre os referidos dados (pars. 252 e 253 *infra*), cuja responsabilidade é do Estado, o Tribunal considerará certos os fatos alegados pelos representantes e sustentados no relatório elaborado pelo perito Pablo Balmaceda,<sup>260</sup> ressaltando-se que tais fatos não foram controvertidos em sentido estrito pelo Estado.
223. A Corte observa que nas listas apresentadas pela Comissão e pelos representantes é feita menção à morte de membros da Comunidade que ocorreram antes que o Paraguai reconhecesse a competência contenciosa da Corte, ou seja, antes do dia 11 de março de 1993. Por conseguinte, a Corte não tem competência para analisar os seguintes casos: Eulalio Dermott Alberto (NN), Avalos (gêmeo 1), (NN) Avalos (gêmeo 2), os quais morreram em 1981; Adolfo López Dermott e Lorenza López Segundo, os quais morreram em 1983; Narciso Larrosa Dermott (m), que faleceu em 1984; Nelly Gonzáles Torres (f), que faleceu em 1987; Élide Dermott Ramírez (f), Benigno Corrientes Domínguez (m) e Herminio Corrientes Domínguez (m), os quais faleceram em 1991; (NN) González Dermott (m) e Betina Avalos (f) ou Betina Rios Torres, que faleceram em 1992; Esteban López Dermott (m), que faleceu em fevereiro de 1993; Luisa Ramírez (f) e Rufino Pérez (m), os quais faleceram em 1993.<sup>261</sup>
224. Por outro lado, o Tribunal recorda que no tocante aos fatos objeto do processo, não é possível para os representantes alegar novos fatos distintos dos estabelecidos na demanda, sem prejuízo de expor aqueles que permitam explicar, esclarecer ou desconsiderar os que foram mencionados nesta. É diferente o caso dos fatos supervenientes, que podem ser apresentados por qualquer uma das partes em qualquer estado do processo antes da prolação da sentença.<sup>262</sup>
225. Da lista de falecimentos indicados pelos representantes, a Corte constata que as mortes de Luisa Ramírez Larrosa, que faleceu em janeiro de 2009 com 62 anos de idade, sem que se conheça sua causa de morte e desconhecendo se recebeu atendimento médico, bem como de Rosa Larrosa Domínguez, que faleceu em outubro de 2009 com 100 anos de idade, por morte natural e desconhecendo se recebeu atendimento médico,

257. Benigno Corrientes Domínguez, quem diz-se ter falecido em 1991 com um ano de idade, não aparece na lista apresentada pelos representantes no escrito de petições e argumentos, mas sim na demanda e no censo de 2007 (anexos à demanda, folha 2394).

258. Cf. Atestado de óbito de Felipa Quintana de 13 de maio de 2008, causa da morte: choque séptico (expediente de mérito, tomo III, folha 1140), e atestado de óbito de Sara Esther Gonzáles López de 25 de agosto de 2008 onde se indica que a causa de morte é: gastroenterite, desidratação infecciosa e convulsões (expediente de mérito, tomo III, folha 1142).

259. Perícia de Pablo Balmaceda, nota 226 *supra*, e Relatório médico-sanitário da Comunidade Xákmok Kásek, nota 206 *supra*.

260. Cf. Relatório médico-sanitário da Comunidade Xákmok Kásek, nota 206 *supra*.

261. A Corte não tem elementos para determinar se a data de óbito é posterior à competência contenciosa da Corte.

262. Cf. *Caso “Cinco Aposentados” Vs. Peru, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de fevereiro de 2003, nº Série C Nº 98, par. 154; *Caso Perozo e outros Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C Nº 195, par. 67, e *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colômbia*, par. 49, nota 8 *supra*.

ocorreram com posterioridade à apresentação da demanda por parte da Comissão, razão pela qual serão analisadas pelo Tribunal por constituírem fatos supervenientes.

226. De acordo com o anteriormente indicado, o Tribunal tem competência para analisar 28 falecimentos que ocorreram durante a competência da Corte, a saber, os seguintes casos:

Nº	Nome e Sexo f (feminino) m (masculino)	Idade no momento de falecer	Data Provável de óbito	Suposta Causa de óbito	Dados sobre atendimento médico (AMd)
1	Luisa Ramírez Larrosa (f)	62 anos	01-2009	Sem dados	Sem dados
2	Rosa Larrosa Domínguez (f)	100 anos	10-2009	Morte natural	Sem dados
3	Sara Gonzáles López (f)	1 ano e 5 meses	25-07-2008	Gastroenterite – Desidratação	Não recebeu AMd
4	Felipa Quintana (f)	64 anos	13 – 05 - 2008	Choque Séptico	Recebeu AMd
5	Gilberto Dermott Quintana (m)	46 anos	2007	Tuberculose	Recebeu AMd de uma enfermeira voluntária
6	(NN) Jonás Avalos (m) ou Jonás Rios Torres	sem dados	2007	Sem dados	Sem dados
7	Rosa Dermott (f)	80 anos	02-10-2007	Deixou de ingerir alimentos	Não recebeu AMd
8	Remigia Ruiz (f)	38 anos	14-05-2005	Complicações no parto.	Não recebeu AMd
9	Yelsi Karina López Cabañas (f)	1 ano	2005	Coqueluche (tosse convulsa)	Não recebeu AMd
10	Tito García (m)	46 anos	2005	Sopro cardíaco	Recebeu AMd
11	Aída Carolina González (f)	8 meses	04-06-2003	Anemia, possível hipoalbuminemia	Não recebeu AMd
12	Abundio Inter. Dermot (m)	2 meses	02-2003	Pneumonia	Não recebeu AMd
13	(NN) Dermott Larrosa <sup>263</sup> (f)	no momento de nascer	2003	Possível causa Diarreia e Vômito	Recebeu AMd no <i>Hospital de Filadelfia</i>
14	(NN) Corrientes Domínguez (m)	natimorto	Sem dados	Sofrimento fetal <sup>264</sup>	Sem dados
15	(NN) Ávalos (m) ou Rios Torres	S/D	1999/2002	Hemorragia	Sem dados
16	(NN) Dermott Martínez (f)	8 meses	31-12-2001	Enterocolite	Sem dados
17	(NN) Dermott Larrosa (f)	5 dias	08-2001	Anemia	Recebeu AMd no <i>Hospital de Filadelfia</i>
18	(NN) García Dermott (f)	1 mês	2000	Coqueluche	Não recebeu AMd
19	Adalberto González López (m)	1 ano e 2 meses	2000	Pneumonia	Não recebeu AMd
20	Roberto Roa Gonzáles	55 anos	2000	Tuberculose	Não recebeu AMd
21	(NN) Ávalos (m) ou Rios Torres	3 dias	1999	Hemorragia	Não recebeu AMd
22	(NN) Ávalos (m) ou Rios Torres	9 dias	1998	Tétano	Não recebeu AMd
23	(NN) Dermott Ruiz (m)	não nato	1998	Indeterminada	Sem dados
24	(NN) Dermott Ruiz (m)	1 dia	1996	Sofrimento Fetal	Não recebeu AMd
25	Mercedes Dermott Larrosa (f)	2 anos	1996 (Data ESAP f.247)	Enterocolite – desidratação	Recebeu AMd atavés de uma enfermeira voluntária
26	Sargento Giménez (m)	Sem dados	1996	Sem dados	Não recebeu AMd
27	Rosana Corrientes Domínguez (f)	10 meses	1996 <sup>265</sup>	Coqueluche	Recebeu AMd no Centro de Saúde de 25 <i>Leguas</i>
28	(NN) Wilfrida Ojeda Chávez(f)	8 meses	01.05.1994	Enterocolite – desidratação	Não recebeu AMd

263. Na demanda da Comissão figura “(NN) Dermott (f)”, que pode se tratar da mesma pessoa, ao ser o mesmo ano de falecimento e o mesmo sobrenome. Somente diferem em que uma pessoa teria morrido ao nascer, enquanto o outro indica o ano, sem que se especifiquem as causas da morte.

264. No escrito apresentado em 2009 pelos representantes, com posterioridade à emissão do relatório de Mérito da CIDH 30/08 de 17 de julho de 2008, o ano de óbito consta como 2003. É possível que se trate da mesma pessoa. Igualmente, no relatório médico aparece como “Corrientes” e morta por sofrimento fetal.

265. Nas listas apresentadas pela Comissão aparece como falecida em 1993 com o seguinte esclarecimento: “no Relatório de Mérito está



227. O Tribunal esclarece que o fato de que na atualidade o Estado esteja oferecendo assistência de emergência (pars. 191 a 194 e 198 *supra*), não o exime de sua responsabilidade internacional por não ter adotado medidas no passado para evitar que o risco de violação do direito à vida fosse materializado. Por conseguinte, a Corte deve analisar quais das mortes são atribuíveis ao Estado por falta ao dever de prevenção para evitá-las. Isto sob uma perspectiva de análise que permita relacionar a situação de extrema e especial vulnerabilidade, a causa de morte e o correspondente nexos causal entre estes, sem que se imponha ao Estado uma carga desmedida de superar um risco indeterminado ou desconhecido.
228. Quanto aos casos específicos de morte, os representantes em sua lista indicaram o nome de (NN) Corrientes Domínguez, natimorto, que faleceu por sofrimento fetal, e (NN) Dermott Ruiz, natimorto, que faleceu em 1998 por causas indeterminadas. A esse respeito, a Corte nota que os representantes e a Comissão não apresentaram argumentos em relação à suposta violação do direito à vida de “não nascidos”, de modo que, ante a falta de fundamentação, o Tribunal carece de elementos de juízo para determinar a responsabilidade do Estado a respeito de referidos casos.
229. Em relação a Luisa Ramírez Larrosa, Rosa Larrosa Domínguez, (NN) Jonás Avalos (m) ou Jonás Rios Torres, Rosa Dermott (f), (NN) Ávalos (m) ou Rios Torres, e Sargento Giménez (m), a respeito de quem ou bem não se conhece as causas de morte ou morreram de causas naturais ou por causas acidentais, estas mortes não podem ser atribuíveis ao Estado, em vista de que não existem elementos para determinar a responsabilidade estatal e não se demonstrou um nexos causal entre a suposta causa de morte e a situação de vulnerabilidade dos membros da Comunidade.
230. Em relação aos falecimentos de Felipa Quintana, que faleceu em maio de 2008 aos 64 anos de idade em razão de um choque séptico e recebeu atendimento médico; Gilberto Dermott Quintana, que faleceu em 2007 de tuberculose aos 46 anos de idade e contou com assistência médica de uma enfermeira voluntária; Tito García, que morreu em 2005 aos 46 anos de idade por causa de um sopro cardíaco, o qual provavelmente poderia ter relação com o Mal de Chagas,<sup>266</sup> e recebeu atendimento médico; NN Dermott Larrosa, que faleceu em 2003 no momento de nascer, por possível causa de diarreia e vômito e recebeu assistência médica no *Hospital Filadelfia*; NN Dermott Larrosa, que morreu em 2001 aos cinco dias de nascido por causa de anemia e recebeu assistência médica no *Hospital de Filadelfia*,<sup>267</sup> Mercedes Dermott Larrosa, que morreu em 1996 aos dois anos de idade por causa de enterocolite e desidratação e recebeu ajuda de uma enfermeira voluntária, e Rosana Corrientes Domínguez, que faleceu em 1996 aos 10 meses de nascida, por causa de coqueluche e recebeu assistência médica no Centro de Saúde de 25 Leguas, a Corte considera que não é possível atribuir a responsabilidade ao Estado já que não se demonstrou que o atendimento médico dado tenha sido insuficiente ou deficiente, ou que exista um nexos causal entre a morte e a situação de vulnerabilidade dos membros da Comunidade.
231. Quanto às demais pessoas, o Tribunal observa que muitas faleceram por doenças que eram de fácil prevenção se estas tivessem recebido assistência periódica e constante ou mediante um controle adequado de saúde.<sup>268</sup> Basta ressaltar que as principais causas pelas quais faleceram a maioria foram tétano, pneumonia, tuberculose, anemia, coqueluche, graves quadros de desidratação, enterocolite ou complicações em trabalho de parto. Ademais, cabe destacar que as principais vítimas foram meninos e meninas nas primeiras etapas de sua vida, a respeito de quem o Estado tinha deveres superiores de proteção, o qual será analisado no parágrafo 259 *infra*.
232. A respeito da morte de Remigia Ruiz, que faleceu em 2005 com 38 anos de idade, e que se encontrava grávida e não recebeu atendimento médico, são mostradas várias das características próprias de casos de mortalidade materna, a saber: morte durante o parto sem atendimento médico adequado, situação de exclusão ou pobreza extrema, falta de acesso a serviços de saúde adequados, falta de documentação sobre a causa de morte, entre outros.

incluída uma Rossana Corrientes, de 10 meses, que faleceu em 1996 em virtude de coqueluche. É possível que se trate da mesma pessoa” (expediente de mérito, tomo I, folha 33, nota 78).

266. O perito Pablo Balmaceda indicou que “Tito García [...] era um senhor que tinha o mal de Chagas que é um mal endêmico da zona, ou seja, de toda América do Sul praticamente, mas ele jamais recebeu um atendimento adequado à sua doença”, nota 226 *supra*.

267. No entanto, no Relatório médico-sanitário da Comunidade Xákmok Kásek, realizado pelo médico Pablo Balmaceda, folha 2311, nota 206 *supra*, consta a mesma pessoa, mas se indica que não recebeu assistência médica.

268. Conforme a declaração prestada pelo perito Pablo Balmaceda durante a audiência pública realizada em 14 de abril de 2010, “muitíssimas das mortes que ocorreram na Comunidade eram por causa de diarreia ou de síndrome pulmonar, diríamos em geral, que se complicavam ao não receber um atendimento médico adequado imediato. E chegavam a falecer por essas causas de desidratação e de problemas pulmonares já graves evidentemente de sua vida”. Indicou também que “as crianças [...] morrem por causas de vômito, diarreia, e finalmente desidratação e também que morrem pelos problemas pulmonares que começam como um estado gripal que vai piorando com os dias e finalmente morrem ao não receber atendimento médico”, nota 226 *supra*.

233. A esse respeito, a Corte ressalta que a extrema pobreza e a falta de atendimento médico adequado a mulheres em estado de gravidez ou pós-gravidez são causas de alta mortalidade e morbidade materna.<sup>269</sup> Por isso, os Estados devem oferecer políticas de saúde adequadas que permitam oferecer assistência com pessoal treinado adequadamente para o atendimento dos nascimentos, políticas de prevenção da mortalidade materna através de controles pré-natais e pós-parto apropriados, e instrumentos legais e administrativos em políticas de saúde que permitam documentar corretamente os casos de mortalidade materna. O anterior, em razão de que as mulheres em estado de gravidez requerem medidas de especial proteção.
234. Tendo em consideração todo o anterior, a Corte declara que o Estado violou o direito contemplado no artigo 4.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento das pessoas que são mencionadas no presente parágrafo, já que não adotou as medidas positivas necessárias dentro do contexto de suas atribuições, que razoavelmente eram de se esperar para prevenir ou evitar o risco ao direito à vida. Em consequência, ao Estado são imputáveis as mortes de: Sara Gonzáles López, que faleceu em julho de 2008, tendo um ano e cinco meses de idade, de gastroenterite e desidratação e não recebeu assistência médica; Yelsi Karina López Cabañas, que faleceu no ano de 2005 com um ano de idade de coqueluche e não recebeu assistência médica; Remigia Ruiz, que faleceu no ano de 2005 com 38 anos de idade por complicações no parto e não recebeu assistência médica; Aida Carolina Gonzáles, que faleceu em junho de 2003 com oito meses de idade, de anemia sem receber assistência médica; NN Avalos ou Ríos Torres, que faleceu no ano de 1999 com três dias de idade em razão de uma hemorragia e não recebeu atendimento médico; Abundio Inter Dermot, que faleceu no ano de 2003 com dois meses de idade por pneumonia sem receber assistência médica; NN Dermott Martínez, que faleceu no ano de 2001 com oito meses de idade de enterocolite e não se sabe se recebeu atendimento médico; NN García Dermott, que faleceu no ano de 2001, tendo um mês de idade por causa de coqueluche e não recebeu assistência médica; Adalberto Gonzáles López, que faleceu no ano de 2000 com um ano e dois meses de idade por causa de pneumonia e não recebeu atendimento médico; Roberto Roa Gonzáles, que faleceu no ano de 2000 com 55 anos de idade por causa de tuberculose sem receber assistência médica; NN Ávalos ou Ríos Torres, que faleceu no ano de 1998 com nove dias de idade por causa de tétano e não recebeu assistência médica; NN Dermontt Ruiz, que morreu no ano de 1996 no momento de nascer por sofrimento fetal e não recebeu atendimento médico, e NN Wilfrida Ojeda Chávez, que morreu no mês de maio de 1994 com oito meses de idade por causa de desidratação e enterocolite e não recebeu assistência médica.

## VIII

### Direito à Integridade Pessoal (Artigo 5.1 da Convenção Americana)

235. Os representantes alegaram a violação do artigo 5.1 da Convenção em detrimento dos membros da Comunidade pelo “falecimento de seus familiares e também pela situação precária em que se encontram por não terem acesso a suas terras, razão pela qual se violou a integridade pessoal cultural e, por sua vez, a integridade *coletiva* cultural”. Argumentaram que o sofrimento dos familiares que perderam seus entes queridos foi agudo, especialmente considerando os traços culturais de sua Comunidade. Igualmente, indicaram que a morte dos entes queridos afetou a Comunidade, tendo em conta seus padrões culturais, relacionados com a memória dos mortos e a maneira de enterrá-los. Ressaltaram que “os membros da Comunidade Xákmok Kásek experimentaram sofrimento físico, psíquico e moral, questão que atentou contra seu direito à integridade pessoal”.
236. O Estado não se pronunciou a esse respeito.
237. A Corte reitera que as supostas vítimas e seus representantes podem invocar a violação de outros direitos distintos aos já compreendidos na demanda, posto que são eles titulares de todos os direitos consagrados na Convenção, desde que se atenham aos fatos já contidos na demanda.<sup>270</sup> Com efeito, a demanda constitui o marco fático do processo perante a Corte, de modo que não é admissível alegar novos fatos distintos dos

269. Cf. Paul Hunt. *Report of the Special Rapporteur on the right of everyone to the enjoyment of the highest attainable standard of health*. AI HRC/14/20/Add.2, 15 de abril de 2010. É considerada mortalidade materna a morte da mulher por causa de sua gravidez ou dentro dos 42 dias seguintes ao fim da mesma independentemente da duração e do estado da gravidez, em razão de qualquer causa relacionada com ou agravada pela gravidez mesma ou a seu atendimento, mas não por causas acidentais ou incidentais (tradução da Corte). WHO, *International Statistical Classification of Diseases and Related Health Problems, Tenth Revision*, vol. 2, *Instruction Manual*, 2nd ed. (Genebra, 2005), p. 141.

270. Cf. *Caso “Cinco Aposentados” Vs. Peru*, par. 155, nota 262 *supra*; *Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 17 de novembro de 2009. Série C Nº 206, par. 94, e *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colômbia*, par. 49, nota 8 *supra*.

arguidos neste escrito, sem prejuízo de expor aqueles que permitam explicar, esclarecer ou desconsiderar os que foram mencionados na demanda, ou bem, responder às pretensões do demandante.<sup>271</sup> A exceção a este princípio são os fatos que se qualificam como supervenientes, que poderão ser apresentados ao Tribunal em qualquer estado do processo antes da emissão da sentença.<sup>272</sup> Por outro lado, o momento para que as supostas vítimas ou seus representantes exerçam plenamente o direito de *locus standi in judicio* é o escrito de petições e argumentos.<sup>273</sup> Finalmente, as supostas vítimas devem estar indicadas na demanda, a qual deve corresponder com o relatório da Comissão Interamericana previsto no artigo 50 da Convenção.<sup>274</sup>

238. No presente caso os representantes solicitaram que se declare a violação do artigo 5.1 da Convenção a partir de seu escrito de petições e argumentos, ou seja, apresentaram sua solicitação no momento processual oportuno.
239. Quanto à sujeição ao marco fático apresentado na demanda, a Corte observa que embora a Comissão não tenha alegado expressamente a violação do artigo 5.1 da Convenção, indicou em sua demanda que “a falta de garantia efetiva do direito de propriedade da Comunidade significou expor seus membros a uma situação de desproteção e vulnerabilidade extrema, que trouxeram como consequência a violação do direito à vida e à integridade pessoal dos membros da Comunidade”. Do mesmo modo, a Comissão indicou que os membros da Comunidade foram submetidos a “sofrimentos, angústias e indignidades [...] durante os anos em que esperaram uma resposta efetiva do Estado do Paraguai à sua reivindicação territorial”. Em razão do exposto acima o Tribunal considera que as alegações dos representantes guardam sustento no marco fático exposto pela Comissão em sua demanda.
240. Finalmente, em relação à identificação das supostas vítimas da violação alegada pelos representantes, o Tribunal observa que os familiares das pessoas falecidas não foram identificados como vítimas pela Comissão em seu relatório de mérito nem em sua demanda. Consequentemente, a Corte não analisará as supostas afetações dos familiares das pessoas falecidas. Em razão do anterior, corresponde à Corte determinar se os membros da Comunidade são ou não vítimas da violação de seu direito à integridade pessoal.
241. Cumpridos os requisitos formais nos termos expostos, a Corte passa a estudar o mérito da questão.
242. No que respeita à suposta afetação da “integridade cultural”, o Tribunal analisou nos parágrafos 174 a 182 *supra* as consequências produzidas pela não restituição do território tradicional aos membros da Comunidade. Igualmente, no capítulo relativo ao artigo 4 da Convenção, a Corte analisou as condições de vida dos membros da Comunidade. Nesse sentido, considera que os fatos expostos neste ponto pelos representantes não guardam relação com o artigo 5 da Convenção, mas com os já analisados artigos 4 e 21 da mesma e com as reparações que o Tribunal ordenará *infra* com base no artigo 63.1 da Convenção.
243. No que respeita à integridade psíquica e moral, a Corte recorda que no caso da *Comunidade Moiwana Vs. Suriname* considerou que a “separação dos membros da Comunidade de suas terras tradicionais” era um fato que, junto com a impunidade na qual se encontravam as mortes produzidas no seio da Comunidade causava um sofrimento às vítimas de forma tal que constituía uma violação do artigo 5.1 da Convenção Americana por parte do Estado em seu detrimento.<sup>275</sup>
244. No presente caso, várias das supostas vítimas que declararam perante a Corte expressaram o pesar que elas e os membros da Comunidade sentem pela falta da restituição de suas terras tradicionais, a perda paulatina de sua cultura e a longa espera que suportaram no transcurso do ineficiente procedimento administrativo. Além disso, as condições de vida miseráveis em que vivem os membros da Comunidade, a morte de vários de seus membros e o estado geral de abandono em que estão geram sofrimentos que necessariamente afetam a integridade psíquica e moral de todos os membros da Comunidade. Tudo isso constitui uma violação do artigo 5.1 da Convenção, em detrimento dos membros da Comunidade Xákmok Kásek.

271. Cf. *Caso “Cinco Aposentados” Vs. Peru*, par. 153, nota 262 *supra*; *Caso Ríos e outros Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C Nº 194, par. 42, e *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colômbia*, par. 49, nota 8 *supra*.

272. Cf. *Caso “Cinco Aposentados” Vs. Peru*, par. 154, nota 262 *supra*; *Caso Perozo e outros Vs. Venezuela*, par. 67, nota 262 *supra*, e *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colômbia*, par. 49, nota 8 *supra*.

273. Cf. *Caso do Massacre de Mapiripán Vs. Colômbia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C Nº 134, par. 56; *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 30 de junho de 2009. Série C Nº 197, par. 136, e *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, par. 232, nota 14 *supra*.

274. Cf. *Caso dos Massacres de Ituango Vs. Colômbia. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 1º de julho de 2006. Série C Nº 148, par. 98; *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, par. 108, nota 12 *supra*, e *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*, par. 44, nota 8 *supra*.

275. Cf. *Caso da Comunidade Moiwana Vs. Suriname*, pars. 101 a 103, nota 129 *supra*.

## IX

**Direito ao Reconhecimento da Personalidade Jurídica  
(Artigo 3 da Convenção Americana)**

245. A Comissão alegou que o Estado não implementou mecanismos que facilitem aos membros da Comunidade “os documentos de identificação necessários para fazer efetivo seu direito ao reconhecimento da personalidade jurídica”. Indicou que segundo o censo de 2006, 57 das 212 pessoas entrevistadas não teriam documentos de identidade. Aproximadamente 48 delas eram meninos e meninas. Segundo o censo de 2008, pelo menos 43 dos 273 membros da Comunidade não teriam certificados de nascimento. Deles, pelo menos 33 são menores de idade.<sup>276</sup> Igualmente, os representantes indicaram que de acordo com o último censo comunitário de 16 de outubro de 2009, 35% dos membros da Comunidade não tinham documentos.
246. Os representantes acrescentaram que o “elevado número de pessoas de Xákmok Kásek que não possuem documentos [...] impede que estas pessoas possam demonstrar juridicamente sua existência e identidade”. Indicaram que “os meninos e as meninas falecidas a curta idade em nenhum caso foram registrados no momento de nascer e como, no momento de seus falecimentos como careciam de certidões de nascimento, não era possível conceder certidões de óbito a seus familiares”.
247. O Estado afirmou que havia realizado “atividades de documentação e registro [...] na Comunidade” e anexou prova disso. A esse respeito, indicou que em 14 de dezembro de 2009, o INDI e o Escritório do Registro Civil realizaram jornadas de documentação onde está assentada a Comunidade e “recebeu 35 solicitações de carteira de identidade (primeira vez) e 10 solicitações de renovação”.<sup>277</sup> Igualmente, informou sobre “a expedição de 66 documentos de identidade indígena, dos quais 26 correspondem a maiores de idade e 40 a menores”.<sup>278</sup> Adicionalmente, o Escritório do Registro Civil havia emitido certidões de nascimento a 25 menores de idade e 43 cópias de certidões de nascimento.<sup>279</sup> O Estado indicou que “cumpru sua obrigação de respeitar o direito à personalidade jurídica e igualmente respeitou o direito à identidade dos membros da Comunidade, ao ter lhes concedido documentos de identificação que permitem o exercício de qualquer direito”.
248. A Corte tem considerado que o conteúdo próprio do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica é que se reconheça a pessoa
- em qualquer parte como sujeito de direitos e obrigações, e a gozar dos direitos civis fundamentais, o que implica a capacidade de ser titular de direitos (capacidade e gozo) e de deveres; a violação daquele reconhecimento supõe desconhecer em termos absolutos a possibilidade de ser titular dos direitos e deveres civis e fundamentais.<sup>280</sup>
249. Este direito representa um parâmetro para determinar se uma pessoa é titular ou não dos direitos em questão, e se os pode exercer, de maneira que desconhecer aquele reconhecimento torna o indivíduo vulnerável diante do Estado ou de particulares.<sup>281</sup> Deste modo, o conteúdo do direito ao reconhecimento da personalidade jurídica se refere ao correlativo dever geral do Estado de procurar os meios e condições jurídicas para que esse direito possa ser exercido livre e plenamente por seus titulares.<sup>282</sup>
250. Entretanto, em aplicação do princípio de efeito útil e das necessidades de proteção em casos de pessoas e grupos em situação de vulnerabilidade, este Tribunal observou o conteúdo jurídico mais amplo deste direito, ao considerar que o Estado está especialmente “obrigado a garantir àquelas pessoas em situação de vulnerabilidade, marginalização e discriminação, as condições jurídicas e administrativas que lhes assegurem o exercício deste direito, em atenção ao princípio de igualdade perante a lei”.<sup>283</sup> Por exemplo, no caso da

276. Cf. Censo da Comunidade Xákmok Kásek de 30 de agosto de 2008, folhas 2248 a 2264, nota 58 *supra*.

277. Cf. Relatório do Departamento de Identificações da Polícia Nacional de 21 de dezembro de 2009 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1.3, folhas 3278 a 3280).

278. Cf. Relatório de Miriam Acosta, técnica de campo do INDI, de 21 de dezembro de 2009 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1.3, folha 3281).

279. Cf. Relatório de Zunilda López, Oficial de Registro Civil, de 20 de dezembro de 2009 (expediente de anexos à contestação da demanda, anexo 1.3, folha 3283).

280. Cf. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C Nº 70, par. 179; *Caso Ticona Estrada e outros Vs. Bolívia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C Nº 191, par. 69, e *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C Nº 202, par. 87.

281. Cf. *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C Nº 130, par. 179; *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru*, par. 88, nota 280 *supra*, e *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, par. 156, nota 12 *supra*.

282. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai*, par. 189, nota 20 *supra*; *Caso do Povo Saramaka. Vs. Suriname*, par. 167, nota 16 *supra*, e *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*, par. 101, nota 8 *supra*.

283. *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai*, par. 189, nota 20 *supra*, e *Caso do Povo Saramaka. Vs. Suriname*, par. 166, nota 16 *supra*.

*Comunidade Indígena Sawhoyamaya* a Corte considerou que seus membros haviam “permanecido em um limbo jurídico em que, embora tenham nascido e morrido no Paraguai, sua própria existência e identidade nunca estiveram juridicamente reconhecidas, ou seja, não tinham personalidade jurídica”.<sup>284</sup>

251. No presente caso são apresentadas as mesmas falências que a Corte determinou no caso *Sawhoyamaya*. Várias das pessoas que morreram não tinham certidão de nascimento, ou ao menos não foram aportados, nem tampouco foram feitos os respectivos atestados de óbito, carecendo, portanto, dos documentos de identidade essenciais para a determinação de direitos civis.
252. Em consequência, a Corte conclui que embora o Estado tenha realizado esforços para superar a situação de sub-registro dos membros da Comunidade, do acervo probatório se observa que não garantiu o acesso adequado aos procedimentos de registro civil, atendendo à particular situação de vida que enfrentam os membros da Comunidade, a fim de alcançar a expedição de documentos de identificação idônea a seu favor.
253. Entretanto, não foram identificadas perante esta Corte as pessoas integrantes da Comunidade que carecem de documentos de identidade. As únicas pessoas identificadas por seu nome são aquelas falecidas e que são mencionadas no item 2 do Capítulo VII da presente Sentença, relativo ao direito à vida. Cabe indicar que o Tribunal requereu ao Estado o fornecimento de seus documentos de identidade e atestados de óbito. A esse respeito, os representantes apresentaram alguns documentos de identidade,<sup>285</sup> entretanto, o Estado não proporcionou nenhum documento, o que leva este Tribunal à conclusão de que os documentos das demais pessoas não foram proporcionados porque careciam dos mesmos.
254. Por todo o anteriormente exposto, a Corte declara que o Estado violou o direito consagrado no artigo 3 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento de: (NN) Jonás Ávalos ou Jonás Ríos Torres; Rosa Dermott; Yelsi Karina López Cabañas; Tito García; Aída Carolina González; Abundio Inter. Dermot; (NN) Dermott Larrosa; (NN) Ávalos ou Ríos Torres; (NN) Dermott Martínez; (NN) Dermott Larrosa; (NN) García Dermott; Adalberto González López; Roberto Roa González; (NN) Ávalos ou Ríos Torres; (NN) Ávalos ou Ríos Torres; (NN) Dermott Ruiz; Mercedes Dermott Larrosa; Sargento Giménez e Rosana Corrientes Domínguez.

\*\*\*

255. Os representantes indicaram, adicionalmente, que “o Estado está violando o direito à personalidade jurídica da Comunidade ao negar a composição étnica da [mesma]”. A esse respeito, o Tribunal já analisou o alegado pelos representantes nos Capítulos V.2 e VI. Ademais, embora os referidos fatos constituam obstáculos para a titulação das terras, assim como afetações à autodeterminação da Comunidade Xákmok Kásek, não foi apresentada prova e argumentação suficiente que permita à Corte declarar a violação autônoma do artigo 3 da Convenção, em detrimento da Comunidade.

## X

### Direitos da Criança (Artigo 19 da Convenção Americana)

256. A Comissão afirmou que os meninos e as meninas “têm sofrido com especial rigor as condições de vida sub-humanas à qual está submetida toda a Comunidade”. Os representantes argumentaram que “todos os direitos alegados como violados pelo Estado têm entre suas vítimas meninos e meninas” e que estes “não foram objeto das medidas especiais de proteção que sua condição de vulnerabilidade, em razão de sua idade, requeriam”. O Estado indicou que tem concedido “atenção integral” às crianças, em virtude do que não seria responsável pela alegada violação do artigo 19 da Convenção.
257. O Tribunal lembra que as crianças possuem os direitos que correspondem a todos os seres humanos e têm,

284. *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai*, par. 192, nota 20 *supra*.

285. Da prova documental reunida pelas partes têm-se os seguintes documentos sobre as certidões de óbito, documentos de identidade e atestados de nascimento: cópia do atestado de óbito de Felipa Quintana de 13 de maio de 2008 (expediente de mérito, tomo III, folha 1140); cópia do atestado de óbito de Sara Gonzáles de 25 de agosto de 2008 (expediente de mérito, folha 1142, tomo III); cópia da carteira de identidade civil de Felipa Quintana (expediente de mérito, tomo III, folha 1139); cópia da certidão de nascido vivo de Sara Gonzáles (expediente de mérito, tomo III, folha 1141); cópia da carteira de identidade civil de Gilberto Dermott Quintana (expediente de mérito, tomo III, folha 1143); cópia da carteira de identidade civil de Remigia Ruiz (expediente de mérito, tomo III, folha 1144); cópia da certidão de nascimento de Wilfrida Ojeda Chávez (expediente de mérito, tomo III, folha 1146); cópia da carteira de identidade civil de Luisa Ramírez Larrosa (expediente de mérito, tomo III, folha 1147), e cópia da carteira de identidade civil de Rosa Larrosa Domínguez (expediente de mérito, tomo III, folha 1148).

además, direitos especiais derivados de sua condição, aos quais correspondem deveres específicos da família, da sociedade e do Estado.<sup>286</sup> A prevalência do interesse superior da criança deve ser entendida como a necessidade de satisfação de todos os direitos das crianças, que obriga o Estado e irradia efeitos na interpretação de todos os demais direitos da Convenção quando o caso se refira aos menores de idade.<sup>287</sup> Igualmente, o Estado deve prestar especial atenção às necessidades e aos direitos das crianças, em consideração a sua condição particular de vulnerabilidade.<sup>288</sup>

258. Esta Corte estabeleceu que a educação e o cuidado da saúde das crianças supõem diversas medidas de proteção e constituem os pilares fundamentais para garantir o desfrute de uma vida digna por parte das crianças, que em virtude de sua condição estão frequentemente desprovidas dos meios adequados para a defesa eficaz de seus direitos.<sup>289</sup>
259. No presente caso, o Tribunal reitera suas considerações anteriores com respeito ao acesso à água, à alimentação, à saúde e acesso à educação dos membros da Comunidade (pars. 194 a 213 *supra*). Además, observa que as condições de extrema vulnerabilidade provadas afetaram de forma particular os meninos e as meninas. Como foi mencionado previamente, a falta de uma alimentação adequada afetou o desenvolvimento e o crescimento das crianças, aumentou os índices normais de atrofia em seu crescimento e ocasionou altos índices de desnutrição entre eles (par. 201 *supra*). Além disso, da prova apresentada se observa que no ano de 2007 os meninos e as meninas da Comunidade “ou não receberam todas as vacinas, ou não foram vacinados segundo o padrão internacional, ou não tinham certidão alguma referente às vacinas recebidas”.<sup>290</sup>
260. Igualmente, é preocupante que 11 dos 13 membros da Comunidade cuja morte é atribuível ao Estado (par. 234 *supra*) eram meninos ou meninas. Mais ainda, a Corte nota que as causas dos referidos falecimentos poderiam ter sido prevenidas com um atendimento médico ou assistência adequados por parte do Estado. Por isso, dificilmente poder-se-ia dizer que o Estado adotou as medidas especiais de proteção que devia aos meninos e meninas da Comunidade.
261. Com respeito à identidade cultural dos meninos e das meninas de comunidades indígenas, o Tribunal adverte que o artigo 30 da Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>291</sup> estabelece uma obrigação adicional e complementar que confere conteúdo ao artigo 19 da Convenção Americana, e que consiste na obrigação de promover e proteger o direito das crianças indígenas a viver de acordo com sua própria cultura, sua própria religião e seu próprio idioma.<sup>292</sup>
262. No mesmo sentido, este Tribunal considera que dentro da obrigação geral dos Estados de promover e proteger a diversidade cultural está incluída a obrigação especial de garantir o direito à vida cultural das crianças indígenas.<sup>293</sup>
263. Nesse sentido, a Corte considera que a perda de práticas tradicionais, como os rituais de iniciação feminina ou masculina e as línguas da Comunidade, e os prejuízos derivados da falta de território, afetam de forma particular o desenvolvimento e a identidade cultural dos meninos e das meninas da Comunidade, que não poderão sequer desenvolver essa especial relação com seu território tradicional e essa particular forma de vida própria de sua cultura se não forem implementadas as medidas necessárias para garantir o desfrute destes direitos.
264. Em virtude de todas as considerações prévias, o Tribunal considera que o Estado não adotou as medidas de proteção necessárias em favor de todos os meninos e meninas da Comunidade, em violação do direito consagrado no artigo 19 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma.

286. Cf. *A Condição Jurídica e os Direitos Humanos das Crianças*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A N° 17, par. 54; *Caso do Massacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, par. 184, nota 12 *supra*, e *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*, par. 156, nota 8 *supra*.

287. Cf. *A Condição Jurídica e os Direitos Humanos das Crianças*. Parecer Consultivo OC-17/02, pars. 56, 57 e 60, nota 286 *supra*; *Caso do Massacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, par. 184, nota 12 *supra*, e *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) Vs. México*, par. 408, nota 14 *supra*.

288. *Caso do Massacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, par. 184, nota 12 *supra*, e *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*, par. 164, nota 8 *supra*.

289. Cf. *A Condição Jurídica e os Direitos Humanos das Crianças*. Parecer Consultivo OC-17/02, par. 86, nota 286 *supra*.

290. Cf. Avaliação sobre salubridade em quatro Comunidades Enxet, folha 2643, nota 218 *supra*.

291. Convenção sobre os Direitos da Criança, A.G. res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49) p. 167, ONU Doc. A/44/49 (1989), *entrada em vigor* 2 de setembro de 1990. O Estado do Paraguai assinou a referida Convenção em 4 de abril de 1990 e a ratificou em 25 de setembro de 1990. O artigo 30 dispõe: Nos Estados onde existam minorias étnicas, religiosas ou linguísticas, ou pessoas de origem indígena, não será negado a uma criança que pertença a tais minorias ou que seja indígena o direito de, em comunidade com os demais membros de seu grupo, ter sua própria cultura, professar e praticar sua própria religião ou utilizar seu próprio idioma.

292. Cf. *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*, par. 167, nota 8 *supra*.

293. Cf. *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*, par. 168, nota 8 *supra*.

## XI

**Dever de Respeitar e Garantir os Direitos sem Discriminação  
(Artigo 1.1 da Convenção Americana)**

265. A Comissão alegou que “o presente caso ilustra a persistência de fatores de discriminação estrutural no ordenamento jurídico do Paraguai, relativos à proteção de seu direito à propriedade do território ancestral e aos recursos que aí estão”. Acrescentou que “apesar de que o Estado paraguaio tenha apresentado os avanços gerais de seu ordenamento jurídico em reconhecer os direitos dos povos indígenas como prova de cumprimento de suas obrigações sob o artigo 2 da Convenção [...], deve ser ressaltado que persistem disposições jurídicas no ordenamento civil, agrário e administrativo que foram aplicados neste caso, e que determinam o funcionamento do sistema estatal de forma discriminatória, já que privilegiam a proteção do direito à propriedade privada ‘racionalmente produtiva’ sobre a proteção dos direitos territoriais da população indígena”.
266. Os representantes indicaram que existe “uma política de discriminação, que reporta um padrão sistemático facilmente observável e que, ademais, goza de um elevado consenso no Paraguai, com o qual se está conduzindo aceleradamente à deterioração extrema das condições de vida das comunidades indígenas em geral, e no caso [particular] [...] para [a Comunidade] XákmoK Kásek”. “A Comunidade tem sobrevivido em um contexto [...] onde os indígenas foram tratados como objetos sem voz nem opinião”. “O Estado não adotou medidas específicas [...] dirigidas a erradicar a discriminação para os povos indígenas, mesmo tendo assinado a Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (Lei nacional 2.128/03)”. Acrescentaram que “a suposta impossibilidade fática e jurídica[, sobre a titulação das terras,] aludida pelo Estado do Paraguai, não é outra coisa senão a aplicação deliberada de uma política racista e discriminatória [...], situação inveterada que não mudou em termos substantivos na atualidade, fato que é evidenciado nas posições governamentais exibidas no presente caso”.
267. O Estado não se referiu em particular a essas alegações.
268. A Corte estabeleceu que o artigo 1.1 da Convenção é uma norma de caráter geral cujo conteúdo se estende a todas as disposições do tratado, dispõe a obrigação dos Estados Partes de respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades nela reconhecidos “sem discriminação alguma”. Ou seja, qualquer que seja a origem ou a forma que assuma, todo tratamento que possa ser considerado discriminatório a respeito do exercício de qualquer dos direitos garantidos na Convenção é *per se* incompatível com ela mesma.<sup>294</sup> O descumprimento por parte do Estado, mediante qualquer tratamento discriminatório, da obrigação geral de respeitar e garantir os direitos humanos, gera responsabilidade internacional.<sup>295</sup> É por isso que existe um vínculo indissolúvel entre a obrigação de respeitar e garantir os direitos humanos e o princípio de igualdade e não discriminação.
269. O princípio da proteção igualitária e efetiva da lei e da não discriminação constitui um dado sobressalente no sistema tutelar dos direitos humanos consagrado em vários instrumentos internacionais<sup>296</sup> e

294. Cf. *Proposta de Modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à Naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A Nº 4, par 53.

295. Cf. *A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A Nº 18, par. 85.

296. Alguns destes instrumentos internacionais são: Carta da OEA (artigo 3.I); Convenção Americana sobre Direitos Humanos (artigos 1 e 24); Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem (artigo II); Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador” (artigo 3); Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher (artigos 4.f, 6 e 8.b); Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (artigos I.2.a, II, III, IV e V); Carta das Nações Unidas (artigo 1.3); Declaração Universal dos Direitos Humanos (artigos 2 e 7); Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (artigos 2.2 e 3); Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (artigos 2.1 e 26); Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial (artigo 2); Convenção sobre os Direitos da Criança (artigo 2); Declaração dos Direitos da Criança (Princípio 1); Convenção Internacional sobre a Proteção dos Direitos de Todos os Trabalhadores Migrantes e de seus Familiares (artigos 1.1, 7, 18.1, 25, 27, 28, 43.1, 43.2, 45.1, 48, 55 e 70); Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (artigos 2, 3, 5, 7 a 16); Declaração sobre a Eliminação de Todas as Formas de Intolerância e Discriminação Fundadas na Religião ou nas Convicções (artigos 2 e 4); Declaração da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no Trabalho e seu Seguimento (2.d); Convenção nº 97 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) relativo aos Trabalhadores Migrantes (revisado) (artigo 6); Convenção nº 111 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre a Discriminação em Matéria de Emprego e Ocupação (artigos 1 a 3); Convenção nº 143 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre os Trabalhadores Migrantes (disposições complementares) (artigos 8 e 10); Convenção nº 168 da Organização Internacional do Trabalho (OIT) sobre o Fomento do Emprego e a Proteção contra o Desemprego (artigo 6); Proclamação de Teerã, Conferência Internacional de Direitos Humanos de Teerã, 13 de maio de 1968 (pars. 1, 2, 5, 8 e 11); Declaração e Programa de Ação de Viena, Conferência Mundial de Direitos Humanos, 14 a 25 de junho de 1993 (I.15; I.19; I.27; I.30; II.B.1, artigos 19 a 24; II.B.2, artigos 25 a 27); Declaração sobre os Direitos das Pessoas Pertencentes a Minorias Nacionais ou Étnicas, Religiosas e Linguísticas (artigos 2, 3, 4.1 e 5); Conferência Mundial contra o Racismo, Discriminação Racial, Xenofobia e Formas Conexas de Intolerância, Declaração e Programa de Ação, (parágrafos da

desenvolvido pela doutrina e pela jurisprudência. Na atual etapa da evolução do Direito Internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação ingressou no domínio do *jus cogens*. Sobre ele descansa o arcabouço jurídico da ordem pública nacional e internacional e permeia todo o ordenamento jurídico.<sup>297</sup>

270. No que respeita aos povos indígenas, a Corte em sua jurisprudência estabeleceu especificamente que “é indispensável que os Estados outorguem uma proteção efetiva que leve em conta suas particularidades próprias, suas características econômicas e sociais, assim como sua situação de especial vulnerabilidade, seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes”.<sup>298</sup>
271. Ademais, o Tribunal indicou que “os Estados devem abster-se de realizar ações que de qualquer maneira sejam dirigidas, direta ou indiretamente, a criar situações de discriminação *de jure* ou *de facto*”.<sup>299</sup> 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. Isto implica o dever especial de proteção que o Estado deve exercer com respeito a atuações e práticas de terceiros que, sob sua tolerância ou aquiescência, criem, mantenham ou favoreçam as situações discriminatórias”.<sup>300</sup>
272. Posto isso, referindo-se aos artigos 1.1 e 24 da Convenção, a Corte indicou que “a diferença entre os dois artigos radica em que a obrigação geral do artigo 1.1 refere-se ao dever do Estado de respeitar e garantir ‘sem discriminação’ os direitos contidos na Convenção Americana[. E]m outras palavras, se um Estado discrimina no respeito ou garantia de um direito convencional, violaria o artigo 1.1 e o direito substantivo em questão. Se, ao contrário, a discriminação refere-se a uma proteção desigual da lei interna, violaria o artigo 24”.<sup>301</sup>
273. No presente caso está estabelecido que a situação de extrema e especial vulnerabilidade dos membros da Comunidade deve-se, *inter alia*, à falta de recursos adequados e efetivos que proteja os direitos dos indígenas e não só de maneira formal; a insuficiente presença de instituições estatais obrigadas a prestar serviços e bens aos membros da Comunidade, em especial, alimentação, água, saúde e educação; e à prevalência de uma visão da propriedade que concede maior proteção aos proprietários privados sobre as reivindicações territoriais indígenas, desconhecendo-se, com isso, sua identidade cultural e ameaçando sua subsistência física. Igualmente, ficou demonstrado o fato de que a declaração de reserva natural privada sobre parte do território reclamado pela Comunidade não levou em conta sua reivindicação territorial e esta tampouco foi consultada sobre a referida declaração.
274. Todo o anterior evidencia uma discriminação *de facto* contra os membros da Comunidade Xákmok Kásek, marginalizados no gozo dos direitos que o Tribunal declara violados nesta Sentença. Igualmente, evidencia-se que o Estado não adotou as medidas positivas necessárias para reverter tal exclusão.
275. Pelo exposto, e conforme as violações dos direitos previamente declaradas, a Corte considera que o Estado não adotou medidas suficientes e efetivas para garantir sem discriminação os direitos dos membros da Comunidade Xákmok Kásek, conforme o artigo 1.1 da Convenção, em relação aos direitos reconhecidos nos artigos 21.1, 8.1, 25.1, 4.1, 3 e 19 do mesmo instrumento.

Declaração: 1, 2, 7, 9, 10, 16, 25, 38, 47, 48, 51, 66 e 104); Convenção Relativa à Luta contra as Discriminações na Esfera do Ensino (artigos 1, 3 e 4); Declaração sobre a Raça e os Preconceitos Raciais (artigos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8 e 9); Declaração dos Direitos Humanos dos Indivíduos que não são Nacionais do País onde Vivem (artigo 5.1.b e 5.1.c); Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia (artigos 20 e 21); Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (artigo 14); Carta Social Europeia (artigo 19.4, 19.5 e 19.7); Protocolo nº 12 à Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (artigo 1); Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos “Carta de Banjul” (artigos 2 e 3); Carta Árabe sobre Direitos Humanos (artigo 2), e Declaração do Cairo sobre Direitos Humanos no Islã (artigo 1).

297. *A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03, par. 101, nota 295 *supra*, e *Caso Yatama Vs. Nicarágua. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C Nº 127, par. 184.

298. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs. Paraguai*, par. 63, nota 5 *supra*; *Caso do Povo Saramaka. Vs. Suriname*, par. 178, nota 16 *supra*, e *Caso Tiu Tojin Vs. Guatemala. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de novembro de 2008. Série C Nº 190, par. 96.

299. *A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03, par. 103, nota 295 *supra*.

300. *Cf. A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03, par. 104, nota 295 *supra*, e ONU, Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral nº 18, Não discriminação, 37º período de sessões, 11 de outubro de 1989, HRI/GEN/1/Rev.7.

301. *Proposta de Modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à Naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84, pars. 53 e 54, nota 294 *supra*, e *Caso Apitz Barbera e outros (“Corte Primeira do Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C Nº 182, par. 209.



## XII

## Reparações

## (Aplicação do artigo 63.1 da Convenção Americana)

276. Sobre a base do disposto no artigo 63.1 da Convenção, a Corte indicou que toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido dano comporta o dever de repará-lo adequadamente<sup>302</sup> e que essa disposição “reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre responsabilidade de um Estado”.<sup>303</sup>
277. Portanto, a Corte procederá a analisar tanto as pretensões da Comissão e dos representantes, como os argumentos do Estado a respeito, com o objetivo de dispor as medidas dirigidas a reparar as violações declaradas nesta Sentença.

**1. Parte lesada**

278. O Tribunal tomará como parte lesada os membros da Comunidade Xákmok Kásek que sofreram as violações declaradas nos Capítulos VI, VII, VIII, IX, X e XI desta Sentença.

**2. Medidas de restituição**

279. A Comissão solicitou que se ordene ao Estado adotar com brevidade as medidas necessárias para fazer efetivo o direito de propriedade e a posse da Comunidade e seus membros sobre seu território ancestral, “em particular para delimitar, demarcar e titular suas terras de acordo com seu direito consuetudinário, valores, usos e costumes”, assim como que se ordene “a adoção de medidas necessárias para proteger o *habitat* reclamado pela Comunidade Indígena, enquanto não se produza a delimitação, demarcação e titulação do território ancestral em favor da Comunidade [...] especificamente aquelas medidas tendentes a evitar danos imediatos e irreparáveis resultantes das atividades de terceiros”. Ademais, indicou que somente “caso existam motivos objetivos e fundamentados que impossibilitem o Estado de adjudicar o território identificado como o tradicional da Comunidade, este deverá entregar-lhe terras alternativas de extensão e qualidade suficiente, que serão escolhidas de maneira consensual”. Além disso, os representantes solicitaram que se ordene ao Estado a restituição de suas terras, em extensão e qualidade suficiente, de acordo com o que foi a reivindicação comunitária, na área identificada como parte constitutiva de seu *habitat* tradicional e a entrega gratuita do título destas terras.
280. Ao contestar a demanda, o Estado aceitou este ponto e reconheceu o “direito à propriedade da terra comunitária da Comunidade Indígena Xákmok Kásek, na forma e condições estabelecidas pela Constituição Nacional e as leis vigentes na República do Paraguai”. Em particular, manifestou que ratificava “sua disposição de entregar a título gratuito à Comunidade [...], tal como dispõe a Constituição Nacional e a legislação vigente, uma quantidade de terra segundo o número estável e permanente de seus membros [...], dentro do território delimitado no Chaco Paraguai, assentamento tradicional do povo Enxet-Lengua [...] e sem afetar direitos de terceiros que justifiquem direitos de propriedade e racional exploração”. Finalmente, solicitou à Corte que “autorize o Estado a buscar um imóvel, dentro do território histórico dos Enxet Lengua, onde conceder a propriedade à nova comunidade Xákmok Kásek, coisa que o Estado nunca se negou”. Por outra parte, indicou que a respeito da titulação de 1.500 hectares “está em trâmite de transferência perante o Tabelionato Maior de Governo para formalizar a subscrição da Escritura Pública em favor da Comunidade”.

**2.1. Devolução do território tradicional reclamado**

281. À luz de suas conclusões no capítulo VI relativo aos artigos 21.1, 8.1 e 25.1 da Convenção, a Corte considera que a devolução das terras tradicionais aos membros da Comunidade Xákmok Kásek é a medida de reparação que mais se aproxima à *restitutio in integrum*, de modo que dispõe que o Estado deve adotar todas as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outra índole necessárias para assegurar aos membros da Comunidade o direito de propriedade sobre suas terras tradicionais e, portanto, seu uso e gozo.
282. O vínculo dos membros da Comunidade com os referidos territórios é fundamental e indissociável para

302. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C Nº 7, par. 25; *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*, par. 227, nota 8 *supra*, e *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colômbia*, par. 211, nota 8 *supra*.

303. Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C Nº 77, par. 62; *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*, par. 227, nota 8 *supra*, e *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colômbia*, par. 211, nota 8 *supra*.

sua sobrevivência alimentar e cultural, por isso a importância de sua devolução. Contrário ao que indica o Estado, as terras a serem entregues aos membros da Comunidade não são qualquer imóvel “dentro do território histórico dos Enxet Lengua”, mas o território que os membros da Comunidade demonstraram neste caso que é seu território tradicional específico e mais apto para o assentamento indígena (par. 107 *supra*).

283. Consequentemente, o Estado tem a obrigação de devolver aos membros da Comunidade os 10.700 hectares reclamados por esta e identificados como *Mompey Sensap* (hoje *Retiro Primero*) e *Makha Mompena* (hoje *Retiro Kuñataí*). A identificação específica de referido território e seus limites deverão ser realizadas pelo Estado, no prazo de um ano a partir da notificação desta Sentença, através dos meios técnicos especializados para tal fim, com a participação dos líderes da Comunidade e seus representantes livremente eleitos.
284. Uma vez identificado plenamente o território tradicional dos membros da Comunidade, da forma e no prazo indicados no parágrafo anterior, no caso de que este se encontre em mãos de particulares, sejam estas pessoas físicas ou jurídicas, o Estado deverá, através de suas autoridades competentes, decidir se procede a expropriação do território em favor dos indígenas. Para resolver esta questão, as autoridades estatais devem seguir os padrões estabelecidos nesta Sentença (pars. 85 a 170 *supra*), tendo em consideração a especial relação que os indígenas têm com suas terras para a preservação de sua cultura e sua sobrevivência. Em nenhum caso a decisão das autoridades internas deverá basear-se exclusivamente em que referidas terras estejam em mãos privadas ou que estejam racionalmente exploradas, em função das considerações expostas no parágrafo 149 desta Sentença. Fazê-lo seria desconhecer a presente decisão e uma violação aos compromissos adquiridos soberanamente pelo Paraguai.
285. O Estado tem um prazo de três anos a partir da notificação da presente Sentença para a devolução das terras tradicionais aos membros da Comunidade, para o qual deverá resolver sobre a procedência da expropriação e, se for o caso, realizá-la. O Estado deverá realizar dentro desse termo as diligências necessárias para tal fim. Igualmente, dentro desse prazo, o Estado poderá promover, se for o caso, as medidas de negociação para a compra das terras correspondentes.
286. Se por motivos objetivos e fundamentados –entre os quais, se reitera, não poderão arguir-se exclusivamente o fato de que as terras estejam em mãos privadas ou estejam racionalmente exploradas– as autoridades paraguaias resolvam dar prioridade ao direito à propriedade dos particulares sobre o direito à propriedade dos membros da Comunidade, deverá entregar a estas terras alternativas, dentro do território tradicional de seus antepassados. A escolha destas terras deverá ser consensual com os membros da Comunidade, conforme suas próprias formas de tomada de decisões. Reitera-se que o oferecimento de terras alternativas unicamente será procedente uma vez que se tenha valorado adequadamente, conforme o indicado nesta Sentença, que a expropriação não é procedente e que não tenham sido concretizadas as negociações para a compra das terras.
287. Diante de solicitação fundada do Estado, o Tribunal poderá conceder-lhe uma extensão de prazo de um ano para continuar com os respectivos procedimentos internos instaurados para a devolução do território tradicional. A solicitação de extensão de prazo deverá ser apresentada à Corte com ao menos três meses de antecipação ao vencimento do prazo de três anos fixado no parágrafo 285 desta Sentença, segundo corresponda. Se o Estado não apresentar sua solicitação de extensão de prazo com a antecedência indicada, a Corte entenderá que desistiu de sua faculdade de solicitá-la. O Tribunal rejeitará qualquer solicitação que seja apresentada extemporaneamente. Caso seja apresentada a solicitação de extensão de prazo de maneira oportuna, a Corte a trasladará à Comissão e aos representantes das vítimas, para que apresentem as observações que considerem pertinentes. O Tribunal resolverá se concede ou não a extensão de prazo tendo em conta as razões aduzidas pelo Estado em sua solicitação, as observações da Comissão e dos representantes e as gestões previamente iniciadas pelo Estado para cumprir com seu dever de entregar as terras aos membros da Comunidade. Não concederá a extensão de prazo se, a seu critério, o Estado não tiver realizado ações e gestões suficientes para cumprir esta medida de reparação. Finalmente, o Estado deverá informar de maneira precisa e detalhada a cada seis meses sobre as ações que realizou para a devolução do território tradicional às vítimas.
288. Tendo em consideração o anterior, a Corte dispõe que se o prazo de três anos fixado nesta Sentença vencer, ou se for o caso, se a extensão de prazo concedida conforme o parágrafo 287 vencer ou for denegada pelo Tribunal, sem que o Estado tenha entregado as terras tradicionais, ou se for o caso as terras alternativas, conforme o exposto nos parágrafos 283 a 286, deverá pagar aos líderes da Comunidade, em representação

de seus membros, uma quantia de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) por cada mês de atraso. A Corte entende esta reparação como uma indenização para as vítimas pelo descumprimento dos prazos fixados nesta Sentença e os correlativos danos materiais e imateriais que isso comportaria, e portanto, não constitui uma indenização substitutiva da devolução das terras tradicionais, ou se for o caso, das terras alternativas aos membros da Comunidade.

289. A contabilização dos meses que o Estado deve indenizar à Comunidade por sua demora em cumprir esta Sentença cessará quando da entrega definitiva do território tradicional, ou se for o caso, das terras alternativas.
290. No procedimento de supervisão do cumprimento desta Sentença, a Corte determinará as datas nas quais o Estado deverá fazer os respectivos pagamentos aos líderes da Comunidade pelo atraso no cumprimento desta medida de reparação. Tais pagamentos deverão ser feitos conforme as diretrizes estipuladas na seção “modalidade dos pagamentos” desta Sentença (pars. 332 a 336 *infra*). Se o Estado descumprir as datas que a Corte vier a fixar para a realização destes pagamentos, deverá pagar juros de mora, conforme o estipulado no parágrafo 336 *infra*. As quantias correspondentes serão entregues aos líderes devidamente reconhecidos da Comunidade, os quais disporão do dinheiro conforme decida a Comunidade segundo sua própria forma de tomada de decisões.

## **2.2. Proteção do território reclamado**

291. O Estado não deverá realizar nenhum ato que dificulte ainda mais o resultado da Sentença. Nesse sentido, até que não se entregue o território tradicional aos membros da Comunidade, o Estado deverá velar para que tal território não se veja prejudicado por ações do próprio Estado ou de terceiros particulares. Assim, deverá assegurar que não se desfloreste a zona, não se destruam os lugares culturalmente importantes para a Comunidade, não se transfiram as terras e não se explore o território de tal forma que prejudique irreparavelmente a zona ou os recursos naturais que nela existam.

## **2.3. Titulação das terras em “25 de Febrero”**

292. O Estado manifestou que se encontra tramitando a titulação dos 1.500 hectares do local denominado “25 de Febrero”, onde se encontra atualmente assentada a Comunidade. Entretanto, ressaltou alguns inconvenientes para a titulação e inscrição do terreno em razão de problemas formais de representação e de inscrição de líderes comunitários.
293. A esse respeito, o Tribunal considera que todos esses obstáculos formais para a titulação desta terra devem ser solucionados pelo mesmo Estado, conforme o exposto nos parágrafos 48 e 49. Especificamente, o Estado deverá, através de suas autoridades competentes, garantir a correção das inconsistências sobre a inscrição dos líderes da Comunidade para os efeitos legais que sejam necessários. Para isso conta com um prazo de seis meses, a partir da notificação desta Sentença.
294. Por outro lado, este Tribunal ordena que o Estado deverá titular, dentro do prazo de um ano a partir da notificação desta Sentença, os 1.500 hectares cedidos pelas comunidades Angaité em favor dos membros da Comunidade Xákmok Kásek (pars. 76 a 78 *supra*), o que permitirá a seus membros assegurar um território e sua sobrevivência de maneira transitória, enquanto são demarcadas e tituladas as terras tradicionais da Comunidade. Para este Tribunal é relevante destacar o sentido de solidariedade e unidade que as comunidades Angaité tiveram com a Comunidade Xákmok Kásek.
295. O Tribunal ressalta que a titulação dos referidos 1.500 hectares em nada prejudica ou incide na devolução do território tradicional ao qual têm direito os membros da Comunidade Xákmok Kásek, conforme os parágrafos 281 a 290 desta Sentença.

## **3. Medidas de satisfação**

### **3.1. Ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional**

296. Os representantes solicitaram que seja realizado um ato público de reconhecimento de responsabilidade no assentamento principal da Comunidade, de acordo com seus costumes e tradições e que seja difundido nos meios de comunicação. O Estado indicou que “não tem inconvenientes em conceder reconhecimento público, sempre e quando for definido em que consiste a pretensão exposta pela Comunidade [...] e [...] seja realizado de maneira similar ao realizado nos casos Yakye Axa e Sawhoyamaya”.

297. Como foi disposto em outros casos,<sup>304</sup> com o fim de reparar o dano causado às vítimas, a Corte considera que o Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade internacional pelas violações declaradas nesta Sentença. Este ato deverá ser decidido previamente com a Comunidade. Igualmente, o ato deverá ser realizado no assentamento atual da Comunidade, em uma cerimônia pública, com a presença de altas autoridades do Estado e dos membros da Comunidade, inclusive daqueles que residem em outras zonas, para este fim o Estado deverá dispor os meios necessários para facilitar o transporte. No mencionado ato deverá ser dada participação aos líderes da Comunidade. Além disso, o Estado deve realizar referido ato tanto nos idiomas próprios da Comunidade como em espanhol e guarani e ser difundido através de uma emissora de amplo espectro no Chaco. Para isso, o Estado tem um prazo de um ano a partir da notificação da presente Sentença.

### 3.2. Publicação e difusão radiofônica da Sentença

298. Apesar de que os representantes não solicitaram esta medida de reparação, a Corte considera que a mesma é relevante e transcendente como medida de satisfação, em razão do longo tempo que os membros da Comunidade levam reclamando seus direitos. Por essa razão, como foi disposto por este Tribunal em outros casos,<sup>305</sup> o Estado deverá publicar, por uma única vez, no Diário Oficial, os parágrafos 1 a 5, 32, 42, 43, 48 a 50, 64 a 84, 89, 95, 99, 101, 102, 106, 107, 109 a 116, 119 a 121, 127 a 131, 134 a 138, 143 a 145, 149 a 154, 158, 161, 162, 166, 168 a 170, 182, 189 a 193, 195, 196, 200 a 202, 205, 206, 208, 213 a 217, 222, 223, 225 a 234, 240, 244, 251 a 255, 259 a 260, 263, 264, 273 a 275, e 278, todos eles incluindo os nomes de cada capítulo e a seção respectiva sem as notas de rodapé, assim como a parte resolutiva da presente Sentença, e em outro jornal de ampla circulação nacional o resumo oficial da Sentença elaborado pela Corte. Adicionalmente, como foi ordenado pela Corte em ocasiões anteriores,<sup>306</sup> a presente Decisão deverá ser publicada integralmente em um sítio web oficial e estar disponível durante o período de um ano. Para realizar as publicações nos jornais e na Internet será fixado o prazo de seis meses, a partir da notificação da presente Sentença.

299. Por outro lado, como já foi feito com anterioridade,<sup>307</sup> o Tribunal considera apropriado que o Estado dê publicidade, através de uma emissora de rádio de ampla cobertura na região do Chaco, do resumo oficial da Sentença elaborado pela Corte. Para esse efeito, o Estado deverá traduzir o resumo oficial da Sentença nos idiomas *sanapaná*, *enxet* e *guarani*. As transmissões de rádio deverão ser realizadas no primeiro domingo do mês pelo menos em quatro oportunidades e deverá ser enviada uma gravação das mesmas ao Tribunal uma vez que sejam realizadas. Para isso, o Estado tem um prazo de seis meses, a partir da notificação da presente Sentença.

### 4. Medidas de reabilitação: Fornecimento de bens e prestação de serviços básicos

300. A Comissão solicitou que fosse ordenado ao Estado “prover de imediato” os membros da Comunidade de bens e serviços adequados de água, educação, assistência sanitária e acesso à alimentação necessária para sua subsistência. Os representantes coincidiram com essa solicitação. O Estado indicou que “aceitava[...] a solicitação de estabelecimento de um posto de saúde, uma escola para ensino secundário, provisão de água potável e infraestrutura sanitária para a Comunidade”.

301. Conforme as conclusões expostas no Capítulo VII relativo ao artigo 4 da Convenção Americana, a Corte dispõe que enquanto se entrega o território tradicional, ou se for o caso as terras alternativas, aos membros da Comunidade, o Estado deverá adotar de maneira imediata, periódica e permanente, as seguintes medidas: a) fornecimento de água potável suficiente para o consumo e asseio pessoal dos membros da Comunidade; b) revisão e atendimento médico e psicossocial de todos os membros da Comunidade, especialmente de meninos, meninas e pessoas idosas, acompanhada da realização periódica de campanhas de vacinação e tratamento de vermifugação que respeitem seus usos e costumes; c) atendimento médico especial para as mulheres que estão grávidas, tanto antes do parto como durante os primeiros meses depois deste, assim

304. Cf. *Caso Huilca Tecse Vs. Peru. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 03 de março de 2005. Série C Nº 121, par. 111; *Caso do Massacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, par. 261, nota 12 *supra*, e *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colômbia*, par. 222, nota 8 *supra*.

305. Cfr. *Caso Barrios Altos Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 30 de novembro de 2001. Série C Nº 87, Ponto Resolutivo 5.d); *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*, par. 244, nota 8 *supra*, e *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colômbia*, par. 220, nota 8 *supra*.

306. Cf. *Caso das Irmãs Serrano Cruz Vs. El Salvador. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 01 de março de 2005. Série C Nº 120, par. 195; *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*, par. 244, nota 8 *supra*, e *Caso Manuel Cepeda Vargas Vs. Colômbia*, par. 220, nota 8 *supra*.

307. Cf. *Caso Yatama Vs. Nicarágua*, par. 253, nota 297 *supra*; *Caso Tiu Tojin Vs. Guatemala*, par. 108, nota 298 *supra*, e *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*, par. 245, nota 8 *supra*.

como para o recém-nascido; d) entrega de alimentos em qualidade e quantidade suficientes para assegurar uma alimentação adequada; e) instalação de latrinas ou qualquer tipo de serviço sanitário adequado no assentamento da Comunidade, e f) dotar a escola dos materiais e recursos humanos necessários para garantir o acesso à educação básica para meninos e meninas da Comunidade, prestando especial atenção a que a educação ministrada respeite suas tradições culturais e garanta a proteção de sua própria língua. Para esses efeitos, o Estado deverá realizar as consultas que sejam necessárias aos membros da Comunidade.

302. A obrigação indicada no parágrafo anterior é de cumprimento imediato.
303. Sem prejuízo do indicado, a efeitos de que a prestação de bens e serviços básicos seja adequada e periódica, o Estado deverá elaborar um estudo, no prazo de seis meses a partir da notificação desta Sentença, no qual estabeleça:
- a) a respeito da entrega de água potável: 1) a periodicidade na qual as entregas devem ser realizadas; 2) o método que deve ser empregado para realizar as entregas e assegurar a preservação sanitária da água, e 3) a quantidade a ser entregue por pessoa e/ou por família;
  - b) a respeito do atendimento médico e psicossocial, assim como a entrega de medicamentos: 1) a periodicidade na qual se requer que pessoal médico visite a Comunidade; 2) as principais doenças e enfermidades que afetam os membros da Comunidade; 3) os medicamentos e o tratamento necessário para essas doenças; 4) o atendimento pré-natal e pós-natal necessário, e 5) a forma e periodicidade em que se devem realizar os processos de vacinação e tratamento de vermifugação;
  - c) a respeito da entrega de alimentos: 1) os tipos de alimentos a ser entregues aos membros da Comunidade para garantir uma alimentação nutricional adequada; 2) a periodicidade na qual as entregas devem ser realizadas; 3) a quantidade de alimentos a ser entregues por pessoa e/ou por família;
  - d) a respeito do manejo efetivo e higiênico dos resíduos biológicos: o tipo e quantidade de serviço sanitário a entregar, e
  - e) a respeito do suprimento de materiais e recursos humanos à escola da Comunidade: 1) os recursos físicos e humanos que a escola precisa para garantir uma educação bilíngue adequada; 2) os materiais que cada aluno necessita para ser educado adequadamente, e 3) os insumos que os professores da escola requerem para ministrar suas aulas.
304. Para a elaboração do estudo mencionado no parágrafo anterior, os especialistas encarregados do mesmo deverão ter os conhecimentos técnicos específicos requeridos para cada tarefa. Ademais, estes especialistas deverão contar sempre com o ponto de vista dos membros da Comunidade, expressado conforme suas próprias formas de tomada de decisões. Este estudo poderá ser realizado pela Comissão Interinstitucional (CICSI).<sup>308</sup>
305. Uma vez que o Estado envie ao Tribunal o estudo, o mesmo será transmitido à Comissão e aos representantes, para que enviem as observações que considerem pertinentes. A Corte, tendo em conta o parecer das partes, poderá dispor que o Estado requeira aos especialistas que completem ou ampliem o estudo. A partir de então, o Estado deverá adequar a entrega de bens e serviços básicos aos membros da Comunidade, ordenada no parágrafo 301, de acordo com as conclusões que os especialistas tenham chegado em seu relatório.
306. Finalmente, dadas as dificuldades que os membros da Comunidade têm para ter acesso aos centros de saúde (par. 208 *supra*), o Estado deverá estabelecer no lugar onde se assenta a Comunidade temporariamente, ou seja, em “25 de Febrero”, um posto de saúde permanente, com os medicamentos e insumos necessários para atendimento de saúde adequado. Para isso conta com um prazo de seis meses a partir da notificação da presente Sentença. Igualmente, deverá estabelecer imediatamente neste assentamento um sistema de comunicação que permita às vítimas contatar-se com as autoridades de saúde competentes, para o atendimento de casos de emergência. Caso seja necessário, o Estado proverá o transporte para as pessoas que assim o requeiram. Posteriormente, o Estado deverá assegurar-se que o posto de saúde e o sistema de comunicação sejam trasladados ao lugar onde a Comunidade se assente definitivamente.

308. Cf. Decreto nº 1.595 de 26/02/2009, “pelo qual é criada e integrada uma Comissão Interinstitucional responsável pela execução das ações necessárias para o cumprimento das Sentenças Internacionais (CICSI), proferidas pela Corte Interamericana de Direitos Humanos (Corte IDH) e as recomendações da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH)” (anexos à contestação da demanda, anexo 5.5, tomo VIII, folhas 3591 - 3595).

## 5. Garantias de não repetição

### 5.1. Implementação de programas de registro e documentação

307. Os representantes e a Comissão solicitaram que seja implementado um sistema que possibilite o registro de nascimento e emissão de carteiras de identidade para meninos e meninas da Comunidade “sem terem de se deslocar até a Capital”. O Estado informou sobre os trabalhos realizados na Comunidade em relação aos registros de nascimentos, emissão de carteiras de identidade e carteiras étnicas de seus membros (par. 247 *supra*).
308. Em razão das conclusões estabelecidas no Capítulo IX relativo ao artigo 3 da Convenção, a Corte dispõe que o Estado deve realizar, no prazo máximo de um ano a partir da notificação da presente Sentença, um programa de registro e documentação, de tal forma que os membros da Comunidade possam ser registrados e obter seus documentos de identificação.

### 5.2. Adequação da legislação interna à Convenção

309. À luz das conclusões do Capítulo VI da presente Sentença, a Corte considera que é necessário que o Estado garanta o gozo efetivo dos direitos reconhecidos pela Convenção Americana, por sua Constituição Nacional e sua legislação. Para o Tribunal, a responsabilidade internacional do Estado no presente caso foi gerada por não ter adequado a legislação para garantir o direito à propriedade do território tradicional das comunidades indígenas, assim como pelo fato de que as práticas institucionais limitam ou não garantem plenamente a aplicação efetiva das normas que, formalmente, estão estabelecidas para garantir os direitos dos membros das comunidades indígenas. Na opinião da Corte, o interesse social da propriedade para as comunidades indígenas deve ser traduzido na consideração das circunstâncias de serem terras ancestrais indígenas, o que deve ser refletido tanto no plano substantivo como processual.
310. Em consequência, o Estado, no prazo de dois anos, deverá adotar em seu direito interno, segundo o disposto no artigo 2 da Convenção Americana, as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para criar um sistema eficaz de reclamação de terras ancestrais ou tradicionais dos povos indígenas que possibilite a concretização de seu direito de propriedade. Este sistema deverá consagrar normas substantivas que garantam: a) que se leve em conta a importância de que os indígenas tenham sua terra tradicional, e b) que não seja suficiente que as terras reclamadas estejam em mãos privadas e sejam racionalmente exploradas para rejeitar qualquer pedido de reivindicação. Ademais, este sistema deverá consagrar que uma autoridade judicial seja competente para resolver os conflitos que sejam apresentados entre os direitos à propriedade dos particulares e dos indígenas.

### 5.3. Sobre o decreto que declara como área silvestre protegida parte do território reclamado pelos membros da Comunidade

311. Em relação às práticas judiciais, este Tribunal estabeleceu que é consciente de que os juízes e tribunais internos estão sujeitos ao império da lei e, por isso, estão obrigados a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico.<sup>309</sup> Mas quando um Estado ratificou um tratado internacional como a Convenção Americana, seus juízes, como parte do aparato do Estado, também estão submetidos a ela, o que lhes obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam diminuídos pela aplicação de leis contrárias a seu objeto e fim. Em outras palavras, o Poder Judiciário deve exercer um “controle de convencionalidade” *ex officio* entre as normas internas e a Convenção Americana, evidentemente no contexto de suas respectivas competências e das regulações processuais correspondentes. Nesta tarefa, o Poder Judiciário deve ter em conta não somente o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.<sup>310</sup>
312. Neste caso, o Decreto nº 11.804 emitido em 31 de janeiro de 2008 que declarou como área silvestre protegida sob domínio privado parte do território reclamado pela Comunidade ignorou a reivindicação indígena apresentada ante o INDI sobre as referidas terras e, conforme os próprios organismos internos especializados, deveria ser considerado nulo (par. 181 e 161 *supra*).

309. Cf. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, par. 124, nota 39 *supra*; *Caso La Cantuta Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de novembro de 2006. Série C Nº 162, par. 173, e *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, par. 339, nota 12 *supra*.

310. Cf. *Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile*, par. 124, nota 39 *supra*; *Caso La Cantuta Vs. Peru*, par. 173, nota 308 *supra*, e *Caso Radilla Pacheco Vs. México*, par. 339, nota 12 *supra*.

313. Em consequência, o Estado deverá adotar as medidas necessárias para que o Decreto nº 11.804 não seja um obstáculo para a devolução das terras tradicionais aos membros da Comunidade.

\* \* \*

314. Quanto às outras medidas de reparação solicitadas pelos representantes em seu escrito de petições e argumentos,<sup>311</sup> a Corte considera que a emissão da presente Sentença e as reparações ordenadas neste Capítulo são suficientes e adequadas para reparar as consequências das violações sofridas.

## 6. Indenizações

### 6.1. Dano material

315. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano material e estabeleceu que o dano material supõe “a perda ou redução da renda das vítimas, os gastos efetuados com motivo dos fatos e as consequências de caráter pecuniário que tenham um nexo causal com os fatos do caso.”<sup>312</sup>

316. A Comissão indicou que para ser determinado o dano material a Corte deve ter em conta a cosmovisão da Comunidade e o efeito que produziu nela e seus membros o fato de não terem seu *habitat* tradicional e, entre outras consequências, estarem impedidos de realizar suas atividades de subsistência tradicionais. Os representantes solicitaram à Corte que fixe, em equidade, uma quantia indenizatória por dano material, tendo em conta que os membros da Comunidade e seus líderes tiveram que fazer numerosas gestões e deslocamentos durante os anos que durou o processo de reivindicação. O Estado considerou que não há relação entre o petitório da Comunidade relacionado com as indenizações reclamadas e os fatos denunciados.

317. A Corte considera que as ações e gestões realizadas pelos membros da Comunidade geraram gastos que devem ser considerados como dano emergente, em particular as ações ou diligências realizadas para a reivindicação de sua terra, de modo que seus líderes ou membros tiveram de se deslocar para efetuar as referidas diligências. Entretanto, o Tribunal observa que não foram oferecidos documentos ou comprovantes que deem suporte aos gastos realizados.

318. Em consequência, a Corte fixa, em equidade, uma compensação de US\$ 10.000.00 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América), como indenização pelos gastos relacionados aos traslados ou deslocamentos. A mencionada quantia deverá ser entregue aos líderes da Comunidade, no prazo de dois anos a partir da notificação da presente Sentença, para que invistam o dinheiro no que os membros da Comunidade decidam, conforme suas próprias formas de decisão.

### 6.2. Dano imaterial

319. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano imaterial e estabeleceu que o dano imaterial compreende “tanto os sofrimentos e as aflições causados à vítima direta e a seus familiares, a deterioração de valores muito significativos para as pessoas, assim como as alterações, de caráter não pecuniário, nas condições de existência da vítima ou de sua família”.<sup>313</sup>

320. A Comissão alegou que “não somente a perda de um ente querido causa danos morais, mas também as condições desumanas [que afetaram os] membros da Comunidade Xákmok Kásek, questão que neste caso adquire especial importância porque esta situação deveu-se à falta de garantia [...] do direito da Comunidade a seu território ancestral”. Ademais, solicitou “que se ordene ao Estado [...] pagar uma soma à Comunidade e a seus membros em virtude do dano moral que sofreram como consequência direta das violações [...] da Convenção Americana”. Igualmente, a Comissão solicitou ao Tribunal “que ordene ao Estado pagar aos

311. Os representantes solicitaram: i) o estabelecimento de um Fundo para bolsas de estudos a níveis secundários e universitários destinadas aos jovens da Comunidade Xákmok Kásek; ii) estabelecimento de um Fundo para projetos para fortalecer a cultura e a língua das Comunidades dos povos Exent, Angaité e Sanapaná do Chaco Paraguai, sendo executados com a participação da Comunidade Xákmok Kásek e outras Comunidades do *Baixo Chaco*, e iii) estabelecimento de um mecanismo de consulta aos povos e/ou comunidades indígenas, regulamentando o disposto na Convenção 169 da OIT a fim de garantir sua participação nos trâmites estatais que afetem seus interesses.

312. Cf. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C Nº 91, par. 43; *Caso do Massacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, par. 275, nota 12 *supra*, e *Caso Chitay Nech Vs. Guatemala*, par. 261, nota 8 *supra*.

313. Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*, par. 84, nota 303 *supra*; *Caso do Massacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, par. 255, nota 12 *supra*, e *Caso Chitay Nech Vs. Guatemala*, par. 273, nota 8 *supra*.

familiares dos membros falecidos da Comunidade uma cifra disposta em equidade”. Os representantes coincidiram com a Comissão.

321. Este Tribunal valorará no momento de fixar o dano imaterial o significado especial que a terra possui para os povos indígenas em geral, e para os membros da Comunidade Xákmok Kásek em particular (par. 107, 149 e 174 a 182 *supra*), o que implica que toda denegação ao gozo ou exercício dos direitos territoriais acarreta o menosprezo de valores muito representativos para os membros dos referidos povos, os quais correm o perigo de perder ou sofrer danos irreparáveis em sua vida e identidade e no patrimônio cultural a ser transmitido às futuras gerações.
322. Assim mesmo, a Corte leva em consideração que o Estado se comprometeu “ao desenvolvimento integral desta Comunidade mediante a elaboração e execução de projetos de renda coletiva da propriedade que lhe seja adjudicada, seja com financiamento interno ou mediante financiamento externo”.
323. Tendo isso em consideração e como foi feito em casos anteriores,<sup>314</sup> a Corte considera procedente ordenar, em equidade, que o Estado crie um fundo de desenvolvimento comunitário como compensação pelo dano imaterial sofrido pelos membros da Comunidade. Este fundo e os programas que chegarem a apoiar deverão ser implementados nas terras que sejam entregues aos membros da Comunidade, conforme os parágrafos 283 a 286 e 306 desta Sentença. O Estado deverá destinar a quantia de US\$ 700.000,00 (setecentos mil dólares dos Estados Unidos da América) para esse fundo, a respeito do qual devem ser destinados recursos, entre outras coisas, para a implementação de projetos educacionais, habitacionais, de segurança alimentar e de saúde, assim como de fornecimento de água potável e a construção de infraestrutura sanitária, em benefício dos membros da Comunidade. Estes projetos deverão ser determinados por um comitê de implementação, descrito a seguir, e deverão ser completados em um prazo de dois anos, a partir da entrega das terras aos membros da Comunidade.
324. O comitê a que se refere o parágrafo anterior estará encarregado de determinar as modalidades de implementação do fundo de desenvolvimento e deverá estar conformado no prazo de seis meses, a partir da entrega das terras aos membros da Comunidade, com a integração de três membros: um representante designado pela Comunidade indígena, outro pelo Estado e um designado de comum acordo entre as vítimas e o Estado. Se o Estado e as vítimas não tiverem chegado a um acordo a respeito da integração do comitê de implementação no prazo anteriormente indicado, a Corte decidirá.
325. Por outro lado, à luz das conclusões realizadas no capítulo da presente decisão sobre o artigo 4.1 da Convenção, a Corte considera procedente, conforme a equidade e baseando-se em uma apreciação prudente do dano imaterial, que o Estado entregue a soma compensatória de US\$ 260.000 (duzentos e sessenta mil dólares dos Estados Unidos da América) aos líderes da Comunidade Xákmok Kásek. Esta indenização por dano imaterial em favor dos membros da Comunidade que faleceram (par. 234 *supra*) deverá ser colocada à disposição de referidos líderes da Comunidade, no prazo de dois anos a partir da notificação desta Sentença, para que conforme seus costumes e tradições entreguem a quantia que corresponda aos familiares das pessoas falecidas ou invistam o dinheiro no que a comunidade decidir, conforme seus próprios procedimentos de decisão.

## 7. Custas e Gastos

326. A Comissão e os representantes solicitaram que fosse ordenado ao Estado o pagamento das custas e dos gastos originados no âmbito nacional na tramitação dos processos judiciais, administrativos e legislativos seguidos pelas vítimas ou seus representantes, assim como os originados no âmbito internacional na tramitação perante a Comissão e a Corte.
327. Os representantes nas alegações finais solicitaram um total de US\$ 32.534,17 (trinta e dois mil quinhentos e trinta e quatro dólares dos Estados Unidos da América e 17 centavos), o qual inclui valores por itens para trabalho de campo, viagens à Comissão Interamericana, viagens para litigar perante a Corte e gastos de envios.
328. O Estado indicou, a respeito da solicitação de pagamento de custas e gastos na ordem interna que “todos os procedimentos apresentados pelos advogados foram insuficientes ou inconclusivos”. Ademais, indicou que

314. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa vs Paraguai*, par. 234, nota 5 *supra*; *Caso Escué Zapata Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C Nº 164, par. 16, e *Caso do Povo Saramaka. Vs. Suriname*, pars. 201 e 202, nota 16 *supra*.



“é abusiva a representação da Comunidade, uma vez que à negligência do trabalho profissional encomendado, somam a absurda petição de que se ordene ao Estado abonar custas que não mereceram pelo mal serviço prestado”.

329. O Tribunal indicou que “as pretensões das vítimas ou seus representantes em matéria de custas e gastos, e as provas que as sustentam, devem ser apresentadas à Corte no primeiro momento processual que concedido, isto é, no escrito de petições e argumentos, sem prejuízo de que tais pretensões sejam atualizadas em um momento posterior, conforme as novas costas e gastos em que se tenha incorrido em razão do procedimento perante esta Corte”.<sup>315</sup> Igualmente, a Corte reitera que “não é suficiente a remissão de documentos probatórios, mas que se requer que as partes façam uma argumentação que relacione a prova com o fato que se considera representado, e que, ao tratar-se de alegados desembolsos econômicos, sejam estabelecidos com clareza os valores e a justificação dos mesmos”.<sup>316</sup>
330. A Corte constatou que os representantes incorreram em gastos perante este Tribunal relativos a transporte, correios e serviços de comunicação, entre outros, para o qual junto com o escrito de alegações finais enviaram alguns comprovantes. Entretanto, os representantes não enviaram prova detalhada do restante de gastos que supostamente foram realizados, mas é lógico supor que no trâmite interno e no trâmite perante a Comissão Interamericana incorreram em certos gastos.
331. Em consideração de tudo isso, a Corte fixa, em equidade, a quantia total de US\$ 25.000,00 (vinte e cinco mil dólares dos Estados Unidos da América), a título de gastos no litígio do presente caso. Esta quantia deverá ser paga pelo Estado aos líderes da Comunidade, que por sua vez entregarão à *Tierraviva* o que a Comunidade considere oportuno para compensar os gastos realizados por esta organização. No procedimento de supervisão de cumprimento da presente Sentença, o Tribunal poderá dispor o reembolso por parte do Estado às vítimas ou seus representantes dos gastos razoáveis devidamente comprovados.

#### **8. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados**

332. O Estado deverá efetuar o pagamento das indenizações a título de dano material e imaterial, assim como o reembolso de custas e gastos diretamente à Comunidade, através de seus líderes devidamente eleitos conforme suas tradições e costumes. O anterior deve ser realizado dentro do prazo de dois anos a partir da notificação da presente Sentença, nos termos dos parágrafos seguintes.
333. O Estado deve cumprir suas obrigações mediante o pagamento em dólares dos Estados Unidos da América ou em uma quantia equivalente em moeda paraguaia, utilizando para o respectivo cálculo a taxa de câmbio entre ambas as moedas que esteja vigente na praça de Nova York, Estados Unidos da América, no dia anterior ao pagamento.
334. Se por causas atribuíveis aos beneficiários não for possível que estes o recebam dentro do prazo indicado, o Estado consignará as referidas quantias a seu favor em uma conta ou certificado de depósito em uma instituição financeira paraguaia, em dólares estadunidenses e nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancária. Se no prazo de 10 anos a indenização não for reclamada, as quantias serão devolvidas ao Estado com os juros gerados.
335. As quantias indicadas na presente Sentença deverão ser entregues aos beneficiários integralmente, conforme o estabelecido nesta Decisão, sem reduções derivadas de eventuais encargos fiscais.
336. Caso o Estado incorra em mora, deverá pagar juros sobre a quantia devida, correspondente ao juro bancário moratório no Paraguai.

315. Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C Nº 170, par. 275; *Caso do Massacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, par. 302, nota 12 *supra*, e *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*, par. 284, nota 8 *supra*.

316. Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador*, par. 277, nota 314 *supra*; *Caso do Massacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala*, par. 301, nota 12 *supra*, e *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*, par. 284, nota 8 *supra*.

### XIII Pontos Resolutivos

337. Portanto,

#### **A CORTE**

#### **DECIDE,**

Por unanimidade,

1. Rejeitar a solicitação estatal de suspensão do presente procedimento contencioso, conforme o disposto nos parágrafos 36 a 50 desta Decisão.

#### **DECLARA,**

Por sete votos contra um, que

2. O Estado violou o direito à propriedade comunitária, às garantias judiciais e à proteção judicial, consagrados respectivamente nos artigos 21.1, 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma, em detrimento dos membros da Comunidade Xákmok Kásek, conforme o exposto nos parágrafos 54 a 182 desta Sentença.

Por sete votos contra um, que,

3. O Estado violou o direito à vida, consagrado no artigo 4.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento de todos os membros da Comunidade Xákmok Kásek, conforme o exposto nos parágrafos 195, 196, 202 a 202, 205 a 208, 211 a 217 desta Sentença.

Por sete votos contra um, que,

4. O Estado violou o direito à vida, contemplado no artigo 4.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento de Sara Gonzáles López, Yelsi Karina López Cabañas, Remigia Ruiz, Aida Carolina Gonzáles, NN Ávalos ou Ríos Torres, Abundio Inter Dermott, NN Dermott Martínez, NN García Dermott, Adalberto Gonzáles López, Roberto Roa Gonzáles, NN Ávalos ou Ríos Torres, NN Dermott Ruiz e NN Wilfrida Ojeda, conforme o exposto nos parágrafos 231 a 234 desta Sentença.

Por unanimidade, que,

5. O Estado violou o direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento de todos os membros da Comunidade Xákmok Kásek, conforme o exposto nos parágrafos 242 a 244 desta Sentença.

Por sete votos contra um, que,

6. O Estado violou o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, reconhecido no artigo 3 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento de NN Jonás Ávalos ou Jonás Ríos Torres, Rosa Dermott, Yelsi Karina López Cabañas, Tito García, Aída Carolina González, Abundio Inter. Dermot, NN Dermott Larrosa, NN Ávalos ou Ríos Torres, NN Dermott Martínez, NN Dermott Larrosa, NN García Dermott, Adalberto González López, Roberto Roa Gonzáles, NN Ávalos ou Ríos Torres, NN Ávalos ou Ríos Torres; NN Dermott Ruiz, Mercedes Dermott Larrosa, Sargento Giménez e Rosana Corrientes Domínguez, conforme o exposto nos parágrafos 251 a 254 desta Sentença.

Por unanimidade, que,

7. O Estado não violou o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica, reconhecido no artigo 3 da Convenção Americana, em detrimento da Comunidade Xákmok Kásek, conforme o exposto no parágrafo 255 desta Sentença.

Por unanimidade, que,

8. O Estado violou os direitos da criança, consagrados no artigo 19 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento de todos os meninos e meninas da Comunidade Xákmok Kásek, conforme o exposto nos parágrafos 259 a 264 desta Sentença.

Por sete votos contra um, que,

9. O Estado descumpriu o dever de não discriminar, contido no artigo 1.1 da Convenção Americana, em relação aos direitos reconhecidos nos artigos 21.1, 8.1, 25.1, 4.1, 3, e 19 do mesmo instrumento, de acordo com o exposto nos parágrafos 273 a 275 desta Sentença.

Por unanimidade, que,

10. O Estado expressou sua aceitação de certas reparações, conforme o disposto no parágrafo 32 desta Decisão, o que foi valorado pela Corte, de acordo com o disposto no mencionado parágrafo da presente Sentença.

### **E, DISPÕE**

Por unanimidade, que,

11. Esta Sentença constitui *per se* uma forma de reparação.
12. O Estado deverá devolver aos membros da Comunidade Xákmok Kásek os 10.700 hectares reclamados por esta, na forma e nos prazos estabelecidos nos parágrafos 281 a 290 desta Sentença.
13. O Estado deverá velar imediatamente que o território reclamado pela Comunidade não se veja prejudicado por ações do próprio Estado ou de terceiros particulares, conforme o disposto no parágrafo 291 desta Sentença.
14. O Estado deverá, dentro do prazo de seis meses a partir da notificação da presente Sentença, remover os obstáculos formais para a titulação dos 1.500 hectares em “25 de Febrero” em favor da Comunidade Xákmok Kásek, conforme o disposto no parágrafo 293 desta Sentença.
15. O Estado deverá titular, dentro do prazo de um ano a partir da notificação desta Sentença, os 1.500 hectares em “25 de Febrero” em favor da Comunidade Xákmok Kásek, conforme o estabelecido nos parágrafos 294 e 295 desta Sentença.
16. O Estado deverá realizar um ato público de reconhecimento de sua responsabilidade internacional, no prazo de um ano a partir da notificação desta Sentença, nos termos do parágrafo 297 da mesma.
17. O Estado deverá realizar as publicações ordenadas no parágrafo 298 desta Sentença, na forma e nos prazos indicados no mencionado parágrafo.
18. O Estado deverá dar publicidade, através de uma emissora de rádio de ampla cobertura na região do Chaco, ao resumo oficial da Sentença emitido pela Corte, na forma e no prazo indicados no parágrafo 299 desta Sentença.
19. O Estado, enquanto não realizar a entrega do território tradicional, ou se for o caso das terras alternativas, aos membros da Comunidade, deverá adotar de maneira imediata, periódica e permanente, as medidas indicadas nos parágrafos 301 e 302 desta Sentença.
20. O Estado deverá elaborar o estudo indicado no parágrafo 303 desta Sentença no prazo de seis meses a partir da notificação da presente Decisão, nos termos expostos nos parágrafos 304 e 305 do mesmo.
21. O Estado deverá estabelecer em “25 de Febrero” um posto de saúde permanente e com os medicamentos e insumos necessários para o atendimento de saúde adequado, no prazo de seis meses a partir da notificação da presente Sentença, nos termos do parágrafo 306 da mesma.
22. O Estado deverá estabelecer imediatamente em “25 de Febrero” o sistema de comunicação indicado no parágrafo 306 desta Sentença.
23. O Estado deverá assegurar-se de que o posto de saúde e o sistema de comunicação, indicados nos pontos resolutivos 21 e 22 *supra*, sejam trasladados ao lugar onde a Comunidade seja assentada definitivamente uma vez que tenha recuperado seu território tradicional, conforme o ordenado no ponto resolutivo 12 *supra*.
24. O Estado deverá realizar, no prazo máximo de um ano a partir da notificação da presente Sentença, um programa de registro e documentação, nos termos expostos no parágrafo 308 desta Sentença.
25. O Estado deverá, no prazo de dois anos a partir da notificação da presente Sentença, adotar em seu direito interno as medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter que sejam necessárias para criar um sistema eficaz de reclamação de terras ancestrais ou tradicionais dos povos indígenas que possibilite a concretização de seu direito de propriedade, nos termos expostos nos parágrafos 309 e 310 desta Decisão.
26. O Estado deverá adotar imediatamente as medidas necessárias para que o Decreto nº 11.804 que declarou parte do território reclamado pela Comunidade como área silvestre protegida não seja

um obstáculo para a devolução das terras tradicionais, conforme o exposto nos parágrafos 311 e 313 desta Sentença.

27. O Estado deverá, dentro do prazo de dois anos a partir da notificação desta Sentença, pagar as quantias fixadas nos parágrafos 318, 325 e 331 da presente Sentença a título de indenizações por danos materiais e imateriais e de restituição de custas e gastos, segundo corresponda, sob as condições e nos termos dos parágrafos 317, 321, 322 e 330 da presente Sentença.
28. O Estado deverá criar um fundo de desenvolvimento comunitário, nos termos expostos no parágrafo 323 desta Sentença, assim como formar um comitê de implementação do referido fundo, nos termos e prazos estabelecidos no parágrafo 324 da Decisão.
29. A Corte supervisionará o cumprimento íntegro desta Sentença, em exercício de suas atribuições e em cumprimento de seus deveres conforme a Convenção Americana, e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha dado total cumprimento ao disposto na mesma. Dentro do prazo de seis meses a partir da notificação desta Sentença o Estado deverá apresentar ao Tribunal um relatório sobre as medidas adotadas para dar-lhe cumprimento.

O Juiz Eduardo Vio Grossi fez conhecer à Corte seu Voto Concordante e o Juiz *Ad-Hoc* Augusto Fogel Pedrozo fez conhecer à Corte seu Voto Concordante e Dissidente, os quais acompanham a presente Sentença.

Redigida em espanhol e inglês, fazendo fé o texto em espanhol, em San José em 24 de agosto de 2010.

Diego García-Sayán  
Presidente

Leonardo A. Franco  
Margarette May Macaulay  
Alberto Pérez Pérez

Manuel E. Ventura Robles  
Rhadys Abreu Blondet  
Eduardo Vio Grossi

Augusto Fogel Pedrozo  
Juiz *Ad hoc*

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

Comunique-se e execute-se,

Diego García-Sayán  
Presidente

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

**VOTO CONCORDANTE DO JUIZ EDUARDO VIO GROSSI**  
**SENTENÇA DE 24 DE AGOSTO DE 2010,**  
**CASO DA COMUNIDADE INDÍGENA XÁKMOK KÁSEK VS. PARAGUAI,**  
**(MÉRITO, REPARAÇÕES E CUSTAS),**  
**DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**

**INTRODUÇÃO**

1. Concordo, através deste voto, com a decisão indicada, não só por compartilhar o que nela se indica, mas também porque se insere em uma direção que considero adaptada ao Direito e à Justiça, e em conformidade com o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional no que respeita aos povos indígenas, o que considero que deveria ser aprofundado.
2. Em oportunidades anteriores, a Corte Interamericana de Direitos Humanos - doravante a Corte IDH - determinou violações de direitos humanos com respeito aos membros de povos indígenas, interpretando o artigo 1.2 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos<sup>1</sup> - doravante, a Convenção - sob a perspectiva de que o titular dos direitos reconhecidos nela é a “*pessoa*” e que esta “*é todo ser humano*”.
3. Daí que a Corte IDH tenha constantemente declarado violações de direitos humanos em detrimento dos integrantes ou membros dos povos indígenas, sem fazê-lo, entretanto, ao menos de maneira direta e explícita, com relação a estes últimos enquanto, vale dizer, conjunto ou grupos étnicos diferenciados ou coletividades humanas com subjetividade jurídica internacional nesse âmbito.<sup>2</sup>

**I.- DIREITO DOS MEMBROS DOS POVOS INDÍGENAS**

**A.- Orientação tradicional**

4. Nesta oportunidade, a Corte IDH consolidou sua jurisprudência a esse respeito ao referir-se, enquanto vítimas neste caso, aos *membros da Comunidade Xákmok Kásek*,<sup>3</sup> e ao declarar, em seu detrimento e conseqüentemente, violações dos direitos humanos consagrados na Convenção,<sup>4</sup> ao dispor que lhes devolvam os 10.700 hectares reclamados<sup>5</sup> e ao decretar diversas medidas em seu favor.<sup>6</sup>

**B.- Doutrina interamericana<sup>7</sup>**

5. Tal perspectiva parecia ser compartilhada pela doutrina interamericana, como o demonstraria o Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, preparado pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 1997,<sup>8</sup> porquanto indica que:

*“Os povos indígenas têm os direitos coletivos indispensáveis ao pleno gozo dos direitos humanos*

1. Artigo 1:

*“1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.*

*2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano”.*

2. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua*. Exceções Preliminares. Sentença de 1º de fevereiro de 2000. Série C Nº 66; *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*. Mérito Reparaciones e Custas. Sentença de 17 de junho de 2005. Série C Nº 125, e *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai*. Mérito, Reparaciones e Custas. Sentença de 29 de março de 2006. Série C Nº 146.

3. Exemplos: parágrafos 54, 55, 78, 79, 109, 116, 120, 121, 154, 168, 169, 182, 193, 197, 208, 217, 242, 243, 244, 252, 275, 278, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 291, 294, 295, 301, 306, 308, 309, 313, 318, 321, 323, etc.

4. Pontos resolutivos 2, 3 e 5.

5. Ponto resolutivo 12.

6. Pontos 13, 15, 19 e 23, mesmo que nesses pontos resolutivos a referência direta que se faz é “*à Comunidade*”, mas ao referir-se aos parágrafos considerativos 291, 294 e 295, 301, e ao ponto 12 resolutivo, respectivamente, referida menção deveria entender-se realizada indiretamente com respeito “*aos membros da Comunidade*”.

7. Ainda quando sob este subtítulo sejam aludidas resoluções de dois órgãos de uma organização internacional, OEA, pelo que poderia ser considerado que se trataria melhor dito de manifestações da fonte auxiliar do Direito Internacional, denominadas “Resoluções das Organizações Internacionais Declarativas de Direito”, são catalogadas, portanto, como doutrina, outra fonte auxiliar do Direito Internacional, em atenção a que uma é uma proposta de Declaração ainda não adotada por quem corresponde e a outra contém observações sobre a primeira e em ambos os casos, são emitidas por órgãos consultivos da referida organização internacional.

8. AG/RES.1479 (XXVII-O/97).

*individuais de seus membros”<sup>9</sup>*

6. Por sua vez, os Comentários do Comitê Jurídico Interamericano ao referido Projeto, de 1998<sup>10</sup> seguiriam a mesma orientação ao afirmar que:

*“O Direito Internacional no âmbito dos direitos humanos protege, com poucas exceções, direitos individuais, embora se reconheça que, em certos casos o exercício de direitos individuais somente pode ser exercido efetivamente de maneira coletiva.”*

## II.- DIREITO DOS POVOS INDÍGENAS

### A.- Eventual nova perspectiva

7. Entretanto, também é certo que a Corte IDH, na mesma sentença de autos referiu-se à citada *Comunidade Xákmok Kásek* como o sujeito que reclama direitos, particularmente no que respeita o direito ao território<sup>11</sup> e a “*propriedade comunitária*” que lhe corresponderia<sup>12</sup> e, inclusive, menciona expressamente a Comunidade como beneficiária das medidas que decreta,<sup>13</sup> ainda que alguns destes últimos casos o faz referindo-se aos fundamentos da resolução onde, em troca, alude aos membros da coletividade<sup>14</sup> e em outros o faz indistintamente a estes e à Comunidade.<sup>15</sup>

8. Com essas referências, então, a Corte Interamericana de Direitos Humanos, sem afastar-se de sua posição tradicional, pareceria deixar margem para que no futuro pudesse dispor da possibilidade de adotar uma nova aproximação na matéria e isso, em particular, ao afirmar, no parágrafo 85 da decisão em análise, que

*“considerou que a estreita vinculação dos povos indígenas com suas terras tradicionais e os recursos naturais ligados à sua cultura que nelas se encontram, bem como os elementos incorpóreos que se desprendam deles, devem ser protegidos pelo artigo 21 da Convenção Americana.”<sup>16</sup>*

9. Do mesmo modo, no parágrafo 86 da mesma sentença, a Corte Interamericana de Direitos Humanos reproduz o que havia manifestado em outras oportunidades,<sup>17</sup> quanto a que entre os indígenas

*“existe uma tradição comunitária sobre uma forma comunal da propriedade coletiva da terra, no sentido de que a membresia não está centrada em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade. Os indígenas, pelo fato de sua própria existência têm o direito a viver livremente em seus próprios territórios; a estreita relação que os indígenas mantêm com a terra deve ser reconhecida e compreendida como a base fundamental de suas culturas, sua vida espiritual, sua integridade e sua sobrevivência econômica. Para as comunidades indígenas a relação com a terra não é meramente uma questão de posse e produção, mas um elemento material e espiritual do qual devem gozar plenamente, inclusive para preservar seu legado cultural e transmiti-lo às gerações futuras.”*

10. E no parágrafo 87 dessa decisão, a Corte Interamericana de Direitos Humanos acrescenta que

*“[a]lém disso, a Corte indicou que os conceitos de propriedade e posse nas comunidades indígenas podem ter um significado coletivo, no sentido de que a propriedade desta “não se centra em um indivíduo, mas no grupo e sua comunidade”. Esta noção do domínio e da posse sobre as terras não necessariamente corresponde à concepção clássica de propriedade, mas merece igual proteção do artigo 21 da Convenção. Desconhecer as versões específicas do direito ao uso e gozo dos bens, dadas pela cultura, usos, costumes e crenças de cada povo, equivaleria a sustentar que somente existe uma forma de usar e dispor dos bens, o que por sua vez significaria fazer ilusória a proteção do artigo 21 da Convenção para milhões de pessoas.”*

9. Artigo II.2. primeira frase.

10. OEA/Ser.Q CJI/doc.29/98 rev.2

11. Exemplo: parágrafo 64 e ss. e 80 e ss.

12. Exemplo: parágrafo 85 e ss.

13. Pontos Resolutivos 13 a 15, 23, 25 e 26.

14. Ver nota 6 *supra* com relação aos pontos resolutivos 13, 15 e 23.

15. Pontos Resolutivos 25 e 26.

16. Artigo 21. “Direito à Propriedade Privada

1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social.

2. Nenhuma pessoa pode ser privada de seus bens, salvo mediante o pagamento de indenização justa, por motivo de utilidade pública ou de interesse social e nos casos e na forma estabelecidos pela lei.

3. Tanto a usura como qualquer outra forma de exploração do homem pelo homem devem ser reprimidas pela lei”.

17. Cf. *Caso da Comunidade Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicarágua*, citada em nota 2, par. 149; *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai*, citada em nota 2, par. 118, e *Caso do Povo Saramaka. Vs. Suriname*, citada em nota 2, par. 90.

## B.- Caso do Paraguai

11. Com o fim de compreender o alcance dos parágrafos recém transcritos e em abono à tese de que a Corte Interamericana de Direitos Humanos pareceria vislumbrar uma orientação mais distante da postura clássica neste âmbito, há de se ter presente que no caso de autos tanto a Comissão Interamericana de Direitos Humanos como os representantes das vítimas reiteradamente indicaram que os direitos que consideram vulnerados pelo Paraguai eram os direitos tanto da *Comunidade Xákmok Kásek*, como de seus membros, sem que o Estado demandado em autos, o Paraguai, - doravante o Estado - controvertesse a qualidade da Comunidade como sujeito coletivo de direitos.<sup>18</sup>

12. Igualmente e na mesma ordem de ideias é procedente acrescentar, sempre no que respeita ao caso em questão, que mediante a Lei nº 234/93,<sup>19</sup> o Estado ratificou e incorporou a seu direito interno a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes de 1989, que em seu artigo 3.1 dispõe que:

*“Os povos indígenas e tribais deverão gozar plenamente dos direitos humanos e liberdades fundamentais, sem obstáculos nem discriminação. As disposições desta Convenção serão aplicadas sem discriminação aos homens e mulheres desses povos.”*

13. Por outro lado e em concordância com o recém indicado, igualmente deve ser advertido que a Constituição do Paraguai consagra direitos em favor tanto das comunidades indígenas quanto das coletividades<sup>20</sup> e que este Estado tem um Estatuto Indígena onde é reconhecida a personalidade jurídica das comunidades.<sup>21</sup>

14. É em razão de tudo isso, que levou a Corte Interamericana de Direitos Humanos a indicar, no caso *Yakye Axa*<sup>22</sup>, que:

*“A comunidade indígena, para a legislação paraguaia, deixou de ser uma realidade fática para passar a converter-se em sujeito pleno de direitos, que não se reduzem ao direito de seus membros individualmente considerados, mas se radicam na própria comunidade, dotada de singularidade própria.”*

15. Pareceria claro, então, que, ao menos no caso do Paraguai, tanto o Direito Internacional como seu Direito interno reconheceriam direitos aos povos indígenas enquanto tais e não só a seus membros.

## C.- Desenvolvimento progressivo do Direito Internacional

16. Tal situação estaria localizada, em consequência, no mesmo processo de mutação que estaria experimentando, neste âmbito, o Direito Internacional Geral e que coincidiria com a nova perspectiva que a Corte Interamericana de Direitos Humanos poderia utilizar no futuro no tratamento do tema<sup>23</sup> e que se manifesta, especialmente, a partir do disposto na mencionada Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes de 1989.

### a.- Resoluções de organizações internacionais

17. Efetivamente, esse processo de mudança seria expresso, por exemplo, na Declaração das Nações Unidas sobre os Direitos dos Povos Indígenas de 2007, que estabelece, em seu artigo 1, que:

*“Os indígenas têm direito, a título coletivo ou individual, ao pleno desfrute de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais reconhecidos pela Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal dos Direitos Humanos e o Direito Internacional dos Direitos Humanos.”*

18. Em igual sentido seria inserido o indicado em 2005 pelo Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais

18. Exemplo: Parágrafo 2.

19. Lei nº 234/93 que ratifica a Convenção nº 169 da OIT.

20. Constituição Nacional, artigos 62 e 63.

21. Lei nº 904/81, Estatuto das Comunidades Indígenas (folha 376 p1, mérito; folha 378 p2); Lei nº 1.372/88 (folha 376 p2 mérito).

22. *Caso da Comunidade Indígena Yakye Axa Vs. Paraguai*. Mérito Reparações e Custas. Sentença 17 de junho de 2005. Série C Nº 125, par. 83.

23. Artigo 31 da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados. “*Regra geral de interpretação.*”

1. *Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.*

3. *Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:*

c) *quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.*“

da Organização das Nações Unidas, quanto a que o direito a beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais que correspondam por razão das produções científicas, literárias ou artísticas também assiste aos povos indígenas em sua qualidade de sujeitos coletivos e não unicamente a seus membros como sujeitos individuais de direitos.<sup>24</sup>

19. Posteriormente e na mesma ordem de ideias, este Comitê, em sua Observação Geral nº 21 de 2009, interpretou que a expressão “*toda pessoa*” contida no artigo 15.1.a) do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais,<sup>25</sup>

*“refere-se tanto ao sujeito individual como ao sujeito coletivo. Em outras palavras, uma pessoa pode exercer os direitos culturais: a) individualmente; b) em associação com outras; ou c) dentro de uma comunidade ou um grupo”.*<sup>26</sup>

#### **b.- Doutrina Interamericana**

20. E inclusive a doutrina interamericana igualmente se inclinaria por esta tendência universal, como o demonstraria, ao mesmo tempo, o artigo II.1 do já mencionado Projeto de Declaração Americana sobre os Direitos dos Povos Indígenas, ao dispor que

*“Os povos indígenas têm direito ao pleno e efetivo gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais reconhecidos na Carta da OEA, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, na Convenção Americana sobre Direitos Humanos e em outros instrumentos internacionais sobre direitos humanos; e, nesta Declaração, nada pode ser interpretado no sentido de limitar, restringir ou negar de qualquer forma esses direitos ou no sentido de autorizar ação alguma que não se coadune com os princípios de Direito Internacional, inclusive o dos direitos humanos.”*

21. Tal opinião é reiterada no artigo XVIII.2. deste Projeto, ao indicar que

*“Os povos indígenas têm direito ao reconhecimento de sua propriedade e dos direitos de domínio sobre suas terras, territórios e recursos que ocupem historicamente, bem como ao uso daqueles a que tenham tido igualmente acesso para realizar suas atividades tradicionais e obter seu sustento.”*

22. Por sua vez, os também aludidos Comentários do Comitê Jurídico Interamericano ao recém citado Projeto, indicam, no parágrafo 3.6, que:

*“Está fora de toda dúvida que as populações indígenas e as pessoas que as integram têm direito ao gozo pleno e efetivo dos direitos humanos reconhecidos universalmente, e assim deve reafirmá-lo a Declaração [...]”*

#### **c.- Outros instrumentos**

23. Também outro instrumento jurídico internacional, mas esta vez de caráter regional, a Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, de 1986, seria inserido no mesmo predicamento ao estabelecer a proteção especial de certos direitos dos povos indígenas em função de seu exercício como direitos coletivos.<sup>27</sup>

### **III.- ALCANCE DOS DIREITOS HUMANOS DOS POVOS INDÍGENAS E DE SEUS MEMBROS**

#### **A.- Direitos específicos**

24. Então, poderia sustentar-se que os transcritos textos internacionais, alguns fontes autônomas do Direito Internacional, como os tratados, e outras fontes auxiliares do mesmo, como as resoluções de órgãos de organizações internacionais, fazem referências aos direitos humanos dos povos indígenas e também de seus

24. Observação Geral 17, pars. 7, 8 e 32.

25. Artigo 15

*“1. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de:*

*a) Participar da vida cultural;*

*b) Desfrutar o progresso científico e suas aplicações;*

*c) Beneficiar-se da proteção dos interesses morais e materiais decorrentes de toda produção científica, literária ou artística de que seja autor.*

*2. Entre as medidas que os Estados Partes no presente Pacto deverão adotar com a finalidade de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão aquelas necessárias à conservação, ao desenvolvimento e à difusão da ciência e da cultura.*

*3. Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a respeitar a liberdade indispensável à pesquisa científica e à atividade criadora.*

*4. Os Estados Partes no presente Pacto reconhecem os benefícios que derivam do fomento e do desenvolvimento da cooperação e das relações internacionais no domínio da ciência e da cultura.”*

26. Observação Geral 21, par. 9.

27. Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos: artigo 20 que protege o direito à existência e autodeterminação dos povos; artigo 21 que protege o direito sobre os recursos naturais e à propriedade sobre suas terras, artigo 22 que garante o direito ao desenvolvimento.



membros enquanto se trata de direitos específicos seja dessas coletividades seja de seus integrantes e, em consequência, distintos ou diferentes aos vigentes para todo ser humano, dado que se não fosse assim, não teria sentido ou não se justificaria referida proclamação especial ou peculiar através de algum dos instrumentos jurídicos indicados, os que precisamente procuram ter efeitos jurídicos, vale dizer, estabelecer ou determinar as obrigações jurídicas internacionais que se derivam dos direitos assim proclamados.

### **B.- Direitos da coletividade**

25. Todo o anterior permitiria, portanto, chegar a uma compreensão mais ampla do disposto no artigo 1 da Convenção,<sup>28</sup> no tocante a que a obrigação de respeitar e garantir a toda pessoa o exercício dos direitos consagrados por ela incluiria também as coletividades ou comunidades, como os povos indígenas, na medida em que a tais entidades lhes reconheçam pelo menos alguns desses direitos, os que, portanto, seus membros unicamente poderiam desfrutar e exercer por seu intermédio e em razão de que formam parte da mesma, o que, definitivamente implicaria que não seriam unicamente de caráter individual.

### **CONCLUSÃO**

26. Em outras palavras, tendo em conta o precedentemente exposto e aplicando o previsto no artigo 29.b e 29.d da Convenção,<sup>29</sup> poderia concluir-se que, conforme o desenvolvimento progressivo do Direito Internacional dos Direitos Humanos, seria procedente, por um lado, incluir no termo “*pessoa*” contido em diversos artigos daquela e como vítimas de violações a direitos consagrados pela mesma, não somente os membros, individualmente considerados, dos povos indígenas, mas também estes últimos enquanto tais e, por outra parte, conseqüentemente considerar entre esses direitos os concernentes aos referidos povos, com o que não somente se faria justiça, mas, além disso, a jurisprudência seria localizada assim, mais nitidamente e sem margem para equívocos, na moderna tendência que se estaria perfilando com cada vez maior nitidez no Direito Internacional que regulamenta esta matéria.

EVG.-

Eduardo Vio Grossi  
Juiz

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

28. Ver nota 1.

29. Artigo 29:

*“Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de:*

*...  
b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados;*

*... e*

*d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.”*

## VOTO CONCORDANTE E DISSIDENTE DO JUIZ AUGUSTO FOGEL PEDROZO

Participei no pronunciamento da Sentença proferida pela Corte no caso XÁKMOK KÁSEK e discordo de alguns pontos resolutivos da mesma, com base nos fundamentos expostos nas deliberações, e que compreenderam as seguintes considerações:

### I. Voto Concordante. Rejeição de Solicitação do Estado sobre suspensão do procedimento

1. No item **1 do Capítulo XIII “Pontos Resolutivos”** manifestei que concordo com a rejeição da solicitação do Estado sobre a suspensão do presente procedimento contencioso, pelos fundamentos expostos nos parágrafos 36 a 50 e também porque a diferente denominação da etnia apresentada pelos representantes da Comunidade Xákmok Kásek, embora constitua um problema para a transferência de domínio do imóvel, já que o direito registral exige o devido esclarecimento da mudança produzida, isso é corrigível através da perícia recentemente já realizada através do Perito do Estado, ao que acrescento que a Comunidade indígena Xákmok Kásek pertence ao povo Sanapaná da mesma família linguística que os Enxet-Lengua. Nas aldeias Sanapaná é frequente a convivência com outras famílias do grupo linguístico denominado Maskoy<sup>1</sup> (denominada por Kalish como Enlhet-Enenlhet), o que resulta na dificuldade de determinar, culturalmente, a que povo pertencem os descendentes de casais de dois povos diferentes e é necessário determinar a que povo se adscvem através de uma investigação com os membros da Comunidade.
2. No Censo indígena de 2002 é identificada a Comunidade Xákmok Kásek assentada na Fazenda Salazar como Sanapaná. Por outro lado, na obra “*Los Indígenas del Paraguay*” de José Zanardini e Walter Biederman é identificada como um dos lugares em que habitam a etnia Sanapaná a Fazenda Salazar com o nome de Xákmok Kásek; no entanto, representantes desta comunidade participaram no ano de 2003 em reuniões de comunidades Sanapaná com vistas à constituição de uma Associação de Comunidades Sanapaná.

### II. Voto em dissidência. Direito à Propriedade Comunitária, Garantias Judiciais e Proteção Judicial

3. A respeito de que o Estado violou os direitos à propriedade comunitária, às garantias judiciais e à proteção judicial, segundo o parágrafo 170 da Sentença, e com relação à alegada violação do artigo 21 da Convenção Americana, eu entendo que o direito de propriedade não pode ser interpretado isoladamente, mas ao contrário levando em consideração o conjunto do sistema jurídico no qual opera, levando em conta o direito nacional e o Direito Internacional.
4. A Constituição Nacional Paraguaia garante a propriedade privada –individual e corporativa– e a propriedade comunitária a que têm direito os povos indígenas; o artigo 63 reconhece e garante o direito dos povos indígenas a preservar e desenvolver sua identidade étnica no respectivo *habitat*. Ademais, o artigo 64 desta Constituição indica que:

*Os povos indígenas têm direito à propriedade comunitária da terra, em extensão e qualidade suficiente para a conservação e o desenvolvimento de suas formas peculiares de vida. O Estado prover-lhes-á gratuitamente destas terras, as quais serão não embargáveis, indivisíveis, intransferíveis, imprescritíveis, não suscetíveis de garantir obrigações contratuais nem de ser arrendadas; igualmente, estarão isentas de tributos. É proibido a remoção ou o traslado de seu habitat sem o expresse consentimento dos mesmos.*

5. O artigo 109 da Constituição Nacional estabelece que:

*É garantida a propriedade privada, cujo conteúdo e limites serão estabelecidos pela lei, atendendo a sua função econômica e social, a fim de fazê-la acessível para todos.*

*A propriedade privada é inviolável.*

*Ninguém pode ser privado de sua propriedade exceto em virtude de sentença judicial, mas é admitida a expropriação por motivo de utilidade pública ou de interesse social, que será determinada em cada caso pela lei. Esta garantirá o prévio pagamento de uma justa indenização, estabelecida convencionalmente ou por sentença judicial, salvo os latifúndios improdutivos destinados à reforma agrária, conforme o procedimento para as expropriações a ser estabelecido por lei.*

6. Por sua vez, o artigo 137 estabelece:

*A Lei Suprema da República é a Constituição. [...] os tratados, convênios e acordos internacionais aprovados e ratificados, as leis proferidas pelo Congresso e outras disposições jurídicas de inferior hierarquia, sancionadas em consequência, integram o direito positivo nacional na ordem de prelação enunciada.*

1. Zanardini, José e Walter Biedermann. *Los Indígenas del Paraguay*. Assunção. 2006.

*Quem quer que tente mudar a referida ordem, à margem dos procedimentos previstos nesta Constituição, incorrerá nos delitos que serão tipificados e penalizados na lei...*

*Carecem de validade todas as disposições ou atos de autoridade contrários ao estabelecido nesta Constituição.*

7. Os sujeitos amparados pelo direito à propriedade incluem tanto os indígenas da Comunidade Xákmok Kásek, como o restante dos indígenas, e em geral todos os cidadãos, no contexto do princípio da igualdade das pessoas, consagrado pelo artigo 46 da Constituição Nacional, que estabelece: “Todos os habitantes da República são iguais em dignidade e direitos. Não se admitem discriminações. O Estado removerá os obstáculos e impedirá os fatores que as mantenham ou as propiciem”.
8. “As proteções que se estabeleçam sobre desigualdades injustas não serão consideradas como fatores discriminatórios, mas sim igualitários.” Os que deveriam ser discriminados positivamente, no contexto paraguaio, compreendem pelo menos 2.000 famílias indígenas do Chaco e 2.000 famílias da Região Oriental carentes de terra, assim como aproximadamente 90.000 famílias de camponeses sem terra, prostrados em extrema pobreza. A meu juízo é neste contexto no qual se deve interpretar as disposições da Convenção Americana.
9. A Lei 904/81, anterior à Constituição Nacional, sancionada em 1992, regula o acesso das comunidades indígenas à propriedade comunitária da terra. Em seu artigo 8 estabelece que, prévio cumprimento de trâmites estabelecidos “será reconhecida a personalidade jurídica das comunidades indígenas preexistentes à promulgação desta Lei, e às constituídas por famílias indígenas que se reagrupam em comunidades para acolher-se aos benefícios dados por ela”. No último caso a quantidade mínima de famílias indígenas é de 20 (Artigo 9). Em relação ao assentamento das comunidades indígenas, a Lei 904 estabelece:
 

Artigo 14. O assentamento das comunidades indígenas atenderá no possível à posse atual ou tradicional das terras. O consentimento livre e expresso da comunidade indígena será essencial para seu assentamento em lugares distintos aos de seus territórios habituais, salvo por razões de segurança nacional.

Artigo 15. Quando nos casos previstos no artigo anterior resulte imprescindível o traslado de uma ou mais comunidades indígenas serão proporcionadas terras aptas e pelo menos de igual qualidade às que ocupavam e serão convenientemente indenizadas pelos danos e prejuízos que sofrerem em consequência do deslocamento e pelo valor das melhorias.
10. Por sua vez, o artigo 22 da referida Lei 904 dispõe o procedimento para o assentamento de comunidades indígenas em terras fiscais, e nos artigos 24 e 25 os procedimentos para o assentamento em terras do domínio privado, que os indígenas ocupem. No artigo 26 a lei estabelece: “Nos casos de expropriação, o procedimento e a indenização serão ajustados ao disposto na Constituição e nas Leis e para o pagamento das indenizações serão previstos os recursos necessários no Orçamento Geral da Nação”.
11. A Lei 43/89 que estabelece um regime para a regularização dos assentamentos das comunidades indígenas, em seu artigo 4º estabelece: “Durante a tramitação administrativa e judicial contemplada no artigo 2º o Instituto Paraguai do Indígena (INDI) e o Instituto de Bem-Estar Rural (IBR) deverão propor soluções definitivas para os assentamentos de comunidades indígenas, conforme a Lei 854/63 Estatuto Agrário e, a Lei 904/81, Estatuto das Comunidades Indígenas, propondo a expropriação de acordo com o artigo 1º da Lei 1.372/88 quando não se obtenham soluções por outras vias previstas”.<sup>2</sup>
12. Tanto as disposições da Lei 904, como as da Lei 43/89 estabelecem, em ausência de contrato de acordo com o proprietário, a expropriação como via para regularizar os assentamentos das comunidades indígenas estabelecidas em terras do domínio privado. Estas disposições são concordantes com as normas do Código Civil, que estabelecem que o domínio dos imóveis perde-se por: a) sua alienação; b) transmissão ou declaração judicial; c) execução de sentença; d) expropriação; e d) seu abandono declarado em escritura pública, devidamente inscrita no Registro de Imóveis, e nos demais casos previstos em lei (artigo 1967). Portanto, o artigo 1.966 enumera taxativamente as formas de aceder à propriedade de imóveis: a) contrato; b) acessão; c) usucapião; e d) sucessão hereditária.
13. Neste ponto deve notar-se a colisão entre a norma constitucional e o artigo 64 da Lei 1.863/02; enquanto esta última limita as possibilidades de expropriação aos imóveis não explorados racionalmente, o artigo 109 da Constituição Nacional (a lei suprema da República) estabelece que para o caso de expropriação de latifúndios improdutivos destinados à reforma agrária a mesma lei estabelece a quantia da indenização, enquanto que

2. A Lei 854/63 foi derogada pela Lei 1.863/02.

nos outros casos a referida quantia é estabelecida convencionalmente ou por sentença judicial. A mesma Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça estabeleceu jurisprudência afirmando que para que seja procedente a expropriação é suficiente a convicção do legislador sobre a existência de uma necessidade ou interesse social ou causa de utilidade pública, e que a mesma possa ser reparada com a expropriação de imóveis específicos.

14. Em face dos fundamentos expressados, discordo da Sentença porquanto declara que o Estado violou, em detrimento da Comunidade Xákmok Kásek do povo Enxet-Lengua, o direito à propriedade consagrado no artigo 21 da Convenção Americana. As gestões para garantir o direito de propriedade da Comunidade Xákmok Kásek não foram efetivas devido a vazios normativos no direito interno.
15. Quanto à alegada violação dos artigos 8 e 25 da Convenção Americana (Garantias Judiciais e Proteção Judicial) e mais especificamente em relação ao procedimento instaurado contra os membros da Comunidade, considero que os agravos à Comunidade ligados à violação das garantias processuais devidas, originados nos primeiros passos processuais, na Primeira Instância, poderiam ter sido reparados em outras etapas do mesmo processo no direito interno.

### III. Voto em dissidência. Direito à Vida

16. Quanto à alegada violação do artigo 4.1 da Convenção Americana (**Direito à Vida**), a demanda da Comissão Interamericana afirma que o Estado do Paraguai descumpriu, em detrimento da Comunidade Xákmok Kásek, a obrigação de garantir o direito à vida consagrado no artigo 4.1 da Convenção Americana, em detrimento de indígenas falecidos devidamente identificados da comunidade, e que o Estado “colocou em situação de risco permanente todos os membros da comunidade”, afetando o desfrute e gozo de seus direitos humanos fundamentais ao permanecer a situação de vulnerabilidade da comunidade. O referido artigo 4 da Convenção estabelece:

Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve estar protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

17. Em relação aos indígenas falecidos, deve ser enfatizado que caso tivesse sido apresentado oportunamente no direito interno denúncias sobre eventuais negligências que poderiam conduzir a mortes evitáveis se tivesse sido possível reparar ou, pelo menos, atenuar os males de saúde em questão; essa via teria permitido investigar violações ao direito à vida, punir os responsáveis e conceder reparação aos familiares das vítimas. A falta de reparação, em casos provados de negligência de agentes do Estado, poderia ter originado a responsabilidade interna do Estado do Paraguai.
18. Cabe ressaltar que o assentamento da Comunidade Xákmok Kásek na Fazenda Salazar, diferentemente de outras comunidades muito isoladas, estava a pouca distância da rota Transchaco e, portanto, com possibilidade de pedir ambulância ao centro de saúde do Distrito de Irala Fernández, a cargo do Dr. Rolón, situado sobre a mencionada estrada a menos de uma hora. Ademais, a comunidade contava com auxiliar de Saúde.
19. Entretanto, a interpretação do direito à vida de modo que compreenda medidas positivas de proteção para que os indígenas desfrutem do direito a viver com dignidade tem sustentação na doutrina e na jurisprudência internacional, e supõe novos avanços no Direito Internacional dos Direitos Humanos.
20. A Corte Interamericana indicou que o dever do Estado de tomar medidas positivas deve priorizar-se precisamente em relação à proteção da vida de pessoas mais vulneráveis como os indígenas. Esta concepção do direito à vida, referida a comunidades indígenas em situação de indigência, que pode ser expressa em doenças e falecimentos evitáveis, estabelece a obrigação de proporcionar proteção social e de erradicar a pobreza extrema. Por sua condição de afetadas por severas privações estas comunidades indígenas carecem de estratégias que lhes permita enfrentar adequadamente os riscos aos que estão expostas, de modo que possam aproveitar as oportunidades de melhoramento das condições de vida que se lhes apresente e alcançar condições mínimas de qualidade de vida.
21. O direito à vida está consagrado em diversos instrumentos, e conforme a estes a existência de pobreza extrema, com tendência crescente no país, significa a negação dos direitos econômicos, sociais e culturais, compreendendo os direitos a uma alimentação adequada, à saúde, à alimentação e ao trabalho. A Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas reconheceu que a pobreza extrema atenta contra o direito fundamental à vida e determinou os direitos humanos que são essenciais para a proteção do direito à vida (alimentação, água potável, saúde). Por sua vez, a Conferência Mundial de Direitos Humanos, celebrada em Viena no ano de 1993, considerou que a pobreza

extrema constitui um atentado contra a dignidade humana, como já se indicou em sentenças anteriores. No caso das comunidades indígenas, em especial as afetadas pela pobreza crítica essa situação implica a denegação sistemática da possibilidade de gozar dos direitos inerentes ao ser humano. Certamente, a Comunidade Xákmok Kásek está afetada pela extrema pobreza, conforme se observa dos testemunhos oferecidos por testemunhas e peritos.

22. As intervenções apresentadas pelo Estado devem prevenir, mitigar e superar os riscos, tais como desnutrição, prevalência de anemia, morbidade e mortalidade, criando as condições mínimas em matéria de assistência de saúde, nutrição adequada, educação, formação para o trabalho, e geração de ingressos. No caso do Estado paraguaio, embora os confronte toda a população mais vulnerável, não o faz de melhor maneira por escassez de recursos.
23. O dever do Estado de tomar medidas positivas para proteger o direito à vida, ainda quando compreenda prestações que ponha a disposição de populações vulneráveis afetadas pela extrema pobreza, não pode limitar-se a eles, já que a referida assistência ao não atacar os fatores produtores de pobreza em geral, e de pobreza extrema em especial, não podem criar as mencionadas condições para uma vida digna.
24. Na minha opinião, na interpretação evolutiva do direito à vida consagrada pela Convenção Americana, deve levar-se em conta a situação socioeconômica do Paraguai e da maioria dos países da América Latina, caracterizada pelo crescimento da pobreza extrema, em termos absolutos e relativos, apesar da implementação de políticas de proteção social. Na interpretação do direito à vida não se trata somente de observar o cumprimento, por parte do Estado, de prestações próprias de proteção social, que garantam temporalmente condições de vida mínimas, sem atender às causas que subjazem à produção de pobreza, que reproduzem suas condições e produzem novos pobres, tal como é discutido no contexto das Nações Unidas. Isso suscita a necessidade de vincular as medidas de erradicação da pobreza ao conjunto de fenômenos que a originam, tendo em conta a incidência das decisões que se tomam no âmbito dos Estados, de órgãos multinacionais e multilaterais; na reprodução das condições de pobreza existem responsabilidades de atores e instituições internacionais e nacionais comprometidas.
25. Nesse contexto a capacidade de intervenção dos Estados dos países em desenvolvimento, entre eles o Paraguai, e a aplicação das normas internacionais referidas à pobreza extrema não constitui uma questão jurídica que envolva somente o Estado, que com frequência está condicionado, tanto pelos limitados recursos financeiros de que dispõe, como pelos fatores estruturais ligados ao “processo de ajuste”, que transcendem o domínio do Estado do Paraguai considerado isoladamente. A responsabilidade internacional não se limita ao direito à assistência internacional no caso que um Estado Parte não puder alcançar por si mesmo o modelo estabelecido pelo Pacto, consagrado pelo Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.
26. Nesta visão, o agravamento da pobreza é um resultado de decisões, basicamente de natureza econômica e financeira, tomadas por atores privados acordados com atores públicos que têm muito mais poder que os Estados dos países em desenvolvimento. Nesse contexto são analisadas as responsabilidades das empresas transnacionais e dos organismos multilaterais nas violações dos direitos econômicos, sociais e culturais; assim, a Comissão de Direitos Humanos ao reconhecer que a pobreza atenta contra o direito fundamental à vida pediu que se examinassem as políticas do Banco Mundial, da Organização Mundial do Comércio, do Fundo Monetário Internacional, e de outros organismos internacionais.
27. Nos avanços do Direito Internacional dos Direitos Humanos requer-se que a comunidade internacional assuma que a pobreza, e particularmente a pobreza extrema, é uma forma de negação de todos os direitos humanos, civis, políticos, econômicos e culturais, e atue em consequência, de modo a facilitar a identificação de perpetradores sobre os quais recai a responsabilidade internacional. O sistema de crescimento econômico unido a uma forma de globalização que empobrece crescentes setores constitui uma forma “massiva, flagrante e sistemática de violação dos direitos humanos”, em um mundo crescentemente interdependente. Nesta interpretação do direito à vida que acompanhe a evolução dos tempos e as condições de vida atuais é necessário prestar atenção a causas produtoras de pobreza extrema e aos perpetradores que estão detrás delas. Nesta perspectiva não cessam as responsabilidades internacionais do Estado do Paraguai e dos outros Estados Signatários da Convenção Americana, mas as mesmas são compartilhadas com a Comunidade Internacional que requer de novos instrumentos.

#### **IV. Voto em dissidência. Reconhecimento da Personalidade Jurídica**

27. A Comissão alegou (par. 245) que o Estado não implementou mecanismos que facilitem aos membros da Comunidade “os documentos de identificação necessários para fazer efetivo o direito ao reconhecimento da personalidade jurídica”. Indicou que segundo o censo de 2008 ao menos 43 dos 273 membros da Comunidade não possuíam documentos de identidade. Deles, ao menos 33 são menores de idade.

29. Os representantes agregaram que o “elevado número de pessoas de Xámok Kásek que carecem de documentos [...] impede que estas pessoas possam juridicamente demonstrar sua existência e identidade”.
30. Na minha opinião, estas insuficiências de documentação prejudicavam grande parte das comunidades e não só os indígenas de Xámok Kásek pela escassez de recursos orçamentários, mas eram atenuados pela “carteira” indígena, expedida pelo INDI.
31. Este Instituto respondia à solicitação das comunidades na medida da disponibilidade de veículos e combustível e das solicitações das comunidades.

#### **V. Voto em dissidência. Descumprimento do Dever de não Discriminar**

32. A Comissão alegou que “o presente caso ilustra a persistência de fatores de discriminação estrutural no ordenamento jurídico do Paraguai, no relativo à proteção de seu direito à propriedade do território ancestral e dos recursos que aí se encontram” apesar dos avanços gerais de seu ordenamento jurídico em reconhecer os direitos dos povos indígenas persistem disposições jurídicas no ordenamento civil, agrário e administrativo que se aplicaram neste caso e que determinam o funcionamento do sistema estatal em forma discriminatória, já que se privilegia a proteção do direito à propriedade privada racionalmente produtiva sobre a proteção dos direitos territoriais da população indígena.
33. Por sua vez, os representantes indicaram que existe “uma política de discriminação que reflete um padrão sistemático facilmente observável e que, ademais, goza de um elevado consenso no Paraguai, com o qual se está conduzindo aceleradamente à deterioração extrema das condições de vida das comunidades indígenas em geral, e no caso [particular] [...] para [a Comunidade] Xámok Kásek”. [...] “A suposta impossibilidade fática e jurídica[, sobre a titularidade das terras,] aludida pelo Estado do Paraguai, não é outra coisa senão a aplicação deliberada de uma política racista e discriminatória”.
34. No meu entender, embora exista certa discriminação por parte da população em relação aos indígenas, por uma herança do colonialismo, através do sistema educativo esta situação deve ser revertida, não existe um acordo deliberado nem consenso de aplicação de uma política racista nem discriminatória, que privilegia a proteção do direito à propriedade privada racionalmente produtiva sobre a proteção dos direitos territoriais da população indígena. Entendo que não se viola o dever de não discriminar, mesmo que na realidade falte adequar a legislação para agilizar os trâmites de acesso das comunidades indígenas a suas terras ancestrais, coincidindo com o critério da Corte, entretanto, são aplicadas as normas constitucionais tais como as que garantem a propriedade privada, que é inviolável e do que somente pode ser privado por expropriação, por sentença judicial, prévio pagamento de uma justa indenização e igualmente em razão da primazia da Constituição sobre todo tratado ou convênio internacional e a expressa menção de que carecem de validade todas as disposições ou atos de autoridade opostos ao estabelecido na Constituição. Ademais, deveriam ser valorados os ingentes recursos assignados pelo Estado nos últimos anos para a aquisição de terras.

Augusto Fogel Pedrozo  
Juiz *ad hoc*

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário



**CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**  
**CASO ATALA RIFFO E CRIANÇAS VS. CHILE**  
**SENTENÇA DE 24 DE FEVEREIRO DE 2012**  
**(Mérito, Reparações e Custas)**

No Caso *Atala Riffo e crianças*,

a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Corte Interamericana”, “Corte”, ou “Tribunal”), integrada pelos juízes:<sup>1</sup>

Diego García-Sayán, Presidente;  
Manuel E. Ventura Robles, Vice-Presidente;  
Leonardo A. Franco, Juiz;  
Margarette May Macaulay, Juíza;  
Rhadys Abreu Blondet, Juíza;  
Alberto Pérez Pérez, Juiz; e

presentes, ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e  
Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta,

em conformidade com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “Convenção” ou “Convenção Americana”) e com os artigos 31, 32, 56, 57, 65 e 67 do Regulamento da Corte<sup>2</sup> (doravante denominado “Regulamento”), profere a presente Sentença estruturada na ordem que se segue.

---

1. Em conformidade com o artigo 19.1 do Regulamento da Corte Interamericana aplicável ao presente caso (nota 2 *infra*), que dispõe que “[n]os casos a que se refere o artigo 44 da Convenção, os Juízes não poderão participar do seu conhecimento e deliberação quando sejam nacionais do Estado demandado”, o Juiz Eduardo Vio Grossi, de nacionalidade chilena, não participou na tramitação deste caso nem da deliberação e assinatura desta Sentença.

2. Regulamento da Corte aprovado pelo Tribunal no LXXXV Período Ordinário de Sessões, realizado de 16 a 28 de novembro de 2009, o qual se aplica ao presente caso, em conformidade com o artigo 79. Segundo o artigo 79.2 do citado Regulamento, “[q]uando a Comissão houver adotado o relatório a que se refere o artigo 50 da Convenção anteriormente à entrada em vigor do presente Regulamento, a apresentação do caso à Corte reger-se-á pelos artigos 33 e 34 do Regulamento anteriormente vigente. No que se refere ao recebimento de declarações, aplicar-se-ão as disposições do presente Regulamento”. Portanto, no que se refere à apresentação do caso, são aplicáveis os artigos 33 e 34 do Regulamento aprovado pela Corte no XLIX Período Ordinário de Sessões.



<b>I</b>	<b>INTRODUÇÃO À CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA</b>	<b>441</b>
<b>II</b>	<b>PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE</b>	<b>442</b>
<b>III</b>	<b>COMPETÊNCIA</b>	<b>444</b>
<b>IV</b>	<b>PROVA</b>	<b>444</b>
	<b>A. Prova documental, testemunhal e pericial</b>	<b>444</b>
	<b>B. Admissibilidade da prova documental</b>	<b>446</b>
	<b>C. Admissibilidade da prova testemunhal e pericial</b>	<b>446</b>
<b>V</b>	<b>DIREITO À IGUALDADE E À PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO, DIREITO À VIDA PRIVADA, DIREITO À VIDA FAMILIAR, DIREITOS DA CRIANÇA, DIREITOS ÀS GARANTIAS JUDICIAIS E À PROTEÇÃO JUDICIAL EM RELAÇÃO À OBRIGAÇÃO DE RESPEITAR E GARANTIR OS DIREITOS SOBRE O PROCESSO DE GUARDA</b>	<b>447</b>
	<b>A. Fatos provados em relação ao processo de guarda</b>	<b>447</b>
	1. Processo de guarda	448
	2. Guarda provisória concedida ao pai	450
	3. Sentença de primeira instância concedendo a guarda das crianças à senhora Atala	451
	4. Recurso perante o Tribunal de Recursos de Temuco e concessão de mandado de segurança a favor do pai	452
	5. Interposição do recurso de queixa perante a Corte Suprema de Justiça e concessão do segundo mandado de segurança a favor do pai	452
	6. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile	453
	<b>B. Considerações prévias</b>	<b>454</b>
	1. Consideração prévia sobre o objeto do caso perante a Corte Interamericana	454
	2. Consideração prévia sobre a participação das crianças M., V. e R.	454
	<b>C. O direito à igualdade e à proibição de discriminação</b>	<b>456</b>
	1. Direito à igualdade e à não discriminação	457
	2. A orientação sexual como categoria protegida pelo artigo 1.1 da Convenção Americana	458
	3. Diferença de tratamento com base na orientação sexual	462
	4. O princípio do interesse superior da criança e as presunções de risco	463
	4.1. Suposta discriminação social	466
	4.2. Alegada confusão de papéis	467
	4.3. Alegado privilégio de interesses	470
	4.4. Alegado direito a uma família “normal e tradicional”	472
	4.5. Conclusão	472
	5. Tratamento discriminatório contra as crianças M., V. e R.	473
	<b>D. Direito à vida privada e direito à vida familiar</b>	<b>474</b>
	<b>E. Garantias judiciais e proteção judicial</b>	<b>478</b>
	1. Garantias judiciais e proteção judicial em relação à senhora Atala	478
	2. Direito das crianças M., V. e R. a serem ouvidas e a que suas opiniões sejam levadas em conta	480
<b>VI</b>	<b>DIREITO À IGUALDADE E À PROIBIÇÃO DE DISCRIMINAÇÃO, DIREITO À VIDA PRIVADA E DIREITO ÀS GARANTIAS JUDICIAIS EM RELAÇÃO À OBRIGAÇÃO DE RESPEITAR E GARANTIR COM RESPEITO À INVESTIGAÇÃO DISCIPLINAR</b>	<b>484</b>
	<b>A. Fatos provados a respeito da investigação disciplinar contra a senhora Atala</b>	<b>484</b>
	<b>B. Direito à igualdade e à proibição da discriminação</b>	<b>485</b>
	<b>C. Direito à vida privada</b>	<b>486</b>
	<b>D. Garantias judiciais</b>	<b>487</b>
<b>VII</b>	<b>REPARAÇÕES (APLICAÇÃO DO ARTIGO 63.1 DA CONVENÇÃO AMERICANA)</b>	<b>489</b>
	<b>A. Parte lesada</b>	<b>489</b>
	<b>B. Obrigação de investigar e impor consequências jurídicas aos funcionários responsáveis</b>	<b>490</b>
	<b>C. Outras medidas de reparação integral: reparação e garantias de não repetição</b>	<b>490</b>
	1. Reabilitação: assistência médica e psicológica às vítimas	491
	2. Reparação	491
	a) Publicação da Sentença	491
	b) Ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional	491
	3. Garantias de não repetição	492
	a) Capacitação de funcionários públicos	492
	b) Adoção de medidas de direito interno, reformas e adequação de leis contra a discriminação	493
	<b>D. Indenização compensatória por dano material e imaterial</b>	<b>495</b>
	1. Dano material	495
	2. Dano imaterial	497
	<b>E. Custas e gastos</b>	<b>497</b>
	<b>F. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados</b>	<b>498</b>
<b>VIII</b>	<b>PONTOS RESOLUTIVOS</b>	<b>499</b>
	<b>VOTO PARCIALMENTE DISSIDENTE DO JUIZ ALBERTO PÉREZ PÉREZ</b>	<b>501</b>

## I

**Introdução à Causa e Objeto da Controvérsia**

1. Em 17 de setembro de 2010, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “Comissão” ou “Comissão Interamericana”) apresentou, em conformidade com os artigos 51 e 61 da Convenção, uma demanda contra o Estado do Chile (doravante denominado “Estado” ou “Chile”), em relação ao Caso nº 12.502.<sup>3</sup> A petição inicial foi apresentada à Comissão Interamericana em 24 de novembro de 2004 pela senhora Karen Atala Riffo (doravante denominada “senhora Atala”), representada por advogados da Associação Liberdades Públicas, da Clínica de Ações de Interesse Público da Universidade *Diego Portales* e da Fundação *Ideas*.<sup>4</sup>
2. Em 23 de julho de 2008, a Comissão aprovou o Relatório de Admissibilidade nº 42/08 e, em 18 de dezembro de 2009, emitiu o Relatório de Mérito nº 139/09, em conformidade com o artigo 50 da Convenção Americana.<sup>5</sup> Em 17 de setembro de 2010, a Comissão Interamericana considerou que o Estado não havia cumprido as recomendações do Relatório de Mérito, razão pela qual decidiu submeter o presente caso à jurisdição da Corte Interamericana. A Comissão Interamericana designou como delegados Luz Patricia Mejía, Comissária, e o Secretário Executivo Santiago A. Cantón; e como assessoras jurídicas as senhoras Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta, e Silvia Serrano Guzmán, Rosa Celorio e María Claudia Pulido, advogadas da Secretaria Executiva.
3. De acordo com a Comissão, este caso se relaciona com a alegada responsabilidade internacional do Estado pelo tratamento discriminatório e pela interferência arbitrária na vida privada e familiar que teria sofrido a senhora Atala, devido à sua orientação sexual, no processo judicial que resultou na retirada do cuidado e custódia das filhas M., V. e R. O caso também se relaciona com a alegada inobservância do interesse superior das crianças cuja guarda e cuidado foram determinados em descumprimento de seus direitos e com base em supostos preconceitos discriminatórios. A Comissão solicitou à Corte que declare a violação dos artigos 11 (Proteção da honra e da dignidade), 17.1 e 17.4 (Proteção da família), 19 (Direitos da criança), 24 (Igualdade perante a lei), 8 (Garantias judiciais) e 25.1 e 25.2 (Proteção judicial) da Convenção, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento. A Comissão também solicitou ao Tribunal que ordenasse ao Estado a adoção de medidas de reparação.
4. A demanda foi notificada ao Estado e aos representantes em 19 de outubro de 2010.
5. Em 25 de dezembro de 2010, Macarena Sáez, Helena Olea e Jorge Contesse, informando que atuavam como representantes da senhora Atala e das crianças M., V. e R.<sup>6</sup> (doravante denominados “representantes”), apresentaram perante a Corte seu escrito de petições, argumentos e provas (doravante denominado “escrito de petições e argumentos”), em conformidade com o artigo 40 do Regulamento da Corte.<sup>7</sup> Os representantes declararam que concordavam totalmente com os fatos apresentados na demanda e solicitaram ao Tribunal que declarasse a responsabilidade internacional do Estado por violar os artigos 11 (Proteção da honra e da dignidade), 17 (Proteção da família), 19 (Direitos da criança), 24 (Igualdade perante a lei), 8 (Garantias judiciais) e 25 (Proteção judicial) da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento. Consequentemente, solicitaram à Corte que ordenasse diversas medidas de reparação.

3. A pedido da Comissão Interamericana se preserva a identidade das três filhas da senhora Karen Atala Riffo, que serão identificadas pelas letras “M., V. e R.” (expediente de mérito, tomo I, folha 1). Também a pedido dos representantes, e com o objetivo de proteger o direito à intimidade e à vida familiar de M. V. e R., é procedente manter em sigilo todas as declarações prestadas perante agente dotado de fé pública, enviadas pelas partes e “relativas à situação familiar” da senhora Atala e das crianças M., V. e R. (expediente de mérito, tomo III, folha 1.162).

4. Na petição inicial a senhora Atala informou que a Fundação *Ideas* era representada por Francisco Estévez Valencia, e indicou como seus representantes perante a Comissão Interamericana Verónica Undurraga Valdés, Claudio Moraga Klenner, Felipe González Morales e Domingo Lovera Parmo (expediente de anexos da demanda, tomo III, folhas 1.533 e 1.572).

5. No Relatório de Mérito nº 139/09 a Comissão concluiu que o Estado do Chile “violou o direito de Karen Atala de viver livre de discriminação, consagrado no artigo 24 da Convenção Americana, em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento”. Também “violou os direitos consagrados nos artigos 11.2, 17.1, 17.4, 19, e 8.1 e 25.1 da Convenção Americana em relação ao artigo 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento das pessoas mencionadas nas respectivas seções”. A Comissão recomendou ao Estado: i) “[r]eparar integralmente Karen Atala e M., V. e R. pelas violações dos direitos humanos estabelecidas no [...] relatório, levando em consideração sua perspectiva e necessidades”; e ii) “[a] dotar legislação, políticas públicas, programas e diretrizes para proibir e erradicar a discriminação com base na orientação sexual de todas as esferas do exercício do poder público, inclusive a administração de justiça. Essas medidas devem ser acompanhadas dos recursos humanos e financeiros adequados para garantir sua implementação e de programas de capacitação para os funcionários encarregados de garantir esses direitos”. Relatório de Mérito nº 139/09, Caso 12.502, *Karen Atala e filhas*, 18 de dezembro de 2009 (expediente de anexos da demanda, tomo I, anexo 2, folhas 22 a 67).

6. Conforme se especifica posteriormente (par. 12, 13 e 67 a 71 *infra*), em relação à representação das crianças M., V. e R., na resolução de 29 de novembro de 2011, a Corte salientou que em nenhuma parte do expediente havia uma manifestação precisa por parte das crianças M., V. e R. quanto a se estavam de acordo com a representação que exerce qualquer de seus pais, e se desejavam ser consideradas supostas vítimas neste caso. Levando em conta o exposto, foi realizada uma diligência judicial para ouvir diretamente as crianças M. e R. (par. 13 *infra*).

7. A senhora Karen Atala Riffo designou como seus representantes Macarena Sáez, da organização “Liberdades Públicas A.G.”; Helena Olea, da “Corporação Humanas, Centro Regional de Direitos Humanos e Justiça de Gênero”; e Jorge Contesse, do “Centro de Direitos Humanos da Universidade *Diego Portales*”.

6. Em 11 de março de 2011, o Chile apresentou perante a Corte seu escrito de contestação à demanda e de observações sobre o escrito de petições e argumentos (doravante denominado “escrito de contestação”). Nesse escrito, o Estado questionou a totalidade dos pedidos apresentados pela Comissão e pelos representantes, e negou sua responsabilidade internacional pelas alegadas violações da Convenção Americana. Com relação às reparações solicitadas pela Comissão e pelos representantes, o Estado pediu à Corte que as desconsiderasse em todos os seus termos. O Estado designou o senhor Miguel Ángel González e a senhora Paulina González Vergara como seus Agentes.

## II

### Procedimento Perante a Corte

7. Mediante resolução de 7 de julho de 2011,<sup>8</sup> o Presidente da Corte ordenou o recebimento de diversos depoimentos no presente caso. Também convocou as partes para uma audiência pública que foi realizada em 23 e 24 de agosto de 2011, durante o 92º Período Ordinário de Sessões da Corte, realizado em Bogotá, Colômbia.<sup>9</sup>
8. Em 18 de agosto, 6 de setembro e 18 de outubro de 2011, o senhor Reinaldo Bustamante Alarcón enviou diversas comunicações como representante de Jaime López Allendes, pai das crianças M., V. e R., em relação ao presente caso. Nesses escritos, *inter alia*, foram apresentadas os seguintes pedidos: i) participação das menores de idade e representação legal por parte do pai no processo perante a Corte Interamericana; ii) incorporação ao processo como terceiro interveniente; iii) solicitação de anulação de todos os autos do processo perante a Comissão e a Corte; e iv) colaboração com o escrito do Estado.
9. Em 30 de novembro de 2011, foi enviada ao senhor Bustamante uma nota da Secretaria, seguindo instruções do plenário da Corte, na qual se mencionou a resposta aos escritos apresentados (par. 8 *supra*). Nessa nota informou-se que: i) mediante resolução de 29 de novembro de 2011, o Tribunal decidiu dispor, como prova para melhor resolver, que as três crianças fossem informadas sobre seu direito de serem ouvidas perante a Corte (par. 12 e 13 *infra*); ii) o Tribunal não tem competência para atender às solicitações formuladas por indivíduos ou organizações diferentes das supostas vítimas que participam da tramitação de um caso perante a Corte; iii) a Corte não encontra irregularidades na forma pela qual se procedeu à notificação no presente caso; e iv) uma vez que o senhor López não é parte no presente caso e não foi aceita sua participação como terceiro interveniente, não se encontra legitimado para apresentar argumentos de mérito ou prova.<sup>10</sup>
10. Por outro lado, o Tribunal recebeu os seguintes escritos na qualidade de *amici curiae*: 1) da Associação Nacional de Magistrados do Poder Judiciário do Chile;<sup>11</sup> 2) da organização Ombudsgay;<sup>12</sup> 3) de José Pedro Silva Prado, Professor de Direito Processual e Presidente do Instituto Chileno de Direito Processual; 4) de José Ignacio Martínez Estay, Catedrático Jean Monnet de Direito Público da União Europeia da Universidade de los Andes, Chile; 5) do Núcleo de Direitos Humanos do Departamento de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro;<sup>13</sup> 6) de Diego Freedman, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires; 7) de María Inés Franck, Presidente da Associação Civil Nova Política, e Jorge Nicolás Lafferriere, Diretor do Centro de Bioética, Pessoa e Família; 8) do Seminário de Pesquisa em Direito de Família e das Pessoas, Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica da Argentina;<sup>14</sup> 9) de Luis Armando González Placencia, Presidente da Comissão de Direitos Humanos do

8. Cf. *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 7 de julho de 2011. Disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala.pdf>. Os representantes solicitaram uma modificação na modalidade de duas declarações, o que foi aceito pelo plenário da Corte. Cf. *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 21 de agosto de 2011. Disponível em [http://corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala\\_21\\_08\\_11.pdf](http://corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala_21_08_11.pdf).

9. Compareceram a essa audiência: a) pela Comissão Interamericana: Rodrigo Escobar Gil, Comissário; Silvia Serrano e Rosa Celorio, assessoras jurídicas; b) pelos representantes: Helena Olea Rodríguez, Macarena Sáez Torres, Jorge Contesse Singh, José Ignacio Escobar Opazo, Francisco Cox Vial e Catalina Lagos Tschorne; e c) pelo Estado: Miguel Ángel González Morales e Paulina González Vergara, Agentes; Gustavo Ayares Ossandón, Embaixador do Chile na Colômbia; Ricardo Hernández Menéndez, Conselheiro da Embaixada do Chile na Colômbia; Milenko Bertrand-Galindo Arriagada, Felipe Bravo Alliende e Alberto Vergara Arteaga.

10. Sem prejuízo do acima exposto, o Tribunal constatou que a documentação probatória encaminhada pelo senhor Bustamante, referente a peritagens psicológicas das três crianças e depoimentos de várias pessoas, foi incorporada pelas partes como anexos de seus escritos principais, os quais incluíam uma cópia dos documentos mais importantes do processo de guarda.

11. O escrito foi apresentado por Leopoldo Llanos Sagristá, Ministro do Tribunal de Recursos de Temuco, Chile, e Presidente da Associação Nacional de Magistrados do Poder Judiciário do Chile.

12. O escrito foi apresentado por Geraldina González de la Vega, Consultora Jurídica, e Alejandro Juárez Zepeda, Coordenador-Geral.

13. O escrito foi apresentado por Márcia Nina Bernardes, Professora do Departamento de Direito e Coordenadora do Núcleo de Direitos Humanos da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro; Andrea Schettini, Luiza Athayde, Maria Fernanda Marques, Isabella Benevides, Isabella Maioli, Julia Rosa, Juliana Streva, Karen Oliveira e Maria Eduarda Vianna, e Felipe Saldanha.

14. O escrito foi apresentado por Jorge Nicolás Lafferriere e Úrsula C. Basset, codiretores do seminário.

Distrito Federal, e José Luis Caballero Ochoa, Coordenador do Mestrado em Direitos Humanos da Universidade Ibero-Americana; 10) de Úrsula C. Basset, professora e pesquisadora da Universidade de Buenos Aires;<sup>15</sup> 11) de Judith Butler, Catedrática Maxine Elliot da Universidade da Califórnia, Berkeley; 12) de Alejandro Romero Seguel e Maite Aguirrezabal Grünstein, Professores de Direito Processual na Universidade de los Andes, Chile; 13) de Carlos Álvarez Cozzi, Catedrático de Direito Privado, Faculdade de Ciências Econômicas e de Administração, e Professor Adjunto de Direito Internacional Privado da Faculdade de Direito da Universidade da República do Uruguai; 14) de James J. Silk, Diretor da Clínica Jurídica de Direitos Humanos Allard K. Lowenstein da Faculdade de Direito da Universidade de Yale; 15) de María Sara Rodríguez Pinto, Professora de Direito Civil na Faculdade de Direito da Universidade de los Andes, Chile; 16) de Natalia Gherardi, Diretora Executiva da Equipe Latino-Americana de Justiça e Gênero, e Josefina Durán, Diretora da Área de Justiça dessa organização; 17) de Laura Clérico, Liliana Ronconi, Gustavo Beade e Martín Aldao, docentes e pesquisadores da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires; 18) de Carlo Casini, Antonio Gioacchino Spagnolo e Joseph Meaney;<sup>16</sup> 19) do Reitor e de alguns membros da Universidade Católica Santo Toribio de Mogrovejo;<sup>17</sup> 20) de María del Pilar Vázquez Calva, Coordenadora da *Enlace Gubernamental de Vida y Familia A.C.*; 21) de Suzanne B. Goldberg e Michael Kavey, advogados da “*Sexuality & Gender Law Clinic*” da Universidade de Columbia, e Adriana T. Luciano, Advogada de *Paul, Weiss, Rifkind, Wharton & Garrison LLP*; 22) de Elba Nuñez Ibáñez, Gabriela Filoni, Jeannette Llaja e Gastón Chillier;<sup>18</sup> 23) de Brent McBurney e Bruce Abramson, advogados da “*Advocates International*”; 24) de Gail English, Presidente do “*Lawyers Christian Fellowship*”, e de *Shirley Richards*; 25) da *Colombia Diversa* e do Centro de Direitos Humanos e Litígio Internacional;<sup>19</sup> 26) de Piero A. Tozzi e Brian W. Raum, do “*Alliance Defense Fund*”; 27) de Jorge Rafael Scala, Professor no Mestrado em Desenvolvimento Humano da Universidade Livre Internacional das Américas e Professor Honorário da Universidade Ricardo Palma; 28) do Centro de Justiça Global, dos Direitos Humanos e do Estado de Direito da Faculdade de Direito da *Regent University*;<sup>20</sup> 29) de Álvaro Francisco Amaya Villareal, Bárbara Mora Martínez e Carolina Restrepo Herrera; 30) de Lisa Davis, Jessica Stern, Dorothy L. Fernández, Megan C. Kieffer, Rachel M. Wertheimer, Erin I. Herlihy e Justin D. Hoogs;<sup>21</sup> 31) de Andrea Minichiello Williams, Ruth Ross e Mark Mudri;<sup>22</sup> e 32) da Área de Direitos Sexuais e Reprodutivos do Programa de Direito à Saúde da Divisão de Estudos Jurídicos do Centro de Pesquisa e Docência Econômicas.<sup>23</sup>

11. Em 24 de setembro de 2011, os representantes e o Estado enviaram suas alegações finais escritas e a Comissão Interamericana apresentou suas observações finais escritas sobre o presente caso. As partes, nessa oportunidade, também responderam às perguntas formuladas pelos juízes bem como os pedidos de prova para melhor resolver encaminhados pela Corte. Esses escritos foram transmitidos às partes, às quais se ofereceu oportunidade para que apresentassem as observações que julgassem pertinentes.

15. Úrsula C. Basset é membro do Comitê Executivo da Academia Internacional para a Jurisprudência sobre a Família e do Comitê Executivo da Sociedade Internacional de Direito de Família.

16. Carlo Casini é Deputado do Parlamento Europeu, Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais do Parlamento Europeu e Presidente do Movimento Italiano pela Vida. Antonio Gioacchino Spagnolo é Professor Titular de Bioética e Diretor do Instituto de Bioética da Universidade Católica Sagrado Coração, com sede em Roma. Joseph Meaney é Diretor de Coordenação Internacional de Vida Humana Internacional.

17. O escrito foi assinado por Hugo Calienes Bedoya, Reitor e Diretor do Instituto de Bioética da USAT, e por Carlos Tejada Lombardi, Diretor da Escola de Direito da USAT; Rafael Santa María D'Ángelo, Coordenador da Área de História e Filosofia do Direito; Javier Colina Seminario, Assessor Jurídico da USAT; Rosa Sánchez Barragán, Coordenadora da Área de Direito Civil; Erika Valdivieso López, Decana da Faculdade de Direito da USAT; Angélica Burga Coronel, Professora de Proteção Jurídica dos Direitos; Ana María Olguin Britto, Diretora do Instituto de Ciências para o Casamento e a Família da USAT; e Tania Díaz Delgado, todos professores da Faculdade de Direito e do Instituto de Ciências para o Casamento e a Família da Universidade Católica Santo Toribio de Mogrovejo.

18. Elba Nuñez Ibáñez é Coordenadora Regional do Comitê da América Latina e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher. Gabriela Filoni é Responsável pelo Programa de Litígio do Comitê da América Latina e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher. Jeannette Llaja faz parte do Comitê da América Latina e do Caribe para a Defesa dos Direitos da Mulher do Peru. Gastón Chillier é Diretor Executivo do Centro de Estudos Jurídicos e Sociais.

19. O escrito foi apresentado por Marcela Sánchez Buitrago, Diretora Executiva de *Colombia Diversa*, e Mauricio Noguera Rojas e Santiago Medina Villareal, em representação de *Colombia Diversa*; e por Viviana Bohórquez Monsalve, em representação do Centro de Direitos Humanos e Litígio Internacional.

20. O escrito foi apresentado por Lynne Marie Kohm, em representação do Centro de Justiça Global, dos Direitos Humanos e do Estado de Direito, pertencente à Faculdade de Direito da *Regent University*.

21. O escrito foi apresentado por Lisa Davis, *Clinical Professor of Law* da *International Women's Human Rights Clinic at the City University of New York School of Law*; Jessica Stern, da *International Gay and Lesbian Human Rights Commission*; e Dorothy L. Fernández, Justin D. Hoogs, Megan C. Kieffer, Rachel M. Wertheimer e Erin I. Herlihy, da *Morrison & Foerster LLP*. Desse escrito participaram: Anistia Internacional; ARC Internacional; Centro de Direitos Constitucionais; Conselho para a Igualdade Mundial, *Human Rights Watch*; *Lawyers for Children Inc*; Sociedade de Assistência Jurídica de Nova York; *Legal Momentum*; *MADRE*; Centro Nacional de Direitos Lésbicos; Iniciativa Nacional de Direitos Econômicos e Sociais; Associação de Advogados da Cidade de Nova York; *Women's Link Worldwide* e Consultoria para os Direitos Humanos e o Deslocamento (CODHES).

22. Andrea Minichiello Williams é Diretora-Geral do “*Christian Legal Center / Christian Legal Fellowship*”. Ruth Ross é Diretora Executiva da “*Christian Legal Fellowship*”. Mark Mudri é Facilitador Regional da “*Advocates Oceania*”.

23. O escrito foi apresentado por Estefanía Vela Barba e Alejandro Madrazo Lajous, da Área de Direitos Sexuais e Reprodutivos do Programa de Direito à Saúde da Divisão de Estudos Jurídicos do Centro de Pesquisa e Docência Econômicas.

12. Em 29 de novembro de 2011, a Corte expediu resolução na qual ordenou, como prova para melhor resolver, que as três crianças M., V. e R. fossem informadas sobre o direito de ser ouvidas perante a Corte e sobre as consequências que o exercício desse direito implicava, com o objetivo de que manifestassem o que desejassem a esse respeito.<sup>24</sup>
13. Em 8 de fevereiro de 2012, a Secretaria da Corte Interamericana conduziu uma diligência em Santiago, Chile, da qual participaram as crianças M. e R.. Por motivo de força maior, a menina V. não esteve presente nessa diligência, na qual as crianças formularam diversas observações de caráter sigiloso em relação ao caso (par. 67 a 71 *infra*).
14. Em 16 de fevereiro de 2012, a ata da diligência anteriormente descrita foi transmitida às partes.<sup>25</sup>

### III Competência

15. A Corte Interamericana é competente, nos termos do artigo 62.3 da Convenção, para conhecer deste caso, em virtude de ser o Chile Estado Parte na Convenção Americana desde 21 de agosto de 1990, e de ter reconhecido a competência contenciosa da Corte nessa mesma data.

### IV Prova

16. Com base no disposto nos artigos 46, 49 e 50 do Regulamento, bem como na jurisprudência relativa à prova e sua apreciação,<sup>26</sup> a Corte examinará e apreciará os elementos probatórios documentais enviados pelas partes em diversas oportunidades processuais, bem como as declarações da suposta vítima, os depoimentos e os laudos periciais apresentados mediante declaração juramentada perante agente dotado de fé pública e na audiência pública perante a Corte, além das provas para melhor resolver solicitadas pelo Tribunal. Para essa finalidade, o Tribunal se aterá aos princípios da crítica sã, dentro do respectivo marco normativo.<sup>27</sup>

#### A. Prova documental, testemunhal e pericial

17. O Tribunal recebeu as declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por sete peritos e seis testemunhas:
  - a) *Stefano Fabeni*, perito proposto pela Comissão, Diretor do Programa da Comunidade LGTBI (Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transexuais e Intersexuais) da Organização *Global Rights*, que apresentou parecer sobre: i) as medidas legislativas e de outra natureza que um Estado deve adotar para prevenir as manifestações da discriminação com base na orientação sexual no exercício do poder público, e particularmente no poder judiciário; e ii) os diferentes elementos que se devem levar em conta no momento de formular e aplicar políticas efetivas para erradicar e prevenir a presença de preconceitos discriminatórios baseados na orientação sexual nesse âmbito;
  - b) *Leonor Etcheberry*, perita proposta pelos representantes, advogada e professora de Direito de Família da Universidade *Diego Portales* do Chile, que apresentou parecer sobre: “a forma como se analisam e decidem as causas de guarda no direito chileno e sua relação com a forma por meio da qual se conduziu o processo [...] da Juíza Atala Riffo”;
  - c) *Fabiola Lathrop*, perita proposta pelos representantes, advogada e professora de Direito de Família da Universidade do Chile, que apresentou parecer sobre: os conceitos relativos à guarda no Chile e no Direito Comparado, com ênfase na discriminação por orientação sexual;

24. *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 29 de novembro de 2011. Disponível em [http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala\\_29\\_11\\_111.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/atala_29_11_111.pdf).

25. Mediante escrito de 23 de fevereiro de 2012, o Estado apresentou observações sobre a confidencialidade da ata mencionada.

26. Cf. *Caso “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparações e Custas*. Sentença de 25 de maio de 2001. Série C Nº C Nº 76, par. 50; e *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, reparações e custas*. Sentença de 1º de julho de 2011. Série C Nº 227, par. 26.

27. Cf. *Caso “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala*. Mérito. Sentença de 8 de março de 1998. Série C Nº 37, par. 76; e *Caso Chocrón Chocrón*, nota 26 *supra*, par. 26.

- d) *Miguel Cillero*, perito proposto pelos representantes, professor de Direito da Universidade *Diego Portales* do Chile, que apresentou parecer sobre: a consideração do princípio do interesse superior da criança no Direito Internacional;
  - e) *Mónica Pinto*, perita proposta pelos representantes, professora de Direito e Decana da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires, que apresentou parecer sobre: o desenvolvimento do Direito Internacional dos Direitos Humanos em matéria de não discriminação e do tratamento da orientação sexual como categoria suspeita;
  - f) *María Alicia Espinoza Abarzúa*, perita proposta pelos representantes, psiquiatra infanto-juvenil, que apresentou parecer sobre: o suposto dano psicológico causado às filhas da senhora Atala Riffo e a alegada necessidade de que sejam submetidas a terapia;
  - g) *Claudia Figueroa Morales*, perita proposta pelos representantes, psiquiatra de adultos, que apresentou parecer sobre: i) o estado de saúde mental da senhora Atala Riffo e o suposto impacto do processo de guarda em seu projeto de vida; e ii) as alegadas necessidades de apoio psiquiátrico à senhora Atala Riffo no futuro;
  - h) *Juan Pablo Olmedo*, testemunha proposta pelos representantes, que prestou depoimento sobre: a alegada intervenção na vida particular da senhora Atala durante o processo de guarda em que foi advogado;
  - i) *Sergio Vera Atala*, testemunha proposta pelos representantes, que prestou depoimento sobre: o alegado impacto do processo judicial do Chile em sua vida familiar, na de sua mãe, a senhora Atala Riffo, e na de suas irmãs;
  - j) *María del Carmen Riffo Véjar*, testemunha proposta pelos representantes, que prestou depoimento sobre: o suposto impacto da sentença da Corte Suprema do Chile em sua vida familiar, na de sua filha, a senhora Atala Riffo, e na de suas netas;
  - k) *Judith Riffo Véjar*, testemunha proposta pelos representantes, que prestou depoimento sobre: o impacto da sentença da Corte Suprema do Chile em sua vida familiar, na de sua sobrinha, a senhora Atala Riffo, e na de suas sobrinhas-netas;
  - l) *Elías Atala Riffo*, testemunha proposta pelos representantes, que prestou depoimento sobre: o suposto impacto da sentença da Corte Suprema do Chile em sua vida familiar, na de sua irmã, a senhora Atala Riffo, e na de suas sobrinhas; e
  - m) *Emma De Ramón*, testemunha proposta pelos representantes, que prestou depoimento sobre: o processo vivido pela família da senhora Atala durante o processo de guarda e após a sentença da Corte Suprema do Chile.
18. Quanto à prova apresentada em audiência pública, a Corte ouviu as declarações da suposta vítima e de cinco peritos:
- a) *Karen Atala Riffo*, suposta vítima proposta pelos representantes, que prestou depoimento sobre: i) a alegada violação de seus direitos desde o começo do processo de guarda das filhas; e ii) o suposto impacto da decisão da Corte Suprema do Chile em seu projeto de vida pessoal e familiar;
  - b) *Juan Carlos Marín*, perito proposto pelos representantes, advogado chileno e professor de Direito Civil do Instituto Tecnológico Autônomo do México, que apresentou parecer sobre: o uso excepcional do recurso de agravo de instrumento no Chile;
  - c) *Robert Warren Wintemute*, perito proposto pelos representantes, professor de Direitos Humanos do *King's College London*, que apresentou parecer sobre: a situação do Direito Internacional quanto à discriminação por orientação sexual, com ênfase no Sistema Europeu de Direitos Humanos;
  - d) *Rodrigo Uprimny*, perito em Direito à Igualdade e à Não Discriminação, proposto pela Comissão, que apresentou parecer sobre: i) as normas internacionais de direitos humanos em matéria de orientação sexual e sua relação com os direitos à igualdade, à não discriminação e à vida particular; e ii) o tratamento que o Direito Internacional dispensou à orientação sexual como um critério proibido para diferenciação bem como um aspecto da vida privada das pessoas e a jurisprudência relevante no sistema universal, em outros sistemas regionais de direitos humanos e no Direito Comparado;
  - e) *Allison Jernow*, perita proposta pela Comissão, advogada da Comissão Internacional de Juristas e encarregada do projeto sobre orientação sexual e identidade de gênero, que apresentou parecer sobre: i) o uso da orientação sexual como fator nas decisões judiciais de custódia, à luz das normas

internacionais de direitos humanos em matéria de igualdade, não discriminação e vida privada e familiar; e ii) a relação entre as normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos e as questões de custódia no presente caso; e

- f) *Emilio García Méndez*, perito proposto pela Comissão, consultor internacional sobre os direitos da criança, que apresentou parecer sobre: i) as normas internacionais sobre direitos humanos da criança aplicáveis em casos relacionados com sua custódia e cuidado; ii) a forma pela qual o interesse superior da criança e o direito de participar e ser ouvida quando os assuntos são de seu interesse devem se refletir na atuação das autoridades judiciais que decidem esses casos; e iii) as consequências nocivas ao interesse superior da criança quando se aplicam preconceitos discriminatórios a essas decisões.

### **B. Admissibilidade da prova documental**

19. No presente caso, como em outros,<sup>28</sup> o Tribunal admite o valor probatório dos documentos enviados pelas partes na devida oportunidade processual, que não tenham sido questionados ou objetados, ou cuja autenticidade não tenha sido colocada em dúvida, exclusivamente na medida em que sejam pertinentes e úteis para a determinação dos fatos e suas eventuais consequências jurídicas.
20. Quanto às notas de jornal, este Tribunal considerou que poderão ser apreciadas quando reúnam fatos públicos e notórios ou declarações de funcionários do Estado, ou quando corroborem aspectos relacionados ao caso.<sup>29</sup> Portanto, o Tribunal decide admitir as notas de jornal que se encontrem completas ou que, pelo menos, permitam constatar a respectiva fonte e a data de publicação, e as avaliará levando em conta o conjunto do acervo probatório, as observações das partes e os princípios da crítica sã.
21. Com relação a alguns documentos mencionados pelas partes por meio de *links* eletrônicos, o Tribunal estabeleceu que, caso uma parte proporcione pelo menos o *link* eletrônico direto do documento que cita como prova, e seja possível acessá-lo, não se vê comprometida nem a segurança jurídica nem o equilíbrio processual, porque é imediatamente localizável pelo Tribunal e pelas demais partes.<sup>30</sup> Nesse caso, não houve oposição ou observações das demais partes sobre o conteúdo e autenticidade de tais documentos.
22. Por outro lado, juntamente com as alegações finais escritas os representantes e o Estado enviaram diversos documentos como prova, os quais foram solicitados pelo Tribunal com fundamento no disposto no artigo 58, b do Regulamento da Corte, e se estendeu uma oportunidade às partes para apresentarem as observações que considerassem cabíveis. A Corte incorpora esses documentos como prova, os quais serão avaliados no que seja pertinente, levando em conta o conjunto do acervo probatório, as observações das partes e os princípios da crítica sã.
23. Posteriormente à realização da audiência pública, foram enviadas as versões escritas das peritagens apresentadas na audiência pública do presente caso por Juan Carlos Marín, Robert Warren Wintemute e Allison Jernow. Essas declarações foram transmitidas às demais partes. O Tribunal admite esses documentos no que se refiram ao objeto oportunamente definido pelo Presidente do Tribunal para essas declarações periciais (par. 18 *supra*), porque os considera úteis para a presente causa e porque não foram objetados ou tiveram sua autenticidade ou veracidade colocada em dúvida.

### **C. Admissibilidade da prova testemunhal e pericial**

24. Quanto aos depoimentos prestados perante agente dotado de fé pública e os apresentados em audiência pública, a Corte os admite e os considera apropriados na medida em que se ajustem ao objeto definido pelo Presidente do Tribunal na resolução que ordenou seu recebimento (pars. 17 e 18 *supra*). Esses depoimentos serão avaliados nos capítulos pertinentes, em conjunto com os demais elementos do acervo probatório e levando em conta as observações formuladas pelas partes.<sup>31</sup>
25. De acordo com a jurisprudência desta Corte, os depoimentos das supostas vítimas não podem ser avaliados

28. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C Nº 4, par. 140; e *Caso Fontevecchia e D'Amico Vs. Argentina*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de novembro de 2011. Série C Nº 238, par. 13.

29. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez*, nota 28 *supra*, par. 146; e *Caso Fontevecchia e D'Amico*, nota 28 *supra*, par. 14.

30. Cf. *Caso Escué Zapata Vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C Nº 165, par. 26; e *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala*. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C Nº 212, par. 54.

31. Cf. *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru*. Mérito. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C Nº 33, par. 43; e *Caso Família Barrios Vs. Venezuela*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2011. Série C Nº 238, par. 25.

isoladamente, mas no conjunto das provas do processo, já que são úteis na medida em que podem oferecer mais informações sobre as alegadas violações e suas consequências.<sup>32</sup> Com base no acima exposto, o Tribunal admite o depoimento da suposta vítima Karen Atala, cuja avaliação será realizada com base no critério mencionado.

26. Por outro lado, com relação aos peritos, o Estado fez diversas observações baseadas, em geral, em: a) sua divergência com relação ao conteúdo de alguns dos pareceres, contradizendo-os ou oferecendo seu ponto de vista sobre eles; b) o alcance das manifestações dos peritos em relação ao objeto do parecer que, às vezes, o Estado associa a observações preconceituosas ou meramente pessoais; c) alguns elementos de que dispuseram para realizá-los; e d) a metodologia utilizada para a preparação de alguns dos pareceres.
27. O Tribunal considera pertinente mencionar que, diferentemente das testemunhas, que devem evitar opiniões pessoais, os peritos oferecem opiniões técnicas ou pessoais, na medida em que se relacionem com seu saber especializado ou experiência. Os peritos também podem se referir tanto a pontos específicos da *litis* como a qualquer outro ponto relevante do litígio, desde que se circunscrevam ao objeto para o qual foram convocados e suas conclusões estejam suficientemente fundamentadas.<sup>33</sup> Nesse sentido, quanto às observações sobre o conteúdo das peritagens, o Tribunal entende que não impugnem sua admissibilidade, mas que levam a questionar o valor probatório dos pareceres, motivo pelo qual serão considerados, no que seja pertinente, nos capítulos respectivos da presente Sentença.
28. Especificamente com respeito às observações do Estado sobre a alegada “falta de objetividade e as considerações pessoais” realizadas fora do objeto para o qual foi convocada a perita Espinoza, o Tribunal considerará a observação do Estado, e reitera que somente admite as manifestações que se ajustem ao objeto oportunamente definido (par. 17 *supra*). Sobre a metodologia do parecer da senhora Espinoza, independentemente de levar em conta a manifestação do Estado, o Tribunal observa que nesse parecer consta uma explicação sobre o procedimento empregado. A perita Espinoza informou que baseou seu relatório nas reuniões que manteve com as crianças López Atala e a mãe, bem como em diversos antecedentes. A Corte considera que as objeções ao método utilizado pela perita, o qual se infere do conteúdo de seu relatório, não afetam sua admissibilidade.

## V

### **Direito à Igualdade e à Proibição de Discriminação, Direito à Vida Privada, Direito à Vida Familiar, Direitos da Criança, Direitos às Garantias Judiciais e à Proteção Judicial, em Relação à Obrigação de Respeitar e Garantir os Direitos Sobre o Processo de Guarda**

29. Preliminarmente, a Corte considera necessário ressaltar que o objetivo do presente caso não é dirimir se a mãe ou o pai das três crianças oferecia um lar melhor para elas (pars. 64 a 66 *infra*). Neste caso, a controvérsia entre as partes se relaciona com dois aspectos: i) o processo de guarda iniciado pelo pai das crianças; e ii) um processo disciplinar levado a cabo contra a senhora Atala. O presente capítulo se concentra nos debates em torno do processo de guarda. No capítulo posterior se analisará o processo disciplinar.

#### **A. Fatos provados em relação ao processo de guarda**

30. A senhora Atala casou-se com Ricardo Jaime López Allendes em 29 de março de 1993.<sup>34</sup> As crianças M., V. e R. nasceram em 1994, 1998 e 1999, respectivamente.<sup>35</sup> A senhora Atala tem um filho mais velho, Sergio Vera Atala, nascido de um casamento anterior. Em março de 2002, a senhora Atala e o senhor López Allendes decidiram terminar seu casamento por meio de uma separação de fato. Como parte dessa separação de fato, estabeleceram por acordo mútuo que a senhora Atala manteria a guarda e o cuidado das três crianças na cidade de Villarrica, com um regime de visita semanal à residência do pai em Temuco.<sup>36</sup> Em novembro de 2002, a senhora Emma de

32. Cf. *Caso Loayza Tamayo*, nota 31 *supra*, par. 43; e *Caso Chocrón Chocrón*, nota 26 *supra*, par. 34.

33. Cf. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de junho de 2009. Série C *supra* 197, par. 42; e *Caso Família Barrios*, nota 31 *supra*, par. 28.

34. Cf. Certidão de Casamento de 22 de setembro de 2011 (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.926).

35. Cf. Relatórios psicológicos de M., V. e R. de 15 de novembro de 2002 (expediente de anexos da demanda, tomo V, anexo 23, folhas 2.680, 2.683 e 2.686).

36. Cf. Sentença do Tribunal de Letras de Villarrica de 29 de outubro de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, anexo 12, folha 2.581).



Ramón, companheira sentimental da senhora Atala, começou a conviver na mesma casa com ela, as três filhas e o filho mais velho.<sup>37</sup>

1. *Processo de guarda*<sup>38</sup>

31. Em 14 de janeiro de 2003, o pai das três crianças interpôs uma demanda de guarda ou tutela perante o Juizado de Menores de Villarrica, por considerar que o “desenvolvimento físico e emocional [das crianças estaria] em sério risco” caso continuassem sob os cuidados da mãe. Nessa demanda o senhor López alegou que a senhora Atala “não esta[va] capacitada para cuidar d[as três crianças, e por elas zelar, porque] sua nova opção de vida sexual, somada a uma convivência lésbica com outra mulher, est[ava] provocando [...] consequências danosas ao desenvolvimento dessas menores [de idade], pois a mãe não ha[via] demonstrado interesse algum em proteger [...] o desenvolvimento integral dessas menores, e por ele zelar”. O senhor López também argumentou que “[a] indução a atribuir normalidade na ordem jurídica a casais do mesmo sexo [implicava] desnaturalizar o sentido de casal humano, homem-mulher e, portanto, altera[va] o sentido natural da família, [...] pois afeta[va] os valores fundamentais da família como núcleo central da sociedade”, razão pela qual “a opção sexual exercida pela mãe altera[ria] a convivência sadia, justa e normal a que t[er]iam direito [as crianças M., V. e R.]”. Por último, o senhor López arguiu que “haver[ia] que somar todas as consequências que, no plano biológico, implica[ria] para as menores [de idade] viver junto a um casal lésbico[, pois] com efeito apenas no plano de doenças, estas, por suas práticas sexuais, est[aria]m expostas de maneira permanente ao surgimento de herpes [e] AIDS”.<sup>39</sup>
32. Em 28 de janeiro de 2003, a senhora Atala apresentou a contestação da demanda de guarda interposta pelo senhor López. Na contestação a senhora Atala manifestou “a tristeza que [causou] n[ela] a leitura das imputações que se f[izeram] no libelo e a forma pela qual se descrev[eu] e julg[ou] o que fora [sua] relação familiar e o que [era sua] vida privada”. A senhora Atala salientou que as alegações apresentadas na demanda de guarda a “impressionaram pela agressividade, pelo preconceito, pela discriminação, pelo desconhecimento do direito à identidade homossexual, pela distorção nos fatos que expunh[a] e, por último, pelo desprezo ao superior interesse de [suas] filhas”, e assegurou que “a[s] alegações feitas sobre [sua] identidade sexual nada têm a ver com [sua] função e papel de mãe, e, por conseguinte, deveriam ficar fora da *litis*, já que situações de conjugalidade ou de opção sexual não são extensivas a relações de parentalidade, matéria dos autos do processo”. A senhora Atala, finalmente, alegou que nem o Código Civil chileno nem a lei de menores de idade contemplam como causa de “incapacidade parental” ter uma “opção sexual diferente”.<sup>40</sup>
33. Em 28 de janeiro de 2003, o Juizado de Menores de Villarrica ordenou o recebimento “da causa em conformidade com a lei”, razão pela qual decidiu determinar como “fatos substanciais, pertinentes e controvertidos”: i) “capacidade e incapacidade das partes para ter a guarda das menores” de idade; e ii) “ambiente que as partes podem oferecer às menores” de idade. O Juizado também decidiu fixar audiência e solicitar, *inter alia*, o seguinte: i) “relatório psicológico de ambas as partes e das menores” de idade; ii) “relatório psiquiátrico de ambas as partes”; iii) ouvir “as menores dos autos em audiência privada”; iv) “relatório socioeconômico integral da demandada e das menores” de idade; e v) indagar à “Faculdade de Psicologia da Universidade do Chile [que informasse] se ha[via] estudos em âmbito nacional e internacional em psicologia que revel[asse]m se existem diferenças entre os filhos criados por casais heterossexuais ou homossexuais, e as consequências que essas circunstâncias poderiam acarretar aos menores [de idade]”.<sup>41</sup>
34. Uma série de meios de comunicação ofereceu cobertura do processo de guarda, inclusive jornais de circulação

37. A esse respeito, o Tribunal de Villarrica estabeleceu que “em junho de 2002 [a senhora Atala] iniciou uma relação afetiva com [a senhora] Emma de Ramón[,] que, desde novembro de 2002, trabalh[ou] como coordenadora do arquivo regional de Araucanía, na cidade de Temuco [e, portanto, se trans[feriu] para a casa comum e se incorpor[ou] a[o] núcleo familiar”. Sentença do Tribunal de Letras de Villarrica de 29 de outubro de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, anexo 12, folha 2582).

38. A guarda ou tutela dos menores de idade no Chile é regulamentada pelo artigo 225 do Código Civil, que dispõe: “Caso os pais vivam separados, cabe à mãe o cuidado pessoal dos filhos. No entanto, mediante escritura pública, ou ata lavrada perante qualquer oficial do Registro Civil, firmada à margem do registro de nascimento do filho, nos 30 dias seguintes à autorização, ambos os pais, agindo de comum acordo, poderão determinar que o cuidado pessoal de um ou mais filhos caiba ao pai. Esse acordo poderá ser revogado, cumprindo as mesmas formalidades. Em todo caso, quando o interesse do filho o torne indispensável, seja por maus-tratos, descuido ou outra causa qualificada, o juiz poderá entregar seu cuidado pessoal ao outro pai. Mas não poderá confiar o cuidado pessoal ao pai ou mãe que não tenha contribuído para a manutenção do filho enquanto esteve sob o cuidado do outro pai, podendo fazê-lo. Enquanto uma autorização relativa ao cuidado pessoal não seja cancelada por outra posterior, todo acordo ou resolução será inoponível a terceiros”. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2671).

39. Demanda de guarda interposta perante o Tribunal de Letras de Villarrica em 14 de janeiro de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, anexo 1, folhas 2.499, 2.500, 2.503 e 2.504).

40. Contestação da demanda de guarda de 28 de janeiro de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, anexo 2, folhas 2.507, 2.513, 2.516, 2.521 e 2.522).

41. Autos do Juizado de Menores de Villarrica de 28 de janeiro de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folhas 113 e 114).

nacional como “*Las Últimas Noticias*” e “*La Cuarta*”.<sup>42</sup> Com base nessas notícias, entre outras razões relacionadas com o suposto uso indevido de recursos do Tribunal Penal de Villarrica, no qual a senhora Atala ocupava o cargo de juíza (par. 211 *infra*), em 19 de março de 2003, o Plenário do Tribunal de Recursos de Temuco designou o Ministro Lenin Lillo<sup>43</sup> para uma visita extraordinária a esse Tribunal Penal.

35. Em 11 de março de 2003, o advogado da senhora Atala apresentou prova documental, solicitou que fossem recebidas seis testemunhas e fossem decretadas outras diligências probatórias, o que foi aceito pelo Juizado.<sup>44</sup> O advogado também solicitou que fossem realizadas diversas diligências.<sup>45</sup> Por sua vez, a advogada do senhor López solicitou que fossem convocados 22 depoimentos, o que também foi aprovado pelo Juizado.<sup>46</sup> Em 3 de abril de 2003, o Juizado de Menores de Villarrica recebeu os depoimentos de seis familiares do demandante e de três familiares da demandada.<sup>47</sup>
36. Em 8 de abril de 2003, o Juizado de Menores de Villarrica ouviu em audiência privada as crianças M., V. e R., e “guardou o registro da audiência privada em envelope lacrado no cofre de documentos do Tribunal”. O Juizado também ouviu em audiência privada o filho mais velho da senhora Atala.<sup>48</sup>
37. Em 10 de abril de 2003, foi realizada a audiência para a apresentação de prova testemunhal.<sup>49</sup> Em 14 de abril de 2003, o Juizado de Menores de Villarrica recebeu quatro depoimentos de pessoas propostas pela parte demandante, em especial uma psicóloga e uma assistente social.<sup>50</sup> A assistente social mencionou, especificamente, quando indagada sobre se “os menores criados por casais homossexuais sofrem consequências adversas”, que “[s]im, há consequências sociais, como modelos paternos e maternos confusos que afetam a constituição da identidade sexual”. Também acrescentou que “outra das consequências que provoca é que no Chile, segundo estudo [...] sobre a tolerância e a discriminação [de] 1997, chegou-se à conclusão de que os chilenos apresentam um alto índice de rejeição às minorias homossexuais [,] chegando a 60,2% o nível dessa rejeição. [Com] base [n]o exposto, e no conhecimento dessa alta discriminação[.] se estaria expondo essas menores [de idade] a situações de discriminação social que elas não procuraram”.<sup>51</sup>
38. Além dos familiares e amigos próximos que depuseram no processo (par. 35 *supra*), também prestaram declarações três empregadas domésticas, que mencionaram, *inter alia*, que o pai se preocupava muito mais com as filhas do que a senhora Atala.<sup>52</sup> Uma delas também descreveu alguns comportamentos das crianças.<sup>53</sup>

42. Cf. Nota de jornal veiculada no jornal “*La Cuarta*” em 28 de fevereiro de 2003 sob o título “Advogado exige guarda das filhas porque esposa juíza seria lésbica”; e nota de jornal veiculada no jornal “*Las últimas noticias*” em 1º de março de 2003 sob o título “*Abogado exige tuición de hijas porque su ex mujer es lesbiana*” (expediente de anexos da demanda, tomo V, anexos 3 e 4, folhas 2.529 a 2.532).

43. Cf. Relatório preparado pelo Ministro Lenin Lillo Hunziker do Tribunal de Recursos de Temuco em 2 de abril de 2003 (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.927).

44. Em especial, o representante apresentou as seguintes provas documentais: i) relatórios psicológicos de V. e R., de dezembro de 2002; ii) relatório psicológico de M., de dezembro de 2002; iii) relatório psicológico das menores de idade e da mãe; iv) registro emitido pela enfermeira do centro clínico frequentado pelas menores de idade, no qual deixa consignado que “não se observaram marcas ou sinais físicos de maus-tratos nas” três crianças; v) cópia dos certificados de escolaridade de M. e V.; vi) cartão de natal elaborado por M.; vii) cópia das resoluções de isenção “nas quais se reconhecem as menores de [idade] como ônus familiares da demandada”; viii) certificado da “*Isapre Más Vida*”; ix) cópia das qualificações obtidas pela senhora Atala em seu exercício profissional; x) cópia da escritura pública do acordo de alimentos entre a senhora Atala e o pai de seu filho mais velho; xi) cópia do atestado de saúde de Karen Atala, “certificando a ausência de herpes genitais”; xii) cópia do atestado de saúde de Emma De Ramón “certificando a ausência de herpes genitais”; xiii) cópia do exame negativo de HIV da senhora Atala; xiv) cópia do exame negativo de HIV da senhora De Ramón; e xv) cópia autenticada da nomeação como Coordenadora do Arquivo Regional da Araucanía da senhora De Ramón. Cf. Escrito do advogado da senhora Atala, de 11 de março de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folhas 192 e 193).

45. O advogado solicitou: i) relatório do médico psiquiatra que realizou a terapia de casal da senhora Atala e do demandante; ii) que se oficiasse ao Departamento de Recursos Humanos do local de trabalho do demandante; iii) que se solicitasse à Organização Pan-Americana da Saúde informações sobre “a data em que a homossexualidade foi eliminada do catálogo de condutas patológicas”; iv) que se solicitasse informações ao Serviço Nacional da Mulher sobre o “conceito de família incorporado ao Relatório da Comissão Nacional de Família”; v) que se solicitasse ao Ministério Geral do Governo o envio do plano para superar a discriminação no Chile; e vi) que se solicitasse ao Diretor do Departamento de Direitos Humanos do Ministério das Relações Exteriores informações a “respeito das obrigações internacionais assumidas pelo [...] Estado do Chile em matéria de não discriminação por orientação ou identidade sexual”. Escrito do advogado da senhora Atala, de 11 de março de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folhas 193 a 195).

46. Cf. Escrito da advogada do senhor López Allendes de 11 de março de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folhas 197 a 199).

47. Cf. Ata do Juizado de Menores de Villarrica de 3 de abril de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folhas 327 a 334).

48. Cf. Ata do Juizado de Menores de Villarrica de 8 de abril de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folhas 350 e 351).

49. Cf. Ata do Juizado de Menores de Villarrica de 10 de abril de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folhas 352 a 373).

50. Cf. Ata do Juizado de Menores de Villarrica de 14 de abril de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folhas 374 a 393).

51. Depoimento de Edith Paola Retamal Arevalo de 14 de abril de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folha 390).

52. Cf. Provas testemunhais produzidas mediante depoimentos orais prestados em 14 de abril de 2003 perante o Juizado de Menores de Villarrica por Erecilda Teresa Solis Ruiz (expediente de anexos da demanda, tomo I, folha 370), Ana Delia Pacheco Guzmán (expediente de anexos da demanda, tomo I, folha 375) e Graciela del Carmen Curín Jara (expediente de anexos da demanda, tomo I, folha 377).

53. Cf. Prova testemunhal produzida mediante depoimento oral prestado em 14 de abril de 2003 perante o Juizado de Menores de Villarrica por Ana Delia Pacheco Guzmán (expediente de anexos da demanda, tomo I, folha 376).

2. *Guarda provisória concedida ao pai*

39. No âmbito do processo de guarda, a advogada do pai das crianças apresentou uma demanda de guarda provisória em 10 de março de 2003, com a finalidade de obter a guarda das filhas antes da conclusão do processo. A esse respeito, a advogada do senhor López argumentou a suposta “incapacidade que a opção sexual assumida pela mãe e demandada, [a senhora] Atala Riffo, que se traduziu no reconhecimento expresso de ser lésbica, provoca[va] e provocar[ia] no desenvolvimento integral tanto psíquico como socioambiental dessas três crianças, sem prejuízo das condutas pouco maternais e violentas que demonstrou ao longo dos anos, não somente com a família, mas também no ambiente social”. Além disso, alegou que “a necessidade que tem a demandada de ser feliz e de realizar-se em todas as esferas da vida [...] não é compatível com ser pais, que inclui uma capacidade funcional de maternização [...], que, aparentemente, a demandada ignorou de maneira egoísta”. Por outro lado, a advogada do pai arguiu o direito das crianças de viverem numa família composta por um pai e uma mãe de sexo diferente.<sup>54</sup>

40. Em 13 de março de 2003, a senhora Atala respondeu à solicitação da demanda de guarda provisória, na qual solicitou que fossem rechaçadas todas as pretensões. Especificamente, o advogado da senhora Atala argumentou que:

[A] representante legal do demandante pretend[ia] tornar sem efeito o *status quo* conseguido até [essa] data, situação para a qual ela mesma ha[via] contribuído sua assistência, participação e contribuição pessoal como profissional nas intimações realizadas, tendo-se conseguido um regime transitório que reflete em melhor medida o interesse superior das menores de idade [...]. O fato de que [a senhora Atala] seja lésbica e assuma sua condição não afeta sua aptidão maternal e sua capacidade de promover um ambiente de amor, afeto, respeito e tolerância para efeitos da educação e desenvolvimento das crianças como seres humanos e futuras cidadãs de nossa nação.<sup>55</sup>

41. Em 2 de maio de 2003, o Juizado de Menores de Villarrica concedeu a guarda provisória ao pai e regulamentou as visitas da mãe, mesmo reconhecendo que não existiam elementos que permitissem presumir causas de incapacidade legal da mãe. Especificamente, o Juizado fundamentou a decisão, *inter alia*, com os seguintes argumentos: i) “que [...] a demandada, tornando explícita sua opção sexual, convive no mesmo lar que abriga suas filhas com a companheira, [...] alterando com ela a normalidade da rotina familiar, colocando seus interesses e bem-estar pessoal acima do bem-estar emocional e do adequado processo de socialização das filhas”; e ii) “que a demandada colocou seus interesses e bem-estar pessoal acima do cumprimento de seu papel materno, em condições que podem afetar o desenvolvimento posterior das menores dos autos, não cabendo senão concluir que o ator apresenta argumentos mais favoráveis em prol do interesse superior das crianças, argumentos que, no contexto de uma sociedade heterossexual e tradicional, reveste[m] grande importância”.<sup>56</sup>

42. Em 8 de maio de 2003, em cumprimento ao disposto pelo Juizado de Menores de Villarrica, a senhora Atala entregou as três filhas ao pai.<sup>57</sup> Em resposta a essa decisão, em 13 de maio de 2003, a senhora Atala solicitou que o Juiz Titular de Letras de Menores de Villarrica fosse impedido de continuar a conhecer do processo de guarda, por ter incorrido na causa de incompatibilidade constante do Código Orgânico de Tribunais.<sup>58</sup> A representação da senhora Atala sustentou que na decisão de 2 de maio de 2003 o juiz deu “forma e conteúdo com força de resolução judicial a um determinado modelo de sociedade, visão que, sem dúvida, é matéria de fundo na questão

54. Cf. Demanda de Guarda Provisória do senhor López Allendes de 10 de março de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folhas 2.546 a 2.552).

55. Resposta ao Incidente de Guarda Provisória de 13 de março de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folhas 2.554 a 2.557).

56. Decisão da demanda de guarda provisória do Juizado de Menores de Villarrica de 2 de maio de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, anexo 10, folhas 2.559 a 2.567). No âmbito do processo de guarda provisória, o Juizado de Menores obteve como provas testemunhais os depoimentos de: i) um padrinho de uma das crianças; ii) uma psicóloga; iii) uma amiga da família; iv) uma empregada doméstica; e v) uma babá (expediente de mérito, tomo XII, folhas 5.919 a 5.921). Além disso, o Juizado considerou como provas documentais várias publicações de jornais, um relatório socioeconômico, um álbum de fotografias, um relatório emitido pela psiquiatra da senhora Atala, um relatório de uma psicóloga encarregada da terapia das crianças e o relatório de uma enfermeira universitária (expediente de mérito, tomo XII, folhas 5.918 a 5.921). O Juizado também considerou que “exist[iam] antecedentes suficientes para alterar o dever do cuidado pessoal, estabelecido legalmente [razão pela qual] autoriz[ou] a petição do demandante”.

57. Cf. Registro de 15 de maio de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo II, folha 572).

58. A esse respeito, o Código Orgânico de Tribunais dispõe:

Artigo 194. Os juízes podem perder a competência para conhecer de determinados atos por incompatibilidade ou por rejeição declaradas, caso seja necessário, em virtude de causas legais.

Artigo 195. São motivos de impedimento legal: [...] 8. Haver o juiz manifestado seu parecer sobre a questão pendente com conhecimento dos antecedentes necessários para pronunciar sentença.

Disponível em: [http://www.oas.org/juridico/spanish/chi\\_res9.pdf](http://www.oas.org/juridico/spanish/chi_res9.pdf) (última visita em 22 de fevereiro de 2012).

suscitada, e que se torna discriminatória ao se fundamentar em estereótipos e pressupostos patriarcais que não acolhem e valorizam a diversidade e o pluralismo no meio social”.<sup>59</sup>

43. Em 14 de maio de 2003, o Juiz Titular de Letras de Menores de Villarrica declarou “suficiente a causa” de incompatibilidade, sem pronunciar-se sobre seu mérito, e absteve-se de intervir no processo de guarda. Além disso, ordenou que se cumprisse o disposto no artigo 120 do Código de Processo Civil “enquanto se res[olvesse o] incidente”.<sup>60</sup>

### 3. Sentença de primeira instância concedendo a guarda das crianças à senhora Atala

44. Dado o impedimento (por suspeição) do Juiz Titular, coube à Juíza Substituta do Juizado de Menores de Villarrica proferir sentença sobre o mérito do assunto em 29 de outubro de 2003.<sup>61</sup> Nessa sentença o Juizado negou a demanda de guarda, considerando que, com base na prova existente, havia ficado estabelecido que a orientação sexual da demandada não representava impedimento para o desenvolvimento de uma maternidade responsável, que não apresentava nenhuma patologia psiquiátrica que a impedisse de exercer seu “papel de mãe” e que não havia indicadores que permitissem presumir a existência de motivos de incapacidade materna para assumir o cuidado pessoal das menores de idade. Também concluiu que “tampouco ha[via] sido comprovada a existência de fatos concretos que prejudi[cassem] o bem-estar das menores, decorrentes da presença da companheira da mãe na casa”. Considerou também que tinha sido estabelecido que a homossexualidade não era considerada conduta patológica, e que a demandada não apresentava “nenhuma contra-indicação do ponto de vista psicológico para o exercício do papel materno”.
45. Em sua avaliação sobre a suposta incapacidade da senhora Atala de ser mãe, por ter se declarado lésbica e conviver com uma companheira do mesmo sexo, levou-se em conta uma série de relatórios de entidades como a Organização Pan-Americana da Saúde, o Departamento de Psicologia da Universidade do Chile e a Faculdade de Educação da Pontifícia Universidade Católica do Chile, os quais salientaram que: i) “a homossexualidade é uma conduta normal e que não é uma manifestação de nenhuma patologia”; e ii) “a capacidade de amar os filhos, cuidá-los, protegê-los, respeitar seus direitos e favorecer suas opções de vida [...] não tem relação com a identidade ou opções sexuais dos pais.”<sup>62</sup> Por outro lado, foram considerados relatórios psicológicos das menores de idade e relatórios psicológicos da demandada e do demandante, os quais concluíram que “a presença da companheira da mãe na residência em que viviam as menores [de idade] com a mãe não configura[va] motivo de incapacidade pessoal para exercer o cuidado pessoal das filhas [e que] tampouco se ha[via] comprovado a existência de fatos concretos que prejudi[cassem] o bem-estar das menores [de idade], decorrentes da presença da companheira da mãe na casa”.
46. Sobre a qualidade do cuidado da senhora Atala com as filhas, considerou-se um relatório preparado por uma enfermeira do Hospital de Villarrica e relatórios educacionais, prova sobre a qual o Juizado ressaltou que “constitui manifestações objetivas de uma preocupação constante da mãe das menores dos autos com sua saúde e educação, e em consequência, considerou estabelecido que a demandada ha[via] zelado pela criação, cuidado pessoal e educação das filhas”. O Juizado observou que, embora na demanda se tenha informado que as crianças haviam sido objeto de maus-tratos pela senhora Atala, “não se descr[everam] que fatos concretos os constituíam e se se trata[va] de maus-tratos físicos ou psicológicos. [Além disso, declarou que] o tribunal ha[via] se convencido de que não exist[iu] nenhum antecedente que permiti[sse] comprovar maus-tratos de qualquer natureza por parte da mãe contra as menores” de idade.
47. Sobre o argumento do demandante referente ao risco de as crianças contraírem doenças sexualmente transmissíveis, o Juizado considerou atestados médicos da senhora Atala e de sua companheira, mediante os quais confirmou que não havia prova da existência dessas doenças. Sobre o risco moral que as menores de idade supostamente enfrentavam, citou um relatório social da demandada demonstrando um ambiente familiar harmônico, “com normas e limites claros e uma rotina familiar que funciona[va] apropriadamente com

59. Pedido de impedimento do Juiz Luis Humberto Toledo Obando em 13 de maio de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.573).

60. Decisão do Juizado de Menores de Villarrica de 14 de maio de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo II, folha 569). O artigo 120 do Código de Processo Civil do Chile vigente na data dos fatos estabelecia que: “Uma vez aceita como suficiente a razão de impedimento, ou declarada esta em conformidade com o parágrafo 2º do artigo anterior, essa declaração será levada ao conhecimento do funcionário cuja incompatibilidade ou rejeição se tenha pedido, para que se abstenha de intervir no assunto de que se trate enquanto não se resolva o incidente”. Disponível em <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=172986> (último acesso em 20 de fevereiro de 2012), endereço eletrônico fornecido pelo Estado em seu escrito de alegações finais (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.914).

61. Sentença do Juizado de Menores de Villarrica de 29 de outubro de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.607).

62. Sentença do Juizado de Menores de Villarrica, de 29 de outubro de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folhas 2.591, 2.594 e 2.595).

a supervisão da mãe, a quem, no contexto de uma relação de casal satisfatória, se v[ia] em harmonia com o ambiente, e preocupada e próxima às filhas”. Além disso, mencionou a conclusão do relatório do Departamento de Psicologia da Universidade do Chile aduzindo que “a orientação sexual da mãe não constitui risco para a moralidade das menores [de idade], porque, como já se salientou, sendo uma condição ou forma normal da sexualidade humana, não é suscetível de juízo ético ou moral, só podendo ser considerada uma condição física de uma pessoa, não suscetível por si só de um juízo de valor”.

48. Com relação à potencial discriminação que as crianças poderiam sofrer e que foi expressada pelos parentes e testemunhas da parte demandante, o Juizado concluiu “que as menores [de idade] não ha[viam] sido objeto de nenhuma discriminação até [essa] data, e o que as testemunhas e parentes da parte demandante manifesta[ram] era um temor de uma possível discriminação futura”. Portanto, o Juizado considerou “que [esse] tribunal dev[ia] fundamentar sua resolução em fatos corretos e provados na causa e não em meras suposições ou temores”.
49. Finalmente, na sentença de primeira instância o Juizado ressaltou “[q]ue consta das atas guardadas no cofre de documentos do Tribunal que as menores [de idade] foram ouvidas por este [Juizado]. Nessas audiências constatou-se que a vontade das três crianças menores [de idade] é que seus pais voltem a viver juntos, e, na última audiência, realizada em 8 de outubro de 2003, [R.] e [V.] manifestaram o desejo de voltar a viver com a mãe e, no caso de [M.], só se detectou uma leve preferência pela figura materna”. A esse respeito, o Juizado salientou que as declarações prestadas em audiência pelas menores de idade foram um dos antecedentes considerados, mas que não condicionavam sua decisão em razão de sua pouca idade e da possibilidade de que essas opiniões se vissem afetadas “artificialmente por fatores externos que as influenciem, distorçam ou invalidem para o fim proposto”.<sup>63</sup>

#### 4. Recurso perante o Tribunal de Recursos de Temuco e concessão de mandado de segurança a favor do pai

50. Em conformidade com a Sentença proferida em 29 de outubro de 2003, o Juizado de Menores de Villarrica ordenou a entrega das crianças à mãe em 18 de dezembro de 2003.<sup>64</sup> No entanto, em 11 de novembro de 2003, o pai das crianças apelou da Sentença e posteriormente interpôs mandado de segurança provisório, argumentando que o cumprimento da Sentença implicaria uma mudança radical e violenta do *status quo* atual das menores de idade.<sup>65</sup>
51. Em 24 de novembro de 2003, o Tribunal de Recursos de Temuco concedeu o mandado de segurança, e o pai manteve a guarda.<sup>66</sup> Sobre esse mandado de segurança, a senhora Atala apresentou queixa disciplinar contra os integrantes da Corte, alegando causas de rejeição e de impedimento.<sup>67</sup> A Corte Suprema de Justiça do Chile decidiu sobre esse recurso de agravo em 2 de julho de 2004, declarando por maioria que não existiu falta ou abuso dos Ministros demandados. Sem prejuízo do exposto, alguns Ministros da Corte “consideraram chamar severamente a atenção dos recorridos pela omissão de que os acusa a queixosa”.<sup>68</sup>
52. Em 30 de março de 2004, o Tribunal de Recursos de Temuco, sem os dois Ministros que se haviam afastado do processo (par. 51 *supra*), confirmou a Sentença de que havia recorrido o pai das crianças, e ratificou as considerações expressas pela primeira instância e tornou sem efeito o mandado de segurança concedido em 24 de novembro de 2003.<sup>69</sup> O Tribunal de Recursos não expôs fundamentos novos, e acolheu plenamente a sentença de primeira instância.

#### 5. Interposição do recurso de queixa perante a Corte Suprema de Justiça e concessão do segundo mandado de segurança a favor do pai

63. Sentença do Juizado de Menores de Villarrica de 29 de outubro de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folhas 2.596, 2.597, 2.599, 2.600, 2.601 e 2.605).

64. Cf. Auto do Juizado de Menores de Villarrica de 5 de novembro de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo II, folha 933).

65. Cf. Recurso interposto pelo senhor López Allende em 11 de novembro de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folhas 2.614 a 2.632); e petição de mandado de segurança interposta pelo senhor López Allendes em 22 de novembro de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folhas 2.634 a 2.636).

66. Cf. Concessão de mandado de segurança expedida pelo Tribunal de Recursos de Temuco em 24 de novembro de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.638).

67. Em 7 de janeiro de 2004, a relatora do Tribunal de Recursos de Temuco certificou que “o Ministro Archibaldo Loyola se declarou impedido de conhecer da presente causa, e que o Ministro Lenin Lillo Hunzinker declarou que a causa de rejeição do artigo 196 n° 10 da do Código Orgânico de Tribunais o afetava, uma vez que tomou conhecimento da presente causa a propósito da investigação que lhe coube conduzir em visita extraordinária ao Juizado de Letras de Menores de Villarrica”. Cf. Certificado de 7 de janeiro de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.640).

68. Cf. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile, de 2 de julho de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.645).

69. Cf. Sentença do Tribunal de Recursos de Temuco, de 30 de março de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.643).

53. Em 5 de abril de 2004, o pai das crianças apresentou perante a Corte Suprema do Chile um recurso de queixa contra os juízes do Tribunal de Recursos de Temuco, e solicitou que as crianças fossem mantidas provisoriamente sob seus cuidados. O pai das crianças argumentou que, por meio da sentença proferida, os juízes recorridos haviam cometido uma “falta e um abuso grave e notório”, devido a: i) haver privilegiado os direitos da mãe sobre os das crianças; ii) haver faltado em seu dever legal de proteger sua vulnerabilidade; e iii) haver transgredido os princípios que regulamentam a avaliação consciente da prova nos julgamentos sobre assuntos de família.<sup>70</sup> Especificamente, o senhor López Allendes alegou que os juízes haviam ignorado todas as provas dos autos, que demonstrariam que a “exteriorização do comportamento lésbico produziu de forma direta e imediata em [M., V. e R.], uma confusão dos papéis sexuais, que interferiu e interferirá posteriormente no desenvolvimento de uma identidade sexual clara e definida”.<sup>71</sup> A Corte Suprema concedeu o mandado de segurança solicitado em 7 de abril de 2004.<sup>72</sup>

#### 6. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile

54. Em 31 de maio de 2004, a Quarta Câmara da Corte Suprema de Justiça do Chile, em sentença dividida em três votos contra dois, acolheu o recurso de queixa, concedendo a guarda definitiva ao pai.<sup>73</sup>

55. Em primeiro lugar, a Corte Suprema destacou que “em todas as medidas concernentes [às crianças], é primordial atender ao interesse superior da criança antes de outras considerações e direitos relativos aos pais, e que possam tornar necessário separá-la dos pais”. Além disso, a Corte Suprema externou que o parágrafo primeiro do artigo 225 do Código Civil chileno, o qual dispõe que, caso os pais vivam separados, o cuidado pessoal dos filhos cabe à mãe, não é uma norma “absoluta e definitiva”. Portanto, a Corte declarou que “o tribunal pode confiar o cuidado pessoal dos filhos ao outro pai, fazendo cessar a guarda de quem a exerce, na existência de uma ‘causa qualificada’ que torne indispensável adotar a resolução, sempre levando em conta o interesse do filho”.

56. Em especial, a Corte Suprema concluiu que: i) “se ha[via] prescindido da prova testemunhal, produzida tanto nos autos do processo de guarda definitiva como nos autos do processo de guarda provisória, [...] com respeito à deterioração experimentada no ambiente social, familiar e educacional em que se desenvolve a vida das menores [de idade] desde que a mãe começou a conviver na casa com sua companheira homossexual, e a que as crianças poderiam ser objeto de discriminação social decorrente desse fato, pois as visitas de suas amigas à residência comum diminuíram e quase cessaram de um ano para outro”; ii) “o depoimento das pessoas próximas às menores, como as empregadas da casa, fazem referência a brincadeiras e atitudes das crianças, que mostram confusão diante da sexualidade materna, que não puderam deixar de perceber na convivência no lar com sua nova companheira”; iii) “não e[ra] possível desconhecer que a mãe das menores de [idade], ao tomar a decisão de explicitar sua condição homossexual, como pode fazê-lo livremente toda pessoa no âmbito de seus direitos personalíssimos no gênero sexual, sem merecer por isso nenhuma reprovação ou censura jurídica, [...] ha[via] priorizado seus próprios interesses, postergando os das filhas, especialmente ao iniciar uma convivência com a companheira homossexual na mesma casa em que leva[va] a efeito a criação e o cuidado das filhas separadamente do pai destas”; e iv) “à parte os efeitos que essa convivência pode causar no bem-estar e desenvolvimento psíquico e emocional das filhas, consideradas as respectivas idades, a eventual confusão de papéis sexuais que nelas pode provocar a carência no lar de um pai do sexo masculino e sua substituição por outra pessoa do gênero feminino configura uma situação de risco para o desenvolvimento integral das menores, em relação à qual devem ser protegidas”.

57. A Corte Suprema considerou, além disso, que as crianças se encontravam numa “situação de risco” que as situava num “estado de vulnerabilidade em seu meio social, pois é evidente que seu ambiente familiar excepcional se diferencia[va] significativamente daquele em que vivem seus companheiros de escola e relações da vizinhança em que moram, expondo-as a ser objeto de isolamento e discriminação que igualmente afetará seu desenvolvimento pessoal”. Portanto, a Corte Suprema considerou que as condições descritas constituem “causa qualificada”, em conformidade com o artigo 225 do Código Civil, para justificar a entrega da guarda ao pai, dado que a situação atual configurava “um quadro que provoca o risco de danos, que poderiam se tornar irreversíveis para

70. Recurso de agravo e petição de mandado de segurança interpostos pelo senhor López Allendes, de 5 de abril de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folhas 2.652 a 2.655).

71. Recurso de agravo e petição de mandado de segurança interpostos pelo senhor López Allendes em 5 de abril de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.654).

72. Cf. Concessão de mandado de segurança pela Corte Suprema do Chile em 7 de abril de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.666).

73. Cf. Sentença da Quarta Câmara da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, anexo 22, folhas 2.669 a 2.677).

os interesses das menores [de idade], cuja proteção deve ter prioridade sobre qualquer outra consideração”. A Corte concluiu que os juízes recorridos falharam ao “não terem avaliado de maneira estritamente consciente os antecedentes probatórios do processo”, e ao “terem preterido o direito preferencial das menores de viver e desenvolver-se no seio de uma família estruturada normalmente e apreciada no meio social, segundo o modelo tradicional que lhes é próprio, ha[viam] incorrido em falta ou abuso grave, que deve ser corrigido mediante o acolhimento do presente recurso de agravo”.<sup>74</sup>

58. Os dois juízes da Câmara da Corte Suprema que votaram pela rejeição do recurso de queixa apresentaram argumentos sobre a natureza desse recurso.<sup>75</sup> Além disso, os juízes dissidentes consideraram que, de acordo com o artigo 225 e a preferência que esse artigo estabelece pela mãe no cuidado dos filhos em casos de separação, “o juiz não pode modificar a norma geral do estabelecimento de cuidado dos filhos, por arbítrio ou com fundamentos sem justificação, levianos ou ambíguos, mas unicamente quando um exame restritivo da norma legal e dos antecedentes anexados mostre um ‘indispensável’ interesse da criança”.<sup>76</sup>

## B. Considerações prévias

### 1. Consideração prévia sobre o objeto do caso perante a Corte Interamericana

#### *Alegações das partes*

59. A Comissão argumentou que o presente caso “se relaciona com a discriminação e ingerência arbitrária na vida particular da [senhora] Atala, ocorridas no contexto de um processo judicial sobre a guarda e cuidado de suas três filhas”, em virtude de supostamente a “orientação sexual [da senhora] Atala, e, principalmente, a expressão dessa orientação em seu projeto de vida, ter sido a base principal das decisões mediante as quais se resolveu retirar-lhe a custódia das crianças”.
60. Os representantes concordaram com as alegações gerais da Comissão e acrescentaram que “o processo iniciado perante o [S]istema [I]nteramericano [...] não teve nem tem por objetivo reabrir o processo de guarda e usar o [S]istema [I]nteramericano como uma quarta instância”. Além disso, argumentaram que “o Estado apresent[ou] a esta [...] Corte razões que a Corte Suprema não explicitou na sentença do recurso de queixa, apoiando-se em documentos de que a Corte Suprema teve conhecimento e que desconsiderou ao preferir a sentença”.
61. Por sua vez, o Estado argumentou que “não é verdadeiro que a razão pela qual os tribunais chilenos resolveram retirar a guarda da mãe para entregá-la ao pai, no caso das crianças López Atala, fora a orientação sexual” da senhora Atala. Em especial, o Estado alegou que “o objeto do processo de guarda [...] não foi a declaração de incapacidade da mãe, mas a determinação do pai ou mãe que nesse momento oferecesse melhores condições para assegurar o bem-estar das três crianças”. Nesse sentido, arguiu que “[n]ão é verdadeiro que o fundamento das referidas decisões fosse a orientação sexual da mãe ou somente sua expressão. Pelo contrário, de seu teor depreende-se [...] que o fundamento foi o interesse superior da criança, e que, nesse contexto, a orientação sexual da demandada foi considerada, entre outras circunstâncias, na medida em que sua expressão teve efeitos concretos adversos no bem-estar das crianças”. De acordo com o Estado, “a sentença da Corte Suprema decidiu que os tribunais inferiores incorreram em falta ou abuso grave ao infringir as regras de avaliação da prova, [...] pois [...] esses tribunais não ponderaram em seu conjunto o mérito da totalidade da prova”.

74. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folhas 2.670, 2.671, 2.672 e 2.673).

75. Salientaram, especificamente, que “não se trata de um recurso processual que habilite este Tribunal a resolver todas as questões de fato e de direito apresentadas pelas partes num pleito. É plenamente sabido que, de acordo com o artigo 545 do Código Orgânico de Tribunais, o recurso de queixa é um recurso disciplinar, cuja exclusiva finalidade é a correção das faltas ou abusos graves cometidos no proferimento de uma resolução jurisdicional, mediante a) sua invalidação; e b) a aplicação de medidas disciplinares aos juízes que incorreram na falta grave ou abuso constante da resolução anulada. Que, então, e descartando por imperativo legal que o recurso de agravo possa significar nesta Corte Suprema a abertura de uma terceira instância – que nosso sistema processual não aceita –, ou que fosse um meio idôneo para impor opiniões ou interpretações discutíveis, cabe examinar se os juízes impugnados incorreram em alguma falta ou abuso grave ao entregar à mãe, senhora Jacqueline Karen Atala Riffo, o cuidado de suas três filhas menores, [M., V. e R.]”. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004, voto contrário dos Ministros José Benquís C. e Orlando Álvarez H. (expediente de anexos da demanda, tomo V, folhas 2.673 e 2.674).

76. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004, voto dissidente/minoritário dos Ministros José Benquís C. e Orlando Álvarez H. (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.675). Nesse âmbito de análise, os juízes consideraram que: i) “não decorre dos autos examinados que exist[issem] antecedentes dos quais se pudesse especular que a mãe [...] houvesse maltratado ou negligenciado as filhas”; e ii) “dos pareceres que constam dos autos, tanto dos psicólogos como das assistentes sociais, infere-se que a homossexualidade da mãe não viola os direitos das crianças, nem priva aquela de exercer seu direito de mãe, já que de uma perspectiva psicológica ou psiquiátrica, no entender desses peritos, trata-se de uma pessoa absolutamente normal”. Portanto, os juízes concluíram que “retirar da mãe, somente por sua opção sexual, a guarda das filhas menores de idade – conforme solicitou o pai com base em avaliações puramente subjetivas – implica impor tanto àquelas como à mãe uma punição inominada e à margem da lei, além de discriminatória”.

62. De maneira geral, o Estado alegou que no processo de guarda “exist[iam] abundantes provas [...] que comprov[avam ...] as melhores condições que o pai oferecia par[a] o bem-estar” das crianças. Concretamente, o Estado argumentou que “existia prova contundente que dava conta de que a demandada mostrava uma intensa atitude centrada em si mesma e características pessoais que dificultavam o exercício adequado de seu papel materno, circunstâncias que levaram a concluir que a mãe não oferecia um ambiente idôneo para o desenvolvimento das filhas”.
63. Por outro lado, o Estado arguiu que, “a respeito do pai, havia evidência considerável [...] que garanti[ria]: i) sua dedicação e esmero no cuidado das filhas; ii) suas aptidões para o exercício da criação; iii) o ambiente favorável que oferecia para o bem-estar das filhas; e iv) a relação positiva que havia entre as crianças e a companheira do demandante”. Além disso, o Estado declarou que, ao examinar a prova constante dos autos, se evidenciaria que a decisão de guarda provisória “incluía também matérias alheias à referida orientação sexual, como a determinação do pai ou mãe que oferecia maior grau de compromisso e de atenção com as crianças”.

### *Considerações da Corte*

64. Das alegações apresentadas pelo Estado, bem como da prova que consta dos autos, a Corte considera que no processo de guarda foram debatidos, *inter alia*, os seguintes aspectos: i) a orientação sexual da senhora Atala; ii) a personalidade da senhora Atala; iii) os supostos danos que teriam sido causados às crianças; e iv) a alegada prioridade que a senhora Atala daria a seus interesses pessoais. Por outro lado, em relação ao pai das crianças, expuseram-se, no âmbito do processo de guarda, argumentos favoráveis e contrários à possibilidade de oferecer maior bem-estar às crianças. O Estado considerou que a Corte Interamericana deve analisar a totalidade da prova apresentada no processo de guarda e não somente as sentenças proferidas pelos tribunais internos.
65. A esse respeito, o Tribunal reitera que a jurisdição internacional tem caráter subsidiário,<sup>77</sup> coadjuvante e complementar,<sup>78</sup> razão pela qual não desempenha funções de tribunal de “quarta instância”. A Corte não é um tribunal de alçada ou de recurso para dirimir as desavenças entre as partes quanto a alguns alcances da avaliação de prova ou da aplicação do direito interno em aspectos que não estejam diretamente relacionados ao cumprimento de obrigações internacionais de direitos humanos. É por isso que sustentou que, em princípio, “cabe aos tribunais do Estado o exame dos fatos e das provas apresentadas nas causas específicas”.<sup>79</sup>
66. De acordo com o acima exposto, não cabe a este Tribunal determinar se a mãe, ou o pai, das três crianças oferecia um lar melhor para elas, ou avaliar prova com essa finalidade específica, pois isso se encontra fora do objeto deste caso, cujo propósito é definir se as autoridades judiciais violaram ou não obrigações estipuladas na Convenção. Do mesmo modo, e em virtude do caráter subsidiário do Sistema Interamericano, a Corte tampouco é competente para decidir sobre a guarda das três crianças, M., V. e R., porquanto se trata de matéria do direito interno chileno. Desse modo, a guarda atual das menores de idade não é matéria do presente caso.

### *2. Consideração prévia sobre a participação das crianças M., V. e R.*

67. Na Resolução de 29 de novembro de 2011 (par. 12 *supra*), esta Corte salientou que em nenhuma parte dos autos havia uma manifestação precisa por parte das crianças M., V. e R. a respeito de sua concordância com a representação que exercia qualquer dos pais, e de seu desejo de serem consideradas supostas vítimas neste caso. A Corte ressaltou que, embora existissem dois escritos mediante os quais tanto o pai quanto a mãe declaravam que atuavam em representação das três crianças perante este Tribunal, a posição da mãe e do pai não necessariamente representavam os interesses das crianças.
68. Por outro lado, o Tribunal, na citada Resolução, salientou que as crianças exercem seus direitos de maneira progressiva na medida em que desenvolvem maior nível de autonomia pessoal, razão pela qual na primeira infância agem nesse sentido por meio dos familiares. Evidentemente, há grande variação no grau de desenvolvimento físico e intelectual, na experiência e na informação que cada criança possui. Portanto, na condução da diligência realizada segundo o disposto na mencionada Resolução (par. 13 *supra*) levou-se em conta que as três crianças

77. Cf. *Caso Acevedo Jaramillo e outros Vs. Peru*. Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C Nº 157, par. 6; e *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C Nº 220, par. 16.

78. No Preâmbulo da Convenção Americana sustenta-se que a proteção internacional é “de natureza convencional, coadjuvante ou complementar da que oferece o direito interno dos Estados americanos”. Ver também *A Expressão “Leis” no Artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A Nº 6, par. 26; e *Caso Velásquez Rodríguez*, nota 28 *supra*, par. 61.

79. *Caso Nogueira de Carvalho e outros Vs. Brasil*. Exceções Preliminares e Mérito. Sentença de 28 de novembro de 2006. Série C Nº 161, par. 8; e *Caso Cabrera García e Montiel Flores*, nota 77 *supra*, par. 16.



têm nesse momento 12, 13 e 17 anos de idade e, conseqüentemente, poderiam existir diferenças de opinião e no nível de autonomia pessoal para o exercício dos direitos de cada uma delas. No presente caso, em 8 de fevereiro de 2012, foram ouvidas duas das crianças (par. 13 *supra*).

69. Durante essa diligência, o pessoal da Secretaria foi acompanhado pela psiquiatra María Alicia Espinoza.<sup>80</sup> Antes de realizar a diligência, a delegação da Secretaria da Corte manteve uma reunião prévia com essa psiquiatra, que consistiu numa troca de ideias com a finalidade de garantir que a informação prestada fosse acessível e apropriada para as crianças. Levando em conta as normas internacionais sobre o direito das crianças de serem ouvidas (pars. 196 a 200 *infra*), as crianças M. e R. foram, em primeiro lugar, informadas de maneira conjunta pelo pessoal da Secretaria sobre seu direito de serem ouvidas, os efeitos ou conseqüências que suas opiniões poderiam provocar no processo contencioso no presente caso, a posição e as alegações das partes no caso, e foram consultadas sobre o desejo de continuar participando da diligência. Posteriormente, em vez de realizar um exame unilateral, manteve-se uma conversa separada com cada criança, com o objetivo de oferecer-lhes um ambiente propício e de confiança. Durante a diligência nenhum dos pais e nenhuma das partes esteve presente. Além disso, a diligência realizada com as crianças foi privada em virtude do pedido de confidencialidade da identidade das crianças tanto por parte da Comissão e dos representantes no presente caso (nota 3 *supra*), como pela necessidade de proteger o interesse superior das crianças e seu direito à intimidade. Além disso, as crianças solicitaram expressamente que se mantivesse absoluta reserva sobre tudo que declarassem na reunião.
70. Durante a diligência realizada em 8 de fevereiro de 2012, as crianças M. e R. declararam que conheciam e entendiam os temas relacionados com as três alegadas violações pelas quais foram apresentadas como supostas vítimas no presente caso (pars. 150, 176, 178 e 201 *infra*). Com base nas declarações das duas crianças e levando em conta o desenvolvimento progressivo dos direitos das crianças, a Corte observa que duas das crianças expressaram de maneira livre e independente suas próprias opiniões e juízos formados sobre os fatos do caso que a elas concernem, bem como algumas de suas expectativas e interesses na solução deste caso. Portanto, a Corte as considerará supostas vítimas no presente caso (pars. 150, 176, 178 e 208 *infra*).
71. Como se informou anteriormente, a menina V. não participou dessa diligência por motivo de força maior (par. 13 *supra*). Com base nas considerações anteriores, o Tribunal não encontra elemento algum para considerar que a menina V. não se encontra na mesma condição de suas irmãs (pars. 150, 176, 178 e 208 *infra*). Entretanto, para efeitos das reparações, a autoridade nacional competente para a infância deverá constatar de maneira privada a opinião livre da menina V. sobre seu desejo de ser considerada parte lesada.

### C. O direito à igualdade e à proibição de discriminação

#### *Alegações das partes*

72. Com relação à suposta violação dos artigos 24<sup>81</sup> e 1.1<sup>82</sup> da Convenção Americana, a Comissão alegou que “existe um amplo reconhecimento nos Estados americanos no sentido de que é proibida a discriminação com base na orientação sexual”. Argumentou que “a orientação sexual [...] foi a sustentação da decisão da Corte Suprema de Justiça”, em virtude da qual supostamente se determinou que a senhora Atala “não devia manter a guarda das filhas[, porquanto] convivia com uma pessoa do mesmo sexo”. Acrescentou que se “praticou uma discriminação em detrimento da [senhora] Atala na aplicação da lei pertinente para a determinação de assuntos de família, com base numa expressão de sua orientação sexual, como a decisão de coabitar com uma companheira e estabelecer uma vida com ela”. Acrescentou também que a “decisão de guarda provisória [...] constituiu uma discriminação praticada com base na orientação sexual da senhora Atala”. Por outro lado, declarou que “no Direito Constitucional Comparado, foi usada a figura de “categoria suspeita” e, conseqüentemente, adotou-se uma interpretação restritiva nos casos relacionados com a orientação sexual”.

80. Mediante escrito de 3 de fevereiro de 2012 o Estado apresentou observações a respeito da participação da psiquiatra Espinoza na diligência. A esse respeito, em 6 de fevereiro de 2012, seguindo instruções do Presidente da Corte, informou-se às partes que a psiquiatra Espinoza foi designada para acompanhar a delegação da Secretaria, caso fosse necessário. Também na ata transmitida às partes mencionou-se que, embora se houvesse previsto a participação da psiquiatra Espinoza como apoio, isso não foi necessário.

81. O artigo 24 da Convenção (Igualdade perante a lei) dispõe que:

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

82. O artigo 1.1 da Convenção Americana (Obrigação de respeitar os direitos) dispõe que:

Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita a 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.

73. Os representantes ressaltaram que os Estados “firmaram a Convenção Americana com uma cláusula aberta de não discriminação, não podendo, portanto, alegar agora que seu nível de desenvolvimento político social não lhes permite entender que se inclua a orientação sexual entre as razões que proíbem a discriminação”. Alegaram que “[a] decisão do recurso de queixa resulta [...] num processo de averiguação da [senhora] Atala e de sua vida privada, sem considerar suas habilidades maternas, que eram o tema a ser considerado”. Observaram que esse “processo de averiguação [não se realizou] na vida do [senhor] López, sobre quem nada se sabe, questiona ou investiga, ou de suas habilidades paternas”. Portanto, consideraram que “[esse] único fato constitui um tratamento diferenciado não contemplado no direito chileno, e claramente proibido pelo Direito Internacional”. Além disso, alegaram que “[a] Corte Suprema do Chile [...] criou uma categoria de pessoas que por sua natureza unicamente, sem importar seu comportamento, não estariam aptas a cuidar dos próprios filhos, equiparando-as com situações de maus-tratos e descuido”.
74. O Estado argumentou que “o [S]istema [Interamericano de Direitos Humanos] requer a credibilidade e a confiança dos Estados membros. Uma relação de confiança recíproca pode ser afetada se a Corte assume um papel demasiadamente regulador, sem levar em consideração o sentimento majoritário dos Estados”. O Estado alegou que “ao firmar a [Convenção Americana], os Estados membros consentiram em obrigar-se a suas disposições. Embora a interpretação jurídica possa ser flexível e a linguagem dos direitos humanos reconheça seu desenvolvimento progressivo, os Estados emprestaram seu consentimento a uma ideia de direitos humanos que levava em consideração certos tipos de violação, e não outras que nesse momento não existiam. Caso seja necessário ampliar o alcance do Tratado, em matérias em que não há um consenso mínimo, essa convenção [Convenção Americana] estabelece um procedimento para a incorporação de protocolos que protejam outros direitos”.
75. O Estado também salientou “que a orientação sexual não era uma categoria suspeita sobre a qual houvesse um consenso em 2004”, quando foi proferida a sentença da Corte Suprema no presente caso. Alegou que “não seria procedente exigir [da Corte Suprema do Chile] a aplicação de um teste de escrutínio restrito para uma categoria na qual o consenso interamericano é recente”. Acrescentou que “o estabelecimento de uma ‘super categoria suspeita’, como seria neste caso a orientação sexual de um dos pais ou outras semelhantes, pode terminar por deslocar o centro de um processo de família para a consideração prioritária dos direitos dos pais em detrimento do bem superior da criança no caso concreto”.
76. Finalmente, o Estado alegou que “não é arbitrária a decisão que, declarando a mãe legalmente habilitada, resolveu [...] acolher a demanda de cuidado pessoal interposta pelo pai, com fundamento no interesse superior das crianças e seu melhor bem-estar”. Mencionou que “[n]ão é verdadeiro que o fundamento das referidas decisões fosse a orientação sexual da mãe ou somente sua expressão” e que “a orientação sexual da demandada foi considerada, entre outras circunstâncias, na medida em que sua expressão teve efeitos concretos adversos no bem-estar das crianças”.

#### *Considerações da Corte*

77. Para resolver essas controvérsias a Corte analisará: 1) o alcance do direito à igualdade e à não discriminação; 2) a orientação sexual como categoria protegida pelo artigo 1.1 da Convenção Americana; 3) se existiu neste caso uma diferença de tratamento, com base na orientação sexual; e 4) se essa diferença de tratamento constituiu discriminação, para o que se avaliarão, de forma estrita, as razões que se alegaram para justificar essa diferença de tratamento, em virtude do interesse superior da criança e das presunções de risco e dano em detrimento das três crianças.

##### *1. Direito à igualdade e à não discriminação*

78. A Corte estabeleceu que o artigo 1.1 da Convenção é uma norma de caráter geral, cujo conteúdo se estende a todas as disposições do Tratado, e dispõe a obrigação dos Estados Partes de respeitar e garantir o pleno e livre exercício dos direitos e liberdades ali reconhecidos “sem discriminação alguma”, ou seja, qualquer que seja a origem ou a forma que assuma, todo tratamento que possa ser considerado discriminatório com respeito ao exercício de qualquer dos direitos garantidos na Convenção é com ela incompatível *per se*.<sup>83</sup>

83. Cf. *Proposta de Modificação à Constituição Política da Costa Rica relacionada à Naturalização*. Parecer Consultivo OC-4/84 de 19 de janeiro de 1984. Série A Nº 4, par. 53; e *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C Nº 214, par. 268.

79. Sobre o princípio de igualdade perante a lei e a não discriminação, a Corte salientou<sup>84</sup> que a noção de igualdade se infere diretamente da unidade de natureza do gênero humano, e é inseparável da dignidade essencial da pessoa, frente à qual é incompatível toda situação que, por considerar superior um determinado grupo, leve a que seja tratado com privilégio; ou que, ao contrário, por considerá-lo inferior, o trate com hostilidade ou de qualquer forma o afaste do gozo de direitos que de fato se reconhecem àqueles que não se consideram incursos nessa situação. A jurisprudência da Corte também ressaltou que na atual etapa da evolução do Direito Internacional, o princípio fundamental de igualdade e não discriminação ingressou no domínio do *jus cogens*. Sobre ele descansa a estrutura jurídica da ordem pública nacional e internacional e permeia todo o ordenamento jurídico.<sup>85</sup>

80. Além disso, o Tribunal estabeleceu que os Estados devem abster-se de realizar ações que de alguma maneira se destinem, direta ou indiretamente, a criar situações de discriminação *de jure* ou *de facto*.<sup>86</sup> Os Estados são obrigados a adotar medidas positivas para reverter ou modificar situações discriminatórias existentes na sociedade em detrimento de determinado grupo de pessoas. Isso implica o dever especial de proteção que o Estado deve exercer com relação a ações e práticas de terceiros que, com sua tolerância ou aquiescência, criem, mantenham ou favoreçam as situações discriminatórias.<sup>87</sup>

81. A Convenção Americana, assim como o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, não dispõe uma definição explícita do conceito de “discriminação”. Tomando por base as definições de discriminação estabelecidas no artigo 1.1 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial<sup>88</sup> e o artigo 1.1 da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher,<sup>89</sup> o Comitê de Direitos Humanos do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (doravante denominado “Comitê de Direitos Humanos”) definiu a discriminação como:

toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que se baseie em determinados motivos, como raça, cor, sexo, idioma, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social, e que tenha por objeto ou como resultado anular ou depreciar o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas.<sup>90</sup>

82. A Corte reitera que, enquanto a obrigação geral do artigo 1.1 se refere ao dever do Estado de respeitar e garantir “sem discriminação” os direitos consagrados na Convenção Americana, o artigo 24 protege o direito à “igual proteção da lei”,<sup>91</sup> ou seja, o artigo 24 da Convenção Americana proíbe a discriminação de direito ou de fato, não só quanto aos direitos consagrados nesse Tratado, mas no que diz respeito a todas as leis que o Estado aprove e sua aplicação. Em outras palavras, caso um Estado discriminasse no respeito ou garantia de um direito convencional, descumpriria a obrigação estabelecida no artigo 1.1 e o direito substantivo em questão. Caso, ao contrário, a discriminação se referisse a uma proteção desigual da lei interna ou sua aplicação, o fato deveria ser analisado à luz do artigo 24 da Convenção Americana.<sup>92</sup>

## 2. A orientação sexual como categoria protegida pelo artigo 1.1 da Convenção Americana

83. A Corte estabeleceu, assim como o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, que os tratados de direitos humanos

84. Cf. Parecer Consultivo OC-4/84, nota 83 *supra*, par. 55.

85. Cf. *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A Nº 18, par. 10;1 e *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek*, nota 83 *supra*, par. 269.

86. Cf. Parecer Consultivo OC-18/03, nota 85 *supra*, par. 103; e *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek*, nota 83 *supra*, par. 271.

87. Cf. Parecer Consultivo OC-18/03, nota 85 *supra*, par. 104; *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek*, nota 83 *supra*, par. 271; e Nações Unidas, Conselho de Direitos Humanos, Observação Geral nº 18, Não discriminação, de 10 de novembro de 1989, CCPR/C/37, par. 6.

88. O artigo 1.1 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação Racial dispõe: “Na presente Convenção, a expressão “discriminação racial” significa qualquer distinção, exclusão, restrição ou preferência fundadas na raça, cor, descendência ou origem nacional ou étnica que tenha por fim ou efeito anular ou comprometer o reconhecimento, o gozo ou o exercício, em igualdade de condições, dos direitos humanos e das liberdades fundamentais nos domínios político, econômico, social, cultural ou em qualquer outro domínio da vida pública”.

89. O artigo 1.1 da Convenção Internacional sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher dispõe: “Para os fins da presente Convenção, a expressão “discriminação contra a mulher” significará toda a distinção, exclusão ou restrição baseada no sexo e que tenha por objeto ou resultado prejudicar ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício pela mulher, independente de seu estado civil, com base na igualdade do homem e da mulher, dos direitos humanos e liberdades fundamentais nos campos político, econômico, social, cultural e civil ou em qualquer outro campo”.

90. Nações Unidas, Conselho de Direitos Humanos, Observação Geral nº 18, Não discriminação, nota 87 *supra*, par. 6.

91. Cf. Parecer Consultivo OC-4/84, nota 83 *supra*, par. 53 e 54; e *Caso Barbani Duarte e outros Vs. Uruguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 13 de outubro de 2011. Série C Nº 234, par. 174.

92. *Mutatis mutandi, Caso Apitz Barbera e outros (“Primeiro Tribunal do Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela*. Exceção preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C Nº 182, par. 209; e *Caso Barbani Duarte e outros*, nota 91 *supra*, par. 174.

são instrumentos vivos, cuja interpretação acompanhará a evolução dos tempos e as condições de vida do momento.<sup>93</sup> Tal interpretação evolutiva é consequente com as normas gerais de interpretação consagradas no artigo 29 da Convenção Americana bem como naquelas estabelecidas pela Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.<sup>94</sup>

84. Nesse sentido, ao interpretar a expressão “qualquer outra condição social” do artigo 1.1. da Convenção, deve-se sempre escolher a alternativa mais favorável para a tutela dos direitos protegidos por esse Tratado, segundo o princípio da norma mais favorável ao ser humano.<sup>95</sup>
85. Os critérios específicos em virtude dos quais é proibido discriminar, segundo o artigo 1.1 da Convenção Americana, não são uma relação taxativa ou restritiva, mas meramente exemplificativa. Pelo contrário, a redação desse artigo deixa critérios em aberto os com a inclusão do termo “outra condição social” para assim incorporar outras categorias que não tivessem sido explicitamente citadas. A expressão “qualquer outra condição social” do artigo 1.1. da Convenção deve ser, conseqüentemente, interpretada pela Corte na perspectiva da opção mais favorável à pessoa e da evolução dos direitos fundamentais no Direito Internacional Contemporâneo.<sup>96</sup>
86. A esse respeito, no Sistema Interamericano, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos (doravante denominada “OEA”) aprovou, desde 2008, em seus períodos de sessões anuais, quatro resoluções sobre a proteção das pessoas contra tratamentos discriminatórios com base na orientação sexual e identidade de gênero, mediante as quais exigiu a adoção de medidas concretas para uma proteção eficaz contra atos discriminatórios.<sup>97</sup>
87. A respeito da inclusão da orientação sexual como categoria de discriminação proibida, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos esclareceu que a orientação sexual é “outra condição” mencionada no artigo 14<sup>98</sup> da Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais (doravante denominada “Convenção Europeia”), que proíbe tratamentos discriminatórios.<sup>99</sup> Especificamente, no *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, o Tribunal Europeu concluiu que a orientação sexual é um conceito que se encontra abrigado no artigo 14 da Convenção Europeia. Além disso, reiterou que a lista de categorias que figura no citado artigo é exemplificativa e não exaustiva.<sup>100</sup> No *Caso Cliff Vs. Reino Unido*, o Tribunal Europeu também reiterou que

93. Cf. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*. Parecer Consultivo OC-16/99, de 1º de outubro de 1999. Série A Nº 16, par. 114; e *Caso do Massacre de Mapiripán Vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C Nº 134, par. 106. No Tribunal Europeu ver T.E.D.H., *Caso Tyrer Vs. Reino Unido*, (nº 5.856/72), Sentença de 25 de abril de 1978, par. 31.

94. Cf. Parecer Consultivo OC-16/99, nota 93 *supra*, par. 114; e *Caso do Massacre de Mapiripán Vs. Colômbia*, nota 93 *supra*, par. 106.

95. Cf. *Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas (Artigos 13 e 29 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-5/85, de 13 de novembro de 1985. Série A Nº 5, par. 52; e *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 93 *supra*, par. 106.

96. Cf. Parecer Consultivo OC-16/99, nota 93 *supra*, par. 115.

97. Cf. AG/RES. 2653 (XLI-O/11), Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 7 de junho de 2011 (“A ASSEMBLEIA GERAL [...] RESOLVE: 1. Condenar a discriminação contra pessoas, por motivo de orientação sexual e identidade de gênero, e instar os Estados, de acordo com os parâmetros das instituições jurídicas de seu ordenamento interno, a adotar as medidas necessárias para prevenir, punir e erradicar tal discriminação.”); AG/RES. 2600 (XL-O/10), Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 8 de junho de 2010 (“A ASSEMBLEIA GERAL [...] RESOLVE: 1. Condenar os atos de violência, bem como as violações de direitos humanos de pessoas por motivo de orientação sexual e identidade de gênero e instar os Estados a que investiguem esses atos e assegurem que os responsáveis enfrentem as conseqüências perante a justiça. 2. Incentivar os Estados a que tomem todas as medidas necessárias para assegurar que não sejam cometidos atos de violência ou outras violações de direitos humanos contra pessoas por motivo de orientação sexual e identidade de gênero e assegurar o acesso à justiça por parte das vítimas em condições de igualdade. 3. Incentivar os Estados membros a que considerem meios de combater a discriminação contra pessoas por motivo de orientação sexual e identidade de gênero.”); AG/RES. 2504 (XXXIX-O/09), Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 4 de junho de 2009 (“A ASSEMBLEIA GERAL [...] RESOLVE: 1. Condenar os atos de violência e as violações de direitos humanos correlatas, perpetrados contra indivíduos e motivados pela orientação sexual e identidade de gênero. 2. Urgir os Estados a assegurar que se investiguem os atos de violência e as violações de direitos humanos cometidos contra indivíduos em razão da orientação sexual e identidade de gênero e que os responsáveis enfrentem as conseqüências perante a justiça.”), e AG/RES. 2435 (XXXVIII-O/08), Direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, aprovada na quarta sessão plenária, realizada em 3 de junho de 2008 (“A ASSEMBLEIA GERAL [...] RESOLVE: 1. Expressar preocupação pelos atos de violência e pelas violações aos direitos humanos correlatas, motivados pela orientação sexual e pela identidade de gênero.”).

98. Artigo 14 da Convenção Europeia de Direitos Humanos: “O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas 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”.

99. Cf. T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, (nº 33.290/96), Sentença de 21 de dezembro de 1999. Final, 21 de março de 2000, par. 28; *Caso L. e V. Vs. Austria* (nº 39.392/98 e 39.829/98), Sentença de 9 de janeiro de 2003. Final, 9 de abril de 2003, par. 45; *Caso S. L. Vs. Austria*, (nº 45.330/99), Sentença de 9 de janeiro de 2003. Final, 9 de abril de 2003, par. 37; e *Caso E.B. Vs. França*, (nº 43.546/02), Sentença de 22 de janeiro de 2008, par. 50.

100. Cf. T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, nota 99 *supra*, par. 28 (“a orientação sexual da requerente [...] [é] um conceito que o artigo 14 da Convenção sem dúvida abrange. O Tribunal reitera a esse respeito que a relação constante da referida disposição é exemplificativa e não exaustiva, conforme mostram as palavras [...] qualquer motivo tais como [...]”). Ver também T.E.D.H., *Caso Fretté Vs. França*, (nº 36.515/97), Sentença de 26 de fevereiro de 2002. Final, 26 de maio de 2002, par. 32; T.E.D.H., *Caso Kozak Vs. Polônia* (nº 13.102/02), Sentença de 2 de março de 2010. Final, 2 de junho de 2010, par. 92; *Caso J.M. Vs. Reino Unido*, (nº 37.060/06), Sentença de 28 de setembro de 2010. Final, 28 de dezembro de 2010, par. 55; e *Caso Alekseyev Vs. Rússia*, (nº 4.916/07, 25.924/08 e 14.599/09), Sentença

a orientação sexual, como uma das categorias que pode ser incluída em “outra condição”, é outro exemplo específico das que se encontram na citada lista, que são consideradas características pessoais no sentido de que são inatas ou inerentes à pessoa.<sup>101</sup>

88. No âmbito do Sistema Universal de Proteção dos Direitos humanos, o Comitê de Direitos Humanos e o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais qualificaram a orientação sexual como uma das categorias de discriminação proibida, consideradas nos artigos 2.1<sup>102</sup> do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e 2.2<sup>103</sup> do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. A esse respeito, o Comitê de Direitos Humanos salientou, no *Caso Toonen Vs. Austrália*, que a referência à categoria “sexo” incluiria a orientação sexual das pessoas.<sup>104</sup> Do mesmo modo, o Comitê de Direitos Humanos expressou sua preocupação quanto a diversas situações discriminatórias relacionadas com a orientação sexual das pessoas, o que já manifestou reiteradamente em suas observações finais sobre os relatórios apresentados pelos Estados.<sup>105</sup>
89. Por sua vez, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais determinou que a orientação sexual pode ser enquadrada em “outra condição social”.<sup>106</sup> O Comitê dos Direitos da Criança,<sup>107</sup> o Comitê contra a Tortura<sup>108</sup> e o

de 21 de outubro de 2010. Final, 11 de abril de 2011, par. 108 (“A Corte reitera que a orientação sexual é um conceito inserido no artigo 14”).

101. Cf. T.E.D.H., *Caso Clift Vs. Reino Unido* (nº 7.205/07), Sentença de 13 de julho de 2010. Final, 22 de novembro de 2010, par. 57 (“the Court has considered to constitute [ ] other status [ ] characteristics which, like some of the specific examples listed in the Article, can be said to be personal in the sense that they are innate or inherent”). Entretanto, o Tribunal Europeu decidiu não limitar com isso o conceito de “outra condição” a que as características da pessoa sejam inerentes ou inatas. Cf. T.E.D.H., *Caso Clift*, nota 101 *supra*, par. 58 (“However, in finding violations of Article 14 in a number of other cases, the Court has accepted that “status” existed where the distinction relied upon did not involve a characteristic which could be said to be innate or inherent, and thus [ ] personal [ ] in the sense discussed above”).

102. Artigo 2.1 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a garantir a todos os indivíduos que se encontrem em seu território e que estejam sujeitos à sua jurisdição os direitos reconhecidos no presente Pacto, sem distinção alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

103. Artigo 2.2 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais: Os Estados Partes no presente Pacto comprometem-se a garantir que os direitos nele enunciados se exercerão sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, língua, religião, opinião política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, situação econômica, nascimento ou qualquer outra situação.

104. Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, *Toonen Vs. Austrália*, Comunicação nº 488/1992, CCPR/C/50/D/488/1992, de 4 de abril de 1992, par. 8.7 (“The State party has sought the Committee’s guidance as to whether sexual orientation may be considered an “other status” for the purposes of article 26. The same issue could arise under article 2, paragraph 1, of the Covenant. The Committee confines itself to noting, however, that in its view, the reference to “sex” in articles 2, paragraph 1, and 26 is to be taken as including sexual orientation”). Ver também *X Vs. Colômbia*, Comunicação nº 1.361/2005, CCPR/C/89/D/1361/2005, de 14 de maio de 2007, par. 7.2. (“The Committee recalls its earlier jurisprudence that the prohibition against discrimination under article 26 comprises also discrimination based on sexual orientation”). No mesmo sentido, Comitê de Direitos Humanos, *Edward Young Vs. Austrália*, Comunicação nº 941/2000, CCPR/C/78/D/941/2000, de 18 de setembro de 2003, par. 10.4. Ver também Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, *Observações finais, Polônia*, CCPR/C/79/Add.110, de 25 de julho de 1999, par. 23.

105. Cf., *inter alia*, Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, *Observações finais, Chile*, CCPR/C/CHL/CO/5, de 17 de abril de 2007, par. 16 (“Embora observe com satisfação a revogação das disposições que puniam as relações homossexuais entre adultos responsáveis, o Comitê continua preocupado com a discriminação de que são objeto certas pessoas devido a sua orientação sexual, entre outros âmbitos, frente aos tribunais e no acesso à saúde (artigos 2 e 26 do Pacto). O Estado Parte deveria garantir a todas as pessoas a igualdade dos direitos estabelecidos no Pacto, independentemente de sua orientação sexual, inclusive a igualdade perante a lei e no acesso aos serviços de saúde. Também deveria colocar em prática programas de sensibilização com a finalidade de combater os preconceitos sociais”); *Observações finais, Barbados*, CCPR/C/BRB/CO/3, de 14 de maio de 2007, par. 13 (“O Comitê expressa sua preocupação com a discriminação que sofrem os homossexuais no Estado Parte e, em particular, pela punição dos atos sexuais consensuais entre adultos do mesmo sexo (artigo 26)”); *Observações finais, Estados Unidos da América*, CCPR/C/USA/CO/3/Rev.1, de 18 de dezembro de 2006, par. 25 (“Também observa com preocupação que em muitos Estados não se proibiu a discriminação no emprego por motivo de orientação sexual (artigos 2 e 26). O Estado Parte deveria aceitar a obrigação jurídica, em virtude dos artigos 2 e 26, de garantir a todas as pessoas os direitos amparados pelo Pacto, bem como a igualdade perante a lei e a igual proteção da lei, sem discriminação por motivo de orientação sexual”); *Observações finais, El Salvador*, CCPR/CO/78/SLV, 22 de agosto de 2003, par. 16 (“O Comitê expressa sua preocupação com os casos de pessoas atacadas, e também mortas, por motivo de orientação sexual (artigo 9), com o baixo número de investigações em relação a esses atos ilícitos e com as disposições existentes (como a “Legislação Contravencional” de caráter local) utilizadas para discriminar as pessoas em razão de sua orientação sexual (artigo 26)”).

106. Cf. Nações Unidas, Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral nº 20. A não discriminação e os direitos econômicos, sociais e culturais (artigo 2, par. 2 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), E/C.12/GC/20, de 2 de julho de 2009, par. 32 (“Em ‘qualquer outra condição social’, tal como figura no artigo 2.2 do Pacto, inclui a orientação sexual”). Cf. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral nº 18. O direito ao trabalho, E/C.12/GC/18, de 6 de fevereiro de 2006, par. 12 (“em virtude do parágrafo 2 do artigo 2, bem como do artigo 3, o Pacto proíbe toda discriminação no acesso ao trabalho e na manutenção deste por motivos de [...] orientação sexual”); Observação nº 15. O direito à água (artigos 11 e 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), E/C.12/2002/11, de 20 de janeiro de 2003, par. 13 (“o Pacto proíbe toda discriminação por motivo de [...] orientação sexual”); Observação Geral nº 14. O direito a desfrutar o mais elevado nível possível de saúde (artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), E/C.12/2000/4, de 11 de agosto de 2000, par. 18 (“Em virtude do disposto no parágrafo 2 do artigo 2 e no artigo 3, o Pacto proíbe toda discriminação no que se refere ao acesso à atenção de saúde e aos fatores determinantes básicos de saúde, bem como aos meios e direitos para conseguí-los, por motivos de [...] orientação sexual”).

107. Cf. Nações Unidas, Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 3. O HIV/AIDS e os Direitos da Criança, CRC/GC/2003/3, de 17 de março de 2003, par. 8 (“é preocupante a discriminação com base nas preferências sexuais”); Observação Geral nº 4. A saúde e o desenvolvimento dos adolescentes no contexto da Convenção sobre os Direitos da Criança, CRC/GC/2003/4, de 21 de julho de 2003, par. 6 (“Os Estados Partes têm a obrigação de garantir a todos os seres humanos com menos de 18 anos o desfrute de todos os direitos enunciados na Convenção, sem distinção alguma (artigo 2), independentemente de “raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança”. Dev[e]-se acrescentar também a orientação sexual”).

108. Cf. Nações Unidas, Comitê contra a Tortura, Observação Geral nº 2. Aplicação do artigo 2 pelos Estados Partes, CAT/C/GC/2, de 24 de

Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher<sup>109</sup> também fizeram referências, no âmbito de suas observações gerais e recomendações, a respeito da inclusão da orientação sexual como uma das categorias de discriminação proibida.

90. A Assembleia Geral das Nações Unidas aprovou, em 22 de dezembro de 2008, a “Declaração sobre Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero”, reafirmando o “princípio de não discriminação, que exige que os direitos humanos se apliquem de maneira igual a todos os seres humanos, independentemente de sua orientação sexual ou identidade de gênero”.<sup>110</sup> Também foi apresentada, em 22 de março de 2011, perante o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas, a “Declaração conjunta para pôr fim aos atos de violência e às violações de direitos humanos correlatas dirigidas às pessoas por sua orientação sexual e identidade de gênero”.<sup>111</sup> Em 15 de junho de 2011, esse mesmo Conselho aprovou uma resolução sobre “direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero”, na qual expressou a “grave preocupação com os atos de violência e discriminação, em todas as regiões do mundo, [cometidos] contra pessoas por sua orientação sexual e identidade de gênero”.<sup>112</sup> A proibição da discriminação por orientação sexual foi ressaltada também em numerosos relatórios dos relatores especiais das Nações Unidas.<sup>113</sup>
91. Levando em conta as obrigações gerais de respeito e de garantia, estabelecidas no artigo 1.1 da Convenção Americana, os critérios de interpretação fixados no artigo 29 da citada Convenção, o estipulado na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, as resoluções da Assembleia Geral da OEA, as normas estabelecidas pelo Tribunal Europeu e pelos organismos das Nações Unidas (pars. 83 a 90 *supra*), a Corte Interamericana estabelece que a orientação sexual e a identidade de gênero das pessoas são categorias protegidas pela Convenção. Por isso, a Convenção rejeita qualquer norma, ato ou prática discriminatória com base na orientação sexual da pessoa. Por conseguinte, nenhuma norma, decisão ou prática de direito interno, seja por parte de autoridades

---

janeiro de 2008, par. 20 e 21 (“O princípio de não discriminação é básico e geral na proteção dos direitos humanos e fundamental para a interpretação e aplicação da Convenção. [...] Os Estados Partes devem zelar por que, no âmbito das obrigações que contraíram em virtude da Convenção, suas leis se apliquem na prática a todas as pessoas, qualquer que se[ja] sua [...] orientação sexual”).

109. Cf. Nações Unidas, Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Recomendação Geral nº 27 sobre a mulher idosa e a proteção de seus direitos humanos, CEDAW/C/GC/27, de 16 de dezembro de 2010, par. 13 (“A discriminação que sofrem as mulheres idosas com frequência é de caráter multidimensional, ao somar-se a discriminação por [...] orientação sexual”); e Projeto de Recomendação Geral nº 28 relativa ao artigo 2 da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, CEDAW/C/GC/28, de 16 de dezembro de 2010, par. 18 (“A discriminação contra a mulher por motivo de sexo e gênero está vinculada de maneira indivisível a outros fatores que afetam a mulher, como raça, origem étnica, religião ou crenças, saúde, condição, idade, classe, casta, orientação sexual”).

110. Nações Unidas, Declaração sobre os Direitos Humanos, Orientação Sexual e Identidade de Gênero, Assembleia Geral das Nações Unidas, A/63/635, de 22 de dezembro de 2008, par. 3.

111. Nações Unidas, Declaração conjunta para pôr fim aos atos de violência e às violações de direitos humanos correlatas dirigidas às pessoas por sua orientação sexual e identidade de gênero, apresentada pela Colômbia, no 16º período de sessões do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas em 22 de março de 2011. Disponível em <http://www.ighrc.org/binary-data/ATTACHMENT/file/000/000/494-1.pdf> (último acesso em 22 de fevereiro de 2012).

112. Nações Unidas, Conselho de Direitos Humanos, Resolução a respeito de direitos humanos, orientação sexual e identidade de gênero, A/HRC/17/L.9/Rev.1, de 15 de junho de 2011.

113. Cf., entre outros relatórios, Relatório do Relator Especial sobre o direito de toda pessoa a desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental, E/CN.4/2004/49, de 16 de fevereiro de 2004, par. 32 e 38 (“As normas internacionais de direitos humanos proíbem toda discriminação no acesso à atenção de saúde e a seus fatores determinantes básicos, bem como aos meios para consegui-los, por motivo de orientação sexual [...]”). As normas jurídicas internacionais relativas aos direitos humanos excluem por completo a discriminação por razões de orientação sexual”). Ver também o Relatório da Relatora Especial sobre a liberdade de religião ou crença, A/HRC/6/5, de 20 de julho de 2007, par. 28; Relatório do Relator Especial sobre as formas contemporâneas de racismo, discriminação racial, xenofobia e formas conexas de intolerância, Missão ao Brasil, E/CN.4/2006/16/Add. 3, de 28 de fevereiro de 2006, par. 40; Relatório da Relatora Especial sobre a violência contra a mulher, suas causas e consequências; Integração dos direitos humanos da mulher e da perspectiva de gênero: Violência contra a mulher, inter-relações entre a violência contra a mulher e o HIV/AIDS, E/CN.4/2005/72, de 17 de janeiro de 2005, par. 27 e 58; Relatório da Relatora Especial sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrarias, Os direitos civis e políticos, em particular as questões relacionadas com os desaparecimentos e as execuções sumárias, E/CN.4/2003/3, de 13 de janeiro de 2003, par. 66 e 67; Relatório provisório da Relatora Especial da Comissão de Direitos Humanos sobre execuções extrajudiciais, sumárias ou arbitrarias, A/57/138, de 2 de julho de 2002, par. 37; Relatório da Representante Especial do Secretário-Geral sobre a questão dos defensores dos direitos humanos, E/CN.4/2001/94, de 26 de janeiro de 2001, par. 89, g; Relator Especial sobre a independência de juizes e advogados, Os direitos civis e políticos, em particular as questões relacionadas com: a independência do Poder Judiciário, a administração de justiça, a impunidade, Missão ao Brasil, E/CN.4/2005/60/Add. 3, de 22 de fevereiro de 2005, par. 28; Relatório do Relator Especial sobre a questão da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, A/56/156, de 3 de julho de 2001, par. 17 a 25; Relatório sobre os direitos civis e políticos, em particular as questões relacionadas com a tortura e a detenção, E/CN.4/2002/76, de 27 de dezembro de 2001, pág. 14; Relatório do Relator Especial sobre a questão da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, E/CN.4/2004/56, de 23 de dezembro de 2003, par. 64; Relatório do Relator Especial sobre a venda de crianças, prostituição infantil e a utilização de crianças na pornografia, E/CN.4/2004/9, de 5 de janeiro de 2004, par. 118; e Grupo de Trabalho sobre a Detenção Arbitraria, Parecer nº 7/2002 (Egito), E/CN.4/2003/8/Add. 1, de 24 de janeiro de 2003, pág. 72, par. 28. No âmbito do Direito Comparado, alguns Estados proíbem explicitamente a discriminação por orientação sexual em suas Constituições (por exemplo, África do Sul, Bolívia, Equador, Kosovo, Portugal, Suécia e Suíça, entre outros Estados) ou por meio de leis, como, por exemplo, em matéria de direito de família, destinadas a conceder aos homossexuais os mesmos direitos dos heterossexuais. Por exemplo, na Argentina, mediante os artigos 2 e 4 da Lei nº 26.618, de 21 de julho de 2010, ficou estabelecido que: “O casamento terá os mesmos requisitos e efeitos, independentemente de que os contraentes sejam do mesmo sexo ou de sexo diferente” e que “em casos de casamento constituídos por dois cônjuges do mesmo sexo, na falta de acordo, o juiz resolverá [sobre a guarda] levando em conta o interesse do menor”. O Uruguai aprovou a Lei nº 18.246 (Diário Oficial nº 27.402, de 10 janeiro de 2008), que reconhece as uniões civis (“uniões concubinárias”) de casais do mesmo sexo. Em 2009, mediante a Lei nº 18.590, (Diário Oficial nº 27.837, de 26 de outubro de 2009), autorizou-se a adoção conjunta por parte de casais em união civil.

estatais, seja por particulares, pode diminuir ou restringir, de maneira alguma, os direitos de uma pessoa com base em sua orientação sexual.

92. No que diz respeito ao argumento do Estado de que até a data do proferimento da sentença da Corte Suprema não teria havido consenso a respeito da orientação sexual como categoria de discriminação proibida, a Corte ressalta que a suposta falta de consenso interno de alguns países sobre o respeito pleno aos direitos das minorias sexuais não pode ser considerado argumento válido para negar-lhes ou restringir-lhes os direitos humanos ou para perpetuar e reproduzir a discriminação histórica e estrutural que essas minorias tem sofrido.<sup>114</sup> O fato de que esta pudesse ser matéria controversa em alguns setores e países, e de que não seja necessariamente matéria de consenso, não pode levar o Tribunal a abster-se de decidir, pois ao fazê-lo deve ater-se única e exclusivamente às disposições das obrigações internacionais contraídas por decisão soberana dos Estados por meio da Convenção Americana.
93. Um direito reconhecido das pessoas não pode ser negado ou restringido a ninguém, e sob nenhuma circunstância com base em sua orientação sexual. Isso violaria o artigo 1.1. da Convenção Americana. O instrumento interamericano veta a discriminação em geral, nele incluindo categorias como as da orientação sexual, que não pode servir de sustentação para negar ou restringir nenhum dos direitos dispostos na Convenção.

### 3. Diferença de tratamento com base na orientação sexual

94. O Tribunal ressalta que para comprovar que uma diferenciação de tratamento foi utilizada em uma decisão particular não é necessário que a totalidade dessa decisão esteja baseada “fundamental e unicamente” na orientação sexual da pessoa, pois basta constatar que de maneira explícita ou implícita se levou em conta, até certo grau, a orientação sexual da pessoa para adotar determinada decisão.<sup>115</sup>
95. No presente caso, alega-se um suposto tratamento discriminatório com respeito a dois fatos diferentes no âmbito do processo de guarda: i) a sentença que decidiu o recurso de queixa; e ii) a decisão de guarda provisória. Para determinar se houve vínculo ou nexos causal ou decisivo entre a orientação sexual da senhora Atala e as decisões da Corte Suprema de Justiça do Chile e do Juizado de Menores de Villarrica, é necessário analisar os argumentos expostos pelas autoridades judiciais nacionais, suas condutas, a linguagem utilizada e o contexto em que foram proferidas as decisões judiciais, com o objetivo de estabelecer se a diferença de tratamento se fundamentou na orientação sexual.<sup>116</sup> A esse respeito, no *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, o Tribunal Europeu concluiu que o tribunal interno, ao considerar a convivência do pai com outro homem, tomou a orientação sexual do peticionário como um fator decisivo para a sentença judicial final.

114. De acordo com diversas fontes do Direito Internacional e do Direito Comparado, essa discriminação contra a comunidade de Lésbicas, Gays, Transexuais, Bissexuais e Intersexuais (doravante denominada “LGTBI”) é inaceitável porque: i) a orientação sexual constitui um aspecto essencial da identidade de uma pessoa (par. 139 *infra*). Também: II) a comunidade LGBTI tem sido discriminada historicamente e é comum o uso de estereótipos no tratamento dessa comunidade. Cf. Relatório do Relator Especial sobre o direito de toda pessoa a desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental, E/CN.4/2004/49, de 16 de fevereiro de 2004, par. 33 (“a discriminação e a estigmatização continuam representando uma grave ameaça à saúde sexual e reprodutiva de muitos grupos, como [...] as minorias sexuais”); Relatório do Relator Especial sobre a questão da tortura e outros tratamentos ou penas cruéis, desumanos ou degradantes, E/CN.4/2004/56, de 23 de dezembro de 2003, par. 64 (“As atitudes e crenças derivadas de mitos e medos relacionados com o HIV/AIDS e a sexualidade contribuem para a estigmatização e a discriminação contra as minorias sexuais. Além disso, a percepção de que os membros dessas minorias não respeitam as barreiras sexuais ou questionam os conceitos predominantes do papel atribuído a cada sexo parece contribuir para sua vulnerabilidade à tortura como forma de ‘castigar’ seu comportamento não aceito”). Por outro lado: iii) constituem uma minoria para a qual é muito mais difícil eliminar as discriminações em âmbitos como o legislativo, bem como evitar repercussões negativas na interpretação de normas por funcionários dos ramos executivo ou legislativo e no acesso à justiça. Cf. Relator Especial sobre a Independência de Juizes e Advogados, Os direitos civis e políticos, em particular as questões relacionadas com: A independência do Poder Judiciário, a administração de justiça, a impunidade, Missão ao Brasil, E/CN.4/2005/60/Add. 3, de 22 de fevereiro de 2005, par. 28 (“Travestis, transexuais e homossexuais são também, com frequência, vítimas de episódios de violência e discriminação. Quando recorrem ao sistema judicial encontram, com frequência, os mesmos preconceitos e estereótipos da sociedade reproduzidos ali”), e Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-481, de 9 de setembro de 1998. Finalmente: iv) a orientação sexual não constitui um critério racional para a distribuição ou divisão racional e equitativa de bens, direitos ou cargas sociais. Cf. Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-481, de 9 de setembro de 1998, par. 25. Nessa sentença, com respeito ao direito dos professores de colégios públicos a não serem despedidos por sua condição homossexual, a Corte Constitucional colombiana salientou que afastar um professor do trabalho por essa razão se fundamenta “num preconceito sem nenhuma justificação empírica, que denota a injusta estigmatização que afetou essa população e que se invocou para impor-lhe ônus ou privá-la de direitos, em detrimento de suas possibilidades de participação em âmbitos tão relevantes da vida social e econômica” (par. 29). Por sua vez, a sentença C-507, de 1999, declarou inconstitucional uma norma que estabelecia como falta disciplinar o homossexualismo nas forças armadas. Na sentença C-373, de 2002, a Corte Constitucional da Colômbia declarou inconstitucional uma norma que dispunha como causa de incapacidade para exercer o cargo de escrivão ter sido punido disciplinarmente pelo delito de “homossexualismo”.

115. Cf. T.E.D.H., *Caso E.B.*, nota 99 *supra*, pars. 88 e 89 (“notwithstanding the precautions taken by the Nancy Administrative Court of Appeal, and subsequently by the Conseil d’Etat, to justify taking account of the applicant’s [..]lifestyle[ ], the inescapable conclusion is that her sexual orientation was consistently at the centre of deliberations in her regard and omnipresent at every stage of the administrative and judicial proceedings. The Court considers that the reference to the applicant’s homosexuality was, if not explicit, at least implicit. The influence of the applicant’s avowed homosexuality on the assessment of her application has been established and, having regard to the foregoing, was a decisive factor leading to the decision to refuse her authorisation to adopt”).

116. Cf. T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, nota 99 *supra*, pars. 28 e 31; e *Caso E.B.*, nota 99 *supra*, par. 85.

96. Com relação ao contexto do processo judicial de guarda, a Corte observa que a demanda de guarda foi interposta na suposição de que a senhora Atala “não esta[va] capacitada para cuidar d[as três crianças, e por elas zelar, porque] sua nova opção de vida sexual, somada a uma convivência lésbica com outra mulher, est[ava] provocando [...] consequências danosas ao desenvolvimento dessas menores [de idade], pois a mãe não ha[via] demonstrado interesse algum em proteger [...] o desenvolvimento integral das crianças, e por ele zelar”.<sup>117</sup> Portanto, o processo de guarda girou, além de outras considerações, em torno da orientação sexual da senhora Atala e das supostas consequências que a convivência com sua companheira poderia trazer para as três crianças, razão pela qual essa consideração foi central na discussão entre as partes e nas principais decisões judiciais do processo (pars. 41 e 56 *supra*).
97. Em especial, o Tribunal constata que a Corte Suprema de Justiça do Chile invocou as seguintes razões para fundamentar sua sentença: i) a suposta “deterioração experimentada no ambiente social, familiar e educacional em que se desenvol[via] a vida das menores [de idade] desde que a mãe começou a conviver na casa com sua companheira homossexual” e os “efeitos que essa convivência p[odia] provocar no bem-estar e desenvolvimento psíquico e emocional das filhas”; ii) a alegada existência de uma “situação de risco para o desenvolvimento integral das menores [de idade] em relação à qual dev[iam] ser protegidas” pela “eventual confusão de papéis sexuais que nelas p[odia] provocar a carência no lar de um pai do sexo masculino e sua substituição por outra pessoa do gênero feminino”; iii) a suposta existência de “uma situação de vulnerabilidade no meio social” pelo suposto risco de uma estigmatização social; e iv) a priorização dos interesses da senhora Atala em relação aos das menores de idade “ao tomar a decisão de explicitar sua condição homossexual”.<sup>118</sup> Esses argumentos e a linguagem utilizada mostram um vínculo entre a sentença e o fato de que a senhora Atala vivia com uma companheira do mesmo sexo, o que mostra que a Corte Suprema atribuiu relevância significativa à sua orientação sexual.
98. A respeito da decisão de guarda provisória, o Tribunal observa que o Juizado de Menores de Villarrica<sup>119</sup> utilizou como fundamentos: i) que supostamente a senhora Atala havia privilegiado seus interesses acima do bem-estar das filhas (par. 41 *supra*); e ii) que “no contexto de uma sociedade heterossexual e tradicional” o pai oferecia maior garantia do interesse superior das crianças (par. 41 *supra*). A esse respeito, a Corte constata que, assim como na sentença da Corte Suprema (par. 97 *supra*), a decisão de guarda provisória teve como fundamento principal a orientação sexual da senhora Atala, motivo pelo qual este Tribunal conclui que houve uma diferença de tratamento baseada nessa categoria.
99. Para determinar se essas diferenças de tratamento constituíram discriminação, analisa-se a seguir a justificativa apresentada pelo Estado para levá-las em conta, ou seja, a alegada proteção do interesse superior da criança e os supostos danos que as crianças teriam sofrido em consequência da orientação sexual da mãe.

#### 4. O princípio do interesse superior da criança e as presunções de risco

##### *Alegações das partes*

100. A Comissão alegou que o interesse superior da criança “constitui não só um fim legítimo, mas uma necessidade social imperiosa”; no entanto, “a falta de adequação ou relação de causalidade entre esse fim nominal e a discriminação se torna evidente na própria motivação especulativa e abstrata das sentenças”.
101. A Comissão declarou que “ambas as autoridades judiciais [(a Corte Suprema e o Juizado de Menores de Villarrica)] se basearam em presunções de risco decorrentes de preconceitos e estereótipos equivocados sobre as características e comportamentos de um grupo social determinado”. A esse respeito, arguiu que “a decisão [da Corte Suprema] sustentou-se nas próprias concepções estereotipadas dos juizes sobre a natureza e os efeitos das relações entre pessoas do mesmo sexo”.
102. Os representantes argumentaram que o interesse superior da criança “[e]fetivamente, em teoria [...], seria um

117. Demanda de guarda interposta perante o Juizado de Letras de Menores de Villarrica em 14 de janeiro de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, anexo 1, folha 2.500).

118. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folhas 2.669 a 2.677).

119. O Juizado salientou que “conforme dispõe o artigo 225 do Código Civil, se os pais vivem separados, à mãe cabe o cuidado pessoal dos filhos e, em todo caso, quando o interesse do filho o torne indispensável, seja por maus-tratos, seja por descuido ou outra causa qualificada, o juiz poderá entregar o cuidado pessoal ao outro pai”. Acrescentou que “ao juiz se impõe o ingrato trabalho judicial de dirimir qual dos pais é mais apto para tornar efetivo o direito de guarda que têm as menores [de idade], para o que deve recorrer a parâmetros objetivos – como o mérito do processo – e a um juízo de probabilidade, resolvendo incidentalmente pela urgência a que o bem-estar das crianças faça jus com qual dos pais é conveniente que permaneçam”. Resolução da demanda de guarda provisória pelo Juizado de Menores de Villarrica de 2 de maio de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folhas 2.559 a 2.567).



fim legítimo”. Entretanto, salientaram que “[n]ão basta [...] aduzir um fim legítimo para que o seja; o Estado tem a obrigação de demonstrar que esse fim é real”. Nesse sentido, alegaram que “o Estado simplesmente diz proteger as crianças, mas não fundamenta de maneira objetiva o dano que teria sido causado às crianças e, portanto, a decisão carece de um fim legítimo”.

103. Os representantes também salientaram que “cabe observar se a separação completa da mãe cumpre o objetivo declarado de proteger os direitos das crianças”. A esse respeito, alegaram que se poderia “considerar que sim –cumpre o objetivo–, embora de um modo que não atende ao princípio de interdição da arbitrariedade, pois o nível de intensidade com que se afeta[ria]m os direitos [seria] certamente muito alto, e provoca[ria] com isso violações de seus direitos”. Ressaltaram de maneira concreta que as decisões judiciais “separ[aram] as crianças da figura materna, e de suas referências, lugar de residência, colégios, amigos e animais de estimação”. Por outro lado, os representantes salientaram que o Estado “reescreve a sentença que teria desejado que a Corte Suprema tivesse escrito, mas não é a que dá origem a este processo”.
104. Em relação à decisão de guarda provisória, os representantes argumentaram que “era discriminatória” já que “não era nem objetiva nem razoável”. Além disso, alegaram que o “juiz assumiu que viver com uma companheira, no caso de mulheres lésbicas, é um interesse egoísta que só pode trazer bem-estar à mãe”.
105. Por sua vez, o Estado declarou que no âmbito de um processo de guarda se estabelece “uma prioridade a favor do interesse superior da criança sobre qualquer outro interesse protegido em conflito, [razão pela qual] é evidente que num processo de guarda deve-se necessariamente entender o referido interesse como causa qualificada que autoriza a modificação do regime de cuidado pessoal” da criança. Concretamente, o Estado alegou que “a sentença da Corte Suprema resolveu que os tribunais inferiores incorreram em falta ou abuso grave ao infringir as regras de avaliação da prova, afetando o interesse superior da criança”. Por outro lado, o Estado ressaltou que na decisão de guarda provisória “o tribunal declarou [...] que é tarefa do julgador assegurar o interesse superior da criança e procurar seu máximo bem-estar [...], e, por conseguinte, resolveu conceder o pedido de guarda provisória a favor do pai”. Além disso, argumentou que “a decisão de guarda provisória, após avaliar a totalidade da prova que até aquela data constava do processo [...] conclui[u] que: i) as crianças apresentavam perturbações de ordem psicológica e carências afetivas [...]; e ii) o pai dava certeza de oferecer um ambiente adequado”.
106. O Estado salientou que “em relação à ‘adequação’ que as medidas dos Estados devem ter para que não sejam discriminatórias, basta, para atender aos requisitos do exame de ponderação, [...] ter-se comprovado na causa a situação de dano vivida pelas crianças”. Concretamente, o Estado alegou que “há provas abundantes nos autos que comprova[riam]: i) os efeitos concretos adversos que teve a expressão da orientação sexual da demandada no bem-estar das filhas; e ii) as melhores condições que o pai oferecia [para] seu bem-estar, questão que em nada tem relação com a orientação sexual da demandada”. Além disso, arguiu que exist[ia] prova contundente que dava conta de que a demandada mostrava uma intensa atitude centrada em si mesma e características pessoais que dificultavam o exercício adequado de seu papel materno, circunstâncias que levaram a concluir que a mãe não oferecia um ambiente idôneo para o desenvolvimento das filhas”. Afirmou também que “havia prova abundante nos autos não só sobre os efeitos negativos adversos que teve a expressão da orientação sexual da demandada no bem-estar das filhas, mas também sobre circunstâncias totalmente alheias, tais como a determinação do pai ou mãe que oferecia melhor ambiente para o desenvolvimento das crianças e maior grau de compromisso e atenção para com elas”.

#### *Considerações da Corte*

107. A Corte Interamericana constata que, entre suas considerações, a Corte Suprema de Justiça do Chile observou que “em todas as medidas concernentes [às crianças], é primordial atender ao interesse superior da criança antes de outras considerações e direitos relativos aos pais, e que possam tornar necessário separá-la dos pais”.<sup>120</sup> Por sua vez, o Juizado de Menores de Villarrica afirmou, na decisão de guarda provisória, que “é tarefa do julgador assegurar [...] o interesse superior da criança, o que implica realizar uma análise preventiva ou antecipada destinada à finalidade última que se há de ter em qualquer resolução judicial que afete um menor [de idade], e que não é outra senão procurar seu máximo bem-estar”.<sup>121</sup>

120. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.670).

121. Resolução da demanda de guarda provisória pelo Juizado de Menores de Villarrica de 2 de maio de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.566).

108. O objetivo geral de proteger o princípio do interesse superior da criança é, em si mesmo, um fim legítimo, além de imperioso. Em relação ao interesse superior da criança, a Corte reitera que esse princípio regulador da legislação dos direitos da criança se fundamenta na dignidade do ser humano, nas características próprias das crianças e na necessidade de propiciar seu desenvolvimento, com pleno aproveitamento de suas potencialidades.<sup>122</sup> Nesse sentido, convém observar que para assegurar, na maior medida possível, a prevalência do interesse superior da criança, o preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece que esta requer “cuidados especiais”, e o artigo 19 da Convenção Americana assinala que deve receber “medidas especiais de proteção”.<sup>123</sup>
109. A Corte também constata que a determinação do interesse superior da criança, em casos de cuidado e guarda de menores de idade, deve se basear na avaliação dos comportamentos parentais específicos e seu impacto negativo no bem-estar e no desenvolvimento da criança, conforme o caso, nos danos ou riscos reais e provados, e não especulativos ou imaginários. Portanto, não podem ser admissíveis as especulações, presunções, estereótipos ou considerações generalizadas sobre características pessoais dos pais ou preferências culturais a respeito de certos conceitos tradicionais da família.<sup>124</sup>
110. Concluindo, a Corte Interamericana observa que ao ser, de maneira abstrata, o “interesse superior da criança” um fim legítimo, a mera referência a ele, sem provar, concretamente, os riscos ou danos que poderiam implicar a orientação sexual da mãe para as crianças, não pode constituir medida idônea para a restrição de um direito protegido como o de poder exercer todos os direitos humanos sem discriminação alguma pela orientação sexual da pessoa.<sup>125</sup> O interesse superior da criança não pode ser usado para amparar a discriminação contra a mãe ou o pai, em virtude da orientação sexual de qualquer deles. Desse modo, o julgador não pode levar em consideração essa condição social como elemento para decidir sobre uma guarda ou tutela.
111. Uma determinação com base em presunções infundadas e estereotipadas sobre a capacidade e idoneidade parental de poder assegurar e promover o bem-estar e o desenvolvimento da criança não é adequada para garantir o fim legítimo de proteger o interesse superior dessa criança.<sup>126</sup> A Corte considera que não são admissíveis as considerações baseadas em estereótipos em virtude da orientação sexual, ou seja, preconceções dos atributos, condutas ou características que possuem as pessoas homossexuais, ou o impacto que possam supostamente provocar nas crianças.<sup>127</sup>
112. Por outro lado, o Tribunal ressalta que, embora no processo de guarda tenha sido produzida prova relacionada com algumas alegações específicas do Estado sobre como o pai supostamente ofereceria melhor ambiente para as crianças, a Corte só levará em conta, para a análise da adequação da medida, as provas e argumentação que tenham sido explicitamente utilizadas para a motivação de suas decisões pela Corte Suprema ou pelo Juizado de Menores de Villarrica na decisão de guarda provisória (pars. 41 e 56 *supra*).

122. Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A Nº 17, par. 56. No mesmo sentido, ver: Preâmbulo da Convenção Americana.

123. Parecer Consultivo OC-17/02, nota 122 *supra*, par. 60.

124. Cf., *inter alia*, na Austrália: *In the Marriage of C. and J.A. Doyle* (1992) 15 Fam. L.R. 274, 274, 277 (“o estilo de vida dos pais não é relevante sem considerar suas consequências no bem-estar da criança”); nas Filipinas: Corte Suprema das Filipinas, *Joycelyn Pablo-Gualberto Vs Crisanto Rafaelito Gualberto*, G.R. nº 156.254, de 28 de junho de 2005, salientando que a preferência sexual em si mesma não é mostra de incompetência parental para exercer a guarda de menores (“sexual preference or moral laxity alone does not prove parental neglect or incompetence. [...] To deprive the wife of custody, the husband must clearly establish that her moral lapses have had an adverse effect on the welfare of the child or have distracted the offending spouse from exercising proper parental care”); na África do Sul: Corte Constitucional da África do Sul, *Du Toit and Another v Minister of Welfare and Population Development and Others* (CCT40/01) [2002] ZACC 20; 2002 (10) BCLR 1006; 2003 (2) SA 198 (CC) (10 de setembro de 2002), permitindo a adoção de menores de idade por casais do mesmo sexo por considerar que não afetará o interesse superior da criança; e Corte Constitucional da África do Sul, *J and Another v Director General, Department of Home Affairs and Others* (CCT46/02) [2003] ZACC 3; 2003 (5) BCLR 463; 2003 (5) SA 621 (CC) (28 de março de 2003).

125. Em perspectiva semelhante, num caso sobre retirada da guarda de uma menor de idade em virtude das crenças religiosas da mãe, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos criticou a falta de prova concreta e direta que mostrasse o impacto das crenças religiosas na criação e na vida diária das crianças, razão pela qual considerou que o tribunal interno havia sentenciado de maneira abstrata e fundamentado em considerações gerais, sem estabelecer uma relação entre as condições de vida das crianças e da mãe. Cfr. T.E.D.H., *Caso Palau-Martínez Vs. França* (nº 64.927/01), Sentença de 16 de dezembro de 2003. Final, 16 de março de 2004, par. 42 e 43.

126. A esse respeito, a perita Jernow declarou que “a análise do interesse superior da criança [...] não pode ter por base presunções ou estereótipos infundados sobre a capacidade parental” (expediente de mérito, tomo XI, folha 5.069). O perito Wintemute também salientou que “a discriminação com base na raça, religião, sexo ou orientação sexual do pai ou da mãe de uma criança nunca é no interesse superior da criança. O que diz respeito ao interesse superior da criança é uma decisão de guarda que leve em conta as qualidades dos dois pais, sem examinar considerações que são irrelevantes, e que muitas vezes estão ligadas a preconceitos sociais. [...] Uma decisão de guarda não discriminatória não deveria referir-se à orientação sexual do pai ou da mãe. Deveria focalizar somente a capacidade parental do pai ou da mãe, o tipo de lar que podem oferecer, etc. Não deveria haver a necessidade de sequer mencionar a orientação sexual” (expediente de mérito, tomo XI, folhas 5.355 e 5.358). No mesmo sentido, o perito García Méndez na audiência pública ressaltou que “a conduta sexual que os tribunais em geral levaram em conta em casos dessa natureza são condutas sexuais que se referem à promiscuidade, [...] sem nenhum outro tipo de consideração”.

127. Sobre o conceito de estereótipos, *mutatis mutandi*, cf. *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C Nº 205, par. 401.

113. O Tribunal constata que a Corte Suprema de Justiça mencionou quatro fundamentos diretamente relacionados com a orientação sexual da senhora Atala: i) a suposta discriminação social que teriam sofrido as três crianças pelo exercício da orientação sexual da senhora Atala;<sup>128</sup> ii) a alegada confusão de papéis que teriam apresentado as três crianças em consequência da convivência da mãe com uma companheira do mesmo sexo;<sup>129</sup> iii) a suposta prioridade que a senhora Atala teria atribuído à sua vida pessoal em relação aos interesses das três filhas;<sup>130</sup> e iv) o direito das crianças de viver numa família com um pai e uma mãe.<sup>131</sup> A Corte Suprema concluiu que os juízes recorridos falharam ao “não ter avaliado de maneira estritamente consciente os antecedentes probatórios do processo” e que ao “ter preterido o direito preferencial das menores [de idade] de viver e desenvolver-se no seio de uma família estruturada normalmente e apreciada no meio social, segundo o modelo tradicional que lhes é próprio, ha[viam] incorrido em falta ou abuso grave, que dev[ia] ser corrigido mediante o acolhimento do presente [...] recurso de agravo”.<sup>132</sup> A decisão de guarda provisória utilizou como fundamento principal a suposta prioridade de interesses e o alegado direito das crianças de viver em uma família tradicional (par. 41 *supra*), razão pela qual nesses pontos o exame se realizará de maneira conjunta.
114. Levando em conta o acima exposto, a Corte passa a analisar se esses argumentos eram adequados para cumprir a finalidade declarada pela sentença da Corte Suprema e pela decisão do Juizado de Menores de Villarrica, isto é, a proteção do interesse superior das três crianças.

#### 4.1. Suposta discriminação social

115. A Corte observa que entre os depoimentos obtidos no processo, uma das testemunhas declarou que “se estabeleceu uma discriminação contra as criancinhas, mas não na esfera d[as] crianças, mas dos pais, que reprimem as crianças, não me consta que haja fatos concretos de discriminação, mas deram como exemplo, que se alguém fizesse uma festa de pijamas na casa da [K]aren não deixariam que suas filhas fossem”.<sup>133</sup> Algumas testemunhas também disseram que: i) “as crianças vão ser discriminadas e afetadas em suas relações sociais”;<sup>134</sup> ii) “no ambiente do colégio e de seus amigos [...] elas estão sendo apontadas, me preocupa que por morar n[esta] cidade tão pequena, essa situação seja complicada”,<sup>135</sup> e iii) “os pais dos companheiros de colégio e [dos] amiguinhos tomam atitudes de ‘proteção’ de seus filhos a respeito dessa situação que veem como contraditória com a formação que proporcionam aos filhos, e isso necessariamente deve gerar situações negativas e de isolamento a respeito das crianças, coisa que, de acordo com o que me contaram, lamentavelmente está acontecendo”.<sup>136</sup>
116. A assistente social que também depôs no processo afirmou que “no Chile, segundo um estudo [...] sobre a tolerância e a discriminação [de] 1997, chegou-se à conclusão de que os chilenos apresentam um alto índice de rejeição às minorias homossexuais [,] chegando a 60,2% o nível dessa rejeição. [Com] base [no] exposto, e no conhecimento dessa alta discriminação[,], essas menores [de idade] estariam sendo expostas a situações de discriminação social que elas não procuraram”.<sup>137</sup>
117. Por outro lado, a Corte observa que dos autos do processo de guarda constam oito declarações juramentadas de pais de companheiros e amigos das três crianças, nas quais se expressa, *inter alia*, que “jamais t[inham] discriminado [as] filhas [da senhora Atala] em nenhum sentido, de maneira que [seus] filhos se reuniam, brincavam e participavam de atividades com as crianças López Atala”.<sup>138</sup>
118. A esse respeito, o Tribunal constata que, embora haja provas nos autos de pessoas que declaravam que as crianças poderiam estar sendo discriminadas no ambiente social pela convivência de sua mãe com uma companheira do

128. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.672).

129. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.672).

130. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.672).

131. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.672).

132. A Corte Suprema considerou que as condições descritas constituem “causa qualificada”, em conformidade com o artigo 225 do Código Civil, para justificar a entrega da guarda ao pai, dado que a situação atual configurava “um quadro que provoca o risco de danos, que poderiam se tornar irreversíveis para os interesses das menores, cuja proteção deve ter prioridade sobre qualquer outra consideração”. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile, de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folhas 2.672 e 2.673).

133. Depoimento de 10 de abril de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folha 360).

134. Depoimento de 3 de abril de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folha 327).

135. Depoimento de 3 de abril de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folha 328).

136. Depoimento de 3 de abril de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folha 329).

137. Depoimento da assistente social, de 14 de abril de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folha 390).

138. Declarações juramentadas de maio de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folhas 458 a 465).

mesmo sexo, também há provas contrárias com relação a esse ponto (pars. 115, 116 e 117 *supra*). Entretanto, a Corte observa que a maneira pela qual a Corte Suprema expôs a possível discriminação social que as três crianças poderiam enfrentar era condicional e abstrata, porquanto se declarou que: i) “as crianças poderiam ser objeto de discriminação social”; e ii) “é evidente que seu ambiente familiar excepcional se diferencia significativamente daquele em que vivem seus companheiros de escola e das relações da vizinhança em que moram, expondo-as a ser objeto de isolamento e discriminação que igualmente afetará seu desenvolvimento pessoal”.<sup>139</sup>

119. A Corte considera que, para justificar uma diferença de tratamento e a restrição de um direito, não pode servir de sustentação jurídica a alegada possibilidade de discriminação social, provada ou não, que poderiam enfrentar os menores de idade em razão de condições da mãe ou do pai. Embora seja certo que determinadas sociedades podem ser intolerantes a condições como raça, sexo, nacionalidade ou orientação sexual de uma pessoa, os Estados não podem usar isso como justificativa para perpetuar tratamentos discriminatórios. Os Estados estão internacionalmente obrigados a adotar as medidas que se façam necessárias “para tornar efetivos” os direitos consagrados na Convenção, conforme dispõe o artigo 2 desse instrumento interamericano, motivo pelo qual devem inclinar-se, precisamente, por enfrentar as manifestações intolerantes e discriminatórias, a fim de evitar a exclusão ou negação de uma determinada condição.
120. O Tribunal constata que, no âmbito das sociedades contemporâneas ocorrem mudanças sociais, culturais e institucionais voltadas para desdobramentos mais inclusivos de todas as opções de vida dos cidadãos, o que se evidencia na aceitação social de casais inter-raciais,<sup>140</sup> das mães ou pais solteiros ou dos casais divorciados, que em outros momentos não haviam sido aceitos pela sociedade. Nesse sentido, o Direito e os Estados devem contribuir para o avanço social; do contrário se corre o grave risco de legitimar ou consolidar diferentes formas de discriminação violatórias dos direitos humanos.<sup>141</sup>
121. Por outro lado, quanto ao argumento de que o princípio do interesse superior da criança pode ver-se afetado pelo risco de uma rejeição pela sociedade, a Corte considera que um possível estigma social, devido à orientação sexual da mãe ou do pai, não pode ser considerado um “dano” válido para os efeitos de determinação do interesse superior da criança. Caso os juízes que analisam casos como este constatem a existência de discriminação social, é totalmente inadmissível legitimar essa discriminação com o argumento de proteger o interesse superior do menor de idade. No presente caso, o Tribunal ressalta que, além disso, a senhora Atala não tinha por que sofrer as consequências de que em sua comunidade supostamente as crianças pudessem ser discriminadas, em virtude de sua orientação sexual.
122. Portanto, a Corte conclui que o argumento da possível discriminação social não era adequado para cumprir a finalidade declarada de proteger o interesse superior das crianças M., V. e R.

#### 4.2. Alegada confusão de papéis

123. Sobre a possível confusão de papéis que poderia provocar nas três crianças a convivência com a mãe e sua companheira, a Corte Suprema fundamentou sua decisão salientando que: i) “o depoimento das pessoas próximas às menores [de idade], como as empregadas da casa, fazem referência a brincadeiras e atitudes das crianças que mostram confusão diante da sexualidade materna, que não puderam deixar de perceber na convivência no lar com sua nova companheira”, e ii) “à parte os efeitos que essa convivência pudesse causar no bem-estar e desenvolvimento psíquico e emocional das filhas, consideradas as respectivas idades, a eventual confusão de papéis sexuais que nelas pode provocar a carência no lar de um pai do sexo masculino e sua substituição por outra pessoa do gênero feminino, configura uma situação de risco para o desenvolvimento integral das menores [de idade], em relação à qual devem ser protegidas”.<sup>142</sup>

139. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.672).

140. Cf. Corte Suprema de Justiça dos Estados Unidos da América, *Palmore v. Sidoti*, 466 US 429, 433 (25 de abril de 1984), anulando a decisão de um tribunal de conceder a custódia de um menor de idade ao pai, por considerar que a nova relação da mãe com sua nova companheira de outra raça implicaria um sofrimento para a criança pela estigmatização social da relação da mãe. (“A questão, entretanto, é se a existência de preconceitos privados e a possível violação que podem causar são considerações admissíveis para a retirada de uma criança da custódia da mãe natural. Temos pouca dificuldade para concluir que não são. A Constituição não pode controlar esses preconceitos [...] mas tampouco pode tolerá-los. As parcialidades particulares podem estar fora do alcance da lei, mas a lei não pode, direta ou indiretamente, permitir sua aplicação”).

141. Nesse sentido, num caso sobre discriminação por orientação religiosa, no contexto de uma decisão judicial sobre a guarda de menores de idade, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos recusou o argumento de um tribunal nacional, segundo o qual o interesse superior de dois menores de idade poderia ver-se afetado pelo risco de uma estigmatização social em função das crenças da mãe, pertencente ao grupo religioso das Testemunhas de Jeová. Cf. T.E.D.H., *Caso Hoffmann Vs. Áustria*, (nº 12.875/87), Sentença de 23 de junho de 1993, par. 15 e 33 a 36.

142. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.672).

124. Tratando-se da proibição de discriminação por orientação sexual, a eventual restrição de um direito exige uma fundamentação rigorosa e muito ponderável,<sup>143</sup> invertendo-se, também, o ônus da prova, o que significa que cabe à autoridade demonstrar que sua decisão não tinha propósito ou efeito discriminatório.<sup>144</sup> Isso é especialmente relevante num caso como o presente, levando em conta que a determinação de um dano deve ser sustentado em prova técnica e em pareceres de peritos e investigadores, com vistas a estabelecer conclusões que não redundem em decisões discriminatórias.
125. Com efeito, cabe ao Estado o ônus da prova, ou seja, mostrar que a decisão judicial objeto do debate baseou-se na existência de um dano concreto, específico e real no desenvolvimento das crianças. Para isso é necessário que nas decisões judiciais sobre esses temas se definam de forma específica e concreta os elementos de vinculação e causalidade entre a conduta da mãe ou do pai e o suposto impacto no desenvolvimento da criança. Do contrário, corre-se o risco de fundamentar a decisão num estereótipo (pars. 109 e 111 *supra*) vinculado exclusivamente à concepção, não sustentada, de que crianças criadas por casais homossexuais necessariamente teriam dificuldades para definir papéis de gênero ou sexuais.
126. A jurisprudência de alguns países e muitos relatórios científicos se referiram a esse tema com clareza. Por exemplo, a Suprema Corte de Justiça da Nação do México, em sentença de 2010 sobre o direito dos casais homossexuais de adotar menores de idade, considerou relevante que os demandantes não tivessem sustentado empiricamente, com base em documentos ou análises científicas, um suposto dano ao interesse superior da criança nesses casos. Ao contrário, a Suprema Corte levou em conta os estudos existentes sobre o impacto da orientação sexual no desenvolvimento da criança, e considerou que de modo algum se pode sustentar a hipótese geral de um dano ao desenvolvimento dos menores de idade que convivem com pais homossexuais.<sup>145</sup> Além disso, a Suprema Corte mencionou, por exemplo, que:
- A heterossexualidade não garante que um menor adotado viva em condições ótimas para seu desenvolvimento: isso não tem a ver com a heterossexualidade-homossexualidade. Todas as formas de família têm vantagens e desvantagens, e cada família tem de ser analisada de maneira particular, não do ponto de vista estatístico.<sup>146</sup>
127. Por outro lado, diversas sentenças de tribunais internacionais<sup>147</sup> permitem concluir que em decisões judiciais a respeito da guarda de menores de idade, a consideração da conduta parental só é admissível quando existem provas específicas que demonstrem, concretamente, o impacto direto negativo dessa conduta parental no bem-estar e desenvolvimento da criança. Isso com vistas à necessidade de um exame mais acurado quando a decisão judicial se relacione com o direito à igualdade de grupos populacionais tradicionalmente discriminados como é o caso dos homossexuais (pars. 92 e 124 *supra*).
128. Por sua parte, os peritos Uprimny e Jernow citaram e apresentaram uma série de relatórios científicos, considerados representativos e autorizados nas ciências sociais, para concluir que a convivência de menores de idade com casais homossexuais não afeta *per se* seu desenvolvimento emocional e psicológico. Esses estudos concordam em que: i) as atitudes de mães ou pais homossexuais são equivalentes às de mães ou pais heterossexuais; ii) o desenvolvimento psicológico e o bem-estar emocional das crianças criadas por pais

143. *Cr. T.E.D.H., Karner Vs. Áustria*, (nº 40.016/98), Sentença de 24 de julho de 2003. Final, 24 de outubro de 2003, par. 37 (“very weighty reasons would have to be put forward before the Court could regard a difference in treatment based exclusively on the ground of sex as compatible with the Convention”); e T.E.D.H., *Caso Kozak*, nota 100 *supra*, par. 92.

144. *Cf. T.E.D.H., Caso E.B.*, nota 99 *supra*, par. 74 ((The Court observes, moreover, that the Government, on whom the burden of proof lay [...], were unable to produce statistical information on the frequency of reliance on that ground according to the – declared or known – sexual orientation of the persons applying for adoption, which alone could provide an accurate picture of administrative practice and establish the absence of discrimination when relying on that ground); *Caso D.H. e outros Vs. República Tcheca* (57.325/00 *supra*), Sentença de 13 de novembro de 2007, par. 177 ((As to the burden of proof in this sphere, the Court has established that once the applicant has shown a difference in treatment, it is for the Government to show that it was justified); *Caso Orsus e outros Vs. Croácia* (*supra* 15.766/03), Sentença de 16 de março de 2010, par. 150 (discrimination potentially contrary to the Convention may result from a de facto situation. Where an applicant produces prima facie evidence that the effect of a measure or practice is discriminatory, the burden of proof will shift on to the respondent State, to whom it falls to show that the difference in treatment is not discriminatory); *Caso Andrejeva Vs. Letônia* (55.707/00 *supra*), Sentença de 18 de fevereiro de 2009, par. 84 (Lastly, as to the burden of proof in relation to Article 14 of the Convention, the Court has held that once the applicant has shown a difference in treatment, it is for the Government to show that it was justified); *Caso Serife Yigit Vs. Turquia*, (3.976/05 *supra*), Sentença de 2 de novembro de 2010, par. 71 (As to the burden of proof in this sphere, the Court has established that once the applicant has shown a difference in treatment, it is for the Government to show that it was justified), e *Caso Muñoz Diaz Vs. Espanha*, (49.151/07 *supra*), Sentença de 8 de março de 2010, par. 50.

145. *Cf. Suprema Corte de Justiça da Nação do México, Ação de Inconstitucionalidade A.I. 2/2010*, de 16 de agosto de 2010, par. 336.

146. *Suprema Corte de Justiça da Nação do México, Ação de Inconstitucionalidade A.I. 2/2010*, de 16 de agosto de 2010, par. 338.

147. *Cf. T.E.D.H., Caso M. e C. Vs. Romênia* (29032/04 *supra*), Sentença de 27 de setembro de 2011. Final, 27 de dezembro de 2011, par. 147; e *Caso Palau-Martinez*, nota 125 *supra*, no qual o Tribunal Europeu estabeleceu que uma decisão judicial sobre a entrega da custódia de menores de idade a uma instituição estatal não deve levar em conta *in abstracto* os possíveis efeitos de uma determinada condição dos pais no bem-estar do menor de idade, quando essa condição se encontra protegida contra tratamentos discriminatórios.

gays ou mães lésbicas são comparáveis aos das crianças criadas por pais heterossexuais; iii) a orientação sexual é irrelevante para a formação de vínculos afetivos das crianças com os pais; iv) a orientação sexual da mãe ou do pai não afeta o desenvolvimento das crianças em matéria de gênero a respeito do sentido que têm de si mesmas como homens ou mulheres, seu comportamento no papel de gênero ou sua orientação sexual; e v) as crianças de pais homossexuais não são mais afetadas pelo estigma social que outras crianças.<sup>148</sup> A perita Jernow também mencionou várias sentenças de tribunais nacionais que se referiram a pesquisas científicas como prova documental para afirmar que o interesse superior da criança não é violado com a homossexualidade dos pais.<sup>149</sup>

129. A Corte ressalta que a “*Associação Americana de Psicologia*”, mencionada pela perita Jernow, qualificou os estudos existentes sobre a matéria como “impressionantemente coerentes ao deixar de identificar algum *deficit* no desenvolvimento das crianças criadas num lar gay ou lésbico [...] a capacidade de pessoas gays ou lésbicas de ser pais e o resultado positivo para os filhos não são áreas em que pesquisadores cientistas mais autorizados discordem”.<sup>150</sup> Consequentemente, a perita concluiu que:

quando a especulação sobre um futuro dano potencial ao desenvolvimento da criança é refutada de maneira sólida por todas as pesquisas científicas existentes, essa especulação não pode estabelecer as bases probatórias para a determinação da custódia.<sup>151</sup>

130. O Tribunal observa que, no presente caso, a Corte Suprema de Justiça do Chile não decidiu com base numa análise *in abstracto* do alegado impacto da orientação sexual da mãe no desenvolvimento das crianças,<sup>152</sup> mas invocou a suposta existência de provas concretas. Entretanto, limitou-se em suas considerações à aplicação de um exame de dano especulativo, e a fazer referência, a respeito do suposto dano, à “eventual confusão de papéis sexuais” e à “situação de risco para o desenvolvimento” das crianças.<sup>153</sup> A Corte Suprema de Justiça afirmou a existência de uma “deterioração experimentada no ambiente social, familiar e educacional em que

148. Cf. Declaração pericial prestada pelo perito Rodrigo Uprimny na audiência pública realizada em 23 de agosto de 2011, fazendo referência a: *American Psychology Association, Policy Statement on Sexual Orientation, Parents, & Children, Adopted by the APA Council of Representatives July 28 / 30, 2004*. (“Não há provas científicas de que a efetividade parental esteja relacionada com a orientação sexual dos progenitores: as mães e os pais homossexuais são tão propensos como as mães e os pais heterossexuais a proporcionar um ambiente sadio e propício para os filhos [e ...] a ciência demonstrou que a adaptação, o desenvolvimento e o bem-estar psicológico das crianças não estão relacionados com a orientação sexual dos progenitores, e que os filhos de pais homossexuais têm as mesmas probabilidades de desenvolver-se que os dos pais heterossexuais”). Disponível em: <http://www.apa.org/about/governance/council/policy/parenting.aspx> (última visita em 19 de fevereiro de 2012). Ver também declaração escrita prestada pela perita Allison Jernow em 16 de setembro de 2011, mencionando os seguintes estudos: R. McNair, D. Dempsey, S. Wise, A. Perlesz, *Lesbian Parenting: Issues Strengths and Challenges*, em: *Family Matters* Vol. 63, 2002, p. 40; A. Brewaeys, I. Ponjaert, E.V. Van Hall, S. Golombok, *Donor insemination: child development and family functioning in lesbian mother families*, em: *Human Reproduction* Vol. 12, 1997, p. 1.349 e 1.350; Fiona Tasker, Susan Golombok, *Adults Raised as Children in Lesbian Families*, *American Journal of Orthopsychiatry* Vol. 65, 1995, p. 203; K. Vanfraussen, I. Ponjaert-Kristofferson, A. Brewaeys, *Family Functioning in Lesbian Families Created by Donor Insemination*, em: *American Journal of Orthopsychiatry* Vol. 73, 2003, p. 78; Marina Rupp, *The living conditions of children in same-sex civil partnerships*, Ministério Federal da Justiça da Alemanha, 2009, p. 27; Henry M.W. Bos, Frank van Balen, Dymphna C. van den Boom, *Experience of parenthood, couple relationship, social support, and child-rearing goals in planned lesbian mother families*, em: *Journal of Child Psychology and Psychiatry* Vol. 45, 2004, p. 755; Rafael Portugal Fernandez, Alberto Arauxo Vilar, *Aportaciones desde la salud mental a la teoría de la adopción en parejas homosexuales*, em: *Avances en salud mental relacional* Vol. 3, 2004. Nesse estudo se informa que “tampouco se encontram diferenças significativas entre homossexuais e heterossexuais quanto à qualidade com que exercem a função de pai” e que “a pesquisa realizada até o momento mostra de maneira unânime que não há diferenças significativas entre os filhos criados por homossexuais e os filhos criados por heterossexuais em identidade sexual, tipificação sexual, orientação sexual, relações sexuais com companheiros e adultos, relações de amizade, popularidade”; Stéphane Nadaud, «Quelques repères pour comprendre la question homoparentale», em: M. Gross, *Homoparentalités, état des lieux*, Ed. érès «La vie de l'enfant», Toulouse, 2005, e Fiona Tasker, Susan Golombok, *Adults Raised as Children in Lesbian Families*, em: *American Journal of Orthopsychiatry* Vol. 65, 1995, p. 203. Cf. declaração escrita prestada pela perita Allison Jernow em 16 de setembro de 2011 (expediente de mérito, tomo XI, folhas 5.079 e 5.080).

149. Cf. declaração escrita prestada pela perita Allison Jernow em 16 de setembro de 2011, mencionando os *Re K and B and Six Other Applications*, Suprema Corte de Ontário, de 24 de maio de 1995, par. 89; *Boots Vs. Sharrow*, Suprema Corte de Justiça de Ontário, 2004 Can LII 5031, de 7 de janeiro de 2004; *Bubis Vs. Jones*, Suprema Corte de Ontário, 2000 Can LII 22571, de 10 de abril de 2000; Superior Tribunal de Justiça (Brasil), Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul Vs. LMGB, de 27 de abril de 2010; e Comarca de Porto Alegre (Brasil), Adoção de VLN, nº 1.605.872, de 3 de julho de 2006. Cf. declaração escrita prestada pela perita Allison Jernow em 16 de setembro de 2011 (expediente de mérito, tomo XI, folhas 5.082 e 5.083).

150. Cf. declaração escrita prestada pela perita Allison Jernow em 16 de setembro de 2011, na qual se cita: *Brief of Amici Curiae* apresentado pela American Psychological Association, Arkansas Psychological Association, National Association of Social Workers and National Association of Social Workers, Arkansas Chapter, em *Department of Human Services v. Matthew Howard*, Corte Suprema do Arkansas (dezembro de 2005), p. 10-11 (“The APA has described the studies as ‘impressively consistent in their failure to identify any deficits in the development of children raised in a lesbian or gay household [...] the abilities of gay and lesbian persons as parents and the positive outcome for their children are not areas where credible scientific researchers disagree’”). Cf. declaração escrita prestada pela perita Allison Jernow em 16 de setembro de 2011 (expediente de mérito, tomo XI, folha 5.081).

151. Cf. declaração escrita prestada pela perita Allison Jernow em 16 de setembro de 2011 (“Where speculation about potential future harm to a child’s development is soundly refuted by all available social science research, such speculation cannot possibly establish the evidentiary basis for a custody determination”). Cf. declaração escrita prestada pela perita Allison Jernow em 16 de setembro de 2011 (expediente de mérito, tomo XI, folha 5.083).

152. A Corte Suprema fez referência aos depoimentos das empregadas domésticas sobre a suposta confusão de papéis experimentada pelas crianças. Cf. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile, de 31 de maio de 2004, considerando décimo quinto (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.672).

153. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile, de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.672).

se desenvol[via] a vida das menores” de idade em consequência da convivência da mãe com a companheira, sem especificar em que consistia a relação de causalidade entre essa convivência e a suposta deterioração. Não expôs argumentos para desacreditar a possibilidade de que a suposta deterioração não houvesse decorrido da nova convivência, mas em consequência da separação anterior da mãe e do pai, e dos possíveis efeitos negativos que poderiam provocar nas crianças. A Corte Suprema de Justiça tampouco se ocupou de expor argumentos específicos para sustentar a situação familiar do pai como mais favorável. A motivação da Corte Suprema de Justiça se concentrou nos possíveis danos psicológicos que poderiam provocar nas três crianças o fato de viverem com um casal homossexual, sem aludir a razões de suficiente peso que permitissem descaracterizar que a orientação sexual da mãe ou do pai não exerce efeito negativo no bem-estar psicológico e emocional, no desenvolvimento, na orientação sexual e nas relações sociais da criança.

131. A Corte Interamericana conclui que a Corte Suprema de Justiça não cumpriu os requisitos de um teste estrito de análise e sustentação de um dano concreto e específico supostamente sofrido pelas três crianças em virtude da convivência da mãe com uma companheira do mesmo sexo. Além disso, o Tribunal considera que, no caso concreto, o fato de viver com a mãe e sua companheira não privava as crianças do papel paterno, porque o objeto do processo de guarda não implicava que o pai tivesse perdido o contato com elas.

#### 4.3. Alegado privilégio de interesses

132. A Corte Suprema ressaltou em sua sentença que “não é possível desconhecer que a mãe das menores de [idade], ao tomar a decisão de explicitar sua condição homossexual, como pode fazê-lo livremente toda pessoa no âmbito de seus direitos personalíssimos no gênero sexual, sem merecer por isso nenhuma reprovação ou censura jurídica, priorizou seus próprios interesses, postergando os das filhas, especialmente ao iniciar uma convivência com sua companheira homossexual na mesma casa em que leva[va] a efeito a criação e o cuidado das filhas separadamente do pai destas”.<sup>154</sup> No mesmo sentido, o Juizado de Menores de Villarrica, na decisão de guarda provisória, declarou que “a demandada ha[via] sobreposto seu bem-estar e interesse pessoal ao cumprimento do papel de mãe, em condições que p[odiam] afetar o posterior desenvolvimento das menores dos autos”.<sup>155</sup>

133. A Corte Interamericana considera necessário realçar que a extensão do direito à não discriminação por orientação sexual não se limita à condição de ser homossexual em si mesma, mas inclui sua expressão e as consequências necessárias no projeto de vida das pessoas. A esse respeito, no *Caso Laskey, Jaggard e Brown Vs. Reino Unido*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos estabeleceu que tanto a orientação sexual quanto seu exercício são aspectos relevantes da vida privada.<sup>156</sup>

134. A esse respeito, o perito Wintemute destacou que:

“a jurisprudência do Tribunal Europeu deixa claro que a orientação sexual também inclui a conduta. Isso significa que a proteção contra a discriminação com base na orientação sexual não diz respeito somente a um tratamento menos favorecido por ser lésbica ou gay. Também abrange a discriminação porque um indivíduo age segundo sua orientação sexual, ao optar por participar de atividades sexuais consentidas privadamente ou decidir iniciar uma relação de casal de longo prazo com uma pessoa do mesmo sexo”.<sup>157</sup>

135. O âmbito de proteção do direito à vida privada foi interpretado em termos amplos pelos tribunais internacionais de direitos humanos ao salientar que vai além do direito à privacidade. Segundo o Tribunal Europeu, o direito à vida privada abrange a identidade física e social, o desenvolvimento pessoal e a autonomia pessoal de uma pessoa, bem como seu direito de estabelecer e desenvolver relações com outras pessoas e seu ambiente social,

154. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.672).

155. Resolução da demanda de guarda provisória pelo Juizado de Menores de Villarrica, de 2 de maio de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.567).

156. Cf. T.E.D.H., *Caso Laskey, Jaggard e Brown Vs. Reino Unido*, (nº 21.627/93; 21.826/93; 21.974/93), Sentença de 19 de fevereiro de 1997, par. 36 (“There can be no doubt that sexual orientation and activity concern an intimate aspect of private life”). Ver também *Caso Dudgeon Vs. Reino Unido*, (nº 7.525/76), Sentença de 22 de outubro de 1981, par. 52; e *Caso A.D.T. Vs. Reino Unido* (nº 35.765/97), Sentença de 31 de julho de 2000. Final, 31 de outubro de 2000, par. 23 (“the Court recalls that the mere existence of legislation prohibiting male homosexual conduct in private may continuously and directly affect a person’s private life”).

157. Cf. declaração escrita prestada pelo perito Robert Wintemute em 16 de setembro de 2011 (expediente de mérito, tomo XI, folha 5.360). Também salientou que a Corte Suprema do Canadá no *Caso Egan Vs. Canadá* dispôs que “[a] orientação sexual é mais que simplesmente uma ‘condição’ de um indivíduo: é algo que é demonstrado por meio da conduta de um indivíduo na escolha de um companheiro. Assim como a Carta [Canadense de Direitos e Liberdades] protege as crenças religiosas e a prática religiosa como aspectos da liberdade de religião também deveria reconhecer que a orientação sexual abrange aspectos de ‘condição’ e ‘conduta’ e que ambos deveriam receber proteção”. *Egan Vs. Canadá*, [1995] 2 SCR, 513, 518 (expediente de Mérito, tomo XI, folha 5.360).

inclusive o direito de estabelecer e manter relações com pessoas do mesmo sexo.<sup>158</sup> Além disso, o direito de manter relações pessoais com outros indivíduos, no âmbito do direito à vida privada, se estende à esfera pública e profissional.<sup>159</sup>

136. Nesse sentido, a orientação sexual de uma pessoa também se encontra vinculada ao conceito de liberdade e à possibilidade de todo ser humano de se autodeterminar e de escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, conforme suas próprias opções e convicções.<sup>160</sup> Portanto, “[a] vida afetiva com o cônjuge ou companheira permanente, em cujo âmbito encontram-se, logicamente, as relações sexuais, é um dos aspectos principais desse âmbito ou círculo da intimidade”.<sup>161</sup>

137. Por sua vez, a Suprema Corte de Justiça da Nação do México afirma que:

da dignidade humana [...] decorre, entre outros, o livre desenvolvimento da personalidade, isto é, o direito de todo indivíduo de escolher, de maneira livre e autônoma, como viver sua vida, o que compreende, entre outras expressões, [...] sua livre opção sexual. [A] orientação sexual de uma pessoa, como parte de sua identidade pessoal, [é] um elemento relevante no projeto de vida que tenha e que, como qualquer pessoa, inclui o desejo de ter uma vida em comum com outra pessoa do mesmo sexo ou de outro sexo.<sup>162</sup>

138. No presente caso, o Tribunal observa que tanto a Corte Suprema de Justiça como o Juizado de Menores de Villarrica fundamentaram suas decisões para entregar a guarda ao pai na suposição de que a senhora Atala podia declarar-se abertamente como lésbica. No entanto, salientaram que, ao exercer sua homossexualidade, quando decidiu conviver com uma companheira do mesmo sexo, sobrepuja seus interesses ao das filhas (pars. 41 e 56 *supra*).

139. A esse respeito, o Tribunal considera que dentro da proibição de discriminação por orientação sexual devem-se incluir, como direitos protegidos, as condutas no exercício da homossexualidade. Além disso, se a orientação sexual é um componente essencial de identidade da pessoa,<sup>163</sup> não era razoável exigir da senhora Atala que adiasse seu projeto de vida e de família. Não se pode considerar como “censurável ou reprovável juridicamente”, em nenhuma circunstância, que a senhora Atala tenha tomado a decisão de refazer sua vida. Além disso, não se provou nenhum dano que tenha prejudicado as três crianças.

140. Por conseguinte, a Corte considera que exigir da mãe que condicionasse suas opções de vida implica utilizar

158. Cf. T.E.D.H., *Caso Pretty Vs. Reino Unido* (nº 2.346/02), Sentença de 29 de abril de 2002. Final, 29 de julho de 2002, par. 61 (“the concept of [“]private life[“] is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person [...]. It can sometimes embrace aspects of an individual’s physical and social identity [...]. Elements such as, for example, gender identification, name and sexual orientation and sexual life fall within the personal sphere protected by Article 8 [...]. Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world [...]. Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees”); *Caso Schalk y Kopf Vs. Austria*, (nº 30.141/04), Sentença de 24 de junho de 2010, 22 de novembro de 2010, par. 90 (“É incontestável [...] que a relação de um casal do mesmo sexo como a do demandante recai na noção de [“]vida privada[“] de acordo com o significado do artigo 8º”); *Caso Dudgeon*, nota 156 *supra*, par. 41 (“the maintenance in force of the impugned legislation constitutes a continuing interference with the applicant’s right to respect for his private life (which includes his sexual life) within the meaning of Article 8, par. 1”); *Caso Burghartz Vs. Suíça* (nº 16.213/90), Sentença de 22 de fevereiro de 1994, par. 24; e *Caso Laskey, Jaggard y Brown*, *supra* nota 156, par. 36.

159. Cf. T.E.D.H., *Caso Peck Vs. Reino Unido*, (nº 44.647/98), Sentença de 28 de Janeiro de 2003. Final, 28 de abril de 2003, par. 57 (“Private life is a broad term not susceptible to exhaustive definition. The Court has already held that elements such as gender identification, name, sexual orientation and sexual life are important elements of the personal sphere protected by Article 8. That Article also protects a right to identity and personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world and it may include activities of a professional or business nature. There is, therefore, a zone of interaction of a person with others, even in a public context, which may fall within the scope of [“]private life[“], citando T.E.D.H., *Caso P.G. e J.H. Vs. Reino Unido* (nº 44.787/98), Sentença de 25 de setembro de 2001. Final, 25 de dezembro de 2001, par. 56. Cf. T.E.D.H., *Caso Niemietz Vs. Alemanha* (nº 13.710/88), Sentença de 16 de dezembro de 1992, par. 29 (“The Court does not consider it possible or necessary to attempt an exhaustive definition of the notion of [“]private life[“]. However, it would be too restrictive to limit the notion to an [“]inner circle[“] in which the individual may live his own personal life as he chooses and to exclude therefrom entirely the outside world not encompassed within that circle. Respect for private life must also comprise to a certain degree the right to establish and develop relationships with other human beings. There appears, furthermore, to be no reason of principle why this understanding of the notion of [“]private life[“] should be taken to exclude activities of a professional or business nature since it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant, if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world”.

160. *Mutatis mutandi*, *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C Nº 170, par. 52.

161. Corte Constitucional da Colômbia, Sentença T-499 de 2003. A Corte Constitucional definiu o direito ao livre desenvolvimento da personalidade, consagrado no artigo 16 da Constituição Política da Colômbia, como o direito das pessoas de “optar por seu plano de vida e desenvolver sua personalidade conforme seus interesses, desejos e convicções, desde que não afete o direito de terceiros nem transgrida a ordem” (Corte Constitucional, Sentença C-309 de 1997) e “a capacidade das pessoas de definir, de maneira autônoma, as opções vitais que guiarão o curso de sua existência” (Corte Constitucional, Sentença SU-642 de 1998).

162. Suprema Corte de Justiça da Nação do México, Ação de Inconstitucionalidade A.I. 2/2010 de 16 de agosto de 2010, par. 263 e 264.

163. Cf. T.E.D.H., *Caso Clift*, nota 101 *supra*, par. 57 (“Court has considered to constitute ‘other status’ characteristics which, like some of the specific examples listed in the Article, can be said to be personal in the sense that they are innate or inherent. Thus in Salgueiro da Silva Mouta, [...] it found that sexual orientation was [“]undoubtedly covered[“] by Article 14”).



uma concepção “tradicional” do papel social da mulher como mãe, segundo a qual se espera socialmente que sobre a mulher recaia a responsabilidade principal da criação dos filhos, e que em busca disso devia ter privilegiado a criação dos filhos renunciando a um aspecto essencial de sua identidade. Portanto, a Corte considera que sob essa motivação do suposto privilégio dos interesses pessoais da senhora Atala tampouco se cumpria o objetivo de proteger o interesse superior das três crianças.

#### 4.4. Alegado direito a uma família “normal e tradicional”

141. A esse respeito, a Corte Suprema de Justiça destacou que ignorou-se “o direito preferencial das menores [de idade] de viver e desenvolver-se no seio de uma família estruturada normalmente e apreciada no meio social, segundo o modelo tradicional que lhes é próprio”.<sup>164</sup> Por sua vez, o Juizado de Menores de Villarrica, na decisão de guarda provisória, salientou que “o autor apresenta argumentos mais favoráveis em prol do interesse superior das crianças, argumentos que, no contexto de uma sociedade heterossexual e tradicional, assumem grande importância”.<sup>165</sup>
142. A Corte constata que na Convenção Americana não se encontra determinado um conceito fechado de família nem tampouco se protege só um modelo “tradicional” de família. A esse respeito, o Tribunal reitera que o conceito de vida familiar não se reduz unicamente ao matrimônio, e deve abranger outros laços familiares de fato, onde as partes têm vida em comum fora do casamento.<sup>166</sup>
143. Nesse aspecto a jurisprudência internacional é coerente. No *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, o Tribunal Europeu considerou que a decisão de um tribunal nacional de retirar de um pai homossexual a guarda da filha menor de idade, com o argumento de que a criança deveria viver em uma família portuguesa tradicional, carecia de relação razoável de proporcionalidade entre a medida tomada (retirada da guarda) e o objetivo visado (proteção do interesse superior da menor de idade).<sup>167</sup>
144. Do mesmo modo, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos salientou no *Caso Karner Vs. Áustria* que:
- O objetivo de proteger a família no sentido tradicional é abstrato, e uma ampla variedade de medidas concretas podem ser utilizadas para implementá-lo [...] como é o caso quando há uma diferença de tratamento baseada no sexo ou na orientação sexual, o princípio de proporcionalidade não exige meramente que a medida escolhida seja em geral adequada à consecução do objetivo visado. Deve-se também mostrar que era necessário excluir certas categorias de pessoas para alcançar esse objetivo”.<sup>168</sup>
145. No presente caso, o Tribunal constata que a linguagem utilizada pela Corte Suprema do Chile relacionada com a suposta necessidade das crianças de crescer numa “família estruturada normalmente e apreciada no meio social”, e não numa “família excepcional”, reflete uma percepção limitada e estereotipada do conceito de família que não tem base na Convenção porquanto não existe um modelo específico de família (a “família tradicional”).<sup>169</sup>

#### 4.5. Conclusão

146. Levando em conta o acima exposto, este Tribunal conclui que, embora a sentença da Corte Suprema e a decisão de guarda provisória pretendessem a proteção do interesse superior das crianças M., V. e R., não se provou que a motivação usada nas decisões tenha sido adequada para alcançar esse fim, dado que a Corte Suprema de Justiça e o Juizado de Menores de Villarrica não comprovaram, no caso concreto, que a convivência da senhora Atala com sua companheira tenha afetado de maneira negativa o interesse superior das menores de idade (pars. 121, 131 e 139 *supra*) e, ao contrário, utilizaram argumentos abstratos, estereotipados ou discriminatórios para

164. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile, de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.673).

165. Resolução da demanda de guarda provisória pelo Juizado de Menores de Villarrica, de 2 de maio de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.567).

166. Parecer Consultivo OC-17/02, nota 122 *supra*, pars. 69 e 70. Ver também: T.E.D.H., *Caso Keegan Vs. Irlanda*, (nº 16.969/90), Sentença de 26 de maio de 1994, par. 44; e *Caso Kroon e outros Vs. Países Baixos* (nº 18.535/91), Sentença de 27 de outubro de 1994, par. 30.

167. Cf. T.E.D.H., *Caso Salgueiro da Silva Mouta*, nota 99 *supra*, par. 34 a 36.

168. T.E.D.H., *Caso Karner*, nota 143 *supra*, par. 41 (“The aim of protecting the family in the traditional sense is rather abstract and a broad variety of concrete measures may be used to implement it. [...] as is the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require that the measure chosen is in principle suited for realizing the aim sought. It must also be shown that it was necessary in order to achieve that aim to exclude certain categories of people”).

169. No mesmo sentido, a Suprema Corte de Justiça do México salientou que o reconhecimento jurídico da existência de famílias homoparentais, via reprodução ou adoção, não desconsidera o interesse superior da criança. Ao contrário, desse reconhecimento decorre uma série de direitos a favor do menor de idade e de obrigações de quem são seus pais, pois é uma realidade que essas famílias existem e, portanto, devem ser protegidas pelo legislador: são tão respeitáveis umas quanto outras. Cf. Suprema Corte de Justiça da Nação do México, Ação de Inconstitucionalidade A.I. 2/2010, de 16 de agosto de 2010, par. 333.

fundamentar a decisão (pars. 118, 119, 125, 130, 140 e 145 *supra*), razão pela qual essas decisões constituem um tratamento discriminatório contra a senhora Atala. A Corte declara, portanto, que o Estado violou o direito à igualdade, consagrado no artigo 24, em relação ao artigo 1.1. da Convenção Americana, em detrimento de Karen Atala Riffo.

##### 5. Tratamento discriminatório contra as crianças M., V. e R.

###### *Alegações das partes*

147. A Comissão alegou, em relação ao artigo 19 da Convenção Americana,<sup>170</sup> que “a Corte Suprema violou o interesse superior das crianças [...] pela falta de determinações com base em evidências e em fatos concretos”.
148. Os representantes argumentaram que, mediante a sentença da Corte Suprema de Justiça, foi violado o interesse superior da criança “ao infringir o direito das crianças M., V. e R. de não serem separadas da família”. Além disso, acrescentaram que as crianças não podem ser discriminadas pelas condições dos pais.
149. O Estado ressaltou que as supostas violações em relação às três crianças “são refutadas desde o momento em que se demonstrou que essa citada sentença não nasce de uma discriminação em razão da orientação sexual, mas da análise dos fatos concretos que se comprovaram no processo de guarda”.

###### *Considerações da Corte*

150. A Corte concluiu que, tanto a sentença da Corte Suprema como a decisão do Juizado de Menores de Villarrica, a respeito da guarda provisória, constituíram um tratamento discriminatório contra a senhora Atala (par. 146 *supra*), motivo pelo qual passará a analisar se esse tratamento gerou discriminação, por sua vez, contra as crianças M., V. e R. A esse respeito, o Tribunal considera que a proibição de discriminação, em casos envolvendo menores de idade, deve ser interpretada à luz do artigo 2 da Convenção sobre os Direitos da Criança, o qual estabelece que:
1. Os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de raça, cor, sexo, idioma, crença, opinião política ou de outra natureza, origem nacional, étnica ou social, posição econômica, deficiências físicas, nascimento ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.
  2. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar a proteção da criança contra toda forma de discriminação ou castigo por causa da condição, das atividades, das opiniões manifestadas ou das crenças de seus pais, representantes legais ou familiares.
151. A esse respeito, a Corte ressalta que as crianças não podem ser discriminadas em razão de suas próprias condições e essa proibição se estende, além disso, às condições dos pais ou familiares, como no presente caso à orientação sexual da mãe. Nesse sentido, o Comitê dos Direitos da Criança esclareceu na Observação Geral nº 7 que as crianças podem sofrer as consequências da discriminação da qual são objeto seus pais, por exemplo, caso tenham nascido fora do casamento ou em outras circunstâncias que não se ajustem aos valores tradicionais.<sup>171</sup>
152. Por outro lado, com respeito à relação entre o interesse superior da criança e a proibição de discriminação, o perito Cillero Bruñol declarou que:
- “uma decisão justificada no interesse superior da criança, entendido como a proteção de seus direitos, não pode ao mesmo tempo pretender legitimar uma decisão *prima facie*, ou *in abstracto*, discriminatória, que afete o direito da criança de ser cuidada pela mãe”.<sup>172</sup>
153. Por sua parte, o perito Wintemute ressaltou que:
- “a discriminação baseada na [...] orientação sexual dos pais da criança nunca protege o interesse superior da criança”.<sup>173</sup>

170. O artigo 19 da Convenção Americana estabelece que “[t]oda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado”.

171. Cf. Nações Unidas, Comissão dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 7. Realização dos direitos da criança na primeira infância, CRC/C/GC/7, 30 de setembro de 2005, par. 12.

172. Declaração escrita prestada pelo perito Miguel Cillero Bruñol em 4 de agosto de 2011 (expediente de mérito, tomo II, folha 929).

173. Declaração escrita prestada pelo perito Robert Wintemute em 16 de setembro de 2011 (expediente de mérito, tomo XI, folha 5.355).

154. Ao tomar a orientação sexual da mãe como fundamento, a decisão da Corte Suprema discriminou, por sua vez, as três crianças, uma vez que levou em conta considerações que não teria utilizado se o processo de guarda tivesse sido entre dois pais heterossexuais. Em especial, a Corte reitera que o interesse superior da criança é um critério orientador para a elaboração de normas e sua aplicação em todas as ordens relativas à vida da criança.<sup>174</sup>
155. Além disso, o tratamento discriminatório contra a mãe teve repercussão nas crianças, pois foi o fundamento para decidir que não continuariam morando com ela. Dessa maneira, a decisão irradiou seus efeitos ao serem elas separadas da mãe em consequência da orientação sexual desta. Portanto, a Corte conclui que se violou o artigo 24, em relação aos artigos 19 e 1.1. da Convenção Americana, em detrimento das crianças M., V. e R.

#### **D. Direito à vida privada e direito à vida familiar**

##### *Alegações das partes*

156. A Comissão alegou, a respeito da suposta violação do artigo 11<sup>175</sup> da Convenção Americana, que o “direito à vida privada abrange todas as esferas da intimidade e autonomia de um indivíduo, inclusive a personalidade, a identidade, as decisões sobre sua vida sexual, as relações pessoais e familiares[, nesse sentido] a orientação sexual constitui componente fundamental da vida privada de um indivíduo”. Sustentou que “a interferência do Estado na vida privada de Karen Atala foi arbitrária, dado que a decisão de guarda foi fundamentada em preconceitos discriminatórios em razão de sua orientação sexual [e] também interferiu em sua autonomia para tomar decisões sobre sua vida pessoal, de acordo com essa orientação. E por último [...], sem que existissem razões objetivas para isso, a Corte Suprema de Justiça, baseando-se na expressão de sua orientação sexual, a privou da guarda das filhas e da vida em comum com elas, aspecto fundamental de seu plano de vida”.
157. Os representantes argumentaram que “a interferência é arbitrária porque a única justificativa é a manifestação da orientação sexual da mãe, que faz parte de sua identidade pessoal, qualidade essencial de todo indivíduo e que não denota relação alguma com o bem-estar das filhas”. Para os representantes é “inquestionável que tanto [a senhora] Atala como suas filhas sofreram ingerências arbitrárias em sua vida privada”.
158. Por outro lado, a Comissão e os representantes, em relação aos artigos 11.2 e 17,<sup>176</sup> alegaram uma “interferência ilegítima e arbitrária no direito à vida privada e familiar, o qual se estende ao desenvolvimento das relações entre os membros de uma família e ao papel das relações afetivas no projeto de vida de cada integrante”. Os representantes ressaltaram que “[n]ão há um conceito único de família” e que é “indubitável que a [senhora] Atala, suas filhas e a [senhora] De Ramón constituíam um núcleo familiar que foi fracionado por decisões baseadas em preconceitos contra a expressão da orientação sexual da Juíza Atala”.
159. O Estado argumentou que “num processo de guarda, que tem por objetivo considerar qual dos pais terá o cuidado pessoal dos filhos, o juiz não só tem a faculdade, mas a obrigação de avaliar todas e cada uma das condições e circunstâncias concretas que determinem o interesse superior da criança. [...] É, portanto, inerente ao processo de guarda [...] que o juiz possa, de acordo com a lei, investigar aspectos íntimos da vida das pessoas”. Alegou “que a busca do melhor interesse para o menor [de idade] deve prevalecer frente a uma concepção pética do direito à intimidade, já que o âmbito da vida privada não pode ficar fora do conhecimento e ponderação do juiz”. Acrescentou que “nem [a] Corte Suprema nem os demais tribunais nacionais causaram dano ao direito previsto no artigo 11.2 da Convenção Americana ao resolver sobre o processo de guarda [...] mas, que, ao contrário, não fizeram mais que pronunciar-se sobre as considerações próprias de um processo dessa natureza”.
160. Finalmente, o Estado alegou que não é “atribuí[vel] a separação da família à atuação dos tribunais chilenos, [pois] o trabalho dos tribunais chilenos foi justamente o contrário, isto é, respondendo à solicitação das partes [...] resolver, segundo o interesse superior das crianças, qual dos novos núcleos familiares constituía o melhor apoio a seu desenvolvimento”.

174. Parecer Consultivo OC-17/02, nota 122 *supra*, par. 137, parecer 2.

175. O artigo 11 da Convenção estabelece que:

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
  2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
  3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.
176. O artigo 17 da Convenção dispõe a esse respeito:
1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

*Considerações da Corte*

161. O artigo 11 da Convenção proíbe toda ingerência arbitrária ou abusiva na vida privada das pessoas, enunciando diversos de seus âmbitos como a vida privada de suas famílias. Nesse sentido, a Corte sustentou que o âmbito da privacidade se caracteriza por ficar isento e imune às invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros ou da autoridade pública.<sup>177</sup>
162. Além disso, o Tribunal afirmou, com respeito ao artigo 11 da Convenção Americana, que, embora essa norma se intitule “Proteção da honra e da dignidade”, seu conteúdo inclui, entre outros, a proteção da vida privada.<sup>178</sup> Vida privada é um conceito amplo não suscetível a definições exaustivas e que compreende, entre outros âmbitos protegidos, a vida sexual e o direito de estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos,<sup>179</sup> ou seja, a vida privada inclui a forma pela qual o indivíduo se vê a si mesmo, e como e quando decide projetar isso em relação aos demais.<sup>180</sup>
163. A Corte observa que as alegações da Comissão a respeito da suposta violação do direito à vida privada da senhora Karen Atala se concentraram na sentença da Corte Suprema. Por sua vez, os representantes acrescentaram a decisão sobre a guarda provisória como outro fato supostamente gerador da violação do direito à vida privada da senhora Atala. Portanto, para resolver sobre a violação desse direito, serão analisadas essas duas decisões.
164. O Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que o direito à vida privada não é um direito absoluto e, portanto, pode ser restringido pelos Estados sempre que as ingerências não sejam abusivas ou arbitrárias. Por isso, as ingerências devem ser previstas em lei, visar a um fim legítimo e cumprir os requisitos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade, ou seja, devem ser necessárias numa sociedade democrática.<sup>181</sup>
165. A esse respeito, a Corte ressalta que a orientação sexual da senhora Atala faz parte de sua vida privada, na qual não era possível qualquer ingerência, sem que fossem cumpridos os requisitos de “idoneidade, necessidade e proporcionalidade”. Diferente é que no âmbito de um processo de guarda seja possível analisar as condutas parentais concretas que, supostamente, podiam ter ocasionado dano à criança (pars. 109 e 111 *supra*).
166. Considerando que os tribunais internos tiveram como referência de peso a orientação sexual da senhora Atala no momento de decidir sobre a guarda, expuseram diversos aspectos de sua vida privada ao longo do processo. O Tribunal observa que a razão exposta por esses tribunais para interferir na esfera da vida privada da senhora Atala era a mesma que foi usada para o tratamento discriminatório (par. 107 *supra*), isto é, a proteção de um alegado interesse superior das três crianças. A Corte considera que, embora esse princípio se relacione *in abstracto* com um fim legítimo (par. 110 *supra*), a medida era inadequada e desproporcional para cumprir esse objetivo, porquanto os tribunais chilenos teriam de ter-se limitado a examinar condutas parentais – que poderiam ser parte da vida privada – mas sem expor e averiguar a orientação sexual da senhora Atala.
167. O Tribunal constata que durante o processo de guarda, a partir de uma visão estereotipada sobre o alcance da orientação sexual da senhora Atala (par. 146 *supra*), provocou-se uma ingerência arbitrária em sua vida privada, dado que a orientação sexual é parte da intimidade de uma pessoa e não tem relevância para analisar aspectos relacionados com paternidade ou maternidade, boa ou má. Portanto, a Corte conclui que o Estado violou o artigo 11.2, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Karen Atala Riffo.
168. Por sua vez, o Tribunal observa que um dos argumentos centrais analisados nas decisões da Corte Suprema de Justiça e do Juizado de Menores de Villarrica sobre a guarda provisória foi a convivência da senhora Atala com sua companheira do mesmo sexo (pars. 41 e 56 *supra*), razão pela qual esta Corte considera indispensável passar a analisar a suposta violação da vida familiar alegada pela Comissão e pelos representantes.
169. A esse respeito, a Corte reitera que o artigo 11.2 da Convenção Americana se relaciona estreitamente com

177. Cf. *Caso dos Massacres de Ituango Vs. Colômbia. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de julho de 2006. Série C Nº 148, par. 194; e *Caso Fontevecchia e D’Amico*, nota 28 *supra*, par. 48.

178. Cf. *Caso dos Massacres de Ituango*, nota 177 *supra*, par. 193; e *Caso Rosendo Cantú e outra Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C Nº 216, par. 119.

179. Cf. *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 178 *supra*, par. 119; e *Caso Fernández Ortega e outros Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de agosto de 2010. Série C Nº 215, par. 129, citando T.E.D.H., *Caso Dudgeon*, nota 156 *supra*, par. 41; *Caso X e Y Vs. Países Baixos* (nº 8.978/80), Sentença de 26 de março de 1985, par. 22; *Caso Niemietz*, nota 159 *supra*, par. 29; e *Caso Peck*, nota 159 *supra*, par. 57.

180. Cf. *Caso Rosendo Cantú e outra*, nota 178 *supra*, par. 119; e *Caso Fernández Ortega e outros*, nota 179 *supra*, par. 129, citando T.E.D.H., *Caso Niemietz*, nota 159 *supra*, par. 29; e *Caso Peck*, nota 159 *supra*, par. 57.

181. Cf. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de janeiro de 2009. Série C Nº 193, par. 56; e *Caso Escher e outros Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de julho de 2009. Série C Nº 200, par. 116.

o direito a que se proteja a família e a viver nela, reconhecido no artigo 17 da Convenção, segundo o qual o Estado é obrigado não somente a dispor e executar diretamente medidas de proteção das crianças, mas também a favorecer, da maneira mais ampla, o desenvolvimento e a força do núcleo familiar.<sup>182</sup> O Tribunal estabeleceu que a separação de crianças da família constitui, em certas condições, uma violação do citado direito,<sup>183</sup> pois inclusive as separações legais da criança de sua família só são procedentes se devidamente justificadas.<sup>184</sup>

170. No que concerne aos artigos 11.2 e 17.1 da Convenção Americana, o direito de toda pessoa a receber proteção contra ingerências arbitrárias ou ilegais em sua família faz parte, implicitamente, do direito à proteção da família e, além disso, está expressamente reconhecido nos artigos 12.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos,<sup>185</sup> V da Declaração Americana de Direitos e Deveres do Homem,<sup>186</sup> 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos<sup>187</sup> e 8 da Convenção Europeia.<sup>188</sup> Essas disposições revestem especial relevância quando se analisa a separação da criança da família.<sup>189</sup>
171. Segundo a jurisprudência do Tribunal Europeu, o desfrute mútuo da convivência entre pais e filhos constitui um elemento fundamental da vida em família,<sup>190</sup> e o artigo 8 da Convenção Europeia tem como objetivo preservar o indivíduo contra as ingerências arbitrárias das autoridades públicas e estabelecer obrigações positivas a cargo do Estado em prol do respeito efetivo da vida familiar.<sup>191</sup>
172. Com respeito ao conceito de família, diversos órgãos de direitos humanos criados por tratados salientaram que não existe um modelo único de família, porquanto esse modelo pode variar.<sup>192</sup> Do mesmo modo, o Tribunal Europeu interpretou o conceito de “família” em termos amplos. Com relação a casais de diferentes sexos, ressaltou reiteradamente que:

A noção de família segundo esta norma não é limitada a relações baseadas no casamento, e pode abranger outros vínculos de ‘família’ *de facto*, onde as partes vivem juntas fora do casamento. Uma criança nascida dessa relação é *ipso jure* parte dessa unidade familiar a partir desse momento e pelo mero fato de seu nascimento. Portanto, existe entre a criança e os pais um vínculo que implica vida familiar. Além disso, o Tribunal recorda que o desfrute mútuo por parte dos pais e dos filhos da companhia uns dos outros constitui um elemento fundamental da vida familiar, ainda que a relação dos

182. Cf. Parecer Consultivo OC-17/02, nota 122 *supra*, par. 66; e *Caso Chitay Nech e outros*, nota 30 *supra*, par. 157.

183. Cf. Parecer Consultivo OC-17/02, nota 122 *supra*, par. 71 e 72; e *Caso Chitay Nech e outros*, nota 30 *supra*, par. 157.

184. Cf. Parecer Consultivo OC-17/02, nota 122 *supra*, par. 77.

185. O artigo 12.1 da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece que “[n]inguém sofrerá intromissões arbitrárias na sua vida privada, na sua família, no seu domicílio ou na sua correspondência, nem ataques à sua honra e reputação. Contra tais intromissões ou ataques toda a pessoa tem direito à proteção da lei.”

186. O artigo V da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem dispõe que “[t]oda pessoa tem direito à proteção da lei contra os ataques abusivos à sua honra, à sua reputação e à sua vida particular e familiar”.

187. O artigo 17 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos estabelece que “[n]inguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra e reputação”.

188. Nesse sentido, o artigo 8.1 da Convenção Europeia dispõe que “[qualquer] pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência”. O artigo 8.2 também dispõe que “[N]ão pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou à proteção dos direitos e das liberdades de terceiros”.

189. Cf. Parecer Consultivo OC-17/02, nota 122 *supra*, par. 71.

190. Cf. Parecer Consultivo OC-17/02, nota 122 *supra*, par. 72, citando T.E.D.H., *Caso Buchberger Vs. Áustria*, (nº 32.899/96), Sentença de 20 de dezembro de 2001. Final, 20 de março de 2003, par. 35; *Caso K. e T. Vs. Finlândia* (nº 25.702/94), Sentença de 12 de julho de 2001, par. 151; *Caso Elsholz Vs. Alemanha* (nº 25.735/94), G.C., Sentença de 13 de julho de 2000, par. 43; *Caso Bronda Vs. Itália* (nº 22.430/93), Sentença de 9 junho de 1998, par. 51; e *Caso Johansen Vs. Noruega* (nº 17.383/90), Sentença de 7 de agosto de 1996, par. 52.

191. Cf. T.E.D.H., *Caso Olsson Vs. Suécia* (nº 10.465/83), Sentença de 24 de março de 1988, par. 81.

192. Cf. Nações Unidas, Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Recomendação Geral nº 21 (13º Período de Sessões, 1994). A igualdade no casamento e nas relações familiares, par. 13 (“A forma e o conceito de família variam de um Estado para outro e até de uma região para outra num mesmo Estado. Qualquer que seja a forma que adote e quaisquer que sejam o ordenamento jurídico, a religião, os costumes ou a tradição do país, o tratamento da mulher na família, tanto diante da lei como na esfera privada, deve adequar-se aos princípios de igualdade e justiça para todas as pessoas, como o exige o artigo 2 da Convenção”); Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 7. Realização dos direitos da criança na primeira infância, nota 171 *supra*, par. 15 e 19 (“A Comissão reconhece que ‘família’ aqui se refere a uma variedade de estruturas que podem ocupar-se da atenção, do cuidado e do desenvolvimento das crianças pequenas, e que incluem a família nuclear, a família ampliada e outras modalidades tradicionais e modernas de base comunitária, desde que estejam acordes com os direitos e o interesse superior da criança. [...] a Comissão observa que, na prática, os modelos familiares são variáveis e mutáveis em muitas regiões, assim como a disponibilidade de redes não estruturadas de apoio aos pais, e que existe uma tendência global para uma diversidade maior no tamanho de família, nas funções parentais e nas estruturas para a criação das crianças”); Comissão de Direitos Humanos, Observação Geral nº 19 (39º Período de Sessões, 1990). A família (artigo 23), HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. I), par. 2 (“A Comissão observa que o conceito de família pode diferir em alguns aspectos de um Estado para outro e entre regiões dentro do mesmo Estado, de maneira que não é possível apresentar uma definição uniforme do conceito”), e Nações Unidas, Comissão de Direitos Humanos, Observação Geral nº 16 (32º Período de Sessões, 1988). Direito à intimidade (artigo 17), HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. I), par. 5 (“Quanto ao termo ‘família’, os objetivos do Pacto exigem que, para os efeitos do artigo 17, seja interpretado como um critério amplo que inclua todas as pessoas que compõem a família, tal como esta seja entendida na sociedade do Estado Parte de que se trate”).

pais esteja rompida e[, em consequência,] medidas nacionais que limitem esse gozo implicam uma interferência no direito protegido pelo artigo 8 da Convenção.<sup>193</sup>

173. No *Caso X, Y e Z Vs. Reino Unido*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, seguindo o conceito amplo da família, reconheceu que um transexual, sua companheira mulher e uma criança podem configurar uma família, ao ressaltar que:

Ao decidir se uma relação pode ser considerada 'vida familiar', uma série de fatores pode ser relevante, inclusive se o casal vive junto, a duração da relação, e demonstraram compromisso mútuo ao terem filhos conjuntamente ou por outros meios.<sup>194</sup>

174. Em primeiro lugar, e a respeito da proteção convencional dos casais do mesmo sexo, no *Caso Schalk e Kopf Vs. Áustria*, o Tribunal Europeu revisou sua jurisprudência vigente até o momento, na qual somente havia aceitado que a relação emocional e sexual de um casal do mesmo sexo constitui "vida privada", mas não havia considerado que constituísse "vida familiar", ainda que se tratasse de uma relação de longo prazo em situação de convivência.<sup>195</sup> Ao aplicar um critério amplo de família, o Tribunal Europeu estabeleceu que "a noção de 'vida familiar' abrange um casal do mesmo sexo que convive numa relação estável *de facto*, tal como abrangeria um casal de sexo diferente na mesma situação",<sup>196</sup> pois considerou "artificial manter uma posição que sustente que, diferentemente de um casal heterossexual, um casal do mesmo sexo não pode desfrutar da 'vida familiar' nos termos do artigo 8" da Convenção Europeia.<sup>197</sup>

175. O Tribunal ressalta que, diferentemente do disposto na Convenção Europeia, na qual só se protege o direito à vida familiar em conformidade com o artigo 8 da citada Convenção, a Convenção Americana conta com dois artigos que protegem a vida familiar de maneira complementar. Com efeito, esta Corte considera que a imposição de um conceito único de família deve ser analisada não só pela possível ingerência arbitrária contra a vida privada, segundo o artigo 11.2 da Convenção Americana, mas também pelo impacto que isso possa ter no núcleo familiar, à luz do artigo 17.1 dessa citada Convenção.

176. No presente caso, o Tribunal observa que de novembro de 2002 até a decisão de guarda provisória, em maio de 2003 (pars. 41 e 42 *supra*), havia um vínculo próximo entre a senhora Atala, a senhora De Ramón, o filho mais velho da senhora Atala e as três crianças. A esse respeito, a senhora Atala declarou que "éramos uma família absolutamente normal. Um menino, três meninas, um gato, um cachorro, uma cadela, uma casa, tínhamos um projeto como família. Tínhamos sonhos como família".<sup>198</sup> Também a senhora De Ramón declarou que "[a] vida dos cinco membros da família, seis [com ela], era quase idílica[, pois e]stabeleceram uma relação de muita comunicação, pelo menos entre as mulheres da família".<sup>199</sup>

177. Portanto, é visível que se havia constituído um núcleo familiar que, nessa condição, estava protegido pelos artigos 11.2 e 17.1 da Convenção Americana, pois existia uma convivência, um contato frequente, e uma proximidade pessoal e afetiva entre a senhora Atala, sua companheira, seu filho mais velho e as três crianças. Isso, sem prejuízo de que as crianças mantivessem outro vínculo familiar com o pai.

193. T.E.D.H., *Caso Schalk e Kopf*, nota 158 *supra*, par. 91 ("the notion of family [...] is not confined to marriage-based relationships and may encompass other de facto "family" ties where the parties are living together out of wedlock. A child born out of such a relationship is ipso jure part of that "family" unit from the moment and by the very fact of his birth. Thus there exists between the child and his parents a bond amounting to family life. The Court further recalls that the mutual enjoyment by parent and child of each other's company constitutes a fundamental element of family life, even if the relationship between the parents has broken down, and domestic measures hindering such enjoyment amount to an interference with the right protected by Article 8 of the Convention"), citando T.E.D.H., *Caso Elsholz*, nota 190 *supra*, par. 43; *Caso Keegan*, nota 166 *supra*, par. 44; e *Caso Johnston e outros Vs. Irlanda* (nº 9.697/82), Sentença de 18 de dezembro de 1986, par. 56; ver também T.E.D.H., *Caso Alim Vs. Rússia* (nº 39.417/07), Sentença de 27 de setembro de 2011, par. 70; *Caso Berrehab Vs. Países Baixos* (nº 10.730/84), Sentença de 21 de junho de 1988, par. 21; e *Caso L. Vs. Países Baixos* (nº 45.582/99), Sentença de 1º de junho de 2004. Final, 1º de setembro de 2004, par. 36.

194. T.E.D.H., *Caso X, Y e Z Vs. Reino Unido*, (nº 21.830/93), Sentença de 22 de abril de 1997, par. 36 ("When deciding whether a relationship can be said to amount to 'family life', a number of factors may be relevant, including whether the couple live together, the length of their relationship and whether they have demonstrated their commitment to each other by having children together or by any other means"). Cf. T.E.D.H., *Caso Marckx Vs. Bélgica*, (nº 6.833/74), Sentença de 13 de junho de 1979, par. 31; *Caso Keegan*, nota 166 *supra*, par. 44; e *Caso Kroon e outros*, nota 166 *supra*, par. 30.

195. T.E.D.H., *Caso Schalk e Kopf*, nota 158 *supra*, par. 92 ("the Court's case-law has only accepted that the emotional and sexual relationship of a same-sex couple constitutes 'private life' but has not found that it constitutes 'family life', even where a long-term relationship of cohabiting partners was at stake").

196. T.E.D.H., *Caso Schalk e Kopf*, nota 158 *supra*, par. 94 ("a cohabiting same-sex couple living in a stable de facto partnership, falls within the notion of 'family life', just as the relationship of a different-sex couple in the same situation would"); e *Caso P.B. e J.S. Vs. Áustria*, (nº 18.984/02), Sentença de 22 de julho de 2010. Final, 22 de outubro de 2010, par. 30.

197. T.E.D.H., *Caso Schalk e Kopf*, nota 158 *supra*, par. 94 ("the Court considers it artificial to maintain the view that, in contrast to a different-sex couple, a same-sex couple cannot enjoy "family life" for the purposes of Article 8"); e *Caso P.B. e J.S.*, nota 196 *supra*, par. 30.

198. Declaração da senhora Karen Atala Riffo prestada perante a Corte Interamericana na audiência pública do presente caso.

199. Declaração de Emma de Ramón, de 4 de agosto de 2011 (expediente de Mérito, tomo II, folha 762).

178. Este Tribunal já concluiu que os fundamentos apresentados tanto pela Corte Suprema de Justiça como pelo Juizado de Menores de Villarrica na decisão de guarda provisória não constituíram uma medida idônea para proteger o interesse superior da criança (par. 146 *supra*), o que teve como resultado, ademais, a separação da família formada pela mãe, sua companheira e as crianças. Isso constitui uma interferência arbitrária no direito à vida privada e familiar. Portanto, a Corte declara que o Estado violou os artigos 11.2 e 17.1, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Karen Atala Riffo e das crianças M., V. e R. A respeito dessas últimas, essas violações da vida familiar ocorrem também em relação ao artigo 19 da Convenção, uma vez que foram separadas de maneira não justificada de um de seus ambientes familiares.

## **E. Garantias judiciais e proteção judicial**

### *1. Garantias judiciais e proteção judicial em relação à senhora Atala*

#### *Alegações das partes*

179. A Comissão e os representantes alegaram a suposta violação da garantia judicial de imparcialidade em virtude do enfoque estereotipado dos juízes em relação ao caso. A Comissão salientou que “ao considerar [a] orientação sexual” da senhora Atala “um elemento fundamental de sua capacidade de ser mãe, bem como o uso evidente de preconceitos discriminatórios”, se poderia concluir que a senhora Atala “não contou com a garantia de imparcialidade”. Os representantes acrescentaram que a revogação da sentença do Tribunal de Recursos pela Corte Suprema de Justiça constituía uma violação da garantia de independência judicial. A Comissão e os representantes sugeriram que tudo isso tinha impacto no direito de acesso à justiça, razão pela qual alegaram a violação do artigo 8.1<sup>200</sup> e do artigo 25<sup>201</sup> da Convenção Americana.

180. Além disso, os representantes argumentaram que a Corte Suprema “acolh[eu] um recurso de queixa [...] num caso em que não procedia, infringindo as normas do devido processo e a independência [objetiva interna] dos juízes”, e ao punir disciplinarmente os Ministros do Tribunal de Recursos de Temuco “por terem uma interpretação determinada” do Código Civil. Consideraram que “por meio de um recurso que, por disposição legal não desloca a competência, como é o caso do recurso de queixa, a Corte Suprema passou a conhecer de um caso, bem como a nele proferir sentença, que já havia sido decidido e que as autoridades pertinentes já haviam feito tramitar perante os respectivos tribunais competentes”. Os representantes também arguíram uma violação da garantia de imparcialidade judicial porque a decisão da Corte Suprema “se sustenta[va] num preconceito e carec[ia] de sustentação racional e jurídica”. Por último, salientaram que a senhora Atala não deseja que “[as crianças] fossem novamente [...] submetidas à pressão de um processo de guarda [...] renunciando a que se restituam [...] as crianças ao núcleo familiar com a mãe”.

181. O Estado alegou que “a Corte Suprema de Justiça não excedeu o limite no exercício de suas faculdades, nem delas abusou, quando, após declarar a efetividade da falta ou abuso grave, acolhendo o recurso de agravo, resolveu invalidar a decisão impugnada proferindo em seu lugar uma sentença de substituição”. Por sua vez, o Estado negou uma violação do artigo 25.1 da Convenção com o argumento de que a senhora Atala “teria podido e ainda pode tentar revogar a decisão da Corte Suprema, interpondo [...] um novo pedido de guarda das crianças, com a única exigência de demonstrar que alguma das circunstâncias que motivaram a sentença se modificou”, uma vez que a decisão que concedeu a guarda ao pai das crianças só possui força de coisa julgada formal. Concluiu que “para que o direito ao recurso contra uma decisão judicial seja afetado, é fundamental que se comprove a existência de uma violação ao devido processo, no momento em que foi proferida, sem que exista um meio de impugnação à disposição da parte agravada, qualquer que seja [e]le, mediante o qual seja possível reverter a suposta violação de direitos fundamentais”.

#### *Considerações da Corte*

182. No presente caso, a Corte Suprema de Justiça considerou que os juízes do Tribunal de Recursos de Temuco

200. O artigo 8.1 da Convenção Americana (Garantia judiciais) estabelece que:

1. Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

201. O artigo 25.1 da Convenção Americana (Proteção judicial) estabelece que:

1. Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

“cometeram falta ou abuso grave tanto ao aplicar as normas jurídicas que regem a matéria como ao apreciar os antecedentes da causa em que pronunciaram a sentença que deu origem ao recurso [de agravo]”.<sup>202</sup>

183. A esse respeito, a Corte observa que a alegação dos representantes sobre a aceitação indevida do recurso de agravo pela Corte Suprema de Justiça está diretamente relacionada com a suposta inexistência de uma falta grave por parte do Tribunal de Recursos de Temuco. A propósito, cumpre salientar que o recurso de queixa no Chile está previsto no artigo 545 do Código Orgânico de Tribunais.<sup>203</sup> Trata-se de um recurso disciplinar cuja fonte é o artigo 82 da Constituição<sup>204</sup> e que, em geral, tem origem na prática jurisprudencial dos Tribunais Superiores de Justiça, dos Tribunais de Recursos e da Corte Suprema de Justiça.<sup>205</sup>
184. Na opinião do perito Marín, a prática de usar o recurso de queixa como meio para revisar sentenças alterou o sistema processual ao banir o recurso de cassação como recurso jurisdicional natural previsto pelo legislador nacional para corrigir os erros dos juízes de instância.<sup>206</sup> Segundo o perito, o recurso de queixa provocou, de fato, a criação de uma terceira instância na qual a Corte Suprema alterava os fatos provados na respectiva instância e a forma como os juízes haviam avaliado essa prova.<sup>207</sup>
185. Por outro lado, a Corte observa que, segundo a doutrina jurídica chilena a que se refere o Estado, o recurso de queixa é definido como “o ato jurídico processual de parte que se exerce diretamente perante o Tribunal superior hierárquico e contra o juiz ou juízes inferiores que tenham proferido sentença num processo ao qual conhecem uma resolução de falta ou abuso grave, solicitando-lhe que corrija de imediato o erro que motiva sua interposição, mediante a emenda, revogação ou anulação da sentença, sem prejuízo da aplicação das sanções disciplinares procedentes pelo plenário desse Tribunal, com respeito ao juiz ou juízes recorridos”.<sup>208</sup> Esse recurso se interpõe “diretamente perante o Tribunal superior hierárquico àquele que tenha expedido a decisão por falta ou abuso grave, para que seja por ele reconhecido e solucionado”. Não se interpõe contra uma decisão, mas contra o juiz ou juízes que promulgaram a decisão de falta ou abuso grave, para que seja modificada, emendada ou tornada sem efeito. O recurso não foi “criado para corrigir erros de interpretação, mas faltas ou abusos ministeriais [...] que se enquadrem no âmbito da [] jurisdição disciplinar do superior hierárquico”. Portanto, “não constitui instância para a revisão de todas as questões de fato e de direito, mas unicamente faculta ao superior examinar se se cometeu falta ou abuso grave”. O Tribunal Superior tem a faculdade de revogar, emendar ou anular a decisão.<sup>209</sup> A falta ou abuso grave cometido por um juiz pode decorrer da violação formal da lei, da interpretação errada da lei ou da falsa apreciação dos antecedentes do processo.<sup>210</sup>
186. Para analisar se no presente caso se desconheceu a garantia de independência judicial ao aceitar o recurso de agravo, a Corte recorda que um dos objetivos principais da separação dos poderes públicos é a garantia

202. Sentença da Corte Suprema de Justiça do Chile de 31 de maio de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.673).

203. Cf. o artigo 545 do Código Orgânico de Tribunais dispõe: “O recurso de agravo tem por exclusiva finalidade corrigir as faltas ou abusos graves cometidos na promulgação de resoluções de caráter jurisdicional. Só procederá quando a falta ou abuso sejam cometidos em sentença interlocutória, que ponha fim ao julgamento ou torne impossível sua continuação ou encerramento, e que não sejam suscetíveis de qualquer recurso, ordinário ou extraordinário, sem prejuízo da atribuição da Corte Suprema de agir de ofício no exercício de suas faculdades disciplinares. Excetuam-se as sentenças definitivas de primeira ou única instância proferidas por árbitros arbitradores, em cujo caso procederá o recurso de agravo, além do recurso de cassação na forma e no mérito. A sentença que acolhe o recurso de agravo conterà as considerações precisas que demonstrem a falta ou abuso, bem como os erros ou omissões manifestos e graves que os constituam e que existam na resolução que motiva o recurso, e determinará as medidas destinadas a remediar essa falta ou abuso. Em nenhum caso poderá modificar, emendar ou invalidar resoluções judiciais a respeito das quais a lei contemple recursos jurisdicionais ordinários ou extraordinários, a não ser que se trate de um recurso de agravo interposto contra sentença definitiva de primeira ou única instância proferida por árbitros arbitradores. Caso um tribunal superior de justiça, fazendo uso de suas atribuições disciplinares, invalide uma resolução jurisdicional, deverá aplicar a medida disciplinar ou as medidas disciplinares que considere pertinentes. Nesse caso, a câmara disporá que se dê conta dos antecedentes ao tribunal pleno, com vistas à aplicação das medidas disciplinares procedentes, atendida a natureza das faltas ou abusos, que não poderão ser inferiores à admoestação privada” (expediente de mérito, tomo XI, folha 5.398).

204. Cf. o artigo 82 da Constituição Política estabelece que “a Corte Suprema terá a supervisão executiva, correccional e econômica de todos os tribunais da nação. Excetuam-se dessa norma o Tribunal Constitucional, o Tribunal Qualificador de Eleições e os tribunais eleitorais regionais” (expediente de mérito, tomo XI, folha 5.393).

205. Cf. Relatório escrito do perito Marín González sobre o recurso de agravo no Chile, apresentado em 21 de setembro de 2011 (expediente de mérito, tomo XI, folhas 5.393 e 5.411).

206. Cf. Relatório escrito do perito Marín González sobre o recurso de agravo no Chile, nota 205 *supra*, folha 5.411.

207. A esse respeito, o perito Marín citou os motivos legislativos para a aprovação da Lei nº 19.374, de 1995, mediante a qual se modificou o recurso de queixa, e jurisprudência da Corte Suprema de Justiça para explicar que o legislador chileno modificou o recurso de queixa com o objetivo de limitar esse recurso disciplinar e impedir a distorção do sistema processual e da função jurisdicional dos tribunais superiores de justiça, com a finalidade de evitar sua prática abusiva e, portanto, a revisão de julgamentos por meio de uma terceira instância que violava abertamente o princípio do contraditório da audiência. Cf. Relatório escrito do perito Marín González sobre o recurso de agravo no Chile, nota 205 *supra*, folhas 5.397, 5.398, 5.400 e 5.411.

208. Mario Mosquera Ruíz e Cristián Maturana Miquel. *Los Recursos Procesales*, 2010, Editorial Jurídica de Chile, Santiago do Chile, p. 383, prova documental anexada pelo Estado às suas alegações finais escritas (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.945).

209. Cf. Mario Mosquera Ruíz e Cristián Maturana Miquel. *Los Recursos Procesales*, p. 383 e 384, nota 208 *supra*, folhas 5.945 e 5.946.

210. Cf. Mario Mosquera Ruíz, Cristián Maturana Miquel. *Los Recursos Procesales*, p. 387, nota 208 *supra*, tomo XII, folha 5.949.



da independência dos juízes, cujo objetivo reside em evitar que o sistema judicial e seus integrantes se vejam submetidos a restrições indevidas no exercício de sua função por parte de órgãos alheios ao Poder Judiciário ou, inclusive, por parte dos magistrados que exercem funções de revisão ou recurso.<sup>211</sup> Além disso, a garantia da independência judicial abrange a garantia contra pressões externas,<sup>212</sup> de tal forma que o Estado deve abster-se de realizar ingerências indevidas no Poder Judiciário ou em seus integrantes, isto é, com relação à pessoa do juiz específico, e deve prevenir essas ingerências e investigar e punir aqueles que as cometam.<sup>213</sup>

187. A Corte considera que neste caso não há elementos probatórios suficientes que permitam inferir a existência de pressões externas contra os juízes que conheceram da causa, destinadas a arbitrar contra a senhora Atala. Por outro lado, dado que os juízes do Tribunal de Recursos de Temuco punidos pelo recurso de queixa não são supostas vítimas no presente caso, isso limita o pronunciamento que o Tribunal pode fazer em relação a uma possível violação do artigo 8.1 da Convenção por essa decisão punitiva.
188. Finalmente, a Corte salientou anteriormente que não constitui uma quarta instância que possa realizar uma avaliação da prova referente a qual dos pais oferecia um melhor lar para as três crianças (par. 66 *supra*). No mesmo sentido, o Tribunal tampouco é uma quarta instância que possa se pronunciar sobre a controvérsia entre diversos setores da doutrina local sobre o alcance do direito interno a respeito dos requisitos de procedência do recurso de agravo.
189. Por outro lado, com relação à suposta imparcialidade da Corte Suprema ao adotar sua decisão sobre o recurso de agravo, esta Corte recorda que a imparcialidade exige que o juiz que intervém numa contenda específica se aproxime aos fatos da causa livre de todo preconceito, de maneira subjetiva, e, do mesmo modo, oferecendo garantias suficientes de natureza objetiva que permitam eliminar qualquer dúvida que o acusado ou a comunidade possam abrigar a respeito da ausência de imparcialidade. Enquanto a imparcialidade pessoal ou subjetiva se presume, a menos que exista prova ao contrário, coerente, por exemplo, na demonstração de que algum membro de um tribunal ou juiz guarda preconceitos ou parcialidades de índole pessoal contra os litigantes, a denominada prova objetiva consiste em determinar se o juiz questionado ofereceu elementos convincentes que permitam eliminar temores legítimos ou suspeitas fundamentadas de parcialidade sobre sua pessoa. Assim sendo, a atuação do juiz deve parecer isenta de influência, incentivo, pressão, ameaça ou intromissão, direta ou indireta,<sup>214</sup> guiando-se única e exclusivamente conforme o direito e por ele determinada.<sup>215</sup>
190. A Corte Interamericana ressalta que, embora certamente tenham sido declaradas no presente caso algumas violações da Convenção (pars. 146, 155 e 178 *supra*), uma violação do artigo 8.1. pela suposta falta de imparcialidade judicial dos juízes deve-se estabelecer com base em elementos probatórios específicos e concretos que mostrem que se está efetivamente diante de um caso em que os juízes claramente se deixaram influenciar por aspectos ou critérios alheios às normas legais.
191. O Tribunal constata que nem a Comissão nem os representantes apresentaram elementos probatórios específicos para descaracterizar a presunção de imparcialidade subjetiva dos juízes. Tampouco apresentaram elementos convincentes que permitam questionar a imparcialidade objetiva dos juízes na sentença da Corte Suprema. Uma interpretação das normas do Código Civil chileno contrária à Convenção Americana em matéria do exercício da guarda de menores de idade por uma pessoa homossexual não é suficiente, em si mesma, para que este Tribunal declare uma falta de imparcialidade objetiva.
192. A Corte considera, por conseguinte, que o Estado não violou as garantias judiciais reconhecidas no artigo 8.1 da Convenção, em relação à decisão da Corte Suprema de Justiça no presente caso.

211. Cf. *Caso Apitz Barbera e outros*, nota 92 *supra*, par. 55; e *Caso Reverón Trujillo*, nota 33 *supra*, par. 67.

212. Cf. *Caso do Tribunal Constitucional Vs. Peru. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 31 de janeiro de 2001. Série C Nº 71, par. 75; e *Caso Reverón Trujillo*, nota 33 *supra*, par. 80. Ver também T.E.D.H., *Caso Campbell e Fell Vs. Reino Unido*, (nº 7.819/77; 7.878/77), Sentença de 28 de junho de 1984, par. 78; e *Caso Langborger Vs. Suécia*, (nº 11.179/84), Sentença de 22 de junho de 1989, par. 32. Ver também Princípios 2, 3 e 4 dos Princípios Básicos das Nações Unidas Relativos à Independência da Magistratura, aprovados pelo Sétimo Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinquente, realizado em Milão, de 26 de agosto a 6 de setembro de 1985, e confirmados pela Assembleia Geral nas resoluções 40/32, de 29 de novembro de 1985, e 40/146, de 13 de dezembro de 1985.

213. Cf. *Caso Reverón Trujillo*, nota 33 *supra*, par. 146.

214. Princípio 2 dos Princípios Básicos das Nações Unidas Relativos à Independência da Magistratura, nota 212 *supra*.

215. *Caso Apitz Barbera e outros*, nota 92 *supra*, par. 56.

## 2. Direito das crianças M., V. e R. a serem ouvidas e a que suas opiniões sejam levadas em conta

### Alegações das partes

193. A Comissão alegou “como particularmente grave que no processo de guarda as preferências e as necessidades das crianças não tenham sido consideradas pela Corte Suprema de Justiça, o que, sim, foi levado em conta por tribunais inferiores”. Acrescentou que a Corte Suprema de Justiça do Chile não envidou esforços por ouvir as crianças.
194. Os representantes argumentaram que, ainda que “existam mecanismos processuais cuidadosamente concebidos [no Chile] para que as opiniões das crianças tenham influência nas decisões que as afetem, e se adotem efetivamente decisões em seu interesse, e não no de outras pessoas intervenientes[, ]a Corte Suprema ignorou completamente esses mecanismos e arbitrariamente decidiu atribuir maior peso a opiniões baseadas em preconceitos e estereótipos, em detrimento da opinião especializada de profissionais e, mais importante ainda, das próprias crianças, como de fato o fizeram os tribunais de instância”.
195. O Estado declarou que “no contexto do conhecimento de um meio de impugnação extraordinária, como é o recurso de queixa, não existe a oportunidade processual para reiterar as declarações das crianças, e isso é desnecessário com vistas ao devido processo. Da perspectiva do interesse e da proteção das crianças é contraproducente, além de desnecessário, exigir-lhes que voltem a depor no mesmo processo sobre a separação dos pais e o desejo de viver com um deles, aumentando, assim, seu grau de vitimização”. Acrescentou que “as crianças foram de fato ouvidas pelos juízes da instância, e a Corte Suprema teve acesso a esses antecedentes”. Além disso, salientou que, “[p]or outro lado, o princípio de reconhecimento da autonomia e da subjetividade das crianças em nenhum caso implica ou pode ser equiparado à possibilidade de impor-lhes a responsabilidade final de decidir sobre seus destinos. [...] Quando a opinião da criança ou do adolescente e seus desejos entram em colisão com seu ‘interesse superior’ [...], sem que seja possível sua compatibilidade, deverá necessariamente privilegiar-se seu interesse sobre seus desejos, pois, do contrário, ficaria sem sustentação o regime especial de proteção de que gozam”.

### Considerações da Corte

196. A Corte ressalta que as crianças são titulares dos direitos estabelecidos na Convenção Americana, além de contarem com as medidas especiais de proteção contempladas no artigo 19 da Convenção, as quais devem ser definidas segundo as circunstâncias particulares de cada caso concreto.<sup>216</sup> No presente caso, o Tribunal observa que o artigo 8.1 da Convenção Americana consagra o direito de todas as pessoas, inclusive as crianças, de serem ouvidas nos processos em que se determinem seus direitos. Esse direito deve ser interpretado à luz do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança,<sup>217</sup> que contém disposições adequadas sobre o direito que as crianças têm de ser ouvidas, com o objetivo de que a intervenção da criança se ajuste às condições deste e não redunde em prejuízo de seu interesse genuíno.<sup>218</sup>
197. De maneira específica, a Observação Geral nº 12, de 2009, do Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas ressaltou a relação entre o “interesse superior da criança” e o direito de ser ouvida, ao afirmar que “não é possível uma aplicação correta do artigo 3 [(interesse superior da criança)] se não se respeitarem os componentes do artigo 12. Do mesmo modo, o artigo 3 reforça a funcionalidade do artigo 12 ao facilitar o papel essencial das crianças em todas as decisões que afetem sua vida”.<sup>219</sup>

216. *Mutatis mutandi, Caso Gelman Vs. Uruguai. Mérito e Reparações*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C Nº 221, par. 121.

217. O artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança salienta: 1. Os Estados Partes devem assegurar à criança que é capaz de formular seus próprios pontos de vista o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados a ela, e tais opiniões devem ser consideradas em função da idade e da maturidade da criança. 2 – Com tal propósito, proporcionar-se-á à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que a afete, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais de legislação nacional. (Sem grifo no original)

218. Cf. Parecer Consultivo OC-17/02, nota 122 *supra*, par. 99. Por outro lado, o Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas definiu que o direito de “ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a criança”, implica que “essa disposição seja aplicável a todos os processos judiciais pertinentes que afetem a criança, sem limitações”. Nações Unidas, Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12 (2009). O direito da criança de ser ouvida, CRC/C/GC/12, de 20 de julho de 2009, par. 32. O UNICEF salientou especificamente que “todo processo [...] judicial que afete a criança compreende um espectro muito amplo de audiências em tribunais, inclusive todos os processos civis, tais como os de divórcio, custódia, cuidado e adoção, mudança de nome, solicitações judiciais a respeito do lugar de residência, religião, educação, disposição de dinheiro, etc., decisões judiciais sobre nacionalidade, imigração e condição de refugiado, e processos penais; também inclui a participação de Estados perante tribunais internacionais”. Tradução para o espanhol feita pela Secretaria da Corte Interamericana. UNICEF, Manual de Aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança (Terceira edição inteiramente revisada), 2007, pág. 156.

219. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12, nota 218 *supra*, par. 74.

198. Com a finalidade de determinar o alcance dos termos descritos no artigo 12 dessa Convenção, o Comitê definiu uma série de especificações, a saber: i) “não [se] pode partir da premissa de que uma criança é incapaz de expressar suas próprias opiniões”;<sup>220</sup> ii) “a criança não deve ter necessariamente um conhecimento exaustivo de todos os aspectos do assunto que a afeta, mas compreensão suficiente para ser capaz de formar adequadamente um juízo próprio sobre o assunto”;<sup>221</sup> iii) a criança pode expressar suas opiniões sem pressão, e pode escolher se quer ou não exercer o direito de ser ouvida; iv) “a realização do direito da criança de expressar suas opiniões exige que os responsáveis por ouvi-la e seus pais ou tutores informem a criança sobre os assuntos, as opções e as possíveis decisões que possam ser adotadas e suas consequências”;<sup>222</sup> v) “a capacidade da criança [...] deve ser avaliada para que se levem devidamente em conta suas opiniões ou para a ela comunicar a influência que essas opiniões tiveram no resultado do processo”;<sup>223</sup> e vi) “os níveis de compreensão das crianças não se vinculam de maneira uniforme à sua idade biológica”, razão pela qual a maturidade da criança deve ser medida com base na “capacidade [...] de expressar suas opiniões sobre as questões de forma razoável e independente”.<sup>224</sup>
199. Por outro lado, a Corte reitera que as crianças exercem seus direitos de maneira progressiva à medida que desenvolvem maior nível de autonomia pessoal<sup>225</sup> (par. 108 *supra*). Por conseguinte, o aplicador do direito, seja no âmbito administrativo seja no judicial, deverá levar em consideração as condições específicas do menor de idade e seu interesse superior para acordar sua participação, conforme seja cabível, na determinação de seus direitos. Nessa ponderação se procurará o maior acesso do menor de idade, na medida do possível, ao exame de seu próprio caso.<sup>226</sup> A Corte também considera que as crianças devem ser informadas de seu direito de serem ouvidas diretamente ou por meio de um representante, caso assim o desejem. A esse respeito, em casos em que se apresentem conflitos de interesses entre a mãe e o pai, é necessário que o Estado garanta, na medida do possível, que os interesses do menor sejam representados por alguém alheio ao conflito.
200. Nesse sentido, o Comitê dos Direitos da Criança salientou que o artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança não só dispõe o direito de cada criança de expressar sua opinião livremente, em todos os assuntos que a afetem, mas também engloba o direito subsequente de que se levem devidamente em conta essas opiniões, em função da idade e da maturidade da criança.<sup>227</sup> Não basta ouvir a criança; suas opiniões devem ser seriamente consideradas a partir do momento em que seja capaz de formar um juízo próprio, o que requer que suas opiniões sejam avaliadas mediante exame caso a caso.<sup>228</sup> Na hipótese de que esteja em condições de formar um juízo próprio de forma razoável e independente, o encarregado de adotar decisões deve levar em conta as opiniões da criança como fator importante na solução da questão.<sup>229</sup> Portanto, no contexto de decisões judiciais sobre a guarda, toda a legislação sobre separação e divórcio deve incluir o direito da criança de ser ouvida pelos encarregados de adotar decisões.<sup>230</sup>
201. No presente caso, a Corte observa que, em 8 de abril de 2003, o Juizado de Menores de Villarrica ouviu M., V. e R., em audiência privada, e “guardou o registro da audiência privada em envelope lacrado no cofre de documentos do Tribunal”.<sup>231</sup> Além disso, a decisão da demanda de guarda provisória, aprovada pelo Juizado de Menores de Villarrica em 2 de maio de 2003, salientou “[q]ue, segundo consta dos autos principais do processo de guarda, as menores de idade foram ouvidas em audiência privada”.<sup>232</sup>
202. Por outro lado, na sentença de primeira instância, declarou-se “[q]ue consta das atas guardadas no cofre de documentos do Tribunal que as menores [de idade] foram ouvidas por este [Juizado]. Nessas audiências constatou-se que a vontade das três menores [de idade] é que seus pais voltem a viver juntos, e na última

220. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12, nota 218 *supra*, par. 20.

221. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12, nota 218 *supra*, par. 21.

222. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12, nota 218 *supra*, par. 25.

223. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12, nota 218 *supra*, par. 28.

224. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12, nota 218 *supra*, par. 30.

225. Cf. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 7, nota 171 *supra*, par. 17.

226. Parecer Consultivo OC-17/02, nota 122 *supra*, par. 102.

227. Cf. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12, nota 218 *supra*, par. 15.

228. Cf. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12, nota 218 *supra*, par. 28 e 29.

229. Cf. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12, nota 218 *supra*, par. 44.

230. Cf. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12, nota 218 *supra*, par. 28 e 29.

231. Ata do Juizado de Menores de Villarrica de 8 de abril de 2003 (expediente de anexos da demanda, tomo I, folha 350).

232. Decisão da demanda de guarda provisória pelo Juizado de Menores de Villarrica de 2 de maio de 2003, considerando sétimo (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.565).

audiência, realizada em 8 de outubro de 2003, [R.] e [V.] manifestaram o desejo de voltar a viver com a mãe e, no caso de [M.], só se detectou uma leve preferência pela figura materna”.<sup>233</sup> Além disso, o Juizado esclareceu que “as audiências decretadas para ouvir as menores [de idade], tiveram como único objetivo cumprir o mandato do [...] artigo 12 da Convenção dos Direitos da Criança e só constituem um antecedente a ser considerado, sem que condicione a decisão [...], isso em razão de que, por sua pouca idade, não estão em condições de emitir um juízo acertado acerca da situação que as rodeia, e tendo presente, além disso, que a opinião das menores [de idade] pode ver-se afetada artificialmente por fatores externos que a influenciem, distorçam ou invalidem para o objetivo proposto”.<sup>234</sup> Finalmente, o Juizado levou em conta uma série de relatórios psicológicos por ele ordenados para determinar a condição psicológica e emocional das menores de idade.<sup>235</sup>

203. A esse respeito, o Tribunal constata que na primeira instância do processo de guarda foram cumpridas as obrigações que decorrem do direito das crianças de serem ouvidas num processo judicial que as afete, razão pela qual não somente as ouviu em audiência, mas, além disso, é explícito que foram levadas em conta as opiniões das três crianças, considerando sua maturidade e capacidade no momento.
204. Por outro lado, a Corte observa que dos autos do processo de guarda não consta prova de que as crianças foram ouvidas novamente pela Corte Suprema de Justiça do Chile no âmbito do recurso de agravo, assim como não figura na sentença da Corte Suprema menção alguma com respeito à decisão de ignorar a vontade que as crianças haviam manifestado no processo.
205. No presente caso, o Tribunal leva em conta a natureza específica do recurso de queixa, que constitui principalmente um recurso disciplinar contra os juízes de instância e no qual não se reúnem outras provas além das que já haviam sido apresentadas ao longo do processo de guarda (par. 185 *supra*). Esta Corte também adverte que uma criança não deve ser entrevistada com frequência maior do que a necessária, sobretudo quando se investiguem acontecimentos nocivos, dado que o processo de “ouvir” uma criança pode ser difícil e ter efeitos traumáticos.<sup>236</sup> Por esse motivo, o Tribunal não considera que a Corte Suprema tivesse de realizar uma nova audiência no âmbito da decisão sobre o recurso de queixa para ouvir as menores de idade sobre suas preferências a respeito da convivência com um dos pais, porquanto havia nos autos do processo de guarda várias provas das quais constava a vontade das crianças.
206. Entretanto, o fato de que uma autoridade judicial não tenha de solicitar novamente o depoimento de uma criança no âmbito de um processo judicial não a exime da obrigação de levar devidamente em conta e avaliar, num sentido ou noutro, as opiniões expressas pela criança nas instâncias inferiores, em função de sua idade e capacidade. Caso seja pertinente, a respectiva autoridade judicial deve argumentar especificamente por que não levará em conta a opção da criança. Nesse sentido, o perito García Méndez afirmou que:

Em qualquer tipo de controvérsia entre a opinião da criança e a autoridade parental ou as autoridades institucionais, [...] a opinião da criança não pode ser descartada discricionariamente. Ou seja, o que isso significa é que [...] será necessário elaborar, de maneira muito sofisticada, argumentos para eventualmente se opor ao que seja essa opinião da criança. [A] opinião da criança não produz jurisprudência automaticamente [...]. Mas tampouco a opinião da criança pode ser descartada automaticamente sem uma argumentação séria e profunda.<sup>237</sup>

207. Do mesmo modo, o perito Cillero Bruñol salientou que:

[Existe a] obrigação [das autoridades estatais] de considerar sua opinião na deliberação que conduza a uma decisão que afete a criança. [...] Os adultos responsáveis pela decisão não devem decidir arbitrariamente quando a criança diz algo relevante para a decisão. [...] Ainda que a criança não seja suficientemente desenvolvida quanto a suas opiniões e visões, elas deveriam prevalecer a respeito de assuntos que a afetem, salvo por razões muito qualificadas em contrário. Isso quer dizer que, caso as opiniões da criança sejam fundamentadas, precisas, com suficiente conhecimento dos fatos e das consequências que implicam, devem *prima facie* prevalecer sobre outras argumentações para determinar a decisão que afetará a criança quanto aos fatos e situações que a ela se refiram. Esse primado é exigido pelo princípio do interesse superior da criança do artigo 3 da [Convenção sobre os Direitos da Criança]. O exposto não quer dizer que sempre irão coincidir a determinação do interesse

233. Cf. Sentença do Juizado de Menores de Villarrica de 29 de outubro de 2003, considerando trigésimo sexto (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.605).

234. Cf. Sentença do Juizado de Menores de Villarrica de 29 de outubro de 2003, considerando trigésimo sexto (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.605).

235. Cf. Sentença do Juizado de Menores de Villarrica de 29 de outubro de 2003, considerando trigésimo sexto (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.589).

236. Cf. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12, nota 218 *supra*, par. 24.

237. Declaração do perito García Méndez na audiência pública realizada no presente caso em 23 de agosto de 2011.

superior da criança, no caso concreto, com as opiniões da criança, mesmo quando a criança tenha idade e maturidade para formar juízo próprio [...] O juiz ou o responsável pelo processo deve avaliar de maneira razoável o peso das opiniões da criança, em relação às consequências para o conjunto de seus direitos fundamentais, bem como em relação ao nível de maturidade da criança, mas essa avaliação [...] exige uma carga argumentativa superior à decisão que se afasta da opinião da criança.<sup>238</sup>

208. A Corte constata que a Corte Suprema de Justiça não explicou em sua sentença como avaliou ou levou em conta as declarações e preferências das menores de idade que constavam do expediente. Com efeito, o Tribunal observa que a Corte Suprema não adotou uma decisão na qual se argumentasse sobre a relevância atribuída por aquela Corte às preferências de convivência expressadas pelas menores de idade e sobre as razões pelas quais ignorava a vontade das três crianças. Pelo contrário, a Corte Suprema limitou-se a fundamentar sua decisão no suposto interesse superior das três menores de idade, mas sem justificar ou fundamentar a razão pela qual considerava legítimo rechaçar a vontade manifestada pelas crianças durante o processo de guarda, mais ainda se se leva em conta a inter-relação de seu direito de participação com o objetivo de cumprir o princípio do interesse superior da criança (par. 197 *supra*). Em virtude do exposto, a Corte conclui que a referida decisão da Corte Suprema de Justiça violou o direito das crianças de serem ouvidas e devidamente levadas em conta no processo, consagrado no artigo 8.1 em relação aos artigos 19 e 1.1 da Convenção Americana, em detrimento das crianças M., V. e R.

## VI

### **Direito à Igualdade e à Proibição de Discriminação, Direito à Vida Privada e Direito às Garantias Judiciais em Relação à Obrigação de Respeitar e Garantir com Respeito à Investigação Disciplinar**

209. Um dos aspectos da controvérsia é o processo disciplinar conduzido contra a senhora Atala. No que se refere a esse tema, neste capítulo serão estabelecidos os fatos provados relacionados com o processo para, em seguida, analisar as controvérsias sobre: i) direito à igualdade; ii) vida privada; e iii) garantias judiciais.

#### **A. Fatos provados a respeito da investigação disciplinar contra a senhora Atala**

210. Em 17 de março de 2003, a Presidenta do Comitê de Juízes do Tribunal de Julgamento Oral Penal de Villarrica levou ao conhecimento do Ministro Visitante do Tribunal de Recursos de Temuco, senhor Lenin Lillo, “uma situação específica ocorrida em 12 de março de 2003”. Nesse escrito, a Presidenta do Comitê de Juízes informou que a senhora Atala havia pedido a uma de suas subalternas que “transcrev[esse], redig[isse] e imprimi[sse] ofícios em nome do Juizado de Letras e de Menores de Villarrica, nos quais se pediam diligências no processo de guarda [...] em que essa magistrad[a era] parte litigante”. Além disso, declarou que “proced[eu] à realização de uma reunião de caráter privado com a magistrad[a] Atala Riffo [...] salientando a improcedência de sua atitude bem como sua ingerência numa esfera atribuída a outro Tribunal, no qual ela não era juíza, mas parte demandada”.<sup>239</sup>

211. Naquele mesmo dia, e em 19 de março de 2003, o Plenário do Tribunal de Recursos de Temuco designou o senhor Lillo<sup>240</sup> para uma visita extraordinária ao Tribunal Penal de Villarrica, onde a senhora Atala ocupava o cargo de juíza. A esse respeito, declarou que “essa visita obedece[ia] a dois fatos fundamentais: um dizia respeito às notícias veiculadas nos jornais ‘Las Últimas Noticias’ [...] e ‘La Cuarta’ [...] nas quais se fazia referência à condição de lésbica que se atribuía em determinadas publicações à [senhora] Atala;”<sup>241</sup> o outro se referia aos fatos relatados na denúncia de 17 de março de 2003.

212. Depois de realizada a visita ao Juizado no qual a senhora Atala era titular, o senhor Lillo apresentou um relatório ao Tribunal de Recursos de Temuco,<sup>242</sup> mediante o qual informou a respeito de três fatos supostamente irregulares, a saber: i) “utilização de meios e de pessoal para cumprir diligências decretadas pelo juiz [...] de menores”; ii) “utilização indevida do carimbo do Tribunal”, e iii) “notícias veiculadas na imprensa”. A respeito do primeiro fato, apresentou um relato dos fatos informados pela Presidenta do Comitê de Juízes e concluiu que esses

238. Declaração escrita apresentada pelo perito Cillero Bruñol em 4 de agosto de 2011 (expediente de mérito, tomo II, folhas 935, 939 e 940).

239. Escrito da Presidenta do Comitê de Juízes do Tribunal de Julgamento Oral Penal de Villarrica de 17 de março de 2003 (expediente de mérito, tomo XIII, folha 7.040).

240. Cf. Relatório preparado pelo Ministro Lenin Lillo, do Tribunal de Recursos de Temuco, em 2 de abril de 2003 (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.927).

241. Relatório preparado pelo Ministro Lenin Lillo, do Tribunal de Recursos de Temuco, em 2 de abril de 2003 (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.927).

242. Cf. Relatório preparado pelo Ministro Lenin Lillo, do Tribunal de Recursos de Temuco, de 2 de abril de 2003 (expediente de mérito, tomo XII, folhas 5.927 a 5.934).

fatos “eram graves, no parecer des[se] visitante especial, porquanto a senhora [...] Atala [...], prevalecendo-se de meios e de pessoal do Tribunal do qual faz [p]arte, se envolveu diretamente no cumprimento de ações decretadas no processo perante o Juiz de Menores”. Em relação ao segundo fato, o senhor Lillo declarou que “rev[estia] especial gravidade, porque a Juíza Karen Atala ha[via] excedido o limite de suas atribuições com sua atitude, ao utilizar elementos do Tribunal que est[avam] subordinados a terceiros para favorecer pessoas relacionadas com seu círculo de amizades”.

213. Por último, o senhor Lillo fez referência às notícias veiculadas nos Jornais “Las Últimas Noticias” e “La Cuarta”, nas quais se deu a conhecer à opinião pública a demanda de guarda, fazendo referência “à relação lésbica” que a senhora Atala “manteria com outra mulher”.

214. Sobre esses fatos, o senhor Lillo concluiu em seu relatório que:

não é intenção deste visitante emitir juízo de valor a respeito da inclinação sexual da Magistrad[a] Atala; entretanto, não se pode desconhecer o fato de que sua peculiar relação afetiva transcendeu o âmbito privado ao terem sido divulgadas as notícias anteriormente citadas, o que claramente prejudica a imagem tanto da senhora Atala como do Poder Judiciário. Todo o exposto reveste uma gravidade que merece ser observada pelo Ilustríssimo Tribunal.<sup>243</sup>

215. Em 2 de abril de 2003, o Tribunal de Recursos de Temuco aprovou a visita realizada pelo senhor Lillo e formulou acusações contra a senhora Atala a respeito dos três fatos supostamente irregulares citados no relatório.<sup>244</sup> Posteriormente, em 9 de maio de 2003, o Tribunal de Recursos expediu “uma séria advertência pela utilização de meios e de pessoal para cumprir diligências decretadas pelo Juiz de Letras de Menores [...] numa causa na qual era uma das partes na controvérsia”.<sup>245</sup>

## **B. Direito à igualdade e à proibição da discriminação**

### *Alegações das partes*

216. Os representantes alegaram que a senhora Atala “mantinha uma relação estável de casal que não se diferenciava de outras relações de casal, a não ser pelo fato de que sua companheira era do mesmo sexo”, e que, portanto “a ordem de investigar e de realizar uma visita ao Tribunal no qual trabalhava a Juíza Atala baseava-se exclusivamente numa rejeição discriminatória de sua orientação sexual”.

217. O Estado argumentou que “o relatório do Ministro Lillo ao plenário do Tribunal de Recursos de Temuco contém uma série de antecedentes graves que justificam a ‘séria advertência’, e que essa advertência à senhora Atala “não tem relação com sua homossexualidade, mas diz respeito a denúncias e fatos constatados pelo Ministro Lillo, completamente alheios a ela”.

### *Considerações da Corte*

218. O Tribunal destaca que o Tribunal de Recursos de Temuco recebeu, em 17 de março de 2003, uma denúncia contra a senhora Atala pelo uso de meios e de pessoal do Juizado para assuntos de interesse pessoal (par. 210 *supra*). Entretanto, a Corte observa que, de acordo com o exposto no relatório do Ministro visitante, outras considerações foram feitas para levar a cabo a visita ao local de trabalho da senhora Atala, todas elas referentes à sua orientação sexual, pois se relacionavam com “as notícias no jornal ‘La Cuarta’, de 28 de fevereiro de [2003], e em ‘Las Últimas Noticias’, de 1º de março [de 2003], nas quais se d[eu] a conhecer à opinião pública o conteúdo de uma demanda de guarda iniciada pelo [senhor López] contra sua esposa [...] porque esta última manteria uma relação lésbica com outra mulher”.<sup>246</sup> De maneira que um dos motivos da visita ao local de trabalho da senhora Atala era constatar o veiculado pelas notícias de imprensa a respeito de sua orientação sexual.

219. A Corte observa que a investigação disciplinar e a visita extraordinária mencionadas têm fundamento legal nos

243. Relatório preparado pelo Ministro Lenin Lillo, do Tribunal de Recursos de Temuco, de 2 de abril de 2003 (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.934).

244. O Tribunal de Recursos de Temuco salientou que “se aprova a visita realizada pelo Ministro Lenin Lillo [...] e se formulam como acusações contra a senhora Karen Atala Riffo os três capítulos do relatório preparados pelo visitante”. Resolução do Tribunal de Recursos de Temuco de 2 de abril de 2003 (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.935).

245. Resolução do Tribunal de Recursos de Temuco de 9 de maio de 2003 (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.937).

246. Relatório preparado pelo Ministro Lenin Lillo, do Tribunal de Recursos de Temuco, de 2 de abril de 2003 (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.934).

artigos 544, parágrafo 4,<sup>247</sup> 559,<sup>248</sup> e 560<sup>249</sup> do Código Orgânico de Tribunais. Ao ser um dos propósitos da visita indagar sobre a orientação sexual da senhora Atala, com base nas notícias da imprensa, constata-se um tratamento diferenciado em detrimento da senhora Atala ao incorporar como matéria investigável no processo disciplinar sua orientação sexual e sua relação com uma pessoa do mesmo sexo.

220. O Estado alegou que, finalmente, a “advertência” do Tribunal de Temuco se baseou “exclusivamente” na “utilização de meios e de pessoal para cumprir diligências decretadas” pelo Juizado encarregado do processo de guarda, razão pela qual a senhora Atala não teria sido punida, segundo essa alegação, por um fato relacionado com sua orientação sexual. No entanto, o Tribunal constata que no relatório preparado pelo Ministro visitante, o qual foi posteriormente aprovado pelo Tribunal de Recursos de Temuco, e que serviu de base para a formulação de acusações contra a senhora Atala, salientou-se que “não se pode desconhecer o fato de que sua peculiar relação afetiva transcendeu o âmbito privado ao terem sido divulgadas as notícias anteriormente citadas, o que claramente prejudica a imagem tanto da [senhora] Atala como do Poder Judiciário. Todo o exposto reveste uma gravidade que merece ser observada pelo [...] Tribunal”.<sup>250</sup> Portanto, embora a senhora Atala não tenha sido punida expressamente pelo Tribunal de Temuco por sua orientação sexual, esse aspecto fez parte das considerações incorporadas ao relatório do Ministro visitante, as quais não foram desautorizadas ou questionadas pelo Tribunal de Temuco.
221. No entanto, a respeito do fim legítimo que se visava com essa investigação, no relatório apresentado não se especificou com clareza o motivo da visita no que dizia respeito ao questionamento da orientação sexual, porquanto apenas foi feita referência às notícias da imprensa que haviam sido publicadas. Nesse sentido, embora o fim legítimo não tenha sido explicitado no relatório, do exposto se poderia chegar a inferir que, mediante o questionamento a respeito da orientação sexual da senhora Atala, se procurava proteger a “imagem do Poder Judiciário”. Entretanto, a alegada proteção da “imagem do Poder Judiciário” não pode justificar uma diferença de tratamento baseada na orientação sexual. Além disso, a finalidade que se invoque ao praticar uma diferença de tratamento desse tipo deve ser concreta e não abstrata. No caso concreto, o Tribunal não observa relação alguma entre um desejo de proteger a “imagem do Poder Judiciário” e a orientação sexual da senhora Atala. A orientação sexual ou seu exercício não podem constituir, em nenhuma circunstância, fundamento para a condução de um processo disciplinar, pois não existe relação alguma entre o correto desempenho do trabalho profissional da pessoa e sua orientação sexual.
222. Portanto, ao ser discriminatória uma diferenciação num questionamento disciplinar relacionado com sua orientação sexual, a Corte conclui que o Estado violou o artigo 24, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Karen Atala Riffo.

### C. Direito à vida privada

#### *Alegações das partes*

223. Os representantes declararam que a investigação disciplinar constituiu uma ingerência na vida privada da senhora Atala, porquanto “inspeccionou [seu] escritório [...], inclusive seu computador e impressora, entrevistou o pessoal do Tribunal [...] sobre possíveis visitas de mulheres que a [senhora] Atala houvesse recebido [e] interrogou a [senhora] Atala sobre sua vida privada e sua relação de casal”. Acrescentaram que “expôs de maneira ilegítima [a senhora] Atala perante sua comunidade social e profissional, violando sua vida privada”.

247. O artigo 544, parágrafo 4, do Código Orgânico de Tribunais dispõe que: “[a]s faculdades disciplinares que sejam da competência da Corte Suprema ou dos Tribunais de Recursos deverão ser exercidas especialmente a respeito dos funcionários do sistema judiciário que se enquadrem nos casos a seguir: [...] 4. Quando por irregularidade da conduta moral ou por vícios que os depreciam no conceito público comprometam o decoro de seu ministério”. Disponível em: <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563> (último acesso em 20 de fevereiro de 2012), endereço eletrônico fornecido pelo Estado (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.914).

248. O artigo 559 do Código Orgânico de Tribunais estabelece que: “[o]s Tribunais Superiores de Justiça decretarão visitas extraordinárias por meio de algum de seus ministros aos juizados do respectivo território jurisdicional, sempre que o melhor serviço judicial o exija”. Disponível em <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563> (último acesso em 20 de fevereiro de 2012) (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.914).

249. O artigo 560 do Código Orgânico de Tribunais salienta que: “[o] tribunal ordenará especialmente essas visitas nos seguintes casos: 1. Quando se tratar de causas civis que possam afetar as relações internacionais e que sejam de competência dos tribunais de justiça; 2. Quando se tratar da investigação de fatos ou de pesquisar crimes cujo conhecimento caiba à justiça militar, e que possam afetar as relações internacionais, ou que provoquem intranquilidade pública e exijam pronta repressão por sua gravidade e consequências prejudiciais; e 3. Sempre que seja necessário investigar fatos que afetem a conduta dos juizes no exercício de suas funções e quando haja atraso notável no despacho dos assuntos submetidos ao conhecimento desses juizes”. Disponível em <http://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=25563> (último acesso em 20 de fevereiro de 2012) (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.914).

250. Relatório preparado pelo Ministro Lenin Lillo, do Tribunal de Recursos de Temuco, de 2 de abril de 2003 (expediente de mérito, tomo XII, folha 5.934).

224. O Estado salientou que a visita “não gerou nenhuma sanção administrativa contra a [senhora] Atala, já que o Tribunal de Recursos de Temuco considerou que suas atividades privadas e sua vida familiar não prejudicavam seu trabalho judicial”.

#### *Considerações da Corte*

225. O artigo 11 da Convenção, conforme se salientou (par. 161 *supra*), proíbe toda ingerência arbitrária ou abusiva na vida privada das pessoas, razão pela qual a área da privacidade se caracteriza por permanecer isenta e imune às invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte da autoridade pública.<sup>251</sup> Segundo a jurisprudência da Corte, para determinar se existiu ingerência arbitrária na vida privada devem-se analisar, entre outros requisitos, a legalidade e a finalidade da medida.

226. No presente caso, a senhora Atala declarou a respeito da visita realizada ao seu local de trabalho que:

o Ministro se instalou na minha mesa, no meu Gabinete, inspecionou meu computador pessoal [e] todas as páginas de internet que eu havia visitado. Depois, interrogou todos os funcionários, um a um, do Tribunal, um a um, e, além disso, interrogou o pessoal da limpeza e depois interrogou meus colegas juízes, porque eu me havia unido a três juízes, e foi ao Tribunal de Garantia, porque eu era do Tribunal Oral Penal, interrogou os dois juízes daí, além da secretária do Juizado de Villarrica. Quer dizer, interrogaram seis colegas para saber se eu era ou não lésbica.<sup>252</sup>

227. Diante desse tratamento, a senhora Atala afirmou que:

“me senti profundamente humilhada, exposta, como se me tivessem deixado nua e jogado em praça pública”.<sup>253</sup>

228. Além disso, a senhora Atala explicou que, antes da visita extraordinária, o Tribunal de Recursos de Temuco havia enviado aos funcionários do Juizado de Villarrica um questionário com perguntas indagando sobre a orientação sexual da senhora Atala.<sup>254</sup> Esses fatos não foram questionados pelo Estado.

229. Em especial, a Corte observa que no relatório da visita do senhor Lillo estabeleceram-se, como conclusão, entre outros, os seguintes fatos: i) que a senhora Atala “começou a ser visitada em seu escritório por uma grande quantidade de mulheres a partir de meados de 2002”,<sup>255</sup> inclusive sua companheira “com quem passava horas em seu escritório”; ii) que a senhora Atala “foi visitada no Tribunal pelos pais” de sua companheira quando informou que “eram seus sogros”; e iii) que a senhora Atala “manifestou sua homossexualidade abertamente” ao senhor Lillo e “defendeu sua determinação de comunicá-la abertamente aos funcionários e Magistrados do Tribunal”.<sup>256</sup>

230. A Corte constata que, embora a investigação disciplinar tenha tido início com fundamento legal<sup>257</sup> e não tenha concluído com sanção disciplinar contra a senhora Atala por sua orientação sexual, de fato indagou-se arbitrariamente sobre isso, o que constitui uma interferência no direito à vida privada da senhora Atala, que se estendia à área profissional. Portanto, o Estado é responsável pela violação do direito à vida privada, reconhecido no artigo 11.2, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Karen Atala Riffo.

#### **D. Garantias judiciais**

231. A Comissão qualificou “o conteúdo da visita extraordinária decretada pelo Tribunal de Recursos de Temuco como um exemplo de falta de imparcialidade e dos preconceitos discriminatórios existentes no Poder Judiciário chileno na época do processo de guarda”. Por outro lado, questionou “o impacto dessa visita no processo de guarda, em matéria de prejulgamento, já que o Ministro Lenin Lillo acabou por participar da concessão do mandado de segurança em 24 de novembro de 2003”.

232. Os representantes argumentaram que “[q]uando o Tribunal de Recursos do Estado do Chile decide iniciar um processo disciplinar contra uma juíza, e designa um ministro para uma visita extraordinária porque se

251. Cf. *Caso dos Massacres de Ituango*, nota 177 *supra*, par. 194; e *Caso Fontevecchia e D'Amico*, nota 28 *supra*, par. 48.

252. Declaração da senhora Karen Atala Riffo prestada perante a Corte Interamericana na audiência pública do presente caso.

253. Declaração da senhora Karen Atala prestada perante a Corte Interamericana na audiência pública do presente caso.

254. Declaração da senhora Karen Atala prestada perante a Corte Interamericana na audiência pública do presente caso.

255. Relatório preparado pelo Ministro Lenin Lillo, do Tribunal de Recursos de Temuco, em 2 de abril de 2003, nota 43 *supra*, folha 5.933.

256. Relatório preparado pelo Ministro Lenin Lillo, do Tribunal de Recursos de Temuco, em 2 de abril de 2003, nota 43 *supra*, folha 5.934.

257. Ver as normas disciplinares (par. 219 *supra*).



propalou [na imprensa] sua orientação sexual, também há uma violação à imparcialidade, já que a visita é um procedimento e sua origem se deve a um preconceito”. Além disso, alegaram que a “violação do direito de ser julgado por um tribunal imparcial ocorre no momento em que, em 24 de novembro de 2003, dois Ministros que haviam manifestado uma opinião negativa a respeito da orientação sexual da Juíza Atala participaram da concessão do mandado de segurança”. Os representantes declararam, em especial, que “os Ministros Lenin Lillo e Archivaldo Loyola estavam legalmente impedidos” de participar do mandado de segurança, já que “o primeiro [havia] atua[do] como ministro visitante no âmbito da investigação” disciplinar e o segundo, “exort[ado] diretamente a [senhora] Atala a que renunciasse às filhas”.

233. O Estado não se pronunciou sobre essas alegações a respeito da visita extraordinária. Por outro lado, argumentou que “não é verdadeiro que a respectiva câmara do Tribunal de Recursos de Temuco [...] estivesse integrada por dois Ministros legalmente impedidos de atuar, pois não tendo sido invocada a causa de impedimento, entende-se que a parte que podia invocá-la renunciou ao exercício de seu direito”.

#### *Considerações da Corte*

234. A Corte reitera que a imparcialidade pessoal de um juiz deve ser presumida, salvo prova em contrário (par. 189 *supra*).<sup>258</sup> Para a análise da imparcialidade subjetiva, o Tribunal deve tentar averiguar os interesses ou motivações pessoais do juiz num determinado caso.<sup>259</sup> Quanto ao tipo de prova exigida para atestar a imparcialidade subjetiva, o Tribunal Europeu salientou que se deve tentar determinar se o juiz manifestou hostilidade ou fez com que o caso fosse distribuído a ele por razões pessoais.<sup>260</sup>
235. A Corte já estabeleceu (par. 222 e 230 *supra*) que a visita extraordinária afetou o direito à igualdade e à não discriminação e à vida privada da senhora Atala. Também concluiu que era discriminatório incorporar à investigação disciplinar a orientação sexual ou a relação de casal da senhora Atala, porquanto não havia relação alguma com seu desempenho profissional (par. 221 *supra*) e, portanto, tampouco havia fundamento para concluir que a orientação sexual da senhora Atala podia redundar numa falta disciplinar. Entretanto, no relatório da visita ao local de trabalho determinou-se, com relação à orientação sexual da senhora Atala, que o que havia sido encontrado eram fatos que “rev[estiam] uma gravidade que merec[ia] ser observada pe[lo] Tribunal de Recursos de Temuco)” (par. 214 *supra*).
236. Além disso, o Tribunal leva em conta as circunstâncias da realização da visita extraordinária, já que no seu decorrer e antes dela foi realizada uma série de interrogatórios aos funcionários e empregados do Juizado de Villarrica para indagar sobre a orientação sexual e os hábitos da senhora Atala (par. 228 e 229 *supra*). Observa-se também que as conclusões do relatório da visita apresentadas ao Tribunal de Recursos foram aprovadas em seu conjunto pelo referido Tribunal no mesmo dia em que o relatório foi apresentado. O Tribunal de Recursos passou então a impor penas disciplinares à senhora Atala, entre outras medidas, por sua orientação sexual (par. 215 *supra*).
237. Levando em conta todos os fatos relatados acima, a Corte considera que havia preconceitos e estereótipos que foram expostos no relatório, que demonstravam que aqueles que prepararam e aprovaram esse relatório não foram objetivos a respeito desse ponto. Pelo contrário, deixaram expressa sua posição pessoal a respeito da orientação sexual da senhora Atala num âmbito disciplinar no qual não era aceitável ou legítima uma censura jurídica por esse fato. Por conseguinte, a Corte estabelece que a visita extraordinária e a investigação disciplinar foram realizadas sem a imparcialidade subjetiva necessária, razão pela qual o Estado violou o artigo 8.1, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Karen Atala Riffo.
238. Com relação ao Ministro Loyola, a Corte observa que nos autos não consta prova com a qual se possa corroborar que o senhor Loyola, em reunião privada que teria sido realizada em março de 2003, teria sugerido à senhora

258. Nesse mesmo sentido, na jurisprudência europeia, ver T.E.D.H., *Caso Kyprianou Vs. Chipre*, (nº 73.797/01), Sentença de 27 de janeiro de 2004, par. 119 (“In applying the subjective test, the Court has consistently held that the personal impartiality of a judge must be presumed until there is proof to the contrary”), citando T.E.D.H., *Caso Hauschildt Vs. Dinamarca* (nº 10.486/83), Sentença de 24 de maio de 1989, par. 47.

259. Cf. T.E.D.H., *Caso Kyprianou*, nota 258 *supra*, par. 118 (“a subjective approach, that is endeavouring to ascertain the personal conviction or interest of a given judge in a particular case”).

260. Cf. T.E.D.H., *Caso Kyprianou*, nota 258 *supra*, par. 119 (“As regards the type of proof required, the Court has, for example, sought to ascertain whether a judge has displayed hostility or ill will or has arranged to have a case assigned to himself for personal”). Ver também, T.E.D.H., *Caso Bellizzi Vs. Malta*, (nº 46.575/09), Sentença de 21 de junho de 2011. Final, 28 de novembro de 2011, par. 52; e *Caso De Cubber Vs. Bélgica* (nº 9.186/80), Sentença de 26 de outubro de 1996, par. 25. Além disso, o Tribunal Europeu salientou que se pode determinar a imparcialidade subjetiva de um juiz segundo as circunstâncias concretas do caso, com base no comportamento do juiz durante o procedimento, no conteúdo, nos argumentos e na linguagem utilizados na decisão, ou nos motivos para conduzir a investigação, que sugeriram uma falta de distanciamento profissional frente à decisão. Cf. T.E.D.H., *Caso Kyprianou Vs. Chipre*, (nº 73.797/01), G.C., Sentença de 15 de dezembro de 2005, par. 130 a 133.

Atala que entregasse as filhas ao pai. Por outro lado, o Tribunal reitera que a garantia da imparcialidade judicial deve ser respeitada pelas autoridades judiciais *ex officio*. Portanto, qualquer juiz, a respeito do qual exista uma razão legítima e objetiva que ponha em dúvida sua imparcialidade, deve abster-se de participar da aprovação da decisão.<sup>261</sup> Em face do exposto, o senhor Lillo deveria ter-se eximido da concessão da medida liminar de 24 de novembro de 2003, após a realização da visita extraordinária no âmbito da investigação disciplinar. Não obstante isso, a Corte constata que, imediatamente após essa decisão, o Tribunal de Recursos de Temuco resolveu confirmar as considerações da primeira instância e tornar sem efeito o mandado de segurança.<sup>262</sup>

## VII Reparações (Aplicação do Artigo 63.1 da Convenção Americana)

239. Com base no disposto no artigo 63.1 da Convenção Americana,<sup>263</sup> a Corte salientou que toda violação de uma obrigação internacional que haja provocado dano pressupõe o dever de repará-lo adequadamente,<sup>264</sup> e que essa disposição reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre responsabilidade de um Estado.<sup>265</sup>
240. O Estado alegou que este caso “não representou uma violação dos direitos humanos [...] da senhora Karen Atala nem de suas três filhas”. Entretanto, em consideração às violações da Convenção Americana, declaradas nos capítulos anteriores, o Tribunal analisará as pretensões expostas pela Comissão e pelos representantes, bem como as posições apresentadas pelo Estado, à luz dos critérios fixados na jurisprudência da Corte em relação à natureza e ao alcance da obrigação de reparar, com o objetivo de dispor as medidas destinadas a reparar os danos ocasionados às vítimas.
241. A reparação do dano causado pela infração de uma obrigação requer, sempre que possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), que consiste no restabelecimento da situação anterior. Caso isso não seja possível, como ocorre na maioria dos casos de violações de direitos humanos, o Tribunal determinará medidas para garantir os direitos violados, reparar as consequências que as infrações tenham provocado e estabelecer uma indenização que compense os danos ocasionados.<sup>266</sup> Portanto, a Corte considerou a necessidade de dispor diversas medidas de reparação, a fim de ressarcir os danos de maneira integral, razão pela qual, além das compensações pecuniárias, as medidas de restituição, reparação e garantias de não repetição têm especial relevância pelos danos provocados.<sup>267</sup>
242. Este Tribunal estabeleceu que as reparações devem ter um nexo causal com os fatos do caso, as violações declaradas e os danos comprovados bem como com as medidas solicitadas para reparar os respectivos danos. Portanto, de acordo com as considerações expostas sobre o mérito e as violações da Convenção declaradas nos capítulos anteriores, a Corte deverá observar essa concomitância para pronunciar-se devidamente e conforme o direito.<sup>268</sup>

### A. Parte lesada

243. O Tribunal considera como parte lesada, nos termos do artigo 63.1 da Convenção, aquele que tenha sido

261. Cf. T.E.D.H., *Caso Micallef Vs. Malta* (nº 17.056/06), G.C., Sentença de 15 de outubro de 2009, par. 98 (“What is at stake is the confidence which the courts in a democratic society must inspire in the public. Thus, any judge in respect of whom there is a legitimate reason to fear a lack of impartiality must withdraw”); T.E.D.H., *Caso Castillo Algar Vs. Espanha* (nº 28.194/95), Sentença de 8 de outubro de 1998, par. 45.

262. Sentença do Tribunal de Recursos de Temuco, de 30 de março de 2004 (expediente de anexos da demanda, tomo V, folha 2.643).

263. O artigo 63.1 da Convenção Americana dispõe:

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 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.

264. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C Nº 7, par. 25; e *Caso Fontevecchia e D’Amico*, nota 28 *supra*, par. 97.

265. Cf. *Caso Castillo Páez Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 1998. Série C Nº 43, par. 50; e *Caso Fontevecchia e D’Amico*, nota 28 *supra*, par. 97.

266. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez*, nota 264 *supra*, par. 26; e *Caso Fontevecchia e D’Amico*, nota 28 *supra*, par. 98.

267. Cf. *Caso do Massacre de Mapiripán*, nota 93 *supra*, par. 294; e *Caso Barbani Duarte e outros*, nota 91 *supra*, par. 240.

268. Cf. *Caso Baldeón García Vs. Peru. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 6 de abril de 2006. Série C Nº 183; e *Caso Fontevecchia e D’Amico*, nota 28 *supra*, par. 101.

declarado vítima da violação de algum direito nela consagrado.<sup>269</sup> No caso em exame, a Corte declarou que o Estado violou os direitos humanos de Karen Atala Riffo e das crianças M., V. e R. (pars. 146, 155, 178, 208, 222, 230 e 237 *supra*). No que tange à criança V., para os efeitos das reparações, deve-se ater ao estabelecido no parágrafo 71.

244. A Corte observa que os representantes solicitaram que entre os beneficiários das reparações se incluam pessoas que não foram apresentadas pela Comissão Interamericana como supostas vítimas neste caso. Especificamente, solicitaram “a reparação integral dos prejuízos materiais e imateriais” supostamente ocasionados a: i) María del Carmen Riffo Véjar, mãe de Karen Atala e avó de M., V. e R.; ii) Emma Zelmira María De Ramón Acevedo, companheira de Karen Atala até o ano de 2010; iii) Sergio Ignacio Javier Vera Atala, filho mais velho de Karen Atala; iv) Judith Riffo Véjar, tia-avó das crianças M., V. e R.; e v) Elías Atala Riffo, irmão de Karen Atala.
245. Entretanto, a Corte observa que a Comissão não alegou nem no relatório de mérito nem na demanda que essas pessoas sejam vítimas de violações de direitos consagrados na Convenção Americana. Por esse motivo, e levando em conta a jurisprudência do Tribunal,<sup>270</sup> a Corte não considera como “parte lesada” os familiares das vítimas no presente caso e determina que serão credores de reparações unicamente na qualidade de sucessores, ou seja, caso as vítimas tenham falecido, e em conformidade com o disposto na legislação interna.<sup>271</sup>
246. A jurisprudência internacional e, em especial, a da Corte Interamericana, estabeleceu reiteradamente que a sentença constitui *per se* uma forma de reparação.<sup>272</sup> Não obstante isso, considerando as circunstâncias do presente caso e os danos às vítimas, decorrentes das violações dos artigos 24, 11.2, 17.1, 19, 8.1 e 1.1 da Convenção Americana, declaradas em detrimento da senhora Atala e das crianças M., V. e R., a Corte julga pertinente fixar algumas medidas de reparação, conforme se explica nas seções seguintes.

#### **B. Obrigação de investigar e impor consequências jurídicas aos funcionários responsáveis**

247. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado “investigar e impor as consequências legais cabíveis pela ação de funcionários judiciais que discriminaram e interferiram arbitrariamente na vida privada e familiar de Karen Atala, e que descumpriram suas obrigações internacionais de assegurar o interesse superior de M., V. e R.”.
248. Os representantes não apresentaram alegações a esse respeito.
249. O Estado salientou que a pretensão da Comissão “parece afastar-se da jurisprudência” da Corte Interamericana, e manifestou sua “profunda preocupação” com o pedido de que se puna os membros do Poder Judiciário. O Estado alegou que a Corte não possui atribuições “para investigar e punir a conduta individual dos agentes [estatais] que tenham [cometido] violações [de direitos humanos, pois só é competente] para [declarar] a responsabilidade internacional dos Estados”.
250. A esse respeito, a Corte constata que a Comissão não teceu considerações que dessem ao Tribunal elementos suficientes para analisar em profundidade esse pedido. Por exemplo, não foi demonstrado se há normas do direito interno que autorizem as autoridades disciplinares a investigar a prática de atos discriminatórios. Tampouco foram analisadas as particularidades deste caso em relação a outros casos anteriores em que se ordenaram medidas dessa natureza. Levando em conta o exposto, a Corte considera que no presente caso o pedido apresentado pela Comissão não é procedente.

#### **C. Outras medidas de reparação integral: reparação e garantias de não repetição**

251. O Tribunal determinará outras medidas que busquem reparar o dano imaterial e que não tenham natureza pecuniária, e disporá medidas de alcance ou repercussão pública.<sup>273</sup>

269. Cf. *Caso Bayarri Vs. Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 30 de outubro de 2008. Série C Nº 187, par. 126; e *Caso Fontevecchia e D'Amico*, nota 28 *supra*, par. 101.

270. Cf. *Caso Acevedo Buendía e outros (“Demitidos e Aposentados da Controladuría”) Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 1º de julho de 2009. Série C Nº 198, par. 112; e *Caso Mejía Idrovo Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 5 de julho de 2011. Série C Nº 228, par. 131.

271. Cf. *Caso Acevedo Buendía e outros (“Demitidos e Aposentados da Controladuría”)*, nota 270 *supra*, par. 114; e *Caso Abril Alosilla e outros Vs. Peru. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 4 de março de 2011. Série C Nº 223, par.90.

272. Cf. *Caso Neira Alegría e outros Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 1996. Série C Nº 29, par. 56; e *Caso Fontevecchia e D'Amico*, nota 28 *supra*, par. 102.

273. Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala, Reparaciones e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C Nº 77, par. 84; e *Caso Família Barrios*, nota 31 *supra*, par. 326.

### 1. *Reabilitação: assistência médica e psicológica às vítimas*

252. A Comissão solicitou que se disponham medidas de reabilitação a favor das vítimas. O Estado não fez observação alguma sobre esse pedido, enquanto os representantes fizeram menção a essas medidas no âmbito da solicitação de indenização por dano material (par. 287 *infra*).
253. A Corte observa que os relatórios apresentados pelas psiquiatras aludem a diversos danos que atingem a senhora Atala e suas filhas M., V. e R. em consequência de algumas das violações de direitos ocorridas no presente caso.
254. A Corte considera, como o fez em outros casos,<sup>274</sup> que é preciso dispor uma medida de reparação que ofereça atendimento adequado aos sofrimentos psicológicos causados às vítimas, atendendo a suas especificidades. Portanto, tendo constatado as violações e os danos sofridos pelas vítimas no presente caso, o Tribunal dispõe a obrigação a cargo do Estado de oferecer gratuitamente e de forma imediata, por até quatro anos, o tratamento médico e psicológico de que necessitem. O tratamento psicológico, em especial, deve ser prestado por pessoal e instituições estatais especializados no atendimento de vítimas de fatos como os ocorridos no presente caso. Ao oferecer esse tratamento, deve-se considerar, ademais, as circunstâncias e necessidades particulares de cada vítima, de maneira que lhes sejam oferecidos tratamentos familiares e individuais, segundo o que se acorde com cada uma delas, depois de uma avaliação individual.<sup>275</sup> Os tratamentos devem incluir o fornecimento de medicamentos e, caso seja pertinente, transporte e outros gastos que a eles estejam diretamente relacionados e sejam estritamente necessários.
255. Em especial, esse tratamento deverá ser oferecido, na medida das possibilidades, em centros mais próximos dos respectivos locais de residência. As vítimas que solicitem essa medida de reparação, ou seus representantes legais, dispõem de um prazo de seis meses, contados a partir da notificação desta Sentença, para dar a conhecer ao Estado sua intenção de receber tratamento psicológico ou psiquiátrico.

### 2. *Reparação*

#### a) *Publicação da Sentença*

256. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado a publicação das partes pertinentes da Sentença que profira o Tribunal.
257. Nesse mesmo sentido, os representantes solicitaram que se publicasse “um resumo dos fatos provados e a parte resolutive completa [...] por duas vezes, em domingos sucessivos, nos jornais ‘El Mercurio’, ‘La Tercera’, ‘Las Últimas Noticias’ e ‘La Cuarta’”. Além disso, solicitaram à Corte que ordene ao Estado a publicação do texto completo da Sentença na página eletrônica inicial do Poder Judiciário do Chile “por um prazo não inferior a seis meses”.
258. O Estado não apresentou nenhum argumento destinado a questionar a reparação solicitada pela Comissão e pelos representantes.
259. A esse respeito, a Corte, como já o dispôs em outros casos,<sup>276</sup> considera que o Estado deverá publicar, no prazo de seis meses, contados a partir da notificação desta Sentença:
- o resumo oficial da presente Sentença, elaborado pela Corte, uma só vez, no Diário Oficial;
  - o resumo oficial da presente Sentença, elaborado pela Corte, uma só vez, em um jornal de ampla circulação nacional; e
  - a íntegra da presente Sentença, disponível por um ano, numa página eletrônica oficial.

#### b) *Ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional*

260. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado que proceda ao reconhecimento público de responsabilidade internacional.

274. Cf. *Caso Barrios Altos Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 30 de novembro de 2001. Série C Nº 87, par. 42 e 45; e *Caso Família Barrios*, nota 31 *supra*, par. 329.

275. Cf. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colômbia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 5 de julho de 2004. Série C Nº 109, par. 278; e *Caso Família Barrios*, nota 31 *supra*, par. 329.

276. Cf. *Caso Barrios Altos*, nota 274 *supra*, ponto resolutivo 5, d; e *Caso Fontevecchia e D’Amico*, nota 28 *supra*, par. 108.

261. No mesmo sentido, os representantes solicitaram a realização de um ato público de “desagravo” às vítimas “de forma verbal e escrita”, que deveria contar com a presença das mais altas autoridades do Estado, inclusive “do Presidente da República e do Presidente da Corte Suprema”.
262. O Estado não se pronunciou a respeito do pedido da Comissão e dos representantes.
263. A Corte determinou que se justifica em certos casos que os Estados procedam a um reconhecimento de responsabilidade que deve ser realizado num ato público para que surta plenos efeitos.<sup>277</sup> No presente caso, procede adotar uma medida dessa natureza, e o Estado deverá fazer referência às violações de direitos humanos declaradas nesta Sentença. O Estado deverá assegurar a participação das vítimas que assim o desejem, e convidar para o evento as organizações que representaram as vítimas nas instâncias nacionais e internacionais. A realização e demais detalhes dessa cerimônia pública devem ser objeto da devida consulta prévia com os representantes das vítimas. Para cumprir essa obrigação o Estado dispõe do prazo de um ano a partir da notificação da presente Sentença.
264. Quanto às autoridades estatais que deverão estar presentes ou participar do referido ato, o Tribunal, como já o fez em outros casos, salienta que deverão ser de alta hierarquia. Caberá ao Estado definir a quem se atribui essa tarefa. Entretanto, o Poder Judiciário deverá estar representado no ato.

### 3. Garantias de não repetição

265. As alegações apresentadas pela Comissão e pelos representantes referentes à implementação de garantias de não repetição guardam estreita relação com: i) a capacitação de funcionários públicos; e ii) a adoção de medidas de direito interno, reformas e adequação de leis contra a discriminação.
266. O Estado alegou que “não são procedentes” esses pedidos “porque a legislação nacional não é discriminatória”. Considerou que “a aplicação de medidas de não repetição de caráter legislativo [somente se justifica] quando o Tribunal internacional declara que existe uma violação geral de um direito fundamental por parte de um Estado, violação que não foi comprovada nesta causa, nem cabe fazê-lo, por fugir do objeto do processo”. Alegou que “não é correta a afirmação” da senhora Atala ao salientar na audiência pública que “a sentença da Corte Suprema gerou uma linha jurisprudencial discriminatória contra as mães homossexuais em julgamentos de guarda dos filhos”. O Estado também mencionou e anexou uma série de decisões judiciais de tribunais de primeira instância, da Corte Suprema de Justiça e do Tribunal Constitucional, para mostrar o apego à jurisprudência nacional e ao Direito Internacional.<sup>278</sup>
267. A Corte ressalta que alguns atos discriminatórios analisados em capítulos anteriores se relacionaram com a reprodução de estereótipos associados à discriminação estrutural e histórica que têm sofrido as minorias sexuais (par. 92 *supra*), especialmente em questões que dizem respeito ao acesso à justiça e à aplicação do direito interno. Por esse motivo, algumas das reparações devem ter uma vocação transformadora dessa situação, de maneira a ter um efeito não só restitutivo, mas também corretivo,<sup>279</sup> com vistas a mudanças estruturais que desarticulem os estereótipos e práticas que perpetuam a discriminação contra a população LGBTI. Nessa linha, serão analisados a seguir os pedidos da Comissão e dos representantes.

#### a) Capacitação de funcionários públicos

268. A Comissão destacou a importância da “capacitação de autoridades judiciais” e da “realização de campanhas que contribuam para um ambiente de tolerância frente a uma problemática que foi invisibilizada”.

277. Cf. *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 3 de dezembro de 2001. Série C Nº 88, par. 81; e *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C Nº 140, par. 254.

278. Cf. Sentenças de primeira instância: *Sentença RIT nº C-178-2005*, proferida pelo Juizado de Família de Santa Cruz; *Sentença RIT nº C-917-2005*, proferida pelo Juizado de Família de Temúco; *Sentença RIT nº C-1075-2008*, proferida pelo Segundo Juizado de Família de Santiago; e *Sentença RIT nº C-1049-2010*, proferida pelo Juizado de Família de Villarrica. Sentenças proferidas pela Corte Suprema de Justiça do Chile: *Vásquez Martínez*, Rol nº 559-2004, de 13 de dezembro de 2006; *Albornoz Agüero*, Rol nº 4.183-2006, de 18 de abril de 2007; *Massis con Sánchez*, Rol nº 608-2010, de 24 de junho de 2010; *Mesa con De La Rivera*, Rol nº 4.307-2010, de 16 de agosto de 2010; *Poblete con Díaz*, Rol nº 5.770-2010, de 18 de novembro de 2010; *Barrios Duque*, Rol nº 1.369-09, de 20 de janeiro de 2010; *Encina Pérez*, Rol nº 5.279-2009, de 14 de abril de 2010; *“Episódio Chihuío”*, Rol nº 8.314-09, de 27 de janeiro de 2011; *Fariás Urzúa*, Rol nº 5.219-2010, de julho de 2011; *Iribarren González*, Rol nº 9.474-2009, de 21 de dezembro de 2011; *Silva Camus*, Rol nº 1.198-2010, de 20 de dezembro de 2010; *Figuerola Mercado*, Rol nº 3.302-2009, de 18 de maio de 2010; *González Galeano*, Rol nº 682-2010, de 19 de agosto de 2011; *Ríos Soto*, Rol nº 6.823-2009, de 25 de agosto de 2011; *Hermanos Vergara Toledo*, Rol nº 789-2009, de 4 de agosto de 2010; *Prats González*, Rol nº 2.596-2009, de 8 de julho de 2010; *Aldoney Vargas*, Rol nº 4.915-2009, de 5 de maio de 2011; *Linares Solís*, Rol nº 2.263-2010, de 27 de abril de 2011; *Ortega Fuentes*, Rol nº 2.080-2008, de 8 de abril de 2010; *Robotham e Thauby*, Rol nº 5.436-2010, de 22 de junho de 2011; *Juan Llaupé e outros*, Rol nº 5.698-2009, de 25 de janeiro de 2011, e *Soto Cerna*, Rol nº 5.285-2010, de 11 de junho de 2011. Sentenças proferidas pelo Tribunal Constitucional: *Rol nº 786-07*, de 13 de junho de 2007; e *Rol nº 1.309-09*, de 20 de abril de 2010 (expediente de mérito, tomo XII, folhas 5.882, 5.912, 5.913, 5.914, 5.956 a 6.325; e expediente de mérito, tomo XIII, folhas 6.325 a 7.039).

279. No mesmo sentido, Cf. *Caso González e outras (“Campo Algodonero”)*, nota 127 *supra*, par. 450.

269. Os representantes instaram a Corte a que ordene o Estado a “[i]ncorporar cursos obrigatórios sobre direitos humanos com ênfase especial em questões de gênero relacionados com a discriminação por orientação sexual, identidade e expressão de gênero”. Após a consideração dos representantes, esses cursos “deverão ser administrados pela Corporação Administrativa do Poder Judiciário a todos os escalões” da administração de justiça. Além disso, solicitaram a destinação de dotação orçamentária para o Instituto Nacional de Direitos Humanos, a fim de que essa instituição execute programas de prevenção de “discriminação, divulgação e educação em direitos humanos, e pesquisas”.
270. O Estado informou sobre a realização de “[c]apacitação nas áreas de [d]iversidade e não [d]iscriminação, especialmente para funcionários de diversas repartições públicas em todo o território nacional, buscando a divulgação dos diferentes instrumentos nacionais e internacionais de proteção da diversidade”.
271. O Tribunal tomou nota do progresso registrado pelo Estado em matéria de programas e ações destinados à capacitação de funcionários públicos. Sem prejuízo do anterior, a Corte ordena que o Estado continue implementando programas e cursos permanentes de educação e treinamento em: i) direitos humanos, orientação sexual e não discriminação; ii) proteção dos direitos da comunidade LGBTI; e iii) discriminação, superação de estereótipos de gênero contra a população LGTBI. Os cursos devem ser dirigidos a funcionários públicos em âmbito regional e nacional, e especialmente a funcionários judiciais de todas as áreas e escalões da esfera judicial.
272. Nesses programas e cursos de capacitação deverá ser feita especial menção à presente Sentença e aos diversos precedentes do *corpus iuris* dos direitos humanos relativos à proibição da discriminação por orientação sexual e à obrigação de todas as autoridades e funcionários de garantir que todas as pessoas, sem discriminação por sua orientação sexual, possam gozar de todos e de cada um dos direitos estabelecidos na Convenção. Deve-se dispensar especial atenção para essa finalidade a normas ou práticas no direito interno que, seja intencionalmente ou por seus resultados, possam ter efeitos discriminatórios no exercício de direitos por pessoas pertencentes às minorias sexuais.
- b) Adoção de medidas de direito interno, reformas e adequação de leis contra a discriminação*
273. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado chileno “a adoção de medidas corretivas como legislação, políticas públicas, programas e diretrizes para proibir e erradicar a discriminação com base na orientação sexual em todas as esferas do exercício do poder público, inclusive a administração de Justiça”.
274. Os representantes solicitaram à Corte que disponha medidas destinadas a reformar a legislação existente no Chile. Especificamente, solicitou que se enviasse uma “Mensagem de Suma Urgência” para o projeto de lei que estabelece medidas contra a discriminação (Boletim 3.815-07), a fim de que esse projeto de lei proíba expressamente a discriminação por orientação sexual, e se “dispon[ham] recursos legais para a apresentação de queixas contra aqueles que a pratiquem”. Por outro lado, os representantes exigiram a revogação e modificação de toda norma que, “segundo o teor do artigo 2 da Convenção, entrasse em conflito com o direito à igualdade entre as pessoas, perpetuando e validando a discriminação por orientação sexual”.
275. O Estado salientou que a decisão da Corte Suprema não supõe “a presença de uma prática constante e amparada em lei (ou em sua insuficiente regulamentação) que permita [...] aos tribunais nacionais [...] interpret[ar] as normas de guarda de maneira discriminatória com respeito à orientação sexual dos pais”. Acrescentou que “a legislação chilena em matéria de determinação de guarda não estabelece discriminação [...] direta ou indireta pela opção sexual dos pais”.
276. Por outro lado, o Estado declarou que o direito à igualdade é amplamente garantido na Constituição do Chile, a saber, “os artigos 1º, 5º, 19 parágrafo 2, 19 parágrafo 3, 19 parágrafo 17, 19 parágrafo 20 e 19 parágrafo 22 da Carta Fundamental” e “uma ação de proteção para assegurar sua proteção eficaz no artigo 20”. Além disso, esclareceu que o Congresso Nacional discute atualmente um projeto de lei sobre não discriminação (Boletim nº 3.815-07), que estabelece “de maneira expressa” certas categorias de discriminação proibida e “outra ação judicial para garantir sua adequada proteção e respeito”. No mesmo sentido, em relação a iniciativas legislativas, salientou que o Governo do Chile apresentou “o projeto de lei Acordo de Vida em Casal (Boletim nº 7.873-07)” que busca “melhorar no texto jurídico as condições de igualdade entre pessoas com diferentes orientações sexuais”. O Estado anexou como prova documental um relatório elaborado pelo senhor Claudio Nash, no qual se ressalta que a legislação chilena em matéria de determinação da guarda não estabelece discriminação direta ou indireta pela orientação

sexual dos pais, e que a lei processual não menciona que a orientação sexual dos pais “os incapacite para desempenhar seu papel”.

277. O Estado também ressaltou que atualmente existem “várias políticas públicas, programas e diretrizes estatais que se destinam a erradicar a discriminação em todas as suas formas, inclusive aquela com base na orientação sexual”. Destacou que o Departamento de Organizações Sociais do Ministério Secretaria-Geral de Governo preparou o Programa Diversidade Sexual 2011 que tem por finalidade “[p]romover uma política de respeito por todas as pessoas [...] zelando para que não existam discriminações arbitrárias contra as minorias”.
278. O Estado declarou, a respeito de suas políticas públicas de combate à discriminação, que a Divisão de Organizações Sociais (“DOS”), vinculada ao Ministério Secretaria-Geral de Governo, vem implementando desde 2000 o programa denominado “Tolerância e Não Discriminação”. O Estado informou que em 2006 esse programa se transformou no Departamento de Diversidade e Não Discriminação, para promover a integração social de pessoas e grupos vulneráveis à discriminação, inclusive a orientação sexual, como um dos critérios de discriminação contemplados. Esse Departamento, atuando por intermédio da Seção Não Discriminação e da Seção Diversidade, realizou uma série de programas, projetos e atividades para promover a não discriminação de minorias sexuais.<sup>280</sup>

### Considerações da Corte

279. A Corte recorda que o artigo 2 da Convenção obriga os Estados Partes a adotar, de acordo com seus procedimentos constitucionais e as disposições da Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que sejam necessárias para tornar efetivos os direitos e liberdades protegidos pela Convenção,<sup>281</sup> ou seja, os Estados não só têm a obrigação positiva de adotar as medidas legislativas necessárias para garantir o exercício dos direitos nela consagrados, mas também devem esquivar-se de promulgar leis que impeçam o livre exercício desses direitos, e evitar que se suprimam ou modifiquem as leis que os protejam.<sup>282</sup>
280. No presente caso, a Corte limitou-se a examinar a relação entre a aplicação judicial de certas normas e práticas discriminatórias. O Tribunal não analisou a compatibilidade de determinada norma com a Convenção Americana nem foi isso matéria deste caso. Os representantes tampouco acrescentaram elementos suficientes que permitam inferir que as violações decorressem de um problema das leis em si mesmas. Portanto, a Corte considera que não é pertinente, nas circunstâncias do presente caso, ordenar a adoção, modificação ou adequação de normas específicas de direito interno.
281. Por outro lado, conforme estabeleceu em sua jurisprudência anterior, este Tribunal recorda que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por esse motivo, obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico.<sup>283</sup> Mas, quando um Estado é Parte em um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes e demais órgãos vinculados à administração de justiça, também se sujeitam a ele, o que os obriga a zelar por que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam reduzidos pela aplicação de normas contrárias a seu objetivo e fim.
282. Os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça, em todos os níveis, têm a obrigação de exercer *ex officio* um “controle de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção Americana, no âmbito de suas respectivas competências e das respectivas regulamentações processuais. Nessa tarefa, os juízes e

280. Entre esses programas, o Estado mencionou: a edição do “Diagnóstico da Oferta Pública em Matéria de Diversidade e Não Discriminação”, que corresponde a um levantamento sobre a oferta pública em 12 regiões do país, realizado em 2007; a realização de um Encontro entre a Ação Social Gay, a Aliança Trans, o Sindicato Afrodita de Valparaíso e a Secretaria Regional Ministerial de Governo, no âmbito da difusão do diagnóstico mencionado; capacitação em matéria de diversidade e não discriminação para funcionários no plano nacional; apoio à realização de eventos públicos organizados pelo movimento LGBT, como, por exemplo, a Parada Gay; o Segundo Encontro Nacional de Organizações Transfemininas “Dificuldades, Avanços e Desafios na Promoção e Defesa dos Direitos Humanos”, organizado pelo sindicato “Amanda Jofré” e o Grupo de Travestis *Travesnavia*, em 2006; a Primeira Jornada de Capacitação “Planejamento Estratégico para a Rede da Diversidade da Região do *Biobío*”, organizada, entre outros, pela Rede de Organizações de Diversidade Sexual, em 2007; o Primeiro Encontro Nacional “Gênero, família e diversidade sexual”, organizado pela *ACCION GAY*, em 2009; esboço do Programa de Diversidade Sexual para 2011, do qual foram implantadas as seguintes ações: o Seminário “Diversidade Sexual e Discriminação no Chile”, em 27 de janeiro de 2011; e a realização de 12 encontros da “Mesa de Diálogo sobre Diversidade Sexual”, criada pela Divisão de Organizações Sociais, com o objetivo de reunir representantes da comunidade gay, lésbica, bissexual, transgênera, transexual e intersexual (GLBTI), centros de estudos superiores, fundações, corporações e instituições internacionais. *Cf.* alegações finais escritas apresentadas pelo Estado (expediente de mérito, tomo XII, folhas 5.833 a 5.837).

281. *Cf. Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Exceções Preliminares.* Sentença de 4 de dezembro de 1991. Série C Nº 12, par. 50; e *Caso Chocrón Chocrón*, nota 26 *supra*, par. 140.

282. *Cf. Caso Gangaram Panday*, nota 281 *supra*, par. 50; e *Caso Chocrón Chocrón*, nota 26 *supra*, par. 140.

283. *Cf. Caso Almonacid Arellano e outros Vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas.* Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C Nº 154, par. 124; e *Caso Fontevicchia e D’Amico*, nota 28 *supra*, par. 93.

órgãos vinculados à administração de justiça devem levar em conta não somente o Tratado, mas também a interpretação que dele fez a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.<sup>284</sup>

283. Assim, por exemplo, tribunais da mais alta hierarquia da região, tais como a Câmara Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica,<sup>285</sup> o Tribunal Constitucional da Bolívia,<sup>286</sup> a Suprema Corte de Justiça da República Dominicana,<sup>287</sup> o Tribunal Constitucional do Peru,<sup>288</sup> a Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina,<sup>289</sup> a Corte Constitucional da Colômbia,<sup>290</sup> a Suprema Corte da Nação do México<sup>291</sup> e a Corte Suprema do Panamá<sup>292</sup> se referiram ao controle de convencionalidade e o aplicaram, levando em conta interpretações feitas pela Corte Interamericana.
284. Concluindo, com base no controle de convencionalidade, é necessário que as interpretações judiciais e administrativas e as garantias judiciais sejam aplicadas com adequação aos princípios estabelecidos na jurisprudência deste Tribunal no presente caso.<sup>292</sup> Isso é de particular relevância em relação ao salientado neste caso com respeito à proibição da discriminação em razão da orientação sexual da pessoa, em concordância com o disposto no artigo 1.1. da Convenção Americana (seção C.2 *supra*).

#### D. Indenização compensatória por dano material e imaterial

285. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência os conceitos de dano material<sup>293</sup> e imaterial<sup>294</sup> e as hipóteses em que cabe indenizá-los.

##### 1. Dano material

286. A Comissão solicitou à Corte que “fixe de maneira justa o montante da indenização correspondente ao dano material [...] causado”.
287. Os representantes solicitaram o pagamento de “danos emergentes, que [a senhora Atala] teve ou terá de custear no futuro, bem como da perda de ganhos ou rendimentos legítimos que deixou e deixará de receber”. Essa reparação suporia:
- i) despesas relacionadas com a “assistência psiquiátrica e terapêutica [...] e a prescrição correlata de vários medicamentos [...] em que incorreu a petionária, e as que julga que ocorrer[ão] no futuro”, despesas que chegariam a US\$62.205 (sessenta e dois mil duzentos e cinco dólares dos Estados Unidos da América);
  - ii) despesas de transporte, levando em conta que as filhas da senhora Atala moram em Temuco e que “a projeção que f[izeram] em relação às despesas futuras está calculada até o alcance da maioridade da mais nova” das filhas, despesas que chegam a US\$38.752 (trinta e oito mil setecentos e cinquenta e dois dólares dos Estados Unidos da América); e
  - iii) lucro cessante, em relação ao qual os representantes alegaram que a senhora Atala não pôde dispor adequadamente de um bem imóvel, localizado na cidade de Villarrica, devido ao tempo que manteve

284. Cf. *Caso Almonacid Arellano e outros*, nota 283 *supra*, par. 124; e *Caso Fontevecchia e D'Amico*, nota 28 *supra*, par. 93.

285. Cf. Sentença de 9 de maio de 1995 proferida pela Câmara Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica. Ação Inconstitucional. Voto 2.313-95 (Expediente 0421-S-90), considerando VII.

286. Cf. Sentença proferida em 10 de maio de 2010 pelo Tribunal Constitucional da Bolívia (Expediente nº 2006-13.381-27-RAC), ação III.3, sobre “O Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Fundamentos e efeitos das Sentenças emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos”.

287. Cf. Resolução nº 1.920-2003 emitida em 13 de novembro de 2003 pela Suprema Corte de Justiça da República Dominicana.

288. Cf. Sentença proferida em 21 de julho de 2006 pelo Tribunal Constitucional do Peru (Expediente nº 2.730-2006-PA/TC), fundamento 12; e Sentença 00007-2007-PI/TC, proferida em 19 de junho de 2007 pelo Plenário do Tribunal Constitucional do Peru (*Colégio de Advogados de Callao Vs. Congreso da República*), fundamento 26.

289. Cf. Sentença proferida em 23 de dezembro de 2004 pela Corte Suprema de Justiça da Nação, República Argentina (Expediente 224. XXXIX), “Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescrição da ação penal promovido pela defesa”, considerando 6; e Sentença da Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina, Mazzeo, Julio Lilo e outros, recurso de cassação e inconstitucionalidade. M. 2333. XLII. e outros, de 13 de julho de 2007, par. 20.

290. Cf. Sentença C-010/00 proferida em 19 de janeiro de 2000 pela Corte Constitucional da Colômbia, par. 6.

291. Cf. Plenário da Suprema Corte de Justiça da Nação do México, Expedientes Vários 912/2010, decisão de 14 de julho de 2011.

292. Cf. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Mérito Reparaciones e Custas*. Sentença de 1º de setembro de 2011. Série C No. 233, par. 228.

293. Cf. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C Nº 91, par. 43; e *Caso Fontevecchia e D'Amico*, nota 28 *supra*, par. 114.

294. O Tribunal estabeleceu que o dano imaterial “pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causados à vítima direta e a seus parentes e a deterioração de valores muito significativos para as pessoas, bem como as alterações, de caráter não pecuniário, nas condições de vida da vítima ou de sua família”. *Caso das “Crianças de Rua*”, nota 273 *supra*, par. 84; e *Caso Fontevecchia e D'Amico*, nota 28 *supra*, par. 120.



o regime periódico de visitas. Argumentaram que a vítima não pôde alugar o imóvel ou tirar nenhum proveito dele. Os representantes consideraram que o cálculo deve ser feito de maneira justa e até a data em que a mais nova das crianças alcance a maioridade. A esse respeito, solicitaram o pagamento da soma de US\$96.600 (noventa e seis mil e seiscentos dólares dos Estados Unidos da América), baseando essa pretensão num cálculo que leva em conta o pagamento da última prestação da senhora Atala pela casa, considerando que o pagamento da prestação equivale, na maioria dos casos, ao rendimento do aluguel. Alegaram que “esse ganho legítimo [...] teria ocorrido não fosse a decisão arbitrária da Corte Suprema que determinou a separação de suas filhas”.

288. Para o Estado, por não existir ato discriminatório algum, “não procedem as indenizações solicitadas”. Alegou, também, em referência ao *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, que o Tribunal Europeu “não concedeu nenhuma compensação [pois] o fato de haver-[se] declarado que existiu uma violação [...] constitui[u] em si mesm[o] uma justa compensação com respeito aos danos que se alega[ram]”. Finalmente, o Estado declarou que tentou chegar a um acordo amistoso “que não conseguiu concretizar devido ao[s] elevados [...] montantes solicitados pela suposta vítima, [que] não condiziam com a dimensão do alegado dano”.
289. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano material e estabeleceu que este supõe “a perda ou redução da renda das vítimas, os gastos efetuados em razão dos fatos e as consequências de natureza pecuniária que guardem nexos causal com os fatos do caso”.<sup>295</sup>
290. Em relação ao suposto lucro cessante provocado pelas perdas econômicas da senhora Atala, por não ter podido alugar sua casa em Villarrica ou obter dela outro benefício, diante da necessidade de usá-la durante as visitas às filhas, os representantes basearam suas pretensões num quadro que abrange o período de junho de 2004 a dezembro de 2010, e de janeiro de 2011 a outubro de 2017, quando a filha mais nova da senhora Atala alcance a maioridade. Os representantes quantificaram o lucro cessante em US\$47.400 (equivalente a \$23.700.000 pesos chilenos) para o primeiro período, e US\$49.200 (equivalente a \$24.600.000 pesos chilenos), num total de US\$96.600. Salientaram que a Corte deve utilizar esse quadro como orientação para fixar uma estimativa dos ganhos perdidos com base no critério de equidade.
291. O critério de equidade foi utilizado na jurisprudência desta Corte para a quantificação de danos imateriais e<sup>296</sup> dos danos materiais<sup>297</sup> e para fixar o lucro cessante.<sup>298</sup> Entretanto, ao utilizar esse critério, isso não significa que a Corte possa agir discricionariamente ao fixar os montantes indenizatórios.<sup>299</sup> Cabe às partes especificar claramente a prova do dano sofrido bem como a relação específica da pretensão pecuniária com os fatos do caso e as violações que se alegam. No presente caso, os representantes se limitaram a anexar uma cópia do pagamento da última prestação da mencionada casa pela senhora Atala e uma relação dos valores diários da Unidade de Fomento do Banco Central.<sup>300</sup> O Tribunal considera que isso não constitui argumentação suficientemente detalhada e clara para determinar a relação entre as mencionadas unidades de fomento, o pagamento da prestação hipotecária, o quadro demonstrativo dos ganhos não recebidos e a quantia de lucro cessante que, a esse título, se solicita seja fixada com justiça pela Corte.
292. Além disso, dado que deve existir um nexos causal entre os fatos analisados pelo Tribunal, as violações declaradas anteriormente e o suposto lucro cessante (pars. 287 e 291 *supra*), a Corte reitera que a ela não compete realizar uma análise da prova constante dos autos de guarda do presente caso, referente a qual dos pais das três crianças oferecia um lar melhor para elas. Portanto, não é procedente que o Tribunal se pronuncie sobre a afirmação dos representantes no sentido que a perda de receita com respeito à casa de Villarrica não teria ocorrido sem a sentença da Corte Suprema de Justiça.
293. Conclusão semelhante se estende à análise das despesas de transporte da senhora Atala destinados à visita das filhas. Com efeito, se a Corte não determinou a qual dos pais cabia a guarda, tampouco pode avaliar o impacto econômico do regime de visitas fixado nas decisões judiciais internas sobre a guarda.
294. Finalmente, em relação às despesas relacionadas ao tratamento médico e à compra de medicamentos, a Corte

295. Cf. *Caso Bámaca Velásquez*, nota 294 *supra*, par. 43; e *Caso Fontevecchia e D’Amico*, nota 28 *supra*, par. 114.

296. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez*, nota 264 *supra*, par. 27; e *Caso Família Barrios*, nota 31 *supra*, par. 378.

297. Cf. *Caso Neira Alegría e outros*, nota 272 *supra*, par. 50; e *Caso Família Barrios*, nota 31 *supra*, par. 373.

298. Cf. *Caso Neira Alegría e outros*, nota 272 *supra*, par. 50; e *Caso Família Barrios*, nota 31 *supra*, par. 373.

299. Cf. *Caso Aloeboetoe e outros Vs. Suriname. Reparaciones e Custas*. Sentença de 10 de setembro de 1993. Série C Nº 15, par. 87.

300. Cf. Cópia valor unidade de fomento – banco de dados estatísticos (expediente de anexos do escrito de petições, argumentos e provas, tomo VI, folha 2.925).

observa que consta prova nos autos a respeito dessas despesas e sua relação com os efeitos que teve na senhora Atala a perda da guarda das filhas.<sup>301</sup> O Tribunal considera que essa prova é razoável para concluir que as violações declaradas na presente Sentença podem ter tido efeitos negativos no bem-estar emocional e psicológico da senhora Atala. No entanto, o montante solicitado para despesas com medicamentos realizadas até 2010 (US\$14.378) não se infere claramente dos atestados anexados. Por outro lado, a Corte observa que a senhora Atala recebia atendimento médico por problemas de saúde antes do processo de guarda. Portanto, a Corte não pode determinar com precisão que componentes do tratamento médico se relacionaram exclusivamente com os problemas de saúde causados pelas violações declaradas no presente caso. Com respeito ao pagamento das despesas futuras com o tratamento médico no período 2012-2017, a Corte considera que essa despesa será financiada por meio da implantação da medida de reabilitação de assistência médica e psicológica já determinada (pars. 254 e 255 *supra*). Portanto, a Corte fixa, com base num critério de justiça, a soma de US\$10.000 a título das despesas já realizadas com tratamento médico e psicológico.

## 2. Dano imaterial

295. A Comissão solicitou que fosse fixado de maneira justa o montante da indenização correspondente ao dano imaterial causado.
296. Os representantes solicitaram à Corte que ordene ao Estado o pagamento de “uma indenização pecuniária” que repare o “sofrimento e as aflições que causou a violação d[os] direitos fundamentais”, o “prejuízo ostensivo no projeto de vida” e o “doloroso distanciamento e a perda recíproca de mãe e filhas”. O pedido de indenização por dano imaterial chega a US\$100.000 (cem mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada uma das vítimas.
297. O Estado reiterou os argumentos apresentados sobre dano material (par. 288 *supra*).
298. A Corte observa que na audiência pública a senhora Atala declarou, com respeito à investigação disciplinar conduzida efetuada contra ela (par. 227 *supra*), que se sentiu “profundamente humilhada, exposta, como se me tivessem deixado nua e jogado em praça pública”. Por outro lado, afirmou que a decisão da Corte Suprema do Chile, que resolveu o recurso de queixa, teve influência direta em sua identidade de mãe ao privá-la das filhas por ser lésbica, provocando-lhe “humilhação [...] como mulher”, estigmatizando-a como “incapaz” de ser mãe e “criar os próprios filhos”. A vítima declarou também que em virtude das violações ocorridas no presente caso sua reputação, sua atividade profissional e suas relações sociais e familiares foram afetadas. Finalmente, as peritas que procederam à avaliação psicológica da senhora Atala e das crianças M., V. e R. diagnosticaram diversos danos relacionados com os atos de discriminação e dano à vida privada e familiar mencionados nesta Sentença.
299. A esse respeito, a Corte observa que as violações declaradas provocaram no cotidiano das vítimas diversos danos, além de diversos níveis de estigmatização e inquietação. Em observância a outras indenizações ordenadas pelo Tribunal em outros casos, e em consideração às circunstâncias do presente caso, aos sofrimentos ocasionados às vítimas, bem como à mudança nas condições de vida e às demais consequências de ordem imaterial que sofreram, a Corte julga pertinente fixar, de maneira justa, a quantia de US\$20.000 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América) para a senhora Atala e de US\$10.000 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada uma das crianças M., V. e R. a título de indenização por dano imaterial.

## E. Custas e gastos

300. Conforme a Corte salientou em oportunidades anteriores, as custas e gastos estão compreendidos no conceito de reparação, estipulado no artigo 63.1 da Convenção Americana.<sup>302</sup>

301. A esse respeito, foram anexados atestados médicos sobre assistência psiquiátrica e terapêutica e prescrição de medicamentos, além de uma projeção de despesas médicas e farmacêuticas futuras, emitidos pela psiquiatra Figueroa Morales. De acordo com o atestado elaborado por essa psiquiatra, a senhora Atala foi atendida em 314 oportunidades, de junho de 2003 a dezembro de 2010, num valor total de \$12.560.000 pesos chilenos equivalentes a US\$25.120 (vinte e cinco mil cento e vinte dólares dos Estados Unidos da América). *Cf.* Atestado emitido pela psiquiatra Figueroa Morales, de 21 de dezembro de 2010 (expediente de anexos do escrito de petições, argumentos e provas, tomo VI, folha 2.762; e expediente de mérito, tomo I, folhas 242 e 243). De acordo com os atestados elaborados pela psiquiatra Figueroa Morales, a senhora Atala efetuou as seguintes despesas em medicamentos e consultas: i) de junho de 2003 a junho de 2006: \$5.775.000 pesos chilenos. Atestado emitido pela psiquiatra Figueroa Morales em 27 de junho de 2006 (expediente de anexos do escrito de petições, argumentos e provas, tomo VI, folha 2.764); e ii) de junho de 2006 a maio de 2008: \$268.000 pesos chilenos. Atestado emitido pela psiquiatra Figueroa Morales em 19 de maio de 2008 (expediente de anexos do escrito de petições, argumentos e provas, tomo VI, folha 2.763). A psiquiatra Figueroa Morales também informou que a senhora Atala “necessitará apoio psiquiátrico permanente até que as filhas sejam independentes, o que significa pelo menos mais sete anos, considerando a idade da filha mais nova”. Peritagem de Claudia Figueroa Morales de 4 de agosto de 2010 (expediente de mérito, tomo II, folha 797).

302. *Cf. Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina. Reparações e Custas.* Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C Nº 39, par. 79; e *Caso Fontevecchia e D'Amico*, nota 28 *supra*, par. 124.

301. A Comissão solicitou que a Corte “ordene ao Estado do Chile o pagamento das custas e gastos que decorre[ram] da tramitação do [...] caso, tanto no âmbito interno como perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos”.
302. Os representantes solicitaram um pagamento a título de custas e gastos do litígio no âmbito nacional e internacional. O montante solicitado no escrito de petições, argumentos e provas chegava a US\$80.200 (oitenta mil e duzentos dólares dos Estados Unidos da América). Nas alegações finais escritas incluiu-se um conjunto de estimativas pelas quais se solicitava, no total, um montante maior que o citado.<sup>303</sup>
303. Por sua vez, o Estado não apresentou observações sobre pretensões quanto a custas e gastos dos representantes.
304. O Tribunal salientou que as pretensões das vítimas ou de seus representantes em matéria de custas e gastos, e as provas que as sustentam, devem ser apresentadas à Corte no primeiro momento do processo a eles concedido, ou seja, no escrito de petições e argumentos, sem prejuízo de que essas pretensões sejam atualizadas num momento posterior, conforme as novas custas e gastos em que se tenha incorrido por ocasião do processo.<sup>304</sup> Quanto ao reembolso das custas e gastos, cabe à Corte apreciar prudentemente sua extensão, que compreende os gastos gerados perante as autoridades da jurisdição interna, bem como os gerados no decorrer do processo perante o Sistema Interamericano, levando em conta as circunstâncias do caso concreto e a natureza da jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos. Essa apreciação pode ser realizada com base no princípio de equidade e levando em conta os gastos mencionados pelas partes, desde que seu *quantum* seja razoável.<sup>305</sup>
305. No presente caso, o Tribunal observa que não consta dos autos nenhum comprovante das custas e gastos solicitados pelos representantes. Com efeito, o montante solicitado a título de honorários não foi acompanhado por argumentação de prova específica sobre sua razoabilidade e alcance. Entretanto, a Corte considera que é possível supor que, tanto durante o processo interno como perante o Sistema Interamericano, a vítima realizou gastos econômicos.
306. Levando em conta as alegações apresentadas pelas partes, bem como a ausência de material probatório, a Corte determina de maneira justa que o Estado deve pagar à vítima a quantia de US\$12.000 (doze mil dólares dos Estados Unidos da América), a título de custas e gastos. Essa quantia deverá ser paga no prazo de um ano a partir da notificação desta Sentença. A senhora Atala pagará, por sua vez, a quantia que julgue adequada aos seus representantes no foro interno e no processo perante o Sistema Interamericano. Do mesmo modo, o Tribunal afirma que no processo de supervisão do cumprimento da presente Sentença poderá dispor o reembolso à vítima ou a seus representantes, por parte do Estado, dos gastos razoáveis em que incorram nessa etapa processual.

#### F. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados

307. O Estado deverá efetuar o pagamento das indenizações a título de dano material e imaterial diretamente às vítimas ou, na sua ausência, a seus representantes legais, bem como o reembolso de custas e gastos, no prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente Sentença, nos termos dos parágrafos seguintes.
308. Caso a beneficiária faleça antes que lhe seja paga a respectiva indenização, o pagamento de que se trata será feito diretamente a seus sucessores, conforme o direito interno aplicável.
309. O Estado deve cumprir suas obrigações mediante o pagamento em dólares dos Estados Unidos da América ou seu equivalente em pesos chilenos, utilizando para o respectivo cálculo o tipo de câmbio entre ambas as moedas que esteja em vigor na Bolsa de Nova York, Estados Unidos da América, no dia anterior ao pagamento.

303. Os representantes avaliaram em US\$200 (duzentos dólares dos Estados Unidos da América) cada hora de seu trabalho. Também em seu escrito de alegações finais especificaram que solicitavam o seguinte por gastos e custas, contado em horas de trabalho: i) “[c]ustas de tramitação do Recurso de queixa no Chile: US\$20.000” (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América); ii) “[c]ustas de apresentação de denúncia perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos” (“50 horas de preparação de denúncia”; “50 horas de preparação de audiência perante a CIDH” e “uma hora de audiência perante a CIDH”: US\$20.200 (vinte mil e duzentos dólares dos Estados Unidos da América); iii) “[c]ustas incorridas durante o processo de solução amistosa” (“50 horas de preparação para cinco reuniões [...] com representantes do Estado”; “66 horas de traslados entre Santiago e Washington – três viagens de ida e volta de 11 horas cada trecho”, e “150 horas de preparação de 10 escritos (15 horas para cada escrito) apresentados perante a CIDH”: US\$53.200 (cinquenta e três mil e duzentos dólares dos Estados Unidos da América); iv) “[c]ustas incorridas na preparação da demanda perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos” (“80 horas de preparação da demanda” e “457 horas de trabalho no momento de apresentar o escrito de alegações finais): US\$91.400 (noventa e um mil e quatrocentos dólares dos Estados Unidos da América); e v) “[c]ustas incorridas na preparação da audiência e alegações finais perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos” (“120 horas de preparação da audiência”; “100 horas de preparação” do escrito de alegações finais”, e “viagem a Bogotá de seis advogados para a audiência, com um custo de US\$2.000 por pessoa”: US\$56.000 (cinquenta e seis mil dólares dos Estados Unidos da América). Com relação à diligência ordenada pela Corte e que se realizou em Santiago, Chile (par. 13 *supra*), em 6 de fevereiro de 2012, os representantes informaram que a senhora Atala “teve de custear as despesas de transporte da senhora Alicia Espinoza, e de suas filhas menores de idade, que não se encontravam em Santiago, para garantir seu comparecimento à [citada] diligência”, razão pela qual solicitaram “levar em consideração as despesas incorridas pela senhora Atala no momento de fixar as custas deste processo” (expediente de mérito, tomo XII, folhas 7.513 e 7.514). Entretanto, a esta última solicitação não foi anexado nenhum comprovante de despesa.

304. Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez*, nota 160 *supra*, par. 27.5 e *Caso Fontevecchia e D’Amico*, nota 28 *supra*, par. 127.

305. Cf. *Caso Garrido e Baigorria*, nota 303 *supra*, par. 82; e *Caso Fontevecchia e D’Amico*, nota 28 *supra*, par. 127.

310. Caso por motivos atribuíveis à beneficiária das indenizações ou a seus sucessores não seja possível efetuar o pagamento das quantias determinadas no prazo indicado, o Estado consignará esses montantes a seu favor numa conta ou certificado de depósito em instituição financeira chilena solvente, em dólares estadunidenses e nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancária. Caso a indenização não tenha sido reclamada no prazo de dez anos, os valores serão devolvidos ao Estado com os juros acumulados.
311. As quantias atribuídas na presente Sentença a indenização e reembolso de custas e gastos deverão ser integralmente pagas à pessoa indicada, conforme o disposto nesta Sentença, sem reduções decorrentes de eventuais encargos fiscais.
312. Caso o Estado incorra em mora, deverá pagar juros sobre a quantia devida, correspondente aos juros de mora bancários no Chile.
313. Quanto às indenizações ordenadas a favor das crianças M., V. e R., o Estado deverá depositá-las numa instituição financeira chilena solvente em dólares estadunidenses. Os depósitos serão efetuados no prazo de um ano, nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancária, enquanto as beneficiárias sejam menores de idade. Essa soma poderá ser retirada por elas quando alcancem a maioridade, caso seja pertinente, ou antes, caso seja conveniente para o interesse superior das crianças, estabelecido por determinação de uma autoridade judicial competente. Na hipótese de as indenizações não serem reclamadas no prazo de dez anos, contado a partir da maioridade de cada criança, a soma será devolvida ao Estado com os juros acumulados. No que tange à criança V., para os efeitos das reparações, deve-se ater ao disposto no parágrafo 71 desta Sentença.

## VIII

### Pontos Resolutivos

314. Portanto,

#### **A CORTE**

#### **DECLARA,**

por unanimidade, que:

1. O Estado é responsável pela violação do direito à igualdade e à não discriminação, consagrado no artigo 24, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, em detrimento de Karen Atala Riffo, em conformidade com o disposto nos parágrafos 94 a 99, 107 a 146 e 218 a 222 desta Sentença;

por unanimidade, que:

2. O Estado é responsável pela violação do direito à igualdade e à não discriminação, consagrado no artigo 24, em relação aos artigos 19 e 1.1. da Convenção Americana, em detrimento das crianças M., V. e R., em conformidade com o disposto nos parágrafos 150 a 155 desta Sentença;

por unanimidade, que:

3. O Estado é responsável pela violação do direito à vida privada, consagrado no artigo 11.2, em relação ao artigo 1.1. da Convenção Americana, em detrimento de Karen Atala Riffo, em conformidade com o disposto nos parágrafos 161 a 167 e 225 a 230 desta Sentença.

O juiz Diego García-Sayán e as juízas Margarete May Macaulay e Rhadys Abreu Blondet votaram a favor do ponto resolutivo seguinte. Os juízes Manuel E. Ventura Robles, Leonardo A. Franco e Alberto Pérez Pérez votaram contra. Por conseguinte, em aplicação dos artigos 23.3 do Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos e 16.4 do Regulamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos, declara-se que:

4. O Estado é responsável pela violação dos artigos 11.2 e 17.1, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Karen Atala Riffo e das crianças M., V. e R., em conformidade com o disposto nos parágrafos 168 a 178 desta Sentença;

por unanimidade, que:

5. O Estado é responsável pela violação do direito de ser ouvido, consagrado no artigo 8.1, em relação aos artigos 19 e 1.1 da Convenção Americana, em detrimento das crianças M., V. e R., em conformidade com o disposto nos parágrafos 196 a 208 desta Sentença;

por unanimidade, que:

6. O Estado é responsável pela violação da garantia de imparcialidade, consagrada no artigo 8.1, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, com respeito à investigação disciplinar, em detrimento de Karen Atala Riffo, em conformidade com o disposto nos parágrafos 234 a 237 desta Sentença;

por cinco votos a favor e um contra, que:

7. O Estado não violou a garantia judicial de imparcialidade, consagrada no artigo 8.1 da Convenção Americana, em relação às decisões da Corte Suprema de Justiça e do Juizado de Menores de Villarrica, no termos dos parágrafos 187 a 192 da presente Sentença;

Dissentiu a juíza Margarette May Macaulay;

### **E DISPÕE**

por unanimidade, que:

1. Esta Sentença constitui *per se* uma forma de reparação.
2. O Estado deve prestar atendimento médico e psicológico ou psiquiátrico gratuito, e de forma imediata, adequada e efetiva, mediante suas instituições públicas especializadas de saúde, às vítimas que o solicitem, em conformidade com o disposto nos parágrafos 254 e 255 desta Sentença.
3. O Estado deve realizar as publicações mencionadas no parágrafo 259 da presente Sentença, no prazo de seis meses contado a partir de sua notificação.
4. O Estado deve realizar um ato público de reconhecimento de responsabilidade internacional pelos fatos do presente caso, em conformidade com o estabelecido nos parágrafos 263 e 264 da presente Sentença.
5. O Estado deve continuar implementando, num prazo razoável, programas e cursos permanentes de educação e treinamento destinados a funcionários públicos no âmbito regional e nacional e, especialmente, a funcionários judiciais de todas as áreas e escalões do setor jurídico, em conformidade com o disposto nos parágrafos 271 e 272 desta Sentença.
6. O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 294 e 299 da presente Sentença, a título de indenização por dano material e imaterial e de reembolso de custas e gastos, conforme seja cabível, nos termos do parágrafo 306 da presente Sentença.
7. O Estado deve, no prazo de um ano contado a partir da notificação desta Sentença, apresentar ao Tribunal um relatório sobre as medidas adotadas para seu cumprimento.
8. A Corte supervisionará a íntegra do cumprimento desta Sentença, no exercício de suas atribuições e no cumprimento de seus deveres, conforme a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha cumprido cabalmente o que nela se dispõe.

O Juiz Alberto Pérez Pérez deu a conhecer à Corte seu Voto Parcialmente Dissidente, o qual acompanha esta Sentença.

Redigida em espanhol e em inglês, fazendo fé o texto em espanhol, em San José, Costa Rica, em 24 de fevereiro de 2012.

Diego García-Sayán  
Presidente

Manuel E. Ventura Robles  
Margarette May Macaulay

Leonardo A. Franco  
Rhadys Abreu Blondet

Alberto Pérez Pérez  
Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

Comunique-se e execute-se,

Diego García-Sayán  
Presidente

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

**VOTO PARCIALMENTE DISSIDENTE DO JUIZ ALBERTO PEREZ PEREZ  
SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS  
CASO ATALA RIFFO E CRIANÇAS VS. CHILE  
DE 24 DE FEVEREIRO DE 2012**

1. Votei contrariamente ao ponto resolutivo 4, segundo o qual “[o] Estado é responsável pela violação dos artigos 11.2 e 17.1” da Convenção Americana, pois entendo que somente se devia haver mencionado como violado o artigo 11.2, porque, diante dos fatos do presente caso: I) é suficiente declarar uma violação do artigo 11.2; e II) não é necessário nem prudente declarar uma violação do artigo 17 que se pudesse entender como um pronunciamento implícito sobre a interpretação das diferentes disposições desse artigo.

**I. É SUFICIENTE INVOCAR O ARTIGO 11.2**

2. A Convenção Americana sobre Direitos Humanos consagra direitos relacionados com a família no artigo 11.2 e no artigo 17, e também contém importantes referências à família nos artigos 19, 27.2 e 32.1:

*Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade*

1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade.
2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.
3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.

*Artigo 17. Proteção da família*

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.
2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não discriminação estabelecido nesta Convenção.
- 3 O casamento não pode ser celebrado sem o livre e pleno consentimento dos contraentes.
4. Os Estados Partes devem tomar medidas apropriadas no sentido de assegurar a igualdade de direitos e a adequada equivalência de responsabilidades dos cônjuges quanto ao casamento, durante o casamento e em caso de dissolução do mesmo. Em caso de dissolução, serão adotadas disposições que assegurem a proteção necessária aos filhos, com base unicamente no interesse e conveniência dos mesmos.
5. A lei deve reconhecer iguais direitos tanto aos filhos nascidos fora do casamento como aos nascidos dentro do casamento.

*Artigo 19. Direitos da criança*

Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

*Artigo 27. Suspensão de garantias*

1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social.
2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados nos seguintes artigos: 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica), 4 (Direito à vida), 5 (Direito à integridade pessoal), 6 (Proibição da escravidão e servidão), 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade), 12 (Liberdade de consciência e de religião), 17 (Proteção da família), 18 (Direito ao nome), 19 (Direitos da criança), 20 (Direito à nacionalidade), e 23 (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos.
3. (...).

*Artigo 32. Correlação entre deveres e direitos*

1. Toda pessoa tem deveres para com a família, a comunidade e a humanidade.
2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática.

3. A Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e Liberdades Fundamentais contém dois dispositivos atinentes a esse âmbito, relativos aos artigos 11 e 17.2 da Convenção Americana:

*Artigo 8 — Direito ao respeito pela vida privada e familiar*

1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.
2. Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei e constituir uma providência que, numa sociedade democrática, seja necessária para a segurança nacional, para a segurança pública, para o bem-estar econômico do país, a defesa da ordem e a prevenção das infrações penais, a proteção da saúde ou da moral, ou a proteção dos direitos e das liberdades de terceiros.

*Artigo 12 — Direito ao casamento*

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.

4. Portanto, a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos (TEDH), que corretamente e com valor persuasivo se cita na Sentença, se refere às disposições da Convenção Europeia relativas ao artigo 11.2 e ao artigo 17.2 da Convenção Americana,<sup>306</sup> pois não existem disposições referentes aos temas previstos nos parágrafos 1, 3, 4 e 5 do artigo 17.
5. Importa, sobretudo, conhecer as Sentenças nas quais o TEDH considerou as situações de convivência entre pessoas do mesmo sexo ou gênero<sup>307</sup> à luz do artigo 8 da Convenção Europeia, em relação ao artigo 14. Como bem diz a Sentença desta Corte em seu parágrafo 174:

“no *Caso Schalk e Kopf Vs. Áustria* o Tribunal Europeu revisou sua jurisprudência vigente até o momento, na qual somente havia aceitado que a relação emocional e sexual de um casal do mesmo sexo constitui “vida privada”, mas não havia considerado que constituísse “vida familiar”, ainda que se tratasse de uma relação de longo prazo em situação de convivência. Ao aplicar um critério amplo de família, o Tribunal Europeu estabeleceu que “a noção de ‘vida familiar’ abrange um casal do mesmo sexo que convive numa relação estável *de facto*, tal como abrangeria um casal de diferente sexo na mesma situação”, pois considerou “artificial manter uma posição que sustente que, diferentemente de um casal heterossexual, um casal do mesmo sexo não pode desfrutar da ‘vida familiar’ nos termos do artigo 8”.<sup>308</sup> [Notas de rodapé omitidas.]

6. Também se observa (par. 173), corretamente, que, “[n]o *Caso X, Y e Z Vs. Reino Unido*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, seguindo o conceito amplo de família, reconheceu que um transexual, sua companheira mulher e uma criança podem configurar uma família, ao salientar que:

Ao decidir se uma relação pode ser considerada ‘vida familiar’, uma série de fatores pode ser relevante, inclusive se o casal vive junto, a duração da relação, e demonstraram compromisso mútuo ao ter filhos conjuntamente ou por outros meios”.<sup>309</sup>

7. Para maior clareza, e também tendo em vista o recurso futuro à jurisprudência ou às decisões de outros

306. Em casos análogos ao presente também se invoca a norma que proíbe a discriminação, cujo texto é o seguinte: *Artigo 14 — Proibição de discriminação* – O gozo dos direitos e liberdades reconhecidos na presente Convenção deve ser assegurado sem quaisquer distinções, tais como as fundadas 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.

307. Talvez tivesse correspondido citar também a Sentença no caso *P. VS. Vs. Espanha* (demanda nº 35.159/09), que se proferiu em 30 de novembro de 2010 e adquiriu caráter definitivo em 11 de abril de 2011. Nesse caso, a demandante é uma transexual que mudou do sexo masculino para o sexo feminino, e previamente havia estado casada com P.Q.F., com quem tivera um filho em 1998. Quando se dispôs judicialmente a separação de corpos, homologou-se o acordo celebrado entre os cônjuges, pelo qual se atribuía a guarda à mãe, se confiava o poder parental a ambos conjuntamente e se estabelecia um amplo regime de visitas a favor do pai. Dois anos depois, a mãe solicitou que se retirasse o exercício do poder parental de seu ex-cônjuge e se suspendesse o regime de visitas, bem como toda comunicação entre o pai e o filho. Alegou para esse efeito a falta de interesse do pai com respeito à criança, bem como o fato de que o pai fazia um tratamento hormonal para mudar de sexo, se maquiava e habitualmente se vestia de mulher. As sentenças internas não aceitaram a petição relativa ao poder parental e, quanto ao restante, estabeleceram um regime de visitas limitado, que em seguida se foi ampliando. Para isso se fundamentaram, quanto aos fatos, num parecer psicológico segundo o qual P. atravessava “uma situação de instabilidade emocional” que “implicava a existência de um risco importante de perturbação efetiva da saúde emocional e do desenvolvimento da personalidade do menor, considerada sua idade (seis anos no momento do laudo pericial) e a etapa evolutiva em que se encontr[ava]”, e, quanto ao direito, no interesse superior da criança. Não se basearam na transexualidade do pai. O TEDH julgou que os tribunais espanhóis, diferentemente do ocorrido no *Caso Salgueiro da Silva Mouta Vs. Portugal*, não se haviam fundamentado na orientação sexual da demandante, mas haviam levado em conta “a instabilidade emocional conjuntural detectada” nela e haviam “privilegiado o interesse da criança, adotando um regime de visitas mais restritivo, que lhe permitisse habituar-se progressivamente à mudança de sexo do pai”, e posteriormente haviam ampliado esse regime, apesar de “a condição sexual da demandante continuar sendo a mesma”.

308. A Sentença no *Caso Schalk e Kopf Vs. Áustria* (nº 30.141/04) foi proferida por uma Câmara do TEDH em 24 de junho de 2010 e adquiriu caráter definitivo em 22 de novembro de 2010, de acordo com o artigo 44.2 da Convenção (texto estabelecido pelo Protocolo nº 11).

309. A sentença no *Caso X, Y e Z Vs. Reino Unido* (nº 21.830/93) foi proferida pela Grande Câmara em 22 de abril de 1997.

órgãos de proteção dos direitos humanos, resumirei brevemente os fatos de cada um dos casos citados, bem como as conclusões de direito do TEDH.

*O Caso Schalk e Kopf Vs. Áustria*

8. *Os fatos do caso* podem ser assim resumidos: os demandantes, nascidos em 1962 e 1960, respectivamente, são um casal do mesmo sexo que vive em Viena. Em 2002, iniciaram os trâmites para casar-se, e as autoridades austríacas entenderam que careciam de capacidade para isso, porque ambos eram homens, e segundo o artigo 44 do Código Civil só podem se casar duas pessoas de sexo oposto (pars. 7 a 9). Na Áustria há uma lei sobre uniões registradas (*Eingetragene Partnerschaft-Gesetz*), que oferece aos casais do mesmo sexo “um mecanismo formal para reconhecer suas relações e dar-lhes efeito jurídico”, com características análogas às do casamento em muitos aspectos (tais como “o direito sucessório, o direito trabalhista, social e de seguros sociais, o direito tributário, o direito relativo ao processo administrativo, o direito relativo à proteção de dados e à função pública, às questões relativas a passaportes e registro, e o direito relativo aos estrangeiros” (pars. 16 a 22). Não obstante isso, persistem diferenças em vários outros aspectos, em especial no tocante à possibilidade de adotar ou de recorrer à inseminação artificial.
9. *As considerações de direito* começam (pars. 24 a 26) com uma análise da legislação da União Europeia (artigo 9 da Carta de Direitos Fundamentais<sup>310</sup> e várias diretrizes), e especificamente do direito dos 47 Estados membros do Conselho da Europa (pars. 27 a 34). Somente seis deles dispõem que os casais do mesmo sexo tenham igualdade de acesso ao casamento; outros 13 têm “certas disposições legislativas que permitem que os casais de um mesmo sexo registrem sua relação”. Um Estado “reconhece aos casais do mesmo sexo que coabitam certos efeitos limitados, mas não os da possibilidade de registro”. Com referência às consequências materiais, de parentesco e de outra natureza, o TEDH diz que “as consequências jurídicas das uniões registradas variam das que são quase equivalentes ao casamento às que dão direitos relativamente limitados”. O TEDH passa então a considerar os princípios gerais e sua aplicação ao caso concreto, e finalmente examina a aplicabilidade do artigo 14, considerado juntamente com o artigo 8 e a alegação de que havia sido violado.
10. *Princípios gerais.* O TEDH recorda que, segundo sua jurisprudência estabelecida, “o artigo 12 assegura o direito fundamental de um homem e uma mulher de se casar e fundar uma família”, um direito cujo exercício dá lugar a “consequências pessoais, sociais e jurídicas”. Embora esteja sujeito às leis nacionais dos Estados Contratantes, “as limitações que por essa via se introduzam não devem restringir nem reduzir o direito de um modo ou numa medida que se afete a essência mesma do direito” (par. 49). Por outro lado, o TEDH “ainda não tinha tido a oportunidade de examinar se duas pessoas que são do mesmo sexo podem invocar o direito de se casar”, mas “certos princípios podiam decorrer” de sua jurisprudência relativa a transexuais, a qual inicialmente considerou que “o apego ao conceito tradicional de casamento que subjaz ao artigo 12 constituía uma razão suficiente para que o Estado demandado continuasse adotando critérios biológicos para determinar o sexo de uma pessoa para efeitos do matrimônio” (pars. 50 e 51). Essa jurisprudência se modificou a partir do *Caso Christine Goodwin*,<sup>311</sup> em que, levando em conta as “importantes mudanças sociais na instituição do casamento”, ocorridas depois da aprovação da Convenção, citando o artigo 9 da Carta Europeia e tomando nota de que havia “uma aceitação generalizada do casamento de transexuais no gênero atribuído”, considerou que “os termos do artigo 12 não tinham de continuar sendo entendidos no sentido de determinar o gênero por critérios puramente biológicos”. Por conseguinte, “a impossibilidade de que uma transexual pós-operada se casasse no gênero a ela atribuído violava o artigo 12” (par. 52). Em outros dois casos relativos a casamentos constituídos por uma mulher e uma transexual que havia passado do sexo masculino para o sexo feminino,<sup>312</sup> o TEDH havia determinado (par. 53) que a queixa relativa à exigência legal de que pusessem fim ao casamento para que a transexual pudesse “obter o pleno reconhecimento jurídico de sua mudança de gênero” era “manifestamente infundada”. O TEDH observou que “o direito interno só permitia o casamento entre pessoas de gênero oposto, fosse derivado da atribuição no nascimento, fosse decorrente de um processo de reconhecimento de gênero, enquanto não se permitiam os casamentos do mesmo sexo”, e que “o artigo 12 consagrava o conceito tradicional de que o casamento era entre um homem e uma mulher”. Embora “tenha reconhecido que vários Estados Contratantes haviam estendido o âmbito do casamento para compreender casais do mesmo sexo”, salientou que “isso refletia a visão própria

310. O texto dessa disposição é o seguinte: “Artigo 9–Direito de contrair casamento e de constituir família–O direito de contrair casamento e o direito de constituir família são garantidos pelas legislações nacionais que regem o respectivo exercício”. Conforme se ressalta, desaparece a referência “ao homem e à mulher”, mas há uma referência geral ao que disponham as leis nacionais.

311. *Christine Goodwin Vs. Reino Unido* (nº 28.957/95), sentença da Grande Câmara de 11 de julho de 2002.

312. *Parry Vs. Reino Unido* (dec.), nº 42.971/05, ECHR 2006–XV; e *R. e F. Vs. Reino Unido* (dec.), nº 35.748/05, de 28 de novembro de 2006.



[desses Estados] acerca do papel do casamento em suas sociedades”, mas “não decorria de uma interpretação do direito fundamental, consagrado na Convenção de 1950”. Portanto, “estava dentro da esfera de avaliação do Estado a forma de regulamentar os efeitos da mudança de gênero nos casamentos preexistentes”. Por outro lado, caso os demandantes optassem pelo divórcio, tinham a possibilidade de entrar numa união civil, o que “contribuía para a proporcionalidade do regime de reconhecimento de gênero que impunham”.

11. *Aplicação ao caso concreto.* O TEDH disse que o direito de se casar é conferido pelo artigo 12 ao “homem e à mulher” (“*men and women*”, “*l’homme et la femme*”) e que, embora esse artigo, considerado separadamente, pudesse ser interpretado no sentido de “excluir o casamento entre dois homens ou duas mulheres”, considerado no contexto devia-se ter presente que, “ao contrário, todos os demais artigos substantivos da Convenção conferem direitos e liberdades a “toda pessoa” ou dispõem que “ninguém” poderá ser submetido a certos tipos de tratamentos proibidos”. A escolha das palavras “o homem e a mulher” devia ser considerada “deliberada”, especialmente no “contexto histórico” da década de 50, quando “o casamento era entendido no sentido tradicional de união entre contraentes de sexo diferente”. No tocante à “conexão entre o direito de se casar e o direito de fundar uma família”, a conclusão a que havia chegado o TEDH, no *Caso Christine Goodwin* de que “a impossibilidade de um casal de conceber ou agir como pais de uma criança” não excluía *per se* o direito de se casar, “não permitia chegar a conclusão alguma sobre a questão do casamento entre pessoas do mesmo sexo” (par. 56). Embora “a Convenção seja um instrumento vivo que deve ser interpretado nas condições do momento”, e “o casamento tenha passado por importantes mudanças sociais”, o TEDH observou que “não há um consenso europeu sobre o casamento entre pessoas do mesmo sexo”, que só é permitido em seis dos 47 Estados Partes na Convenção (par. 58). O caso que se considerava devia distinguir-se do *Caso Christine Goodwin*, no qual se havia reconhecido que havia “uma convergência de normas acerca do casamento de transexuais em seu gênero atribuído” e se tratava do “casamento entre pessoas de diferente gênero”, caso este não se considere somente no sentido biológico (par. 59). [Com isso, o TEDH coincidia com a afirmação das organizações não governamentais intervenientes no caso, segundo as quais “embora o Tribunal houvesse salientado frequentemente que a Convenção era um instrumento vivo que devia ser interpretado nas condições do momento, só havia utilizado esse enfoque para desenvolver sua jurisprudência quando havia percebido uma convergência de normas entre os Estados membros”.]
12. *Influência do artigo 9 da Carta Europeia.* Quanto ao artigo 9 da Carta Europeia (ilustrado pelo comentário oficial), a eliminação deliberada da referência a “um homem e uma mulher” ampliava seu alcance em relação aos artigos concordantes de outros instrumentos de direitos humanos, mas “a referência ao direito interno refletia a diversidade das regulamentações nacionais, que vão de permitir o casamento entre pessoas do mesmo gênero à proibição explícita” e deixava livre aos Estados a decisão a esse respeito<sup>313</sup> (par. 60). Levando em conta o artigo 9 da Carta, o TEDH concluiu que “já não consideraria que o direito de se casar, consagrado no artigo 12, deve-se limitar em todas as circunstâncias ao casamento entre duas pessoas de sexo oposto”, razão pela qual esse artigo era aplicável ao caso, mas destacou que “a questão relativa a se permitir ou não o casamento entre pessoas do mesmo sexo está liberada à regulamentação pelo direito nacional” de cada Estado (par. 61). Observou que “o casamento tem conotações sociais e culturais profundamente arraigadas que podem diferir amplamente de uma sociedade para outra”, e que o TEDH “não se pode apressar a antepor seu próprio critério ao das autoridades nacionais, que estão em melhor posição para responder às necessidades da sociedade” (par. 62). Determinou, por conseguinte, que “o artigo 12 não impu[nha] ao Governo demandado a obrigação de conceder o direito de se casar a um casal de pessoas do mesmo sexo, como os demandantes” (par. 63), e que não se havia violado esse artigo (par. 64).
13. *Aplicabilidade do artigo 14 considerado juntamente com o artigo 8.* Segundo o TEDH, “o artigo 14<sup>314</sup> complementa as demais disposições substantivas da Convenção e seus Protocolos. Não tem existência independente, pois surte efeito unicamente em relação ao “gozo dos direitos e liberdades salvaguardados por essas disposições” (par. 89). Em diferentes sentenças (a última das quais<sup>315</sup> de 2001), o TEDH havia determinado que “a noção de família” no artigo 12 compreendia também as uniões de fato, “quando as partes vivem juntas sem estarem casadas”, mas quanto aos casais do mesmo sexo só havia reconhecido que constituíam “vida privada”, mas não “vida familiar” (pars. 91 a 92). No *Caso Schalk e Kopf Vs. Áustria*, o TEDH muda essa jurisprudência (conforme se mostra acertadamente no par. 174 da Sentença a que se refere este voto), ao considerar que depois de 2001,

313. Segundo o comentário, “pode-se argumentar que não há obstáculos para reconhecer as relações entre pessoas do mesmo sexo no contexto do casamento”, mas “não há uma exigência explícita de que as leis internas facilitem esses casamentos”.

314. Para o texto, ver nota 1.

315. *Caso Mata Estevez Vs. Espanha* (dec.), nº 56.501/00, ECHR 2001-VI, 10 de maio de 2001.

havia ocorrido “uma rápida evolução das atitudes sociais com relação aos casais do mesmo sexo em vários Estados membros”, e “um considerável número” destes havia “estendido reconhecimento jurídico aos casais do mesmo sexo”. Também em várias disposições da União Europeia se refletia “uma crescente tendência de incluir os casais do mesmo sexo na noção de ‘família’” (par. 93). “Levada em conta essa evolução”, o TEDH considerou “artificial manter a opinião de que, diferentemente de um casal heterossexual, um casal do mesmo sexo não pode desfrutar da ‘vida familiar’ nos termos do artigo 8”, e que, “[c]onsequentemente, a relação entre os demandantes, um casal do mesmo sexo que coabita e vive numa união de fato estável, está compreendida na noção de ‘vida familiar’, como o estaria uma relação de um casal de sexo oposto na mesma situação” (par. 94).

14. *Alegação de violação do artigo 14 considerado juntamente com o artigo 8.* Tendo assim determinado que os fatos do caso estavam compreendidos “tanto na noção de ‘vida privada’ como na de ‘vida familiar’”, e que era aplicável o artigo 14, considerado juntamente com o artigo 8 (par. 95), o TEDH passou a considerar se havia sido violado (pars. 96 a 110). Para chegar a essa determinação teria de encontrar “uma diferença no tratamento de pessoas em situações relevantemente análogas”, que será “discriminatória caso não exista uma justificativa objetiva e razoável; em outras palavras, caso não vise um fim legítimo ou não haja uma razoável relação de proporcionalidade entre os meios empregados e o fim visado”. A esse respeito, os Estados “gozam de uma margem de apreciação” (par. 97). Por um lado, “assim como as diferenças baseadas no sexo, as diferenças baseadas na orientação sexual requerem razões especialmente sérias para justificá-las”, mas habitualmente se reconhece aos Estados “uma ampla margem” no tocante a “medidas gerais de estratégia econômica ou social” (par. 97), e um dos fatores pertinentes para determinar o alcance da margem de apreciação pode ser “a existência ou inexistência de um espaço de coincidência (*common ground*)”. O TEDH partiu da “premissa de que os casais de um mesmo sexo são tão capazes como os casais de sexo diferente de manter relações estáveis de compromisso”, razão pela qual estão “em situação relevantemente análoga à de um casal de sexo diferente no tocante à necessidade de reconhecimento jurídico e proteção da relação” (par. 99). Não obstante isso, determinou que, embora não se houvesse permitido que os demandantes se casassem, uma lei posterior à apresentação da demanda, mas anterior à sentença (a lei sobre uniões registradas,<sup>316</sup> que entrou em vigor em 1º de janeiro de 2010), havia oferecido um reconhecimento legal alternativo (par. 102). Embora “exista um incipiente consenso europeu sobre o reconhecimento dos casais do mesmo sexo”, que se desenvolveu “rapidamente durante a última década”, ainda não são maioria os Estados que conferem esse reconhecimento jurídico. Trata-se de uma esfera em que “os direitos estão em evolução e não há consenso estabelecido”, de maneira que “os Estados devem gozar também de uma margem de apreciação quanto à data em que introduzam as mudanças legislativas” (par. 105). Concluindo, após analisar a condição jurídica das uniões registradas e as diferenças que subsistiam com respeito aos casamentos, o TEDH declarou que não via “nenhum indício de que o Estado demandado houvesse excedido sua margem de apreciação ao escolher os direitos e obrigações conferidos pelas uniões registradas” (par. 109), e determinou que não se havia violado o artigo 14 considerado em conjunto com o artigo 8 (par. 110).

#### *O Caso X, Y e Z Vs. Reino Unido*

15. *Os fatos do caso* podem ser assim resumidos: o primeiro demandante, “X”, nasceu com corpo feminino, em 1955, mas desde os quatro anos se sentia inadequada sexualmente e a atraíam papéis de conduta “masculina”. Essa discrepância a fez sofrer de depressão suicida durante a adolescência. Em 1975, iniciou tratamento hormonal e começou a viver e trabalhar como homem. A partir de 1979, viveu em união permanente e estável com a segunda demandante, “Y”, uma mulher nascida em 1959, e pouco depois de iniciar essa convivência submeteu-se a cirurgia de redesignação sexual. A terceira demandante, “Z”,<sup>317</sup> foi dada à luz em 1992 por “Y” mediante inseminação artificial por um doador (IAD). Posteriormente, “Y” deu à luz outro filho pelo mesmo método. A demanda perante o TEDH se deveu a que as autoridades do Reino Unido haviam denegado o pedido de “X” de ser registrado como pai de “Z” no registro civil.
16. *Considerações de direito.* O TEDH recordou, citando várias sentenças anteriores, que “a noção de ‘vida familiar’ no artigo 8 não se limita unicamente às famílias baseadas no casamento e pode abranger outras relações de fato”, e acrescentou que “[a]o se decidir se é possível considerar que uma relação constitua ‘vida familiar’, vários fatores podem ser pertinentes, inclusive se o casal vive junto, a duração da relação, e se demonstrou compromisso mútuo ao ter filhos conjuntamente ou por outros meios (par. 36)”. Como ponto de partida, considerou que “deve-

316. Parágrafo 6 *supra*.

317. Em voto concordante, o magistrado L-E. Pettiti declarou que “[n]a hipótese de que se proponha outro caso como este, indubitavelmente seria desejável que a Comissão e a Corte sugerissem às partes que constituíssem especificamente um advogado para representar exclusivamente os interesses da criança”.

se levar em consideração o justo equilíbrio (*fair balance*) que se deve conseguir entre os interesses em conflito do indivíduo e do conjunto da comunidade”, e que “o Estado goza de certa margem de apreciação” (par. 41). No tocante ao ponto concreto do reconhecimento como pai (par. 44), o TEDH observou que “não há uma norma comum europeia a respeito da concessão de direitos parentais aos transexuais”, e que não se demonstrou “que existe um enfoque em geral compartilhado entre as Altas Partes Contratantes acerca da maneira pela qual se deveria refletir no direito a relação social entre uma criança concebida mediante IAD e a pessoa que desempenha o papel de pai”. Acrescentou que, “embora a tecnologia da procriação medicamente assistida esteja disponível na Europa há várias décadas, muitas das questões suscitadas, em especial com respeito à questão da filiação, continuam sendo objeto de debate. Por exemplo, não há consenso entre os Estados membros do Conselho da Europa quanto a se os interesses de uma criança concebida dessa maneira são mais bem atendidos reservando-se o anonimato do doador do esperma, ou se a criança deveria ter o direito de conhecer a identidade do doador”. Daí decorre que as questões suscitadas no caso “afetam esferas onde há muito pouco espaço de coincidência (*common ground*)” entre os Estados membros do Conselho da Europa e, em geral, o direito parece estar numa etapa de transição, devendo-se reconhecer ao Estado demandado uma ampla margem de apreciação”. Finalmente informou que, “dado de que a transexualidade propõe complexas questões científicas, jurídicas, morais e sociais, com respeito às quais não há em geral um enfoque comum entre os Estados Contratantes, o Tribunal opina que não se pode considerar, nesse contexto, que o artigo 8 implique uma obrigação do Estado demandado de reconhecer como pai de uma criança uma pessoa que não seja o pai biológico”. Portanto (par. 52), “o fato de que a legislação do Reino Unido não conceda um reconhecimento jurídico especial à relação entre X e Z não configura um descumprimento do dever de respeitar a vida familiar no sentido dessa disposição”.

17. Naturalmente, as extensas citações de sentenças do TEDH não significam que a Corte Interamericana deva tomá-las como precedentes obrigatórios. Como já se disse (par. 3 *supra*), têm “valor persuasivo” na medida em que a razão nelas contida seja intrinsecamente convincente, o que dependerá, em boa medida, “da hierarquia do tribunal de que emanem e da personalidade do juiz que tenha redigido a sentença”.<sup>318</sup> Tendo em vista a hierarquia do TEDH e a semelhança entre suas funções e as da Corte Interamericana, as sentenças citadas neste voto fundamentado têm grande importância, como se verá no Capítulo II.

## II. NÃO É NECESSÁRIO NEM PRUDENTE INVOCAR O ARTIGO 17.1

18. Conforme salientei anteriormente, não considero necessário nem prudente declarar uma violação do artigo 17 que se pudesse tomar como um pronunciamento implícito sobre a interpretação das diferentes disposições desse artigo. Com efeito, o artigo 17 contém uma série de disposições conexas entre si, que começam pela declaração de princípio de que “[a] família é o elemento natural e fundamental da sociedade”, à qual se segue, no mesmo parágrafo 1, a disposição segundo a qual a família “deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado”, e mais adiante várias disposições que poderiam ser interpretadas (ponto sobre o qual neste voto não se faz nenhum pronunciamento) no sentido de que pressupõem que a família se baseia no casamento ou na união de fato heterossexual. O direito de não “ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada” nem “na de sua família”, consagrado no artigo 11.2, é um aspecto específico e autônomo do dever geral de proteção, de modo que não é necessário invocar o artigo 17.1 cumulativamente com o 11.2. A determinação de que os mesmos fatos violam um dever geral e um dever específico (ou os direitos respectivos) não muda a natureza nem a gravidade da violação, e tampouco leva a que se disponham reparações diferentes das que seriam dispostas se se invocasse apenas a disposição que consagra o direito ou o dever específico. Ao contrário, a invocação do artigo 17.1 compreende a declaração de princípio mencionada e, por incompatibilidade, poderia abranger o restante do artigo 17.
19. A Declaração de Princípios relativa à família que figura no artigo 17.1 coincide basicamente com as disposições de numerosas constituições latino-americanas.

*Bolívia:* Artigo 62. O Estado reconhece e protege a família como núcleo fundamental da sociedade, e garantirá as condições sociais e econômicas necessárias para seu desenvolvimento integral. Todos os seus integrantes têm igualdade de direitos, obrigações e oportunidades.

Artigo 63. I. O casamento entre uma mulher e um homem se constitui por vínculos jurídicos e se baseia na igualdade de direitos e deveres dos cônjuges.

II. As uniões livres ou de fato que reúnam condições de estabilidade e singularidade, e sejam mantidas entre uma mulher e um homem sem impedimento legal, produzirão os mesmos efeitos que o casamento

318. Cf. Alberto Pérez Pérez, “*Reseña de la vida jurídica angloamericana*”, em *La Revista de Derecho Jurisprudencia y Administración*, T. 61, pág. 109 e 120 (a citação corresponde à página 112).

civil, tanto nas relações pessoais e patrimoniais dos conviventes como no que diz respeito às filhas e filhos adotados ou nascidos dessas relações.

*Brasil:* Artigo 226. A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado.

O artigo continua com disposições específicas relativas, entre outros aspectos, ao casamento ou matrimônio, e à “união estável entre o homem e a mulher como entidade familiar”.

*Chile:* Artigo 1 (contido no Capítulo I, Bases da Institucionalidade). As pessoas nascem livres e iguais em dignidade e direitos

A família é o núcleo fundamental da sociedade.

O Estado reconhece e ampara os grupos intermediários mediante os quais se organiza e estrutura a sociedade, e lhes garante a adequada autonomia para cumprir seus próprios fins específicos.

O Estado está a serviço da pessoa humana e sua finalidade é promover o bem comum, razão pela qual deve contribuir para criar as condições sociais que permitam a todos e a cada um dos integrantes da comunidade nacional a maior realização espiritual e material possível, com pleno respeito aos direitos e garantias que esta Constituição estabelece.

É dever do Estado resguardar a segurança nacional, dar proteção à população e à família, visar ao fortalecimento desta, promover a integração harmônica de todos os setores da Nação e assegurar o direito das pessoas de participar com igualdade de oportunidades da vida nacional.

*Colômbia:* Artigo 5. O Estado reconhece, sem nenhuma discriminação, a primazia dos direitos inalienáveis da pessoa, e ampara a família como instituição básica da sociedade.

Artigo 42. A família é o núcleo fundamental da sociedade. É constituída por vínculos naturais ou jurídicos, pela decisão livre de um homem e uma mulher de contrair matrimônio ou pela vontade responsável de estabelecê-la.

O Estado e a sociedade garantem a proteção integral da família. A lei poderá determinar o patrimônio familiar inalienável e inibargável. A honra, a dignidade e a intimidade da família são invioláveis.

As relações familiares se baseiam na igualdade de direitos e deveres do casal e no respeito recíproco entre todos os seus integrantes.

Qualquer forma de violência na família é considerada destrutiva de sua harmonia e unidade, e será punida conforme a lei.

Os filhos existentes no casamento ou fora dele, adotados ou procriados naturalmente ou com assistência científica, têm iguais direitos e deveres. A lei regulamentará a paternidade responsável.

O casal tem direito de decidir livre e responsabilmente o número de filhos, e deverá tê-los e educá-los enquanto sejam menores ou impedidos.

As formas de casamento, a idade e a capacidade para contrai-lo, os deveres e direitos dos cônjuges, sua separação, bem como a dissolução do vínculo, são regidos pela lei civil.

Os casamentos religiosos terão efeitos civis nos termos que estabeleça a lei.

Os efeitos civis de todo casamento cessarão por divórcio de acordo com a lei civil.

Também terão efeitos civis as sentenças de anulação dos casamentos religiosos expedidas por autoridades da respectiva religião, nos termos que estabeleça a lei.

A lei determinará o que se refira ao estado civil das pessoas e aos consequentes direitos e deveres.

*Costa Rica:* Artigo 51. A família, como elemento natural e fundamental da sociedade, tem o direito à proteção especial do Estado. Também terão direito a essa proteção a mãe, a criança, o idoso e o doente desamparado.

Artigo 52. O casamento é a base essencial da família e reside na igualdade de direitos dos cônjuges.

Artigo 53. Os pais têm com os filhos nascidos no casamento as mesmas obrigações que com os nascidos fora dele.

Toda pessoa tem direito de saber quem são seus pais, conforme a lei.

*Cuba:* Artigo 35. O Estado protege a família, a maternidade e o casamento.

O Estado reconhece na família a célula fundamental da sociedade e a ela atribui responsabilidades e funções essenciais na educação e formação das novas gerações.

Artigo 36. O casamento é a união voluntária e harmônica de um homem e uma mulher com capacidade legal para isso, a fim de constituir vida em comum. Reside na igualdade absoluta de direitos e deveres dos cônjuges, os quais devem atender à manutenção do lar e à formação integral dos filhos mediante

o esforço comum, de maneira que este seja compatível com o desenvolvimento das atividades sociais de ambos.

A lei regulamenta a formalização, o reconhecimento e a dissolução do casamento bem como os direitos e obrigações que desses atos decorram.

*Ecuador:* Artigo 67. Reconhece-se a família em seus diversos tipos. O Estado a protegerá como núcleo fundamental da sociedade e garantirá condições que favoreçam integralmente a consecução de seus fins. Esta se constituirá por vínculos jurídicos ou de fato, e se baseará na igualdade de direitos e oportunidades de seus integrantes.

O casamento é a união entre homem e mulher, e se fundamenta no livre consentimento das pessoas contraentes e na igualdade dos respectivos direitos, obrigações e capacidade legal.

Artigo 68. A união estável e monogâmica entre duas pessoas livres de vínculo matrimonial que formem um lar de fato, pelo tempo e nas condições e circunstâncias que determine a lei, gerará os mesmos direitos e obrigações que têm as famílias constituídas mediante casamento.

A adoção caberá somente a casais de sexo diferente.

*El Salvador:* Artigo 32. A família é a base fundamental da sociedade e terá a proteção do Estado, que promulgará a legislação necessária e criará os organismos e serviços apropriados para sua integração, bem-estar e desenvolvimento social, cultural e econômico. O fundamento legal da família é o casamento, e reside na igualdade jurídica dos cônjuges. O Estado incentivará o casamento; mas a falta deste não afetará o gozo dos direitos que se estabelecem em favor da família.

Artigo 33. A lei regulamentará as relações pessoais e patrimoniais dos cônjuges entre si e entre eles e seus filhos, estabelecendo os direitos e deveres recíprocos em bases equitativas; e criará as instituições necessárias para garantir sua aplicabilidade. Também regulamentará as relações familiares que decorram da união estável de um homem e uma mulher.

*Nicarágua:* Artigo 70. A família é o núcleo fundamental da sociedade e tem direito à proteção desta e do Estado.

Artigo 71. É direito dos nicaraguenses constituir uma família. Garante-se o patrimônio familiar, que é inimargável e isento de todo ônus público. A lei regulamentará e protegerá esses direitos.

Artigo 72. O casamento e a união de fato estável são protegidos pelo Estado; residem no acordo voluntário do homem e da mulher e poderão ser dissolvidos por mútuo consentimento ou pela vontade de uma das partes. A lei regulamentará essa matéria.

Artigo 73. As relações familiares residem no respeito, na solidariedade e na igualdade absoluta de direitos e responsabilidades entre o homem e a mulher.

Os pais devem prover a manutenção do lar e a formação integral dos filhos mediante o esforço comum, com iguais direitos e responsabilidades. Os filhos, por sua vez, são obrigados a respeitar e ajudar os pais. Esses deveres e direitos se cumprirão de acordo com a legislação da matéria.

*Paraguai:* Artigo 49. Da proteção da família

A família é o fundamento da sociedade, e se promoverá e garantirá sua proteção integral, que inclui a união estável do homem e da mulher, os filhos e a comunidade que se constitua com qualquer de seus pais e seus descendentes.

Artigo 50. Do direito a constituir família

Toda pessoa tem direito a constituir família, em cuja formação e desenvolvimento a mulher e o homem terão os mesmos direitos e obrigações.

Artigo 51. Do casamento e dos efeitos das uniões de fato

A lei estabelecerá as formalidades para a celebração do casamento entre o homem e a mulher, os requisitos para contrai-lo, as causas de separação, de dissolução e seus efeitos, bem como o regime de administração de bens e outros direitos e obrigações entre cônjuges.

As uniões de fato entre o homem e a mulher, sem impedimentos legais para contrair matrimônio, que reúnam as condições de estabilidade e singularidade, produzem efeitos similares aos do casamento, nas condições que estabeleça a lei.

Artigo 52. Da união no casamento

A união do homem e da mulher no casamento é um dos componentes fundamentais na formação da família.

*Peru:* Artigo 4. A comunidade e o Estado protegem especialmente a criança, o adolescente, a mãe e o idoso em situação de abandono. Também protegem a família e promovem o casamento. Reconhecem esses últimos como institutos naturais e fundamentais da sociedade.

A forma de casamento e as causas de separação e de dissolução são regulamentadas por lei.

Artigo 5.- A união estável de um homem e uma mulher, livres de impedimento matrimonial, que formem um lar de fato, dá lugar a uma comunidade de bens sujeita ao regime da sociedade conjugal no que seja aplicável.

*Uruguai:* Artigo 40. A família é a base de nossa sociedade. O Estado zelará por sua estabilidade moral e material, para a melhor formação dos filhos dentro da sociedade.

Artigo 41. O cuidado e a educação dos filhos, para que alcancem a plena capacidade corporal, intelectual e social, é um dever e um direito dos pais. Aqueles que tenham a seu cargo prole numerosa têm direito a auxílios compensatórios, sempre que necessitem.

A lei disporá as medidas necessárias para que a infância e a juventude sejam protegidas contra o abandono corporal, intelectual ou moral dos pais ou tutores, bem como contra a exploração e o abuso.

Artigo 42. Os pais têm para com os filhos fora do casamento os mesmos deveres relativos aos nascidos no casamento.

A maternidade, qualquer que seja a condição ou situação da mulher, tem direito à proteção e à assistência da sociedade em caso de desamparo.

*Venezuela:* Artigo 75. O Estado protegerá as famílias como associação natural da sociedade e como espaço fundamental para o desenvolvimento integral das pessoas. As relações familiares se baseiam na igualdade de direitos e deveres, na solidariedade, no esforço comum, na compreensão mútua e no respeito recíproco entre seus integrantes. O Estado garantirá proteção à mãe, ao pai ou a quem exercer a chefia da família.

As crianças e adolescentes têm direito de viver e ser criados bem como a se desenvolver no seio da família de origem. Quando isso não seja possível ou contrário a seu interesse superior, terão direito a uma família substituta, em conformidade com a lei. A adoção tem efeitos similares aos da filiação, e se estabelece sempre em benefício da criança adotada, em conformidade com a lei. A adoção internacional é subsidiária à nacional.

Artigo 76. A maternidade e a paternidade são protegidas integralmente, seja qual for o estado civil da mãe ou do pai. Os casais têm o direito de decidir livre e responsabilmente o número de filhos que desejem conceber, e a dispor da informação e dos meios que lhes assegurem o exercício desse direito. O Estado garantirá assistência e proteção integral à maternidade, em geral a partir do momento da concepção, durante a gestação, o parto e o pós-parto, e assegurará serviços de planejamento familiar integral, baseados em valores éticos e científicos.

Os pais têm o dever comum e irrenunciável de criar, formar, educar, manter e assistir os filhos, e estes têm o dever de assisti-los quando não possam fazê-lo por si mesmos. A lei estabelecerá as medidas necessárias e adequadas para garantir a efetividade da obrigação alimentar.

Artigo 77. Protege-se o casamento entre um homem e uma mulher, o qual se fundamenta no livre consentimento e na igualdade absoluta dos direitos e deveres dos cônjuges. As uniões estáveis de fato entre um homem e uma mulher que cumpram os requisitos estabelecidos na lei produzirão os mesmos efeitos que o casamento.

20. Concordo com o critério de interpretação evolutiva que considera a Convenção Americana como um instrumento vivo que se deve entender de acordo com as circunstâncias do momento, mas no entendimento de que para avançar nesse terreno é necessário que exista um consenso, um espaço de coincidência ou uma convergência de normas entre os Estados Partes (ver par. 9 *supra*). É o que ocorre no caso do reconhecimento de que se deve entender como proibida a discriminação baseada na orientação sexual (pars. 83 a 93 da Sentença), pois existe não só entre os Estados Partes na Convenção Americana, mas entre todos os Estados membros da OEA, um claro conceito a esse respeito, expressado nas resoluções da Assembleia Geral citadas (nota 97).
21. Não se pode dizer que ocorra o mesmo em relação à evolução da noção de família e sua qualidade de base ou elemento essencial ou natural da sociedade, que continua presente, inclusive nas Constituições de muitos Estados Partes (par. 19 *supra*). O fato incontestável de que atualmente exista uma pluralidade de conceitos de família, como se reúne na nota 192 da Sentença,<sup>319</sup> não quer dizer que, necessariamente, todos e cada um

319. O texto da nota 192 é o seguinte (grifo nosso): “Nações Unidas, Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Recomendação Geral nº 21 (13º Período de Sessões, 1994). A igualdade no casamento e nas relações familiares, par. 13 (“A forma e o conceito de família variam de um Estado para outro e até de uma região para outra num mesmo Estado. Qualquer que seja a forma que adote e quaisquer que sejam o ordenamento jurídico, a religião, os costumes ou a tradição do país, o tratamento da mulher na família, tanto diante da lei como na esfera privada, deve adequar-se aos princípios de igualdade e justiça para todas as pessoas, como o exige o artigo 2 da Convenção”); Comissão dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 7. Realização dos direitos da criança na primeira infância, nota 171 *supra*, par. 15 e 19 (“A Comissão reconhece que ‘família’ aqui se refere a uma variedade de estruturas que podem ocupar-se da atenção, do cuidado e do desenvolvimento das crianças pequenas, e que incluem a família nuclear, a família estendida e outras modalidades tradicionais e modernas de base comunitária, desde que estejam acordes com os direitos e o interesse superior da criança. [...] a Comissão observa que, na prática, os

deles correspondam ao que a Convenção Americana, inclusive interpretada evolutivamente, segundo as normas mencionadas (pars. 9 e 18 *supra*), entende por família como “elemento natural e fundamental da sociedade”, ou ao que os Estados Partes que têm disposições análogas entendam como tal. Tampouco quer dizer que todos os Estados Partes devam reconhecer todos os conceitos ou modelos de família. Precisamente na Observação Geral nº 19, o Comitê de Direitos Humanos, no mesmo parágrafo, em que observa que

*“o conceito de família pode diferir em alguns aspectos de um Estado para outro, e ainda entre regiões dentro de um mesmo Estado, de maneira que não é possível dar uma definição uniforme ao conceito”.*

22. Destaca que:

*“quando a legislação e a prática de um Estado considerem um grupo de pessoas como uma família, este deve ser objeto da proteção prevista no artigo 23. Por conseguinte, em seus relatórios, os Estados Partes deveriam expor a interpretação ou a definição que se dá ao conceito de família e de seu alcance em suas sociedades e em seus ordenamentos jurídicos. Quando existam diversos conceitos de família dentro de um Estado, “nuclear” e “estendida”, se deveria especificar a existência desses diversos conceitos de família, com indicação do grau de proteção de uma e de outra. Em vista da existência de diversos tipos de família, como as de casais que não contraíram matrimônio e seus filhos e as famílias monoparentais, os Estados Partes deveriam também informar em que medida a legislação e as práticas nacionais reconhecem e protegem esses tipos de família e seus membros”.* (Grifo nosso.)

23. Em outras palavras, é uma das esferas em que se torna necessário reconhecer uma *margem de apreciação nacional*, para a qual se deverá fazer uma indagação a qual não cabe proceder no presente caso, mas que se deverá formular quando o tema seja objeto de um caso apresentado perante a Corte e se ouçam os argumentos que a respeito formulem as partes e eventualmente os *amici curiae* que se apresentem.

24. Tudo isso reafirma minha convicção de que não é necessário nem prudente que neste caso se declare uma violação do parágrafo 1º do artigo 17 que se pudesse entender como um pronunciamento implícito sobre a interpretação das diferentes disposições desse artigo.

Alberto Pérez Pérez  
Juiz

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

---

modelos familiares são variáveis e mutáveis em muitas regiões, assim como a disponibilidade de redes não estruturadas de apoio aos pais, e que existe uma tendência global para uma diversidade maior no tamanho de família, nas funções parentais e nas estruturas para a criação das crianças”); Comissão de Direitos Humanos, Observação Geral nº 19 (39º Período de Sessões, 1990). A família (artigo 23), HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. I), par. 2 (“A Comissão observa que o conceito de família pode diferir em alguns aspectos de um Estado para outro, e entre regiões dentro do mesmo Estado, de maneira que não é possível apresentar uma definição uniforme do conceito”), e Nações Unidas, Comissão de Direitos Humanos, Observação Geral nº 16 (32º Período de Sessões, 1988). Direito à intimidade (artigo 17), HRI/GEN/1/Rev. 9 (Vol. I), par. 5 (“Quanto ao termo ‘família’, os objetivos do Pacto exigem que, para os efeitos do artigo 17, seja interpretado como um critério amplo que inclua todas as pessoas que compõem a família, tal como seja esta entendida na sociedade do Estado Parte em questão”).

**CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**  
**CASO FORNERÓN E FILHA VS. ARGENTINA**  
**SENTENÇA DE 27 DE ABRIL DE 2012**  
**(Mérito, Reparações e Custas)**

No caso *Fornerón e filha*,

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Corte Interamericana”, “a Corte” ou “o Tribunal”), integrada pelos seguintes Juízes:\*

Diego García-Sayán, Presidente;  
Manuel E. Ventura Robles, Vice-Presidente;  
Margarette May Macaulay, Juíza;  
Rhadys Abreu Blondet, Juíza;  
Alberto Pérez Pérez, Juiz, e  
Eduardo Vio Grossi, Juiz;

presentes, ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e  
Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta,

em conformidade com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante também denominada “a Convenção Americana” ou “a Convenção”) e com os artigos 31, 32, 65 e 67 do Regulamento da Corte (doravante também denominado “o Regulamento”), profere a presente Sentença.

---

\*O Juiz Leonardo A. Franco, de nacionalidade argentina, não participou no presente caso, de acordo com o artigo 19.1 do Regulamento da Corte aprovado em seu LXXXV Período Ordinário de Sessões, o qual, em conformidade com seu artigo 78, entrou em vigor em 1º de janeiro de 2010.



ÍNDICE

Capítulo	Parágrafo
<b>I. INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA</b>	<b>1</b>
<b>II. PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE</b>	<b>3</b>
<b>III. COMPETÊNCIA</b>	<b>9</b>
<b>IV. PROVA</b>	<b>10</b>
<b>A. Prova documental, testemunhal e pericial</b>	<b>11</b>
<b>B. Admissibilidade da prova</b>	<b>12</b>
<b>V. CONSIDERAÇÕES PRÉVIAS</b>	
<b>A. Determinação das supostas vítimas</b>	<b>14</b>
<b>B. Determinação do marco fático</b>	<b>17</b>
<b>VI. DIREITOS ÀS GARANTIAS JUDICIAIS, À PROTEÇÃO JUDICIAL, À PROTEÇÃO DA FAMÍLIA E O DEVER DE ADOTAR DISPOSIÇÕES DE DIREITO INTERNO, EM RELAÇÃO ÀS OBRIGAÇÕES DE RESPEITAR E GARANTIR OS DIREITOS E AOS DIREITOS DA CRIANÇA</b>	
<b>A. Fatos</b>	<b>20</b>
<b>B. Considerações gerais da Corte</b>	<b>44</b>
<b>C. Garantias judiciais e proteção judicial</b>	
i. Considerações da Comissão	58
ii. Alegações das representantes e do Estado	61
iii. Considerações da Corte sobre o prazo razoável	65
iv. Considerações da Corte sobre a devida diligência das autoridades judiciais no processo de guarda	78
v. Considerações da Corte sobre o direito a um recurso efetivo	107
<b>D. Proteção da família</b>	
i. Considerações da Comissão	112
ii. Alegações das representantes e do Estado	114
iii. Considerações da Corte	116
<b>E. Dever de adotar disposições de direito interno</b>	
i. Considerações da Comissão	125
ii. Alegações das representantes e do Estado	126
iii. Considerações da Corte	129
<b>VII. REPARAÇÕES</b>	<b>145</b>
<b>A. Parte lesada</b>	<b>148</b>
<b>B. Medidas de reparação integral: restituição, satisfação e garantias de não repetição</b>	<b>149</b>
1. Medida de restituição	
1.1 Restituição do vínculo entre o senhor Fornerón e sua filha	150
2. Garantias de não repetição	
2.1 Investigação e eventual punição de funcionários	168
2.2 Adequação do ordenamento jurídico interno	173
2.3 Capacitação de funcionários públicos	178
2.4 Publicação da Sentença	183
3. Outras medidas solicitadas	
3.1 Educação sobre o interesse superior da criança e o direito à identidade	184
3.2 Registro único de candidatos a guarda com fins de adoção	185
3.3 Banco de dados genético	186
<b>C. Indenização compensatória</b>	
1. Dano material	187
2. Dano imaterial	194
<b>D. Custas e gastos</b>	<b>198</b>
<b>E. Reembolso dos gastos ao Fundo de Assistência Jurídica de Vítimas</b>	<b>208</b>
<b>F. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados</b>	<b>211</b>
<b>VIII. PONTOS RESOLUTIVOS</b>	<b>218</b>

## I

**Introdução Da Causa E Objeto Da Controvérsia**

1. Em 29 de novembro de 2010, de acordo com o disposto nos artigos 51 e 61 da Convenção Americana e o artigo 35 do Regulamento da Corte, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante também denominada “a Comissão Interamericana” ou “a Comissão”) submeteu à jurisdição da Corte Interamericana o caso Fornerón e filha contra a República Argentina (doravante também denominada “o Estado” ou “Argentina”), originado em uma petição apresentada em 14 de outubro de 2004, por Leonardo Aníbal Javier Fornerón e Margarita Rosa Nicoliche, representante legal do Centro de Estudos Sociais e Políticos para o Desenvolvimento Humano (doravante denominado “CESPPEDH”), com a representação jurídica de Susana Ana Maria Terenzi e Alberto Pedronccini. Em 26 de outubro de 2006, a Comissão Interamericana aprovou o Relatório de Admissibilidade nº 117/06,<sup>1</sup> e em 13 de julho de 2010 aprovou o Relatório de Mérito nº 83/10, nos termos do artigo 50 da Convenção (doravante também denominado “o Relatório de Mérito” ou “o Relatório nº 83/10”), no qual realizou uma série de recomendações ao Estado. Este último relatório foi notificado à Argentina mediante comunicação de 29 de julho de 2010, concedendo um prazo de dois meses para informar sobre o cumprimento das recomendações. Depois de vencido o prazo de uma prorrogação solicitada pela Argentina, a Comissão submeteu o caso ao Tribunal devido à falta de cumprimento das recomendações por parte do Estado e à conseqüente necessidade de obter justiça e proteção efetiva dos direitos à proteção da família e do interesse superior da criança, bem como à necessidade de que o Estado modifique seu ordenamento jurídico em matéria de venda de crianças e repare de maneira integral as violações aos direitos humanos do presente caso. A Comissão Interamericana designou como delegados a Comissária Luz Patricia Mejía Guerrero e o Secretário Executivo Santiago A. Canton, e como assessoras jurídicas a sua Secretária Executiva Adjunta, Elizabeth Abi-Mershed, e María Claudia Pulido, Marisol Blanchard e Lilly Ching Soto, advogadas da Secretaria Executiva.
2. Segundo a Comissão Interamericana, o presente caso se relaciona com a alegada violação do direito à proteção da família do senhor Fornerón e de sua filha biológica.<sup>2</sup> A criança foi entregue por sua mãe à guarda pré-adotiva de um casal sem o consentimento de seu pai biológico, quem não possui acesso à criança e o Estado não ordenou nem implementou um regime de visitas, apesar dos múltiplos pedidos realizados pelo senhor Fornerón ao longo de mais de 10 anos. A Comissão considerou que o passar do tempo foi especialmente relevante na determinação da situação jurídica da criança e de seu pai, posto que as autoridades judiciais estabeleceram a adoção simples da criança a favor do casal adotante em 23 de dezembro de 2005, com fundamento na relação que já se havia desenvolvido no transcurso do tempo. A demora injustificada nos procedimentos se converteu na razão para desconhecer os direitos do pai. Em conseqüência, a Comissão solicitou à Corte que conclua e declare a responsabilidade internacional do Estado pela violação do direito do senhor Fornerón e de sua filha a um devido processo, às garantias judiciais e a seus direitos à proteção da família, consagrados nos artigos 8.1, 25.1 e 17 da Convenção Americana, respectivamente, em relação aos artigos 19 e 1.1 do mesmo instrumento e pelo descumprimento do artigo 2 da Convenção, em relação aos artigos 1.1 e 19 da mesma. A Comissão solicitou ao Tribunal que ordene diversas medidas de reparação.

## II

**Procedimento Perante A Corte**

3. A submissão do caso por parte da Comissão Interamericana foi notificada ao Estado e às representantes das supostas vítimas (doravante denominadas “as representantes”) em 31 de janeiro e em 3 de fevereiro de 2011. Em 1º de abril de 2011, Susana Terenzi e Margarita Rosa Nicoliche remeteram seu escrito de petições, argumentos e provas (doravante denominado “escrito de petições e argumentos”), nos termos dos artigos 25 e 40 do Regulamento. As representantes coincidiram substancialmente com as violações alegadas pela Comissão Interamericana e também pediram ao Tribunal que ordene diversas medidas de reparação.
4. Em 11 de julho de 2011, o Estado apresentou sua contestação aos escritos de submissão do caso e de petições e argumentos (doravante denominado “escrito de contestação” ou “contestação”). A Argentina

1. Neste relatório a Comissão Interamericana declarou a petição admissível em relação à suposta violação dos artigos 1.1, 8, 17, 19 e 25 da Convenção Americana.

2. A Corte se referirá à criança como M, e ao casal adotante como B-Z, com o objetivo de proteger a identidade da criança.

destacou sua “disposição, vontade política e ações concretas proativamente desenvolvidas no sentido de obter uma resposta que dê fim à situação proposta”. O Estado afirmou que evitou a confrontação por todos os meios possíveis e sempre priorizou o diálogo, propondo como estratégia de trabalho a possibilidade de uma re-vinculação do senhor Fornerón com sua filha biológica, sendo esta a única alternativa eficiente no caso. Além disso, recordou as diversas gestões realizadas por distintas autoridades, incluindo aquelas assumidas por um Ministro de Justiça e Direitos Humanos da Nação, com o fim de alcançar uma solução amistosa. Adicionalmente, referiu-se, entre outros aspectos, à delimitação do objeto processual do caso, à intervenção de autoridades provinciais em diversas gestões e a algumas das medidas de reparação solicitadas pelas representantes. O Estado designou como Agente a Eduardo Acevedo Diaz e como Agentes Assistentes a Juan José Arcuri, Alberto Javier Salgado e Andrea Gladys Gualde.

5. Com posterioridade à apresentação dos escritos principais (pars. 1 a 4 *supra*), bem como de outros escritos apresentados pelas partes, o Presidente do Tribunal ordenou, mediante Resolução de 13 de setembro de 2011, receber as declarações de cinco testemunhas<sup>3</sup> e o parecer de um perito, propostos pelas representantes, através de declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (doravante também denominadas “*affidavit*”), a respeito das quais o Estado teve a oportunidade de formular perguntas e observações. Do mesmo modo, convocou a Comissão Interamericana, as representantes e o Estado a uma audiência pública a fim de receber a declaração do senhor Fornerón, proposta pelas representantes, e os pareceres de Emilio García Méndez, proposto pela Comissão Interamericana, e de Graciela Marisa Guillis e Carlos Alberto Arianna, propostos pelo Estado, bem como as alegações finais orais das representantes e do Estado e as observações finais orais da Comissão sobre o mérito, as reparações e as custas.<sup>4</sup>
6. A audiência pública foi celebrada em 11 de outubro de 2011, durante o 44º Período Extraordinário de Sessões da Corte, realizado em Bridgetown, Barbados.<sup>5</sup> Nela, o Tribunal solicitou às partes que, ao apresentarem suas alegações finais escritas, remetessem também determinada informação adicional.
7. Em 14 e 16 de novembro de 2011, as representantes, o Estado e a Comissão Interamericana enviaram suas respectivas alegações e observações finais escritas. Junto com seus escritos, o Estado e as representantes remeteram documentos, os quais foram transmitidos para que as partes formulassem as observações que considerassem pertinentes. Adicionalmente, em 29 de novembro de 2011, de acordo com o artigo 58.b do Regulamento, solicitou-se ao Estado que, o mais tardar em 14 de dezembro de 2011, apresentasse determinada informação e documentação como prova para melhor resolver.<sup>6</sup> Em 14 de dezembro de 2011, a Argentina solicitou uma prorrogação de prazo, a qual foi concedida pelo Tribunal, estabelecendo o dia 23 de janeiro de 2012 como novo prazo para receber a informação. Em 24 de janeiro de 2012, a Argentina apresentou determinada informação, ainda que não aquela especificamente solicitada, circunstância que foi comunicada ao Estado. Em 28 de fevereiro de 2012, a Argentina apresentou um novo escrito, que continha parte da prova solicitada pela Corte como prova para melhor decidir. O Tribunal informou ao Estado que a admissibilidade desta documentação seria considerada em sua devida oportunidade (par. 12 *infra*).<sup>7</sup>
8. Por outro lado, o Tribunal recebeu escritos em qualidade de *amicus curiae* das seguintes pessoas e instituições: 1) Laura Clérico e Liliana Ronconi, professoras da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires; 2) Diana Maffia, legisladora da Cidade Autônoma de Buenos Aires; 3) Comitê contra a Tortura

3. Finalmente, as representantes apenas remeteram três dos cinco testemunhos oferecidos.

4. Cf. *Caso Fornerón e filha Vs. Argentina. Convocatória a Audiência Pública*. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 13 de setembro de 2011; disponível em <http://www.corteidh.or.cr/docs/assuntos/Forneron.pdf>. Com posterioridade à convocatória mencionada, o Estado informou que, por razões de força maior devidamente justificadas, o perito Arianna não poderia participar da audiência pública. O Tribunal autorizou que este perito apresentasse seu parecer por *affidavit*, concedendo às representantes a oportunidade de formular perguntas e observações a respeito. Por outro lado, a Corte não admitiu um pedido de reconsideração das representantes relativo à omissão de uma perita em sua lista definitiva de declarantes. Cf. *Caso Fornerón e filha Vs. Argentina*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 9 de outubro de 2011 (expediente de mérito, tomo II, folhas 1180 e 1184).

5. A esta audiência compareceram: a) pela Comissão Interamericana: Luz Patricia Mejía Guerrero, delegada e Silvia Serrano Guzmán, assessora jurídica; b) pelas representantes: Susana Ana María Terenzi e Margarita Rosa Nicoliche, e c) pelo Estado: Alberto Javier Salgado, Julia Loreto, Andrea Gladys Gualde, María Eugenia Carbone e Marisa Graham.

6. Cf. Nota da Secretaria do Tribunal, REF.: CDH-12.584/108 de 29 de novembro de 2011, mediante a qual solicitou ao Estado a remissão de: a) uma cópia completa das sentenças civil e penal indicadas no anexo a suas alegações finais escritas, no caso identificado como “E.Z. s/ Guarda. Marzo de 2010. Juicio Civil n° 38”; b) informação sobre se o ato de entregar uma criança em troca de uma retribuição ou compensação econômica é uma infração penal no direito interno e que apresente a este respeito as considerações que considere pertinentes, e c) informação detalhada sobre as gestões realizadas pelo Estado com o fim de verificar a conformidade legal da atuação dos funcionários que intervieram nos diversos processos internos relativos ao presente caso e, se for o caso, quais foram seus resultados.

7. Cf. Notas da Secretaria do Tribunal, REF.: CDH-12.584/111, 114 e 117 de 20 de dezembro de 2011, 31 de janeiro de 2012 e 6 de março de 2012.

da Comissão Provincial pela Memória;<sup>8</sup> 4) Fundação Adotar,<sup>9</sup> e 5) Laura María Giosa, Simón Conforti e Renzo Adrián Sujodolski, respectivamente, professor e pesquisadores do Centro de Estudos em Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade Nacional do Centro da Província de Buenos Aires, e Marisa Herrera e Lucas E. Barreiros, coordenadores dos cursos de mestrado em direito de família, infância e adolescência e de Direito Internacional dos Direitos Humanos da Faculdade de Direito da Universidade de Buenos Aires.

### III Competência

9. A Corte Interamericana é competente para conhecer do presente caso, nos termos do artigo 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, já que a Argentina é Estado Parte da Convenção desde 5 de setembro de 1984 e reconheceu a competência contenciosa do Tribunal nessa mesma data.

### IV Prova

10. Com base no estabelecido nos artigos 50, 57 e 58 do Regulamento, bem como em sua jurisprudência a respeito da prova e sua apreciação, a Corte examinará e valorará os elementos probatórios documentais remetidos em diversas oportunidades processuais, as declarações da suposta vítima e das testemunhas, e também os pareceres periciais prestados mediante *affidavit* e na audiência pública perante o Tribunal. Para isso, a Corte se aterá aos princípios da crítica sã, dentro do marco normativo correspondente.<sup>10</sup>

#### **A. Prova documental, testemunhal e pericial**

11. O Tribunal recebeu diversos documentos apresentados como prova pela Comissão Interamericana, pelas representantes e pelo Estado, bem como as declarações e pareceres prestados perante agente dotado de fé pública pelas seguintes pessoas: Olga Alicia Acevedo, Gustavo Fabián Baridón, Rosa Fornerón, José Arturo Galiñanes e Carlos Alberto Arianna. Quanto à prova oferecida em audiência pública, a Corte recebeu a declaração da suposta vítima, Leonardo Aníbal Javier Fornerón, e os pareceres dos peritos Emilio García Méndez e Graciela Marisa Guillis.<sup>11</sup>

#### **B. Admissibilidade da prova**

12. No presente caso, como em outros, o Tribunal admite aqueles documentos remetidos pelas partes na devida oportunidade processual que não foram controvertidos nem objetados, nem cuja autenticidade foi posta em dúvida.<sup>12</sup> Por outro lado, a informação e os documentos solicitados como prova para melhor resolver, remetidos pelo Estado dois meses e meio depois do prazo original e mais de um mês depois de vencida a prorrogação concedida (par. 7 *supra*), não serão admitidos pelo Tribunal.
13. Por outro lado, em relação à declaração da suposta vítima, aos testemunhos e aos pareceres prestados na audiência pública e mediante *affidavit*, a Corte os considera pertinentes apenas na medida em que se ajustem ao objeto que foi definido pelo Presidente do Tribunal na Resolução mediante a qual ordenou recebê-los. Outrossim, estes serão apreciados nos capítulos correspondentes, em conjunto com os demais elementos do acervo probatório e tomando em conta as observações formuladas pelas partes. Adicionalmente, conforme a jurisprudência deste Tribunal, as declarações oferecidas pelas supostas vítimas não podem ser apreciadas isoladamente mas dentro do conjunto das provas do processo, já que são úteis na medida em que podem

8. O escrito foi apresentado por Adolfo Pérez Esquivel, Aldo Etchegoyen, Alejandro Mosquera, Elisa Carca e Roberto F. Cipriano García, diretores da Comissão Provincial pela Memória.

9. O escrito foi apresentado por Julio César Ruíz, Presidente da Fundação Adotar.

10. Cf. *Caso da "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 8 de março de 1998. Série C Nº 37, par. 76, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Série C Nº 240, par. 64.

11. O objeto destas declarações pode ser consultado na Resolução de Convocatória a Audiência Pública de 13 de setembro de 2011, nota 4 *supra*.

12. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C Nº 1, par. 140, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*, nota 10 *supra*, par. 66.

proporcionar maior informação sobre as supostas violações e suas consequências.<sup>13</sup> Com base no anterior, o Tribunal admite estas declarações e pareceres cuja valoração se fará em conformidade com os critérios indicados.

## V

### Considerações Prévias

#### A. Determinação das supostas vítimas

14. Em relação às pessoas que devem ser consideradas como supostas vítimas no presente caso, a Comissão Interamericana afirmou que no momento de aprovar o relatório nº 83/10, fez referência à criança e ao senhor Fornerón, únicos nomes que constavam nos autos no momento de adotar a decisão. Adicionalmente, observou que depois da aprovação deste relatório, as representantes acrescentaram como supostas vítimas a determinados familiares do senhor Fornerón e de sua filha. Com efeito, em seu escrito de petições e argumentos as representantes acrescentaram como supostas vítimas a Argentina Rogantini (bisavó paterna da criança), Araceli Nahir Terencio e Víctor Fornerón (avós paternos da criança). O Estado afirmou que os únicos beneficiários de possíveis reparações são aqueles incluídos no Relatório de Mérito da Comissão, isto é, o senhor Fornerón e a criança M.
15. A Corte recorda que, em sua jurisprudência constante dos últimos anos, estabeleceu que as supostas vítimas deveriam estar indicadas no Relatório da Comissão emitido segundo o artigo 50 da Convenção e na demanda perante esta Corte. Ademais, de acordo com o artigo 34.1 do Regulamento então vigente, correspondia à Comissão, e não a este Tribunal, identificar com precisão e na devida oportunidade processual as supostas vítimas em um caso perante a Corte.<sup>14</sup>
16. O presente caso foi submetido com base no Regulamento da Corte que entrou em vigência em 2010, de maneira que, de acordo com seu artigo 35, a Comissão não submeteu o caso através de uma demanda, mas mediante a apresentação do relatório ao qual se refere o artigo 50 da Convenção. De tal modo, de acordo com o critério antes indicado, o Tribunal considera conveniente esclarecer que os familiares incluídos pelas representantes não serão considerados como supostas vítimas no presente caso, uma vez que não foram indicados como tais pela Comissão Interamericana em seu Relatório de Mérito nº 83/10.

#### B. Determinação do marco fático

17. De acordo com o artigo 35.3 do Regulamento, a Comissão Interamericana deve indicar quais dos fatos contidos no relatório previsto no artigo 50 da Convenção submete à consideração da Corte. Em seu escrito de submissão, a Comissão indicou que “submet[ia] à jurisdição da Corte a totalidade dos fatos [...] descritos no Relatório de Mérito [nº] 83/10”. De tal modo, o Relatório de Mérito constitui o marco fático do processo perante a Corte, de maneira que, exceto no caso de fatos posteriores à submissão do caso, não é admissível alegar no escrito de petições e argumentos novos fatos distintos daqueles apresentados no relatório, sem prejuízo de que podem expor os fatos que permitam explicar, esclarecer ou rejeitar os que foram mencionados no mesmo.<sup>15</sup>
18. As representantes afirmaram que na “Argentina há tráfico de crianças, que é sistemático no país, [e] que o Estado conhece estas situações”. Além disso, afirmaram que o “tráfico de crianças constitui uma prática habitual na Argentina” e que, “no caso concreto, se aprecia claramente que o tráfico de crianças provocou que [M e seu pai] tenham visto violados diferentes direitos humanos reconhecidos nos instrumentos internacionais, o que demonstra o descumprimento dos deveres do Estado”. Acrescentaram que os fatos do presente caso “confirmam a conivência dos operadores judiciais com uma rede de tráfico de crianças que operava na cidade de Rosario del Tala e com os apropriadores de [M]”. O Estado considerou improcedente

13. Cf. *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru*. Mérito. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C Nº 33, par. 43, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*, nota 10 *supra*, pars. 79 e 80.

14. Cf. *Caso dos Massacres de Ituango Vs. Colômbia. Exceção Preliminar, Mérito, Reparções e Custas*. Sentença de 1º de julho de 2006. Série C Nº 148, par. 98, e *Caso Barbani Duarte e outros Vs. Uruguai. Mérito, Reparções e Custas*. Sentença de 13 de outubro de 2011. Série C Nº 234, par. 42.

15. Cf. *Caso “Cinco Aposentados” Vs. Peru*. Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C Nº 98, pars. 153 e 154, e *Caso Família Barrios Vs. Venezuela*. Mérito, Reparções e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2011. Série C Nº 237, pars. 32 e 33.

qualquer manifestação dirigida a identificar os fatos do caso como situações relacionadas ao tráfico ou à “venda” de crianças. A Argentina negou a afirmação das representantes sobre uma suposta “situação geral, [...] tolerada desde as instâncias do Estado” ou a existência de “uma prática massiva e sistemática de tráfico de crianças [...], nem mesmo que o caso seja de modo algum comparável à apropriação ilegal e substituição de identidade de crianças ocorrida no âmbito do plano criminal da última ditadura militar na Argentina”.

19. Em sua determinação de fatos no Relatório de Mérito, a Comissão não mencionou a existência de uma prática habitual ou sistemática de venda ou “tráfico de crianças” na Argentina, fatos que apenas foram alegados pelas representantes. Assim mesmo, as representantes não argumentaram que aquelas afirmações estivessem orientadas a “explicar, esclarecer ou rejeitar” os fatos que haviam sido mencionados no Relatório nº 83/10. De acordo com o critério anteriormente mencionado, o Tribunal não considerará os fatos alegados pelas representantes que não formem parte do Relatório de Mérito da Comissão, ou que não expliquem, esclareçam ou rejeitem os apresentados por esta. Consequentemente, a alegada existência de uma situação geral ou de uma prática sistemática de tráfico ou venda de crianças na Argentina não forma parte do marco fático do presente caso e por isso as alegações relacionadas a estes aspectos não serão consideradas pelo Tribunal.

## VI

### Direitos às Garantias Judiciais, à Proteção Judicial, à Proteção da Família e ao Dever de Adotar Disposições de Direito Interno, em Relação às Obrigações de Respeitar e Garantir os Direitos e aos Direitos da Criança

#### A. Fatos

20. Antes de estabelecer os fatos provados, o Tribunal recorda que, de acordo com o artigo 41.3 do Regulamento, poderá considerar aceitos os fatos que não tenham sido expressamente negados e as pretensões que não tenham sido expressamente controvertidas. No presente caso, o Estado não controverteu os fatos que se consideram provados nos parágrafos a seguir.
21. Em 16 de junho de 2000, na Policlínica da cidade de Victoria, nasceu M, filha de Diana Elizabeth Enríquez e do senhor Fornerón. Ambos tiveram uma relação que terminou antes do nascimento da criança. O senhor Fornerón desconhecia a existência da gravidez da senhora Enríquez até aproximadamente seu quinto mês, quando uma amiga em comum lhe informou sobre o fato. Depois de saber sobre a gravidez, o senhor Fornerón perguntou várias vezes à senhora Enríquez se ele era o pai, e ela negou todas as vezes. O nascimento de M foi registrado pela mãe em 20 de junho de 2000. Tanto o senhor Fornerón como a mãe da criança eram residentes na época dos fatos em Rosario del Tala, cidade que se encontra a aproximadamente 100 quilômetros de distância de Victoria.<sup>16</sup>
22. No dia seguinte ao nascimento, a senhora Enríquez entregou sua filha ao casal B-Z, residentes na Cidade Autônoma de Buenos Aires, com a intervenção do Defensor Suplente de Pobres e Menores da cidade de Victoria, que mediante uma ata formal fez constar o ocorrido. Na ata de entrega elaborada por este funcionário, se lê que a mãe “deix[ou] expressa constância de sua vontade de entregar sua filh[a] em guarda provisória com fins [de] futura adoção” ao referido casal e “express[ou] sua] vontade de não ser intimada para os trâmites judiciais de guarda e/ou adoção plena que para tais efeitos pudesse vir a ser realizado.”<sup>17</sup> Posteriormente, a senhora Enríquez regressou a Rosario del Tala, e aí o senhor Fornerón, que havia tido conhecimento do nascimento da criança através da referida amiga em comum, consultou novamente à mãe para saber se ele era o pai da criança e lhe indicou que, se assim fosse, podiam ir ambos buscá-la e ele se encarregaria de seu cuidado. A senhora Enríquez confirmou que ele era o pai, mas afirmou que não queria que ele fosse buscá-la.<sup>18</sup>
23. Em razão do anterior, em 3 de julho de 2000, 17 dias depois do nascimento de M, o senhor Fornerón e a senhora Enríquez compareceram perante a Defensoria de Pobres e Menores de Rosario del Tala. Ali o senhor Fornerón se interessou pelo reconhecimento de paternidade de M e afirmou que, apesar de não ter certeza

16. Cf. Declaração de Olga Acevedo prestada perante agente dotado de fé pública em 4 de outubro de 2011 (expediente de mérito, tomo II, folhas 1140 e 1141); certidão de nascimento de M de 20 de junho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, anexo 5, folha 47), e declaração do senhor Fornerón na audiência pública de 11 de outubro de 2011.

17. Cf. Ata de entrega de M de 17 de junho de 2000 (expediente de anexos à contestação, tomo III, folha 3075).

18. Cf. Declaração do senhor Fornerón na audiência pública de 11 de outubro de 2011, e declaração de Olga Acevedo, nota 16 *supra*, folhas 1141 e 1142.

de ser o pai, caso correspondesse, desejava responsabilizar-se pela criança. Perante a Defensoria de Pobres e Menores, a senhora Enríquez manifestou que o senhor Fornerón não era o pai da criança e informou que esta se encontrava na cidade de Baradero, na casa de uma tia. Em 4 de julho de 2000, o senhor Fornerón comunicou à Defensoria de Menores sua preocupação em relação ao paradeiro da criança, bem como por seu estado de saúde, e manifestou suspeitas com respeito ao relato da senhora Enríquez. No dia seguinte, a senhora Enríquez compareceu novamente perante a mesma Defensoria e afirmou que havia entregado à criança em guarda para futura adoção a um casal conhecido, devido à sua escassez de recursos, e assegurou novamente que o senhor Fornerón não era o pai da criança.<sup>19</sup>

24. Em 18 de julho de 2000, um mês e dois dias depois do nascimento de M e 15 dias depois de ter comparecido à Defensoria de Menores, o senhor Fornerón se apresentou no Registro Civil e reconheceu legalmente sua filha.<sup>20</sup>
25. Os referidos fatos foram objeto de análise, entre outros, em vários procedimentos judiciais aos quais a Corte se referirá a seguir, correspondentes a: a) a causa penal sobre a possível ocorrência de supressão de estado civil; b) a causa civil sobre guarda judicial; c) a causa civil sobre direito de visitas, e d) a causa civil sobre adoção plena.<sup>21</sup>

*Causa denominada “Promotor solicita medidas prévias—possível ocorrência de supressão de estado civil”, autos n° 537*

26. Em 11 de julho de 2000, 25 dias depois do nascimento, a Promotoria, depois de ter conhecimento dos fatos por meio do senhor Fornerón, solicitou ao Juiz de Instrução a adoção de medidas prévias, ante a incerteza sobre o destino da criança e dadas as contradições em que havia incorrido a mãe. Em sua petição, o Promotor afirmou que não se podia descartar “que tivesse sido cometido um delito previsto no Título 4, Capítulo 2 do Código Penal”, correspondente à supressão e à suposição do estado civil e da identidade.<sup>22</sup>
27. Em 28 de julho de 2000, o Juiz de Instrução determinou “a falta de pertinência” de algumas das medidas solicitadas pela Promotoria, já que “fica[va] claro que não havia existido na espécie, nem haviam sido consumadas, condutas delitivas previstas e sancionadas” no Código Penal, isso “sem prejuízo das particularidades que rodeiam o nascimento e posterior entrega da [criança], em uma localidade localizada a mais de 100 quilômetros do domicílio da [mãe]”. Em 2 de agosto de 2000, a Promotoria formulou um “requerimento de instrução” para que fosse investigada a suposta ocorrência de delitos contemplados nos artigos 138 e 139.2 do Código Penal.<sup>23</sup>
28. Em 4 de agosto de 2000, o Juiz de Instrução resolveu arquivar os autos por “não enquadrar os fatos em nenhuma figura penal”. Adicionalmente, considerou, entre outros fundamentos, que “[o senhor Fornerón,] ao não ter reconhecido à [criança] como sua filha extra-matrimonial, e independentemente das causas pelas quais tal ato não pode ser concretizado, ainda não foi inserido na condição de pai da mesma”,<sup>24</sup> de maneira que a conduta da senhora Enríquez “não está encaminhada a violar o estado civil de pai do [senhor] Fornerón, [...] porque simplesmente este carece de tal condição até que não reconheça sua suposta filha”, de maneira que seu comportamento não é punível nos termos do artigo 138 do Código Penal. Além disso, nos referidos artigos 138 e 139 os sujeitos passivos vítimas do delito são menores de idade, e “a alteração [contemplada neles] se refere ao estado civil de outra pessoa, pois caso se referisse ao estado do próprio autor, não se incorreria nesse delito”.<sup>25</sup>

19. Cf. Petições da Defensoria de Pobres e Menores da Jurisdição de Rosario del Tala de 3 e 5 de julho de 2000 (expediente de anexos à contestação, tomo II, folhas 2685 a 2687), e petição da Promotoria solicitando medidas prévias de 11 de julho de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, anexo 4, folhas 38 ao 40).

20. Cf. Certidão de nascimento de M, nota 16 *supra*, folha 47.

21. Além dos procedimentos judiciais que se analisam nesta Sentença, a Comissão e as representantes incluíram referências a dois processos internos a respeito dos quais não alegaram violações específicas de direitos contidos na Convenção, de modo que não serão incluídos no presente capítulo. Trata-se das causas denominadas “Fornerón Anibal Leonardo sobre medidas precautorias” autos n° 33.707 perante o Juízo n° 86 de Justiça Nacional Civil da Cidade de Buenos Aires e “Enríquez, Diana Elizabeth s/ Su Denuncia”, perante o Juízo de Instrução da Cidade de Victoria.

22. Cf. Petição da Promotoria de 11 de julho de 2000, nota 19 *supra*, folhas 41 e 42.

23. Cf. Decisão do Juiz de Instrução de Rosario del Tala de 28 de julho de 2000 e Requerimento de Instrução do Promotor de 2 de agosto de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, anexos 6 e 7, folhas 50 a 60).

24. Da prova existente nos autos perante esta Corte decorre que a informação sobre o reconhecimento de sua filha por parte do senhor Fornerón foi incorporada aos autos em setembro de 2000, isto é, com posterioridade à sentença do Juiz de Instrução (expediente de anexos à contestação, tomo II, folhas 2765 a 2769).

25. Cf. Decisão do Juiz de Instrução de Rosario del Tala de 4 de agosto de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, anexo 8, folhas 63 a 69).

29. Em 10 de agosto de 2000, a Promotoria interpôs um recurso de apelação contra a decisão de arquivamento.<sup>26</sup> Em 12 de setembro de 2000, a Câmara Criminal de Gualeguay revogou a decisão apelada e ordenou ao juiz atuante continuar com a atividade de instrução.<sup>27</sup> Em 31 de janeiro de 2001, o Juiz de Instrução assinalou que, depois da análise de numerosos elementos de prova, “chega à mesma conclusão [anterior]”, e ordenou o arquivamento da causa.<sup>28</sup> Em 5 de fevereiro de 2001, a Promotoria interpôs um recurso de apelação contra esta decisão, no qual ressaltou que o senhor Fornerón havia reconhecido sua filha e havia sido submetido a exames de DNA que confirmavam sua paternidade, e, ainda assim, o juiz de instrução arquivou a causa, desta vez sem utilizar o argumento de que não existe violação do estado civil de pai ao não ter se constituído como tal, mas utilizando argumentos novos, ignorando agora a condição de pai.<sup>29</sup>
30. Em 26 de abril de 2001, a Câmara Criminal de Gualeguay rejeitou a apelação, confirmando o despacho de arquivamento. Esta Câmara afirmou, *inter alia*, que da prova colhida não “se pode suspeitar da existência de atos de execução dos delitos reprimidos no art[igo] 11 do Título IV do livro Segundo do Código Penal”, e que a reforma da Lei nº 24.410 “não teve como propósito a repressão de atividades daqueles que lucram com a venda ou intermedeiam a entrega de crianças, com fins benevolentes ou humanitários”.<sup>30</sup>

*Causa denominada “[M.] S/ Guarda Judicial”, autos nº 994*

31. Em 1 de agosto de 2000, um mês e meio depois do nascimento da criança, o casal B-Z solicitou a guarda judicial de M. Em 28 de agosto de 2000, a Defensoria de Pobres e Menores (doravante denominada também “a Defensoria de Menores”) pôs em conhecimento do Juiz de Primeira Instância o reconhecimento da criança por parte do senhor Fornerón. Em 27 de setembro de 2000, este juiz intimou o senhor Fornerón para que comparecesse, e em 3 de outubro de 2000, esse funcionário recebeu um ofício do Juiz de Instrução da causa penal “Promotor solicita medidas prévias—possível comissão de supressão de estado civil”, informando sobre a causa iniciada naquele foro. O senhor Fornerón, como “pai biológico da [criança]”, pediu ao Juiz de Primeira Instância, em 18 de outubro de 2000, a interrupção da guarda judicial e que a criança lhe fosse entregue em guarda provisória. Diante da negativa da mãe biológica sobre a paternidade de Fornerón, em 13 de novembro de 2000 ordenou-se a realização de um exame de DNA, cujos resultados foram recebidos pelo Juiz de Primeira Instância em 11 de dezembro de 2000. Esta prova confirmou a paternidade do senhor Fornerón. Em 14 de fevereiro de 2001, o senhor Fornerón reiterou seu pedido de interrupção da guarda e a restituição da criança, “a quem não apenas quero como minha filha, mas também agora tenho a segurança jurídica e biológica de que sou seu pai”.<sup>31</sup>
32. Em março de 2001, o Juiz de Primeira Instância ordenou a realização de um relatório psicológico com base no pedido da Defensoria de Menores a respeito dos “possíveis danos que a [criança] poderia sofrer em caso de ser ordenada [sua] entrega [...] ao pai biológico”. O referido relatório, apresentado ao juiz em 9 de maio de 2001, concluiu que “seria sumamente prejudicial psicologicamente para a criança a transferência da família a que reconhece [...] a outra que desconhece[...], e que] o afastamento da criança de suas afeições e de seu ambiente seria muito traumático, podendo causar danos emocionais graves e irreversíveis, ainda mais [se] já atravessou uma primeira situação de abandono”. Em 7 de maio de 2001, o senhor Fornerón reiterou seu pedido anterior, indicando ao juiz a necessidade de que a guarda fosse interrompida “devido à situação da menor, que por um lado recebe o afeto dos atuais guardiães, compartilha sua casa e suas coisas, se habitua a uma relação e a situação precária da qual será desapegada [...] para viver uma nova. Mas esta realidade será para [M] cada vez mais dolorosa, difícil e traumática quanto maior seja o tempo transcorrido para a restituição”.<sup>32</sup>

26. Cf. Recurso de apelação da Promotoria de 10 de agosto de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, anexo 9, folhas 71 a 80).

27. Cf. Decisão da Câmara Criminal de Gualeguay de 12 de setembro de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, anexo 10, folhas 82 e 83).

28. Cf. Decisão do Juiz de Instrução de 31 de janeiro de 2001 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, anexo 11, folhas 85 a 97).

29. Cf. Recurso de apelação da Promotoria de 5 de fevereiro de 2001 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, anexo 12, folhas 99 a 106).

30. Cf. Decisão da Câmara Criminal de Gualeguay de 26 de abril de 2001 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, anexo 13, folhas 109 a 114).

31. Cf. Sentença do Juiz de Primeira Instância de 17 de maio de 2001 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, anexo 2, folha 14); petição de concessão de guarda judicial de 1 de agosto de 2000; escrito do Defensor de Pobres e Menores de 28 de agosto de 2000; constância de citação a audiência ao senhor Fornerón de 27 de setembro de 2000; ofício do Juiz de Instrução de 28 de setembro de 2000; pedido de interrupção da guarda judicial e restituição da menor apresentado pelo senhor Fornerón em 18 de outubro de 2000; ofício do Juiz de Primeira Instância de 9 de novembro de 2000; resultados do exame de DNA realizado pelo senhor Fornerón, recebida pelo Juiz em 11 de dezembro de 2000, e petição do senhor Fornerón de restituição de sua filha de 14 de fevereiro de 2001 (expediente de anexos à contestação, tomo III, folhas 3111, 3112, 3121, 3127, 3128, 3157 a 3160, 3163, 3173 a 3180 e 3182).

32. Cf. Sentença do Juiz de Primeira Instância de 17 de maio de 2001, nota 31 *supra*, folhas 15 e 16; petição do senhor Fornerón de 7 de maio de 2001, e perícia psicológica de 9 de maio de 2001 (expediente de anexos à contestação, tomo III, folhas 3192 e 3198).



33. Em 17 de maio de 2001, o Juiz de Primeira Instância concedeu a guarda judicial da criança ao casal B-Z, por um prazo de um ano. Na sentença, considerou que: a) a inexistência de um “noivado formal de mais de 12 meses” entre o senhor Fornerón e a senhora Enríquez, o fato de que a criança “não foi resultado do amor” nem “do desejo de formar uma família”, e a existência de uma forte oposição da mãe biológica à possível entrega da criança a seu pai, são circunstâncias que “demonstravam um real conflito” entre os progenitores da criança e “a ausência de uma família biológica”; b) o senhor Fornerón não havia demonstrado nenhum tipo de interesse nem colaboração com a mãe antes do nascimento da criança, nem realizou nenhum pedido judicial para resguardar o vínculo com a criança; c) é excessivo o prazo contado desde o nascimento da criança ou do reconhecimento da mesma até a data de apresentação em autos para reclamar a entrega de M; d) caso a criança fosse entregue ao pai biológico, não contaria com uma família biológica, faltando-lhe a presença materna, e e) sem deixar de avaliar os direitos do pai, prima o interesse superior da criança que, a critério da perita, sofreria um dano irreparável se fosse entregue ao senhor Fornerón. Concluiu que “caso o pai biológico concorde, no futuro [...], poderia ser organizado um regime de visitas para manter contato com a criança”.<sup>33</sup>
34. Em 4 de junho de 2001, o senhor Fornerón e seu advogado interpuseram um recurso de apelação contra essa sentença,<sup>34</sup> afirmando, *inter alia*, que: a) a senhora Enríquez nunca manifestou nos autos quem era o pai, portanto, caso não fosse sua “obstinada vontade de querer saber qual era a verdade [...] e a decisão de reconhecer a sua filha [...] de forma extrajudicial, nunca teria se inteirado de sua paternidade”; b) o Juiz de Primeira Instância não ordenou provas necessárias e não intimou o senhor Fornerón; c) a busca, o reconhecimento e a petição judicial especialmente reclamando a interrupção da guarda, são indicativos de sua preocupação por ter, cuidar, educar e conviver com sua filha, de modo que o julgador não pode afirmar um desinteresse por parte do pai; d) o juiz supõe que será mais benéfico para M crescer com o casal do que com a presença do pai, de maneira que prejulga e menospreza a situação do senhor Fornerón, que é solteiro, mas tem todo o apoio familiar, e reclama para si a sua filha; e) considerar um impedimento para cuidar a um filho a ausência de uma família bem como invocar a diferença entre “família constituída” e o pai biológico se contrapõe, entre outras normas, à legislação nacional sobre adoção e guarda, bem como à Convenção Americana e à Convenção sobre os Direitos da Criança, e f) o juiz não cumpriu os preceitos legais que requerem o consentimento do pai para conceder a adoção, já que o senhor Fornerón “expressou inequivocamente sua decisão de não conceder a guarda de sua filha”.
35. Em 10 de junho de 2003, a Primeira Sala da Segunda Câmara de Paraná (doravante denominada também “a Câmara”), depois da realização de várias diligências,<sup>35</sup> revogou a sentença de primeira instância, deixando sem efeito a guarda judicial estabelecida, a qual “não se ajustou ao direito”. Na sentença, aprovada por dois votos a favor e um contra, os votos majoritários afirmaram, *inter alia*, que: a) a presença da Defensoria de Menores no momento de entrega da criança não cumpria estritamente os requisitos estabelecidos na lei, posto que “apenas é admissível a [guarda] concedida judicialmente”; b) o Juiz de Primeira Instância devia ter advertido sobre a existência de um processo penal sobre os fatos, circunstância que requeria “prolixidade” nas atuações processuais do juiz civil; c) o relatório psicológico considerado pelo Juiz de Primeira Instância não realizou um exame dos vínculos da criança com o casal B-Z, não consta que tenha entrevistado o pai biológico nem o referido casal, e não teve em conta o direito à identidade da criança, como tampouco o fez o Juiz de Primeira Instância; d) não se pode atribuir desídia ao senhor Fornerón em sua atuação e, ademais, o reconhecimento da criança no registro civil “jurídica e legalmente, e enquanto não for impugnada sua paternidade, lhe concedia o caráter invocado[,] com todos os direitos e deveres que

33. Cf. Sentença do Juiz de Primeira Instância de 17 de maio de 2001, nota 31 *supra*, folhas 16 a 20.

34. Cf. Recurso de apelação interposto pelo senhor Fornerón em 4 de junho de 2001 (expediente de anexos à contestação, tomo III, folhas 3220 a 3234).

35. Entre outras, foram realizadas as seguintes diligências: a) em 14 e em 15 de agosto de 2002 a equipe interdisciplinar entrevistou o casal B-Z, o senhor Fornerón e a senhora Enríquez, e em 16 de agosto de 2002 enviou ao Juízo o laudo da equipe interdisciplinar designada; b) realizou-se um relatório socioambiental do senhor Fornerón o qual se apresentou ao Juízo em 9 de setembro de 2002; c) em 14 de fevereiro de 2003 realizou-se uma audiência entre as partes envolvidas, na qual concordaram com a suspensão da mesma para “iniciar[...] um processo de conhecimento mútuo e de diálogo acompanhado pela equipe interdisciplinar”, em 17 de março de 2003 realizou-se outra audiência, na qual concordaram em “dar por finalizada a [mediação]”, e d) com posterioridade à primeira audiência, a equipe interdisciplinar, o Defensor de Menores e o Promotor da Câmara produziram seus respectivos relatórios; estes dois últimos se pronunciaram pela confirmação da sentença de primeira instância. A equipe interdisciplinar afirmou que “é conveniente que [a] restituição [...] ocorra dentro de um processo de informação paulatina com ajuda de profissionais e supervisionado pela justiça”, o qual “pode começar a partir de agora”, e recomendou que caso houvesse uma restituição, tivesse lugar entre os 5 e 6 anos da criança, isto é, quando tenha uma idade mental e um desenvolvimento psíquico com melhores condições e capacidades para entender a situação. Cf. relatórios da equipe interdisciplinar de 16 de agosto de 2002 e de 1º de abril de 2003; relatório socioambiental sobre o senhor Fornerón de 9 de setembro de 2002; ata de audiência celebrada perante a Primeira Sala da Segunda Câmara de Paraná de 14 de fevereiro de 2002; ata de audiência de mediação no Poder Judiciário da Província de Entre Ríos de 17 de março de 2003; relatório do Defensor de Menores de 22 de abril de 2003, e relatório da Promotoria vinculada à Câmara de 25 de abril de 2003 (expediente de anexos à contestação, tomo III, folhas 3336 a 3340, 3354, 3404, 3431, 3435 a 3437, 3441 a 3443, 3447 a 3450 e 3454).

isso implica”, e e) na causa não existiu o consentimento que necessariamente devia dar o senhor Fornerón como pai para a adoção.<sup>36</sup>

36. Em 27 de junho de 2003, o casal B-Z interpôs um recurso de inaplicabilidade de lei contra a sentença da Câmara que revogou a guarda judicial.<sup>37</sup> Em 20 de novembro de 2003, o Superior Tribunal de Justiça de Entre Ríos declarou procedente o recurso, revogou a decisão da Câmara e, em consequência, confirmou a sentença de primeira instância.<sup>38</sup> A sentença considerou, primordialmente, o tempo transcorrido. Entre outras questões, afirmou que a demora no trâmite do processo de guarda judicial incidiu na decisão de confirmar a sentença de primeira instância, em consideração do interesse superior de M, quem havia vivido mais de três anos desde seu nascimento com o casal B-Z. Também indicou nessa sentença que a Câmara não havia feito “indicações de absurdos contidos nos pareceres dos técnicos” considerados em sua decisão, o que, a critério de um dos juízes do Superior Tribunal de Justiça, deve ser interpretado como “uma conduta arbitrária e voluntarista dos juízes” da Câmara.
37. Outrossim, em sua decisão o Superior Tribunal de Justiça acrescentou que apesar de o artigo 9 da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelecer a obrigação do Estado de não separar uma criança de seus pais contra a vontade deles, também contempla uma “reserva de revisão judicial” que pode estabelecer tal separação com base no interesse superior da criança, particularmente em casos como o presente, no qual “os vínculos biológicos não são significativos”. Assim mesmo, assinalou que a questão central é o conflito entre o direito subjetivo do pai biológico a ter sua filha e o interesse superior da criança, o que se resolve tendo em consideração o tempo transcorrido desde o dia do nascimento até a data da decisão, “o que faz totalmente inconveniente mudar a situação da menor, pelos efeitos muito perniciosos que tal fato acarretaria sobre o psiquismo e a formação de sua personalidade”. A determinação do interesse superior da criança “está cheia de subjetividades e depende da escala de valores do [j]uiz, de sua formação ideológica, de sua experiência de vida, como também daqueles que participam na decisão, a qual, por outro lado, também é aleatória, porque quando se conhecem os resultados, o tempo terá consumido muitos anos da vida de [M]”.<sup>39</sup>
38. Em 4 de dezembro de 2003, o senhor Fornerón interpôs um recurso de apelação extraordinária federal, o qual foi denegado em 2 de abril de 2003, por não cumprir os requisitos formais de admissibilidade.<sup>40</sup>

*Causa denominada “Fornerón Leonardo Aníbal Javier S/Direito de visitas”, autos nº 3768*

39. Em 15 de novembro de 2001, o senhor Fornerón promoveu uma ação pleiteando o direito de visitas. Em 13 de março de 2002, o Juízo Civil e Comercial de Rosario del Tala se declarou incompetente “em virtude da tramitação [...] perante o Juízo Civil da cidade de Victoria da guarda pré-adoptiva da [criança]”, decisão que foi recorrida pelo senhor Fornerón em 18 de março de 2002. Em 18 de abril de 2002, o advogado do senhor Fornerón, “[a]tento a[o] estado dos autos e ao prazo transcorrido sem fundamentar o recurso, solicit[ou] que os autos fossem remetidos ao Juízo da cidade de Victoria, [província] de Entre Ríos”. Em 22 de abril de 2002, ordenou-se a remissão dos autos ao Juízo Civil e Comercial de Victoria. Em 25 de novembro de 2003, o senhor Fornerón reiterou seu pedido de que fosse estabelecido um regime de visitas. O Juiz de Primeira Instância de Victoria se declarou competente para conhecer da causa em 7 de abril de 2004. Em 8 de abril de 2005, o senhor Fornerón compareceu “espontaneamente” e “sem patrocínio jurídico”, solicitando “que fosse marcada uma audiência para estabelecer um regime de visitas”.<sup>41</sup> A audiência teve lugar em 29 de abril de 2005, e a ela

36. Cf. Sentença da Primeira Sala da Segunda Câmara de Paraná de 10 de junho de 2003 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, anexo 15, folhas 127 a 169).

37. Cf. Recurso de inaplicabilidade de lei interposto em 27 de junho de 2003 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, anexo 17, folhas 173 a 194).

38. Cf. Sentença da Sala Civil e Comercial do Superior Tribunal de Justiça de Entre Ríos, nota 38 *supra*, folhas 214 a 244.

39. Cf. Sentença da Sala Civil e Comercial do Superior Tribunal de Justiça de Entre Ríos, nota 38 *supra*, folhas 234, 235, 240 e 241.

40. Cf. Recurso de apelação extraordinária federal de 4 de dezembro de 2003 e sentença da Sala Civil e Comercial do Superior Tribunal de Justiça de Entre Ríos de 2 de abril de 2004 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, anexos 19 e 20, folhas 246 a 266). Em sua sentença o Superior Tribunal de Justiça de Entre Ríos denegou o recurso, *inter alia*, devido a que “o recorrente não deu cumprimento ao requisito formal referente a que o escrito de recurso deve ser suficiente em si mesmo, ignorando toda consideração sobre os antecedentes ou fatos da causa [...] ingressando diretamente NA fundamentação do recurso tudo o que poderia opor sua procedência formal. Não obstante isso, [...] deve-se indicar também que o recurso interposto tampouco é procedente toda vez que a introdução da questão federal não se efetuou em tempo e forma na primeira ocasião que oferecida à parte recorrente no procedimento jurisdicional”.

41. Cf. Petição de promoção de juízo de direito de visitas de 15 de novembro de 2001; decisão do Juiz Civil de Rosario del Tala de 13 de março de 2002; petição de remissão de expediente do advogado do senhor Fornerón de 18 de abril de 2002; ordem de remissão de expediente do Juiz Civil de Rosario del Tala em 22 de abril de 2002; petição de regime de visitas de 25 de novembro de 2003; escrito do Juiz de Primeira Instância de Victoria de 25 de novembro de 2003; petição de contestação ao pedido do Juiz de Primeira Instância de Victoria de 25 de novembro de 2003; declaração de competência do Juiz de Primeira Instância de Victoria de 7 de abril de 2004; registro de comparecimento do senhor Fornerón perante o Juiz de Primeira Instância de Victoria de 8 de abril de 2005, e ata de audiência celebrada em 29 de abril de 2005 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, anexos 21, 23, 24 e 25, folhas 268 a 271, 303 a 305, 307, 308, 314, 316, 317, 321, 329 e 331).

compareceram o senhor Fornerón e o casal B-Z.<sup>42</sup>

40. Em 19 de maio de 2005, o advogado do senhor Fornerón apresentou sua proposta de regime de visitas, indicando que a perita por ele oferecida recomendou, *inter alia*, que a aproximação ocorresse em um lugar próximo ao domicílio de M, de maneira que a representação do senhor Fornerón propôs “como ambiente adequado para que fosse realizada [a] aproximação entre a [criança] e seu pai, a Assembleia Permanente pelos Direitos Humanos”. Nesse mesmo dia pediu a acumulação das causas sobre guarda judicial, adoção e regime de visitas, para evitar “a superposição de provas e a prolongação de prazos, sobretudo quando se trata de preservar o interesse superior de [M]”. O juiz determinou que “não correspond[ia] a acumulação solicitada”, uma vez que já havia sido proferida sentença no processo de guarda, e o regime de visitas era ouvido por um trâmite diferente. Em 21 de outubro de 2005, o senhor Fornerón e sua filha, que tinha então cinco anos e quatro meses de idade, tiveram seu primeiro e único encontro até o momento, em um hotel, por quarenta e cinco minutos, em presença da psicóloga designada pelo casal B-Z e de um observador do Juízo de Primeira Instância. O lugar desse primeiro e único encontro foi proposto pela representação do casal B-Z, por ser um “lugar o qual a criança já conhece e [com o qual] se encontra familiarizada e que conta com locais adequados para a entrevista”. Este pedido foi aceito pelo Juiz de Primeira Instância.<sup>43</sup>
41. Com posterioridade a esse encontro, o senhor Fornerón pediu em várias ocasiões ao juiz que proferisse sentença sobre o regime de visitas.<sup>44</sup> Além disso, neste processo, entre outras atuações: a) as partes foram convocadas em várias ocasiões, inclusive a criança, a comparecer em audiência;<sup>45</sup> b) foram apresentados relatórios psicológicos dos peritos das partes; c) rejeitou-se o pedido da Secretaria de Direitos Humanos da Nação, para estar presente nas entrevistas com o senhor Fornerón “a fim de tentar uma solução combinada, que seja respeitosa do interesse superior da criança”; d) o senhor Fornerón solicitou, “com o objetivo de não atrasar ainda mais o processo, [...] começar imediatamente a revinculação com [sua] filha”; e) em 27 de maio de 2009, uma integrante da equipe interdisciplinar do Poder Judiciário realizou uma entrevista ao senhor Fornerón, na qual indicou que este “se encontra em condições psíquicas para enfrentar um regime de visitas, tendo como objetivo alcançar a restituição de sua filha a seu núcleo familiar, respeitando todos os prazos e passos que sejam requeridos para esse efeito”; f) em 17 de junho de 2010, a Juíza proferiu sentença rejeitando o regime de visitas solicitado; g) em 23 de junho de 2010, o senhor Fornerón interpôs um recurso de apelação, o qual foi rejeitado pela Primeira Sala da Segunda Câmara do Poder Judiciário de Entre Ríos em 9 de novembro de 2010; h) o senhor Fornerón interpôs um recurso de inaplicabilidade de lei em 2 de dezembro de 2010, e i) em 28 de fevereiro de 2011, a Segunda Câmara elevou os autos à Sala Civil e Comercial do Superior Tribunal de Justiça.<sup>46</sup>
42. Em 4 de maio de 2011, celebrou-se uma audiência perante a Sala Civil e Comercial do Superior Tribunal de Justiça de Entre Ríos, na qual foram ouvidos a criança, o senhor Fornerón e o casal B-Z. A criança manifestou que o senhor Fornerón é um desconhecido para ela e, ainda que em momentos de sua declaração afirmou

42. Na citação para a audiência o juiz convocou o senhor Fornerón e o casal B-Z com a criança.

43. Cf. Petição de medida (*escrito de solicitud de medida*) e petição de unificação de causas do advogado do senhor Fornerón apresentados em 19 de maio de 2005 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, anexos 26 e 27, folhas 334 a 337); decisão do Juiz de Primeira Instância de Victoria rejeitando o pedido de acumulação de causas de 14 de junho de 2005; ata de audiência de 14 de setembro de 2005 do Juiz de Primeira Instância de Victoria; ata de designação de observador do Juízo de Primeira Instância de 20 de outubro de 2005; ata do encontro entre o senhor Fornerón e sua filha de 21 de outubro de 2005; petição de regime de visitas apresentado pelo senhor Fornerón em 17 de novembro de 2005 (expediente de anexos à contestação, tomo IV, folhas 3896, 3917, 3920 a 3922, 3928 e 3929).

44. Cf. Petições apresentadas pelo senhor Fornerón em 17 de novembro de 2005, 18 de abril de 2006, 24 de maio de 2007, 19 de novembro de 2009 e 1 de dezembro de 2009 (expediente de anexos à contestação, tomo IV, folhas 3933, 3934, 3951, 3954 a 3956, 4224 e 4229).

45. Em uma audiência celebrada em novembro de 2008, M manifestou que em 2005 “conheceu a quem chama Leonardo, seu pai biológico, e que gostou de tê-lo conhecido [...]; que agora não gostaria mais de vê-lo, mas quando for mais velha, que atualmente quer estar tranquila, fazer sua vida [...] que não [...] incomodem seus pais”. Em outra audiência celebrada no mesmo dia, o senhor Fornerón manifestou que lhe “interessa um regime de visitas a cada quinze dias e em época de férias por um período mais prolongado, express[ou] sua intenção de vê-la, contar-lhe sua realidade biológica [...]; que no regime de visitas considera que em um primeiro momento tanto ele como a criança sejam acompanhados por seus respectivos psicólogos[;] esclareceu que não é sua intenção [retirar] a [M] do ambiente familiar e de seus adotantes, quer o melhor para [M] e que as visitas se realizem em Buenos Aires no ambiente onde vive [a criança]”.

46. Cf. Auto de citação a audiência de 27 de novembro de 2007; auto de fixação de nova audiência de 20 de outubro de 2008; atas de celebração de audiências perante a Juíza Suplente de Primeira Instância de 11 de novembro de 2008 e 12 de junho de 2009; relatório psicológico de 28 de novembro de 2008; ofícios da Diretora Nacional de Assuntos Jurídicos em Matéria de Direitos Humanos da Secretaria de Direitos Humanos do Ministério de Justiça, Segurança e Direitos Humanos da Nação de 5 e 9 de março de 2009; petição de suspensão de prazos e audiência do advogado do senhor Fornerón de 9 de março de 2009; resolução da Juíza Suplente de Primeira Instância de 27 de março de 2009; petição de medidas do senhor Fornerón de 21 de abril de 2009; relatórios da equipe interdisciplinar do Poder Judiciário de 1 e 25 de junho de 2009; sentença da Juíza Suplente de Primeira Instância de 17 de junho de 2010; recurso de apelação de 30 de julho de 2010; sentença da Primeira Sala da Segunda Câmara do Poder Judiciário de Entre Ríos de 9 de novembro de 2010; recurso de inaplicabilidade de lei de 2 de dezembro de 2010; ofício nº 12 da Câmara Segunda de Paraná de 28 de fevereiro de 2011 (expediente de anexos à contestação, tomo IV, folhas 3965, 3967, 3969 a 3975, 3976, 3977, 4006 a 4008, 4036 a 4038, 4053, 4054, 4057, 4078, 4079, 4097 a 4099, 4123 a 4129, 4244 a 4259, 4277, 4295 a 4308, 4377 a 4432, 4440 a 4454 e 4464).

que não queria ver seu pai biológico, também afirmou que poderia tentar algum tipo de medida para ir conhecendo-o, como que ele fosse à sua casa e estivesse presente sua mãe adotiva. O senhor Fornerón afirmou que quer “conhecê-la e saber o que pensa”, explicou que “sua intenção não é apropriar-se dela, é ter um regime de visitas, conhecê-la, se for maior e quiser vir a viver com ele”, e explica que “hoje em dia a realidade não é a mesma, ela tem o uso de razão, pode pedir coisas, e se quiser ter um regime de visitas ou não, hoje a realidade é que tem 10 anos e pode tomar decisões [...] não pod[e] obrigá-la a viver [com ele]”. As partes acordaram: a) estabelecer um regime de visitas de comum acordo e de forma progressiva; b) que o senhor Fornerón desistiria do recurso de inaplicabilidade de lei; c) um pacto de confidencialidade, cessando todo tipo de publicidade, entrevistas ou declarações sobre o caso, e d) o senhor Fornerón não realizaria novas denúncias penais ou civis que perturbem a vida familiar da menor e de seus pais adotivos.<sup>47</sup>

*Causa denominada “Fornerón M[.] S/Adoção Plena”, autos nº 4707*

43. Em 6 de julho de 2004, o casal B-Z interpôs uma demanda de adoção plena. Depois de uma série de diligências internas, o senhor Fornerón foi intimado a comparecer em 8 de abril de 2005, perante o Juízo de Primeira Instância Civil e Comercial de Victoria. O senhor Fornerón manifestou sua oposição à adoção em várias ocasiões, entre elas em 6 de abril de 2005, momento em que também informou ao juiz sobre a interposição de uma petição perante a Comissão Interamericana de Direitos Humanos e pediu que “a demanda de [a]doção fosse rejeitada, sob qualquer uma de suas modalidades, porque a vontade paterna é requisito indispensável a considerar-se para ordenar algo a respeito”. Em 8 de abril de 2005, o casal B-Z pediu ao juiz que proferisse sentença, manifestando que “a oposição de Fornerón à adoção não é vinculante para [...] os fins da concessão da [mesma]”. Perante o juiz, a mãe biológica concedeu seu consentimento à adoção e o senhor Fornerón se opôs à mesma. Em 23 de dezembro de 2005, o Juiz de Primeira Instância Civil e Comercial de Victoria concedeu a adoção simples ao casal B-Z.<sup>48</sup>

### **B. Considerações gerais da Corte**

44. No presente caso o Tribunal considera que as alegadas violações dos direitos às garantias judiciais, à proteção judicial, à proteção da família e aos direitos da criança devem ser interpretadas à luz do *corpus juris* internacional de proteção das crianças. Tal como esta Corte afirmou em outras oportunidades, este *corpus juris* deve servir para definir o conteúdo e os alcances das obrigações assumidas pelo Estado quando se analisam os direitos de crianças.<sup>49</sup>
45. As crianças são titulares dos direitos estabelecidos na Convenção Americana, além de contarem com as medidas especiais de proteção contempladas em seu artigo 19, as quais devem ser definidas segundo as circunstâncias particulares de cada caso concreto.<sup>50</sup> A adoção de medidas especiais para a proteção da criança corresponde tanto ao Estado como à família, à comunidade e à sociedade à qual pertence.<sup>51</sup>
46. Esta Corte já se ocupou extensamente sobre os direitos da criança e a proteção à família em seu Parecer Consultivo 17, e estabeleceu que a criança tem direito a viver com sua família, a qual está chamada a satisfazer suas necessidades materiais, afetivas e psicológicas.<sup>52</sup>
47. Além disso, este Tribunal indicou que o desfrute mútuo da convivência entre pais e filhos constitui um elemento fundamental na vida de família. Nesse sentido, a criança deve permanecer em seu núcleo familiar, salvo se existirem razões determinantes, em função do interesse superior da criança, para optar por separá-la de sua

47. Cf. ata de audiência celebrada perante a Sala Civil e Comercial do Superior Tribunal de Justiça de Entre Ríos (expediente de anexos à contestação, tomo IV, folhas 4479 e 4480).

48. Cf. Petição de demanda de adoção plena interposta pelo casal B-Z em 6 de julho de 2004; citação do Juízo de Primeira Instância Civil e Comercial de Victoria dirigida ao senhor Fornerón de 7 de março de 2005; petição do senhor Fornerón dirigida ao Juízo de Primeira Instância Civil e Comercial de Victoria em 6 de abril de 2005; pedido de emissão de sentença do casal B-Z de 8 de abril de 2005; ata de comparecimento do senhor Fornerón perante o Juízo de Primeira Instância Civil e Comercial de Victoria de 8 de abril de 2005, e sentença do Juízo de Primeira Instância Civil e Comercial de Victoria de 23 de dezembro de 2005 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, anexos 29, 31, 32 e 33, folhas 345 a 349, 367, 369, 371, 372, 374, 375, 371, 372, 374, 375, e 389 a 396); petição de oposição à adoção do senhor Fornerón de 18 de março de 2005, e ata de comparecimento da senhora Enríquez perante o Juízo de Primeira Instância Civil e Comercial de Victoria em 28 de outubro de 2004 (expediente de anexos à contestação, tomo V, folhas 4700 e 4666).

49. Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C Nº 63, par. 194, e *Caso Gelman Vs. Uruguai. Mérito e Reparações*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C Nº 221, par. 121.

50. Cf. *Caso Gelman Vs. Uruguai*, nota 49 *supra*, par. 121, e *Caso Atala Rizzo e crianças Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C Nº 239, par. 196.

51. Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança. Parecer Consultivo OC-17/02* de 28 de agosto de 2002. Série A Nº17, par. 62, e *Caso Gelman Vs. Uruguai*, nota 49 *supra*, par. 121.

52. Cf. *Parecer Consultivo OC-17/02*, nota 51 *supra*, pars. 67 e 71.

família. Em todo caso, a separação deve ser excepcional e, preferencialmente, temporária.<sup>53</sup>

48. Toda decisão estatal, social ou familiar que envolva alguma limitação ao exercício de qualquer direito de uma criança, deve tomar em conta o interesse superior da criança e ajustar-se rigorosamente às disposições que regem esta matéria.<sup>54</sup>
49. Sobre o interesse superior da criança, a Corte reitera que este princípio regulador da normativa dos direitos da criança se fundamenta na própria dignidade do ser humano, nas características próprias das crianças, e na necessidade de propiciar o seu desenvolvimento, com pleno aproveitamento de suas potencialidades. No mesmo sentido, convém observar que para assegurar, na maior medida possível, a prevalência do interesse superior da criança, o preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da criança estabelece que esta requer “cuidados especiais”, e o artigo 19 da Convenção Americana afirma que deve receber “medidas especiais de proteção”.<sup>55</sup>
50. Recentemente, a Corte indicou que a determinação do interesse superior da criança, em casos de cuidado e guarda de menores de idade se deve fazer a partir da avaliação dos comportamentos parentais específicos e de seu impacto negativo no bem estar e no desenvolvimento da criança segundo o caso, os danos ou riscos reais, provados e não especulativos ou imaginários em relação ao bem estar da criança. Portanto, não podem ser admissíveis as especulações, presunções, estereótipos ou considerações generalizadas sobre características pessoais dos pais ou preferências culturais com respeito a certos conceitos tradicionais da família.<sup>56</sup>
51. Por outro lado, esta Corte também tem argumentado que em vista da importância dos interesses em questão, os procedimentos administrativos e judiciais que se referem à proteção dos direitos humanos de pessoas menores de idade, particularmente aqueles processos judiciais relacionados com a adoção, a guarda e a tutela de crianças que se encontram em sua primeira infância, devem ser tratados com uma diligência e celeridade excepcionais por parte das autoridades.<sup>57</sup>
52. Adicionalmente, o Tribunal estabeleceu que o mero transcurso do tempo em casos de guarda de menores de idade pode constituir um fator que favorece a criação de laços com a família adotante ou acolhedora. Deste modo, a maior dilação nos procedimentos, independentemente de qualquer decisão sobre a determinação de seus direitos, pode determinar o caráter irreversível ou irremediável da situação de fato e tornar qualquer decisão a respeito prejudicial aos interesses das crianças e, dependendo do caso, dos pais biológicos.<sup>58</sup>
53. Tendo em conta estas considerações gerais e com o fim de examinar as alegadas violações no presente caso, a Corte se pronunciará a seguir sobre: a) o prazo razoável e a devida diligência em determinados processos judiciais internos; b) a proteção da família, e c) o dever de adotar disposições de direito interno. A este respeito, este Tribunal considera oportuno esclarecer que o objeto do presente caso é determinar se estes processos judiciais cumpriram as obrigações internacionais do Estado emanadas da Convenção Americana.
54. Antes de realizar a análise mencionada, a Corte Interamericana aprecia as ações do Estado em tentar alcançar uma solução amistosa no presente caso e aquelas destinadas a estabelecer vínculos entre o senhor Fornerón e sua filha, as quais incluíram, entre outras autoridades nacionais, aos Ministros de Justiça e Direitos Humanos da Nação.
55. Do mesmo modo, o Tribunal toma nota de que a Argentina, em sua contestação,<sup>59</sup> recordou que a Secretaria de Infância, Adolescência e Família afirmou:

foi a Justiça que [...] cerceou de forma sistemática a guarda de sua filha ao senhor Fornerón, e conseqüentemente, com isso, a possibilidade a ambos de conformar sua própria família.

56. Adicionalmente, o então Ministro de Justiça, Segurança e Direitos Humanos da Nação sustentou que:
- se trata de um caso paradigmaticamente grave, com uma conduta reprovável de funcionários judiciais que, ao invés de proteger e reparar a violação dos direitos de uma criança e de seu progenitor, optaram

53. Cf. *Parecer Consultivo OC-17/02*, nota 51 *supra*, pars. 72, 75 e 77.

54. Cf. *Parecer Consultivo OC-17/02*, nota 51 *supra*, par. 65.

55. Cf. *Parecer Consultivo OC-17/02*, nota 51 *supra*, pars. 56 e 60, e *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*, nota 50 *supra*, par. 108.

56. Cf. *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*, nota 50 *supra*, par. 109.

57. Cf. *Assunto L.M.* Medidas Provisórias a respeito do Paraguai. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 1º de julho de 2011, Considerando 16.

58. Cf. *Assunto L.M.*, nota 57 *supra*, Considerando 18.

59. Escrito de contestação do Estado (expediente de mérito, tomo I, folhas 574 e 575).

por dilatar o processo e fabricar um contexto fático irreversível que depois lhes serviu de fundamento para sua decisão.

57. Finalmente, o atual Ministro de Justiça e Direitos Humanos confirmou a postura de seu antecessor e afirmou:

os processos judiciais realizados na província de Entre Ríos não garantiram as normas constitucionais e os tratados internacionais com hierarquia constitucional que concedem direitos e garantias tanto ao pai como à criança.

### **C. Garantias judiciais e proteção judicial**

#### *1) Considerações da Comissão*

58. Com respeito à suposta violação dos artigos 8.1<sup>60</sup> e 25.1<sup>61</sup> da Convenção, em relação aos artigos 1.1<sup>62</sup> e 19<sup>63</sup> da mesma, a Comissão assinalou que os processos internos sobre a guarda judicial e sobre o direito de visitas não cumpriram a garantia do prazo razoável. Afirmou que as autoridades judiciais “incorreram em uma série de atrasos que terminaram se constituindo no próprio sustento das decisões”. A Argentina “não controverteu que as autoridades internas que conheceram do caso no âmbito dos processos judiciais atuaram em descumprimento de seu dever de diligência excepcional, com efeitos da maior gravidade no exercício de vários direitos por parte de [M e do senhor Fornerón], incluindo o direito à família e o direito à identidade. Afirmou que o senhor Fornerón “nunca teve a possibilidade [...] de [...] ser ouvido de outra maneira distinta que não fosse durante a aprovação do procedimento de adoção que havia sido iniciado ilegalmente, ilegalmente [e] com claros indícios de que mais do que uma adoção, estava ocorrendo [...] um processo de apropriação”. O Estado “nunca implementou nenhuma das garantias judiciais estabelecidas para a proteção da infância, para a proteção inclusive da instituição da adoção como uma instituição [...] tutelar, que protege, que guarda a infância e o conceito [...] de família”. A situação jurídica de M foi determinada pelo passar do tempo nos processos judiciais.

59. Em particular, sobre o prazo razoável no processo de guarda judicial a Comissão manifestou que: a) “se trata de um procedimento delicado por sua natureza, que requer pareceres especializados, a participação de um pai biológico que se opôs à guarda, e uma análise pormenorizada dos direitos da criança”; b) o senhor Fornerón, entre outras atuações, compareceu a instâncias judiciais em múltiplas oportunidades, solicitou a restituição de sua filha em três ocasiões durante o processo, submeteu-se voluntariamente a exames de DNA, e apelou da sentença oportunamente, tudo isso apesar de viver a mais de 100 quilômetros de distância da localidade onde foi tramitado o processo; c) o processo demorou três anos e oito meses, tempo no qual se produziu uma importante inatividade, tendo a autoridade competente em primeira instância se omitido de praticar diligências básicas. Em segunda instância, o processo demorou mais de dois anos, e nela tiveram de ser praticadas as diligências omitidas na primeira instância, e d) a duração das diligências afetou de forma especialmente grave os direitos do senhor Fornerón e de sua filha, posto que conforme transcorreu o tempo a criança criou maiores vínculos com os guardiães, um fator utilizado posteriormente para manter a adoção e rejeitar os pedidos do pai biológico. Os tribunais descumpriram sua obrigação de diligência e existiu uma demora injustificada na resolução do processo que afetou gravemente os direitos de M e do senhor Fornerón. Em razão do anterior, concluiu que o Estado violou o direito “a um processo tramitado em um tempo razoável” em conformidade com o estabelecido no artigo 8.1 da Convenção.

60. Por outro lado, sobre o prazo razoável no processo relativo ao direito de visitas, a Comissão assinalou que: a) a determinação de um regime de visitas é uma matéria delicada que requer a opinião e o acompanhamento de especialistas; b) o senhor Fornerón requereu perante várias autoridades ter contato com sua filha e que fosse

60. O artigo 8.1 da Convenção Americana estabelece: Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza.

61. O artigo 25.1 da Convenção Americana estabelece: Toda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juizes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais.

62. O artigo 1.1 da Convenção Americana estabelece: Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

63. O artigo 19 da Convenção Americana estabelece: Toda criança tem direito às medidas de proteção que a sua condição de menor requer por parte da sua família, da sociedade e do Estado.

reconhecido o direito de ambos a estarem juntos, e realizou várias gestões, pese a que, em maio de 2001 foi proferida uma sentença que reconheceu a possibilidade de estabelecer um regime de visitas e até o momento de submissão do caso à Corte não havia sido implementado; c) não concorda com o Estado em que houve inatividade por parte do senhor Fornerón, pois ele pediu tudo o que correspondia e colaborou em tudo o que foi necessário nos processos judiciais; o único período de inatividade coincide com a tramitação do recurso de apelação da sentença que outorgou a guarda, entre 22 de abril de 2002 e 25 de novembro de 2003, data a partir da qual o senhor Fornerón reiterou seu pedido de um regime de visitas em várias ocasiões diante da inatividade dos tribunais. Além disso, o senhor Fornerón propôs um encontro e solicitou a fusão das causas sobre o direito de visitas, de guarda judicial e de adoção, o que lhe foi negado. Em 18 de novembro de 2005, solicitou que fosse proferida a sentença, e não existe constância de que tenha ocorrido qualquer atividade judicial desde então; d) a inatividade por parte do tribunal não cumpre o requisito de diligência básica. O tribunal encarregado era o mesmo que havia determinado inicialmente a viabilidade de estabelecer um regime de visitas, de modo que tinha a obrigação de atuar com diligência especial no processo ao saber que o transcurso do tempo teria efeitos negativos. No entanto, o tribunal não realizou nenhuma gestão até que “concluiu os autos para resolver”, em março de 2004. De abril de 2004 a abril de 2005, não houve nenhum movimento nos autos, e e) o anterior foi relevante na determinação da situação jurídica de M e de seu pai, uma vez que esse mesmo tribunal estabeleceu a adoção simples da criança a favor do casal B-Z em dezembro de 2005, com fundamento na relação que se havia desenvolvido como consequência do transcurso do tempo. Pese a que nessa decisão se reiterou a pertinência de que fosse iniciado o contato entre pai e filha, as autoridades competentes não avançaram nisso. Concluiu que uma demora de quase nove anos no estabelecimento de um regime de visitas, cuja possibilidade foi indicada em uma das sentenças judiciais, constitui uma violação ao direito do senhor Fornerón e de sua filha M a um processo tramitado em um prazo razoável de acordo com o artigo 8.1 da Convenção, e violou também o direito do senhor Fornerón a um recurso efetivo, posto que não lhe foi proporcionada uma via efetiva para implementar este regime de visitas, contrariando o artigo 25.1 da Convenção.<sup>64</sup>

*ii) Alegações das representantes e do Estado*

61. As representantes coincidiram substancialmente com a Comissão Interamericana. Indicaram que o senhor Fornerón e M tinham direito a que o Estado cumprisse a obrigação de “fornecer recursos judiciais efetivos porque seus direitos humanos foram violados”, os quais devem ser processados de acordo com as regras do devido processo legal, e que o Estado “lhe deve proporcionar medidas especiais de proteção” a M por sua condição de criança. Acrescentaram que o processo de guarda judicial excedeu um prazo razoável. Afirmaram que existiu uma “atitude dolosa” do juiz responsável, que sistematicamente obstaculizou as ações do senhor Fornerón e de sua mãe. Acrescentaram que no processo de direito de visitas “se repete a arbitrariedade e inação do [P]oder Judiciário de Entre Ríos”, afirmando que “[a] duração do processo é de mais de 10 anos, e novamente foi o transcurso do tempo, segundo os operadores judiciais, o que imped[iu] o encontro entre [M] e seu pai”. A petição do senhor Fornerón “jamais [...] foi ouvida, impedindo um real acesso à justiça”. Em todos os processos judiciais nos quais deveriam ser protegidos os direitos de M e do senhor Fornerón, “os juízes não respeitaram o devido processo, portanto atrasaram arbitrariamente e injustificadamente suas decisões com o objetivo de deixar transcorrer o tempo, o que ocasionou e ocasiona a separação deles, violando [os] art[igos] 8[,] 25 e 19 d[da] Convenção”.<sup>65</sup>
62. O Estado afirmou que tanto a Secretaria de Infância, Adolescência e Família, como os Ministros de Justiça e Direitos Humanos da Nação se pronunciaram sobre a inobservância das normas constitucionais e dos tratados internacionais de direitos humanos com hierarquia constitucional por parte das autoridades judiciais (pars. 55 a 57 *supra*). Sem prejuízo do anterior, quanto ao procedimento do regime de visitas, a Argentina assinalou que nos autos “apareciam apresentações esporádicas dos representantes do [senhor] Fornerón e existiam diversos escritos que confundiam o objeto da [litis] já que se falava de restituição quando em realidade o que estava em trâmite era um regime de visitas”. Acrescentou que para resguardar os direitos do senhor Fornerón, o Ministro da Justiça solicitou à Diretora Nacional de Assuntos Jurídicos em matéria de Direitos Humanos que se apresentasse formalmente nos autos, para que pudesse estar presente na entrevista da psicóloga da criança, proposta pelo

64. Em suas alegações finais escritas a Comissão afirmou que “da informação que consta nos autos, não se demonstra que as autoridades competentes no âmbito dos três procedimentos tenham adotado medidas adequadas para assegurar que [M] fosse ouvida a fim de que sua opinião, livre de todo vício de consentimento, pudesse ser apreciada pelas autoridades judiciais respectivas”. Tal afirmação corresponde a uma nova alegação à qual não foi feita referência ao submeter-se o caso perante a Corte, de maneira que não será considerada pelo Tribunal.

65. Em suas alegações finais escritas as representantes se referiram a determinadas irregularidades nas quais teria incorrido o juiz da causa sobre medidas prévias solicitadas pela Promotoria. Tal afirmação corresponde a uma nova alegação à qual não foi feita referência anteriormente durante o procedimento perante a Corte.

casal B-Z, com o pai biológico. A Juíza responsável rechaçou este pedido “por carência de legitimação ativa, mas fundamentalmente pela inflexibilidade da posição assumida pelo senhor Fornerón”, o que o Estado ressaltou porque “a representação [do senhor] Fornerón questiona que o Estado não tenha recorrido desse rechaço, como se no caso de tê-lo feito, questão processual inviável, a resposta teria sido outra”.

63. Além disso, o Estado se referiu ao processo de “revinculação progressiva” iniciado a pedido do Ministro de Justiça e Direitos Humanos em 2008, cuja intervenção promoveu várias gestões no âmbito interno. A Promotoria Provincial considerou inviável que o Poder Executivo Provincial iniciasse uma ação judicial para revogar a adoção por encontrar-se vencido o prazo processual para tanto. A Argentina ressaltou que “o advogado [...] do senhor Fornerón declinou [...] apresentar o recurso de queixa respectivo, o qual poderia ter evitado chegar a esta instância”. Acrescentou que a complexidade do caso está dada “porque o pai biológico reclama internacionalmente a restituição de sua filha, [mas] no âmbito doméstico, quando tramitou o processo judicial de guarda com fins adotivos, a decisão finalmente adotada pelo tribunal atuante não foi questionada em todas as suas instâncias”.
64. Finalmente, o Estado assinalou que no âmbito das tentativas do Executivo de alcançar uma aproximação, tiveram lugar várias etapas. No referido processo, “o Ministério de Justiça pôs à disposição equipes técnicas, psicológicas e jurídicas para fazer o acompanhamento do [mesmo, chegando à última] etapa que começa no ano de 2010, quando diante da falta de comunicação efetiva, o Poder Executivo insistiu em seus esforços com a província de Entre Ríos e, nesse contexto, a província interveio para conseguir, ou tentar conseguir, uma aproximação entre o pai e a filha”. Posteriormente, foi realizada uma audiência em maio de 2011, no âmbito do processo relativo ao regime de visitas, na qual teriam chegado a determinados acordos. Acrescentou que o processo de vinculação pactuado “permaneceu virtualmente suspenso pois na primeira das audiências convocadas judicialmente com posterioridade [ao mesmo], não se chegou a nenhum acordo, e o representante legal do [senhor] Fornerón não compareceu à segunda audiência, convocada para 27 de setembro [de 2011]”.

*iii) Considerações da Corte sobre prazo razoável*

65. De acordo com a alegação da Comissão Interamericana e das representantes, a Corte analisará se os procedimentos de guarda judicial e de regime de visitas cumpriram o requisito de prazo razoável de acordo com o artigo 8.1 da Convenção. Quanto aos demais processos, não foi alegada a violação do prazo razoável perante esta Corte.
66. O direito de acesso à justiça deve assegurar a determinação dos direitos da pessoa em um tempo razoável. A falta de razoabilidade no prazo constitui, em princípio, por si mesma, uma violação das garantias judiciais.<sup>66</sup> Nesse sentido, a Corte considerou os seguintes elementos para determinar a razoabilidade do prazo:<sup>67</sup> a) complexidade do assunto; b) atividade processual do interessado; c) conduta das autoridades judiciais, e d) impacto gerado na situação jurídica da pessoa envolvida no processo.
67. Em relação ao primeiro elemento, os processos analisados envolvem, respectivamente, a guarda de uma criança que está sendo reclamada por seu pai biológico e o estabelecimento de um regime de visitas que permita criar vínculos entre ambos. Tais questões, se bem são de grande relevância e requerem de um cuidado especial, estão enquadradas em processos que não apresentam complexidades especiais e que não são incomuns para os Estados.
68. A respeito da atividade processual do interessado em ambos os procedimentos, a Corte destaca que o senhor Fornerón, entre outras atuações: a) desde o início manifestou às autoridades sua oposição ao pedido de guarda judicial interposto pelo casal B-Z e, desde que teve conhecimento de que podia ser o pai da criança, pediu para ser responsável por ela; b) se submeteu a vários exames, entre outros, um exame de DNA; c) interpôs diversos escritos e petições, incluindo recursos contra várias decisões; d) promoveu uma ação de direito de visitas; e) apresentou propostas de regime de visitas; f) solicitou medidas para acelerar os processos, e g) realizou diversos pedidos ao juiz responsável pelo processo de regime de visitas, entre elas, em diversas ocasiões requereu que fosse proferida a sentença (pars. 23, 31, 32, 34, 38, 39 a 42 *supra*). Em conclusão, não há nada que indique no presente caso que a atividade processual do senhor Fornerón tenha obstaculizado os processos internos, mas ao contrário, participou ativamente fazendo todo o possível para avançar na resolução dos mesmos.

66. Cf. *Caso Hilaire, Constantine e Benjamin e outros Vs. Trinidad e Tobago*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 21 de junho de 2002. Série C Nº 94, par. 145, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*, nota 10 *supra*, par. 257.

67. Cf. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicarágua*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 29 de janeiro de 1997. Série C Nº 30, par. 77, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*, nota 10 *supra*, par. 255.



69. Sem prejuízo de que o senhor Fornerón realizou as intervenções nos processos que lhe eram razoavelmente exigíveis, a Corte adverte que, em um caso como o presente, a responsabilidade de acelerar o procedimento recai sobre as autoridades judiciais, em consideração do dever de especial proteção que devem oferecer à criança por sua condição de menor de idade, e não sobre a atividade processual do pai. Além disso, quando o senhor Fornerón, desde o início, deixou claro às autoridades judiciais sua vontade de fazer efetivos seus direitos e cumprir seus deveres de pai, isso deveria ter sido garantido imediatamente.<sup>68</sup> O Tribunal ressalta que o objeto principal dos processos era a determinação dos direitos à família de uma criança e os de seu pai biológico, e alcançar a vinculação entre eles.
70. Quanto à conduta das autoridades, o processo sobre a guarda judicial demorou mais de três anos. Nesse tempo, o Juiz de Primeira Instância, desde que teve conhecimento sobre o reconhecimento de paternidade do senhor Fornerón, tomou três meses para solicitar uma prova de DNA e sete meses para requerer um relatório pericial psicológico da criança, o qual recebeu depois de mais dois meses. A Câmara que revogou a sentença de primeira instância teve, *inter alia*, de colher a prova omitida na primeira instância, o que fez com que o pronunciamento judicial sobre o direito do senhor Fornerón a que lhe fosse entregue sua filha tomasse dois anos. Nesse sentido, em 7 e em 13 de agosto de 2001, o Defensor do Menor e a Promotoria vinculada à Câmara, respectivamente, solicitaram a realização de diligências omitidas na primeira instância “com a urgência que o caso requer[ia]”. Estas medidas foram ordenadas pela Câmara.<sup>69</sup> Posteriormente, transcorreram mais cinco meses até que o Tribunal Superior de Entre Ríos confirmasse a decisão de primeira instância. Precisamente, a particularidade deste caso consistia em que o tempo que estava transcorrendo podia gerar efeitos irreparáveis na situação jurídica do senhor Fornerón e de sua filha, tal como foi reconhecido por determinadas autoridades judiciais internas.<sup>70</sup> No entanto, estas autoridades não aceleraram o processo sob sua responsabilidade e não tiveram em conta os efeitos que o tempo teria sobre os direitos do senhor Fornerón e de sua filha, em consideração do interesse superior da criança.
71. Quanto ao procedimento no qual se devia determinar um regime de visitas entre o pai e sua filha, a Corte destaca que transcorreram quase três anos até que o Juiz de Primeira Instância de Victoria se declarasse competente. Além disso, não consta que tenha havido atividade processual durante o período de um ano e um mês posterior à declaração de competência do referido juiz, e transcorrido esse tempo, tenha se ordenado a realização de uma audiência a pedido do senhor Fornerón. Apesar das atuações posteriores realizadas no procedimento de regime de visitas, no transcurso de mais de 10 anos não se estabeleceu um regime de visitas por parte dos órgãos judiciais provinciais, sem prejuízo do acordo alcançado entre as partes em maio de 2011 (par. 42 *supra*), a respeito do qual não consta que tenha iniciado sua execução.
72. As autoridades internas especificamente se referiram às falências dos processos judiciais. O Tribunal recorda que o Estado se referiu às considerações da Secretaria da Infância, Adolescência e Família e à de dois Ministros de Justiça, Segurança e Direitos Humanos da Nação quem, entre outras irregularidades, indicaram a dilação em que incorreram as autoridades judiciais (pars. 55 a 57 *supra*).
73. Assim mesmo, sobre a dilação do processo de guarda, pronunciaram-se dois juízes do Superior Tribunal de Entre Ríos que decidiu, em voto majoritário, sobre o recurso de inaplicabilidade de lei a respeito da sentença da Câmara sobre a guarda judicial. Um deles atribuiu a demora à acumulação de causas perante os tribunais internos, indicando que a “papelada amontoada [...] é demonstrativa da morosidade de que padece o Poder Judiciário” e que “[a] demora no trâmite [...] incid[iu] na decisão” desse Tribunal. Igualmente, outro juiz daquele tribunal afirmou, *inter alia*, que “[e]ste trâmite não teve uma duração razoável, isto é, não cumpriu a normativa [internacional]” (pars. 102 e 103 *infra*).
74. A este respeito, esta Corte estabeleceu que não é possível alegar obstáculos internos, tais como a falta de

68. A Promotoria vinculada à Câmara assinalou: “[o pai] se opõe à [guarda] desde sua primeira apresentação nesta causa, realizada 4 meses depois do nascimento [...]. O lapso transcorrido entre uma e outra data não é imputável ao recorrente a título de negligência ou desinteresse. Se não se apresentou antes é pura e simplesmente porque ignorava a existência deste processo. [O] *a quo* optou por manter o vínculo pré-existente com os guardiães de fato, sem ter minimamente em conta os legítimos direitos do progenitor que, insisto, nada teve a ver com a entrega da recém nascida e a quem em nada deve prejudicar a circunstância de não ter conformado uma família com [a mãe]” (expediente de anexos à contestação, tomo III, folhas 3259 e 3260).

69. A Câmara ordenou a realização de algumas dessas diligências sete e oito meses depois. Assim, requereu a uma equipe interdisciplinar realizar entrevistas com os pais e guardiães em 1º de julho de 2002. (expediente de anexos à contestação, tomo III, folhas 3288, 3296, 3321 e 3382).

70. Assim, por exemplo: petição do Defensor de Menores de 7 de agosto de 2001 (expediente de anexos à contestação, tomo III, folha 3257), e sentença da Câmara Segunda de Paraná de 10 de junho de 2003, nota 36 *supra*, folha 3463.

infraestrutura ou de pessoal para conduzir os processos judiciais para eximir-se de uma obrigação internacional.<sup>71</sup> Em sentido similar, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos determinou que uma sobrecarga crônica de casos pendentes não é uma justificativa válida para o atraso excessivo.<sup>72</sup>

75. Finalmente, esta Corte afirmou que para determinar a razoabilidade do prazo também se deve tomar em conta o impacto gerado pela duração do procedimento na situação jurídica da pessoa envolvida no mesmo, considerando, entre outros elementos, a matéria objeto de controvérsia. Assim, o Tribunal estabeleceu que se o passar do tempo incide de maneira relevante na situação jurídica do indivíduo, será necessário que o procedimento avance com maior diligência a fim de que o caso se resolva em um tempo breve.<sup>73</sup>
76. Tanto o Juiz de Primeira Instância como o Superior Tribunal de Entre Ríos concederam a guarda judicial da criança ao casal B-Z com base, principalmente, nos vínculos que M havia desenvolvido com o casal adotante devido ao transcurso do tempo. Isto implicou que, apesar de o senhor Fornerón ser o pai biológico da criança, -e assim o reconheceu perante as autoridades pouco depois de seu nascimento-, não pôde exercer seus direitos nem cumprir seus deveres de pai, nem M pôde desfrutar dos direitos que lhe correspondem como criança em relação à sua família biológica. Adicionalmente, a ausência de uma decisão e do estabelecimento de um regime de visitas impediu que pai e filha se conheçam e que se estabeleça um vínculo entre ambos nos primeiros 12 anos de vida da criança, etapa fundamental em seu desenvolvimento. Consequentemente, tendo em conta os direitos e interesses em jogo, o atraso nas decisões judiciais gerou impactos significativos, irreversíveis e irremediáveis aos direitos do senhor Fornerón e de sua filha.
77. Em face do anteriormente exposto, a duração total dos procedimentos de guarda judicial e de regime de visitas no presente caso, de mais de três e 10 anos, respectivamente, ultrapassam excessivamente um prazo que pudesse ser considerado razoável em procedimentos relativos à guarda de uma criança e ao regime de visitas com seu pai, de modo que constituem uma violação do artigo 8.1 da Convenção, em relação aos artigos 17.1 e 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do senhor Fornerón e de sua filha M, bem como em relação ao artigo 19 da mesma em detrimento desta última.

*iv) Considerações da Corte sobre a devida diligência das autoridades judiciais no processo de guarda*

78. Este Tribunal examinará se no processo de guarda que antecedeu a decisão de conceder a adoção simples da criança M, as autoridades judiciais internas atuaram com a devida diligência que correspondia, levando em consideração a situação particular do caso e a obrigação de proceder com especial diligência e celeridade nos procedimentos que envolvem menores de idade (pars. 51 e 52 *supra*). Para tanto, o Tribunal examinará os seguintes aspectos a respeito do processo de guarda: a) inobservância de requisitos legais; b) omissões probatórias; c) utilização de estereótipos, e d) atraso judicial como fundamento da decisão.

*a) Inobservância de requisitos legais*

79. No dia seguinte ao nascimento de M, a senhora Enríquez entregou a criança ao casal B-Z, ato no qual interveio o Defensor de Pobres e Menores da cidade de Victoria, quem elaborou uma ata fazendo constar a entrega (par. 22 *supra*). O artigo 318 do Código Civil vigente à época dos fatos estabelecia que “[s]e proíbe expressamente a entrega em guarda de menores [de idade] mediante escritura pública ou ato administrativo”.
80. Diversas autoridades indicaram que a entrega de M não havia cumprido essa e outras disposições legais. Nesse sentido, por exemplo, pronunciou-se o Defensor do Menor que participou no processo de guarda perante a Câmara, que sustentou que “na tramitação da entrega da menor [de idade], não foram observadas as disposições [...] da Lei Provincial 8.490, onde o [...] Defensor atuante, uma vez configurado o fato, deveria pedir o “Patrocínio Institucional” da criança, já que a mesma havia sido abandonada por sua mãe, colocando-a em uma situação irregular sem investigar o seu ambiente social e familiar”. Por sua vez, a Câmara Civil que revogou a decisão de primeira instância sobre a guarda judicial observou que:

de acordo com o teor do art[igo] 318 e seus ccds. do Código Civil, [a entrega da criança por parte de sua mãe] não cumpriria estritamente o requisito e finalidade da lei já que a mesma proíbe expressamente

71. Cf. *Caso Garibaldi Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de setembro de 2009. Série C Nº 203, par. 137.

72. Cf. TEDH. *Caso Probstmeier Vs. Alemanha* (No. 20950/92), Sentença de 1º de julho de 1997, par. 64, e *Caso Samardžić e AD Plastika Vs. Sérvia* (No. 2844/05), Sentença de 17 de julho de 2007, par. 41.

73. Cf. *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C. Nº 192, par. 155, e *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 3 de abril de 2009, Série C Nº 196, par. 115.

essa entrega mediante escritura pública ou ato administrativo, [...] e que [apenas] é admissível a [entrega] outorgada judicialmente.

81. Entretanto, essas não foram as únicas observações por parte de autoridades judiciais que indicavam que a entrega e a “guarda de fato” não cumpriam os requisitos legais. Com efeito, inclusive o Juiz de Câmara que em minoria votou a favor de confirmar a decisão de primeira instância, afirmou que não se observou “estritamente” a normatividade, indicando: “[n]ão escapa à minha consideração que ao tempo da decisão que outorga a guarda judicial impugnada pelo pai biológico, os atores haviam exercido por quase um ano uma guarda de fato que não cumpre estritamente o disposto na norma substantiva”. O artigo 316, terceiro parágrafo, do Código Civil que se afirmou como não observado, dispõe que “[a] guarda deverá ser outorgada pelo juiz ou tribunal do domicílio do menor ou onde judicialmente se tiver por comprovado o abandono do mesmo”.
82. Por outro lado, quanto aos requisitos legais a serem observados no processo judicial de guarda, o artigo 317 do Código Civil argentino estabelecia:

São requisitos para conceder a guarda:

a) Intimar os progenitores do menor a fim de que prestem seu consentimento para a concessão da guarda com fins de adoção. O juiz determinará, dentro dos sessenta dias posteriores ao nascimento, a oportunidade desta citação.

Não será necessário o consentimento quando o menor estiver em um estabelecimento assistencial e os pais tiverem ignorado o mesmo totalmente durante um ano ou quando o desamparo moral ou material seja evidente, manifesto e contínuo, e esta situação tiver sido comprovada pela autoridade Judicial. Tampouco será necessário quando os pais tiverem sido privados do pátrio poder, ou quando tiverem manifestado em juízo sua expressa vontade de entregar o menor em adoção.

[...]

O juiz deverá observar as regras dos incisos a), b) e c) sob pena de nulidade.

83. A este respeito, o Juiz de Primeira Instância, em aplicação do ordenado no artigo 317 do Código Civil, intimou a mãe da criança, que deu seu consentimento à guarda. Com posterioridade, o juiz, uma vez que teve conhecimento do reconhecimento de paternidade, intimou o pai biológico, que manifestou sua oposição à guarda. Na Argentina, o reconhecimento de paternidade no registro civil concede ao pai todos seus direitos e deveres como progenitor.<sup>74</sup> Apesar do reconhecimento legal de paternidade do senhor Fornerón e de sua confirmação biológica por meio de um exame de DNA, o Juiz de Primeira Instância não ordenou a entrega da criança a seu pai,<sup>75</sup> mas solicitou um relatório pericial “sobre os possíveis danos que poderia sofrer a menor em caso de ordenar-se a entrega da mesma ao pai biológico”. Com fundamento nesse relatório, solicitado quando M tinha nove meses de idade, o juiz baseou sua decisão de manter a criança com o casal B-Z em consideração do suposto interesse superior daquela. A guarda judicial estabelecida a favor do referido casal foi outorgada contra a vontade do pai biológico, sem observar o estabelecido na Convenção sobre os Direitos da Criança (par. 120 *infra*) e na legislação argentina,<sup>76</sup> ao não consentir o pai e não havendo sido constatado judicialmente que cumpria alguma das circunstâncias de exceção do requisito de consentimento prévio previstas no artigo 317 do Código Civil (par. 82 *supra*).
84. A decisão da Câmara que revogou aquela de primeira instância afirmou que, de acordo com o “art[igo] 317, inc[iso] a) do Código Civil [...], observa-se que, diante da falta de seu consentimento e ao não se configurar outras condições negativas ali previstas, o pedido efetuado [pelo senhor Fornerón de interromper a guarda] aparecia nesse momento ostensivamente procedente”, destacando “que na causa não existiu o consentimento que Fornerón *necessariamente* deveria dar, como pai, para a guarda em adoção” (sem grifo no original).
85. A necessidade de observar estritamente os procedimentos legais foi ressaltada pela Câmara Civil em um dos votos majoritários, o qual assinalou que, em razão do fim que a adoção deve perseguir, “corresponde que esteja enquadrada ou delimitada pelos limites legais que tal figura jurídica compreende”. No entanto, afirmou que a “proximidade [...]

74. Na sentença da Câmara de apelações se estabeleceu que “esse reconhecimento, por si mesmo, jurídica e legalmente, e enquanto não for impugnada sua paternidade, lhe concedia o caráter invocado e com todos os direitos e deveres que isso acarretava, e que não foram [...] considerados”, (expediente de anexos à contestação, tomo III, folha 3463).

75. Um dos juízes de Câmara que conheceu do recurso de apelação interposto pelo senhor Fornerón afirmou na sentença que este aceitou se submeter ao exame de DNA “[e]ntretanto e apesar de que o mesmo confirma amplamente a paternidade alegada [...] seu pedido não [foi] recepcionado favoravelmente, podendo então perguntar-se à parte interessada qual foi a finalidade objetiva do ato”, (expediente de anexos à contestação, tomo III, folha 3463).

76. *Cf.* pronunciamentos de diversas autoridades internas (expediente de anexos à contestação, tomo III, folhas 3260, 3464, 3468, 3635 e 3636).

no processo não se adverte nos autos, apesar da importância do caso”, e coincidiu com o Defensor de Menores nesse processo em que não haviam sido cumpridas as disposições da Lei provincial nº 8.490.

86. Tendo em conta essas considerações, entre outras, a Câmara revogou a decisão do Juiz de Primeira Instância de ordenar a guarda judicial de M a favor do casal B-Z. Esta decisão foi apelada pelos guardiães de fato e pelo Defensor de Menores, e a Sala Civil do Superior Tribunal de Justiça da Província de Entre Ríos se concentrou no suposto interesse superior da criança, omitindo qualquer análise sobre a inobservância dos requisitos legais na entrega de fato e no processo de guarda judicial de M, entre outros, que a criança havia sido entregue mediante um ato administrativo, sem intervenção do juiz competente (pars. 80 e 81 *supra*), que não houve consentimento do pai para a entrega em guarda judicial e que não se verificaram as condições que permitiriam ignorar este último requisito (pars. 82 a 84 *supra*)<sup>77</sup>.

*b) Omissões probatórias*

87. Diversos funcionários afirmaram que na decisão judicial que concedeu a guarda, não haviam sido adotadas as medidas probatórias necessárias para tanto. Nesse sentido, a sentença da Câmara afirmou que uma vez recebida a causa, as medidas adotadas por este tribunal tiveram, entre outros objetivos, que “suprir a produção de provas não realizadas em seu momento (e as que, *necessariamente*, corresponde realizar neste tipo de litígios)” (sem grifo no original).
88. Por outro lado, nessa sentença se afirmaram, ademais, as falências do relatório psicológico no qual se baseou a decisão de guarda do Juiz de Primeira Instância indicando, *inter alia*, que: “não aparece que tenha havido observação do vínculo bebê-mãe adotante, nem do bebê com o pai adotante, nem tampouco entrevistas com os pais adotantes e com o pai sanguíneo”.
89. Por sua vez, o Defensor de Menores interveniente perante a Câmara também constatou a omissão de provas na primeira instância e, citando os artigos 73 e 74 da Lei provincial nº 8.490, afirmou que era necessário sanar tal omissão. Por isso propôs, entre outras medidas, “um estudo socioambiental do pai, [e] entrevista[s] dos profissionais da Equipe Técnica do Juízo de Menores [...], de forma conjunta e separada, com os pais da criança e [com os] guardiães”. Em sentido similar, o Ministério Público também advertiu que na primeira instância não se realizou nenhum estudo psicológico, socioambiental ou de qualquer outra natureza sobre o senhor Fornerón, o que, segundo seu critério, era “vital para resolver o caso”. Ainda no voto de minoria da Câmara, observou-se que a possibilidade de proferir sentença “foi postergada pela necessidade de realizar nesta instância diligências imprescindíveis para incorporar importantes elementos de convicção”.
90. Em conclusão, a decisão de primeira instância mediante a qual se outorgou a guarda judicial de M não a seu pai biológico mas a um casal que tinha uma “guarda de fato”, foi emitida sem que contasse com os elementos de convicção necessários, tal como foi indicado por distintos funcionários, que coincidiram em indicar a omissão da atividade probatória incorrida na primeira instância.

*c) Estereótipos na fundamentação da decisão de guarda*

91. O Juiz de Primeira Instância manifestou: “entre os pais biológicos da criança [...] não existiu um noivado formal de mais de 12 meses, [...] mas encontros ocasionais, mantendo a mãe da criança ao menos outra relação com outra pessoa; expresso isso não para julgar a conduta da mãe mas para ressaltar que o fruto dessa relação [...] não foi o resultado do amor ou do desejo de formar uma família”. Além disso, ressaltou a existência de um conflito entre os progenitores de M e “a ausência de uma família biológica”. Fez ênfase em que o senhor Fornerón tinha conhecimento da gravidez ao menos durante os dois meses anteriores ao nascimento e, no entanto, “não demonstrou nenhum tipo de interesse nem colaboração com a mãe antes do [nascimento], nem mesmo realizou nenhum tipo de representação judicial para resguardar o vínculo com a criança”. Acrescentou que a criança “não contaria com uma família biológica, entendendo-se como tal ao pai e à mãe, faltando-lhe, conseqüentemente, [...] a presença materna”, reiterando em sua argumentação que o pai biológico “não conhece a menor e não se encontra casado”, de maneira que a criança não contaria com uma mãe, o que “[acrescentaria] um [...] elemento que prejudicaria sua saúde mental e, seguramente, física”. Por sua vez, um dos juizes do Superior Tribunal de Justiça de Entre Ríos afirmou que “o pai demonstr[ou] até [o] reconhecimento [de sua filha] uma indiferença

77. Apenas um dos integrantes da Sala do Superior Tribunal de Justiça “destac[ou]” e tomou como sua esta menção feita pelo juiz da Câmara sobre a irregularidade de que no momento da decisão judicial já havia sido exercido “de fato” por quase um ano uma guarda que não cumpria os preceitos da lei. No entanto, esta constatação não teve nenhuma consequência jurídica (expediente de anexos à contestação, tomo III, folha 3652).

assemelhada ao abandono”. Outro dos juízes desse Tribunal manifestou que “a mãe em um começo cumpriu sua parte, o que não é pouco, manteve a gravidez e seguramente cuidou da criança que estava em seu ventre, e o fez até o parto; o pai teve ciência dessa gravidez, tanto é assim que com posterioridade à entrega da menor a seus guardiães, a reconheceu no Registro Civil de Victoria. Com isso quero dizer que o pai, indiretamente, teve a ver com a entrega da menor [de idade], pois antes havia tido uma atitude passiva, o que seguramente contribuiu com a decisão tomada pela mãe, que reiteradamente manifestou que não se encontrava em condições de assumir as obrigações e responsabilidades de uma nova maternidade”.

92. A Corte adverte que tais considerações se referem, em primeiro lugar, a condutas tanto da mãe como do pai, anteriores ao nascimento da criança, isto é, às características da relação do senhor Fornerón e da senhora Enríquez, às circunstâncias nas quais se produziu a gravidez e à suposta ausência de colaboração e a uma alegada indiferença e passividade do pai, que teriam levado a mãe a entregar a criança. Em segundo lugar, fazem referência às circunstâncias posteriores ao nascimento, que coincidem com o reclamo do pai biológico solteiro por sua filha entregue pela mãe a outra família.
93. A respeito das circunstâncias prévias ao nascimento, o Juiz de Primeira Instância não indicou que implicações teria na relação de um pai e uma filha a suposta falta de amor entre seus pais no passado, nem a ausência de “um noivado formal de mais de 12 meses” entre eles, nem fundamentou de que maneira estes elementos prejudicariam o bem estar e o desenvolvimento de M, nem porque isso impediria um pai de exercer suas funções parentais. Tampouco analisou quais eram os motivos pelos quais a mãe biológica se opunha à entrega da criança a seu pai, nem porque este não pôde cuidar ou colaborar com a mãe grávida, especialmente quando a entrega inicial ao casal B-Z foi realizada de maneira irregular, o que inclusive havia conduzido ao início de ações penais pela possível entrega da criança em troca de dinheiro. Ademais, os referidos juízes se referiram a uma suposta indiferença, desinteresse ou passividade do senhor Fornerón a respeito da mulher grávida, elogiando, um deles, a conduta de uma mãe que, ignorando os reclamos do pai biológico, decidiu entregar sua filha recém nascida a uma família desconhecida da mesma, presumivelmente em troca de dinheiro. Inclusive sugere que esta decisão da mãe é derivada da conduta do pai biológico, quando, como foi indicado, o senhor Fornerón ofereceu à mãe responsabilizar-se pela criança (par. 22 *supra*). A Corte considera no presente caso que a decisão unilateral de uma mulher de não se considerar em condições de assumir sua função de mãe não pode constituir para a autoridade judicial interveniente uma fundamentação para negar a paternidade.
94. Ao contrário, a Corte observa que tais afirmações respondem a ideias preconcebidas sobre o papel de um homem e uma mulher em relação a determinadas funções ou processos reprodutivos, relativos a uma futura maternidade e paternidade. Trata-se de noções baseadas em estereótipos que indicam a necessidade de eventuais vínculos afetivos ou de supostos desejos mútuos de formar uma família, a suposta importância do “formalismo” da relação, e o papel de um pai durante uma gravidez, quem deve prover cuidados e atenção à mulher grávida, pois caso não se deem estes pressupostos, presumir-se-ia uma falta de idoneidade ou capacidade do pai em suas funções com respeito à criança, ou inclusive que o pai não estava interessado em dar cuidado e bem estar a esta.<sup>78</sup>
95. Com respeito às alegadas circunstâncias relacionadas à situação posterior ao nascimento, o Juiz de Primeira Instância assinalou a ausência de uma mãe, que o pai não conhecia a filha e que, além disso, não está casado. A este respeito, o juiz tampouco assinalou que riscos reais e provados se derivam do crescimento de uma criança em uma família monoparental ou ampliada, nem mesmo determinou porque a ausência da mãe no caso concreto “prejudicaria [a] saúde mental e, seguramente, física” da criança, como afirmou.<sup>79</sup> Outrossim, o Juiz de Primeira Instância que concedeu a guarda judicial considerou o senhor Fornerón como único familiar de M, pese a que a mãe do senhor Fornerón, avó da criança, compareceu perante o juiz para se oferecer também a cuidar à criança.
96. As considerações do Juiz de Primeira Instância demonstram também uma ideia preconcebida do que é ser progenitor único, já que o senhor Fornerón foi questionado e foi condicionada sua capacidade e possibilidade

78. Nesse sentido, um dos juízes de Câmara assinalou: “[M] nasceu fruto da relação do [senhor] Fornerón com a mãe daquela [...] e considero que não corresponde [...] valorar se existia ou não amor entre eles. A pretensão do pai é legítima e no caso de se compartilhar o critério impugnado, seriam numerosas –por exemplo- as ações de filiação que fracassariam. [O senhor Fornerón] nada teve a ver com a entrega da recém nascida [e] não se pode prejudicá-lo [...] porque não tenha formado uma família com [a senhora] Enríquez e [...] a falta de querer uma filha por parte da mãe, não significa que deva ocorrer o mesmo com o pai[. A] denegação, em sua opinião, aparece não apenas como um excesso mas também como um tipo de sanção perante a conduta omissiva inexistente”. Sentença da Primeira Sala da Segunda Câmara de Paraná de 10 de junho de 2003, nota 36 *supra*, folha 137.

79. O Juiz de Câmara mencionado manifestou a respeito: “a desculpa de que no caso de que a criança seja entregue ao pai faltaria a mãe tampouco pode ser aceita, [ainda mais quando na legislação argentina sobre adoção se] estabelece que ninguém pode simultaneamente ser adotado por mais de uma pessoa com exceção de que os adotantes sejam cônjuges[.] Sentença da Primeira Sala da Segunda Câmara de Paraná de 10 de junho de 2003, nota 36 *supra*, folhas 137 e 140.

de exercer sua função de pai à existência de uma esposa. O estado civil de solteiro do senhor Fornerón, equiparado por um dos juízes à “ausência de família biológica”, como fundamento para privá-lo judicialmente do exercício de suas funções de pai, constitui uma denegação de um direito baseada em estereótipos sobre a capacidade, qualidades ou atributos para exercer a paternidade de maneira individual, isso sem ter considerado as características e circunstâncias particulares do progenitor que quer, em sua individualidade, exercer sua função de pai.

97. A este respeito, na audiência pública do presente caso, o perito García Méndez sustentou:

A decisão de primeira instância que diz que esta criança não pode ser restituída a seu pai porque [...] não constitui uma família, [não considerou] a Convenção [sobre] os Direitos da Criança, nem a [...] jurisprudência [interna] que [reflete que] a Argentina é um país avançado na matéria[.] Na normativa nacional não há uma indicação de que esta família tenha de [...] ser constituída pelo [pai] e pela [mãe], [...] isso [...] não está nem na legislação internacional nem na legislação argentina. Pelo contrário, [...] a Argentina foi precursora do reconhecimento de distintas formas de organização familiar, [...] trata-se de um Estado que tem um dos *records* mais altos também nesta matéria.

98. Este Tribunal afirmou anteriormente que na Convenção Americana não se encontra determinado um conceito fechado de família, nem muito menos se protege apenas um modelo da mesma.<sup>80</sup> Adicionalmente, a Corte Interamericana estabeleceu que o termo “familiares” deve entender-se em sentido amplo, incluindo todas as pessoas vinculadas por um parentesco próximo.<sup>81</sup> Por outro lado, não há nada que indique que as famílias monoparentais não possam oferecer cuidado, sustento e carinho às crianças. A realidade demonstra cotidianamente que nem toda família conta com uma figura materna ou uma paterna, sem que isso obste a que esta possa oferecer o bem estar necessário para o desenvolvimento das crianças.

99. Outrossim, esta Corte já estabeleceu que uma determinação a partir de presunções e estereótipos sobre a capacidade e idoneidade parental de poder garantir e promover o bem estar e desenvolvimento da criança não é adequada para assegurar o interesse superior da criança.<sup>82</sup> Além disso, o Tribunal considera que o interesse superior da criança não pode ser utilizado para negar o direito de seu progenitor em virtude de seu estado civil, em benefício daqueles que contam com um estado civil que se ajusta a um determinado conceito de família.

100. As decisões judiciais analisadas não cuidaram efetivamente do interesse superior da criança e dos direitos do pai e se basearam em afirmações que revelam uma ideia predeterminada sobre as circunstâncias nas quais se produziu sua paternidade, e sobre que um progenitor sozinho não pode se responsabilizar por um filho.

*d) Atraso judicial como fundamento da decisão*

101. O Superior Tribunal de Justiça de Entre Ríos, que decidiu confirmar a decisão da guarda judicial do Juiz de Primeira Instância, fez diversas considerações sobre a influência determinante que, a seu critério, teve o tempo na decisão sobre a guarda da criança.

102. A este respeito, em um dos votos, um de seus integrantes afirmou:

O motivo deste processo prolongado surge da leitura da documentação amontoadada [...] que é demonstrativa da morosidade de que padece o Poder Judiciário, renegando sua obrigação de decidir os conflitos em tempo oportuno para tratar de prejudicar o menos possível aos justiciáveis. A demora no trâmite [...] não é uma questão menor, é desnecessário afirmar que incidirá na decisão que deve recair neste processo.<sup>83</sup>

103. Assim mesmo, outro dos juízes, afirmou que “o tema se resolve tendo em consideração o tempo transcorrido, desde o dia posterior ao seu nascimento até a presente data, o que torna totalmente inconveniente alterar a situação da menor [de idade], pelos efeitos muito perniciosos que tal fato acarretaria sobre sua psique e na formação de sua personalidade. Acrescentou que, “[s]em dúvida, [...] se a decisão definitiva tivesse sido proferida ao tempo daquela de primeira instância, provavelmente o resultado teria sido outro”. Esse mesmo juiz afirmou que “[e]ste trâmite não teve uma duração razoável, isto é, não cumpriu a normativa [internacional]”. Acrescentou que “[estavam] resolvendo um caso muito especial que reflete uma evidente complexidade do problema e contribuições dilatórias das partes, funcionários, magistrados, técnicos, peritos, etc., tudo isso enquadrado

80. Cf. Parecer Consultivo OC-17/02, nota 51 *supra*, par. 69, e, em sentido similar, *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*, nota 50 *supra*, par. 142.

81. Cf. Parecer Consultivo OC-17/02, nota 51 *supra*, par. 70, e *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 1998. Série C N° 42, par. 92.

82. Cf. *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*, nota 50 *supra*, par. 111.

83. Sentença da Sala Civil e Comercial do Superior Tribunal de Justiça, nota 38 *supra*, folha 223.

também em um Poder Judiciário colapsado pelas vicissitudes econômicas e políticas que afetaram os argentinos em geral e os entrerrienses em particular. Não obstante tudo isso, as particularidades do caso deveriam ter sido advertidas desde o começo e os procedimentos deveriam ter sido abreviados para a conclusão do mesmo”.<sup>84</sup>

104. Esta Corte já determinou que o processo de guarda judicial violou o direito do senhor Fornerón e de sua filha a serem ouvidos em um prazo razoável, reconhecido no artigo 8.1 da Convenção Americana (par. 77 *supra*). Além disso, este Tribunal observa que a demora no processo e o transcurso do tempo constituíram um fundamento determinante para que o Superior Tribunal de Justiça da província de Entre Ríos resolvesse o caso, alegando o interesse superior da criança, que a guarda judicial que posteriormente culminou na adoção de M deveria ser a favor do casal B-Z. Com esta decisão, o Superior Tribunal de Justiça provincial revogou a decisão da Câmara e confirmou a decisão do Juiz de Primeira Instância, ainda quando neste procedimento não haviam sido estritamente observados os requisitos legais (pars. 79 a 86 *supra*) e a decisão havia sido adotada sem contar com elementos de convicção, inclusive alguns que seriam de obrigatório cumprimento para o juiz, os quais deveriam ter sido remediados em uma etapa posterior (pars. 87 a 90 *supra*).
105. Este Tribunal considera que a observância das disposições legais e a diligência nos procedimentos judiciais são elementos fundamentais para proteger o interesse superior da criança. Por outro lado, não se pode invocar o interesse superior da criança para legitimar a inobservância de requisitos legais, a demora ou erros nos procedimentos judiciais.
106. Com base no afirmado anteriormente, a Corte Interamericana conclui que as autoridades judiciais responsáveis pelo processo de guarda não atuaram com a devida diligência e, por isso, o Estado violou o direito às garantias judiciais previsto no artigo 8.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 17.1 e 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do senhor Fornerón e de sua filha M, bem como em relação ao artigo 19 da mesma em detrimento desta última.

v) *Considerações da Corte sobre o direito a um recurso efetivo*

107. A Corte indicou que o artigo 25.1 da Convenção contempla a obrigação dos Estados Partes de garantir a todas as pessoas sob sua jurisdição um recurso judicial efetivo contra atos violatórios de seus direitos fundamentais. Esta efetividade supõe que, além da existência formal dos recursos, estes provejam resultados ou respostas às violações de direitos contemplados na Convenção, na Constituição ou nas leis. Nesse sentido, não podem ser considerados efetivos aqueles recursos que, em razão das condições gerais do país ou inclusive das circunstâncias particulares de um caso dado, sejam ilusórios. Isso pode ocorrer, por exemplo, quando sua inutilidade tenha sido demonstrada pela prática, porque faltem os meios para executar suas decisões ou por qualquer outra situação que configure um quadro de denegação de justiça. Assim, o processo deve estar dirigido à materialização da proteção do direito reconhecido no pronunciamento judicial por meio da aplicação idônea deste pronunciamento.<sup>85</sup>
108. Por outro lado, como este Tribunal indicou anteriormente, ao avaliar a efetividade dos recursos, a Corte deve observar se as decisões nos processos judiciais contribuíram efetivamente a por fim a uma situação violatória de direitos, a assegurar a não repetição dos atos lesivos e a garantir o livre e pleno exercício dos direitos protegidos pela Convenção.<sup>86</sup>
109. Como já foi demonstrado, o tempo transcorrido ultrapassou o prazo razoável para que o Estado emitisse sentenças nos processos de guarda e de direito de visitas. Esta demora gerou outras consequências além da violação do prazo razoável, tais como uma evidente denegação de justiça, a violação do direito à proteção da família do senhor Fornerón e de sua filha, bem como a proteção dos direitos da criança desta última (pars. 77 e 106 *supra*).
110. A denegação do acesso à justiça tem uma relação com a efetividade dos recursos, já que não é possível afirmar que um recurso existente dentro do ordenamento jurídico de um Estado, mediante o qual não se resolve o litígio proposto em razão de uma demora injustificada no procedimento, pode ser considerado como um recurso efetivo.<sup>87</sup>

84. Sentença da Sala Civil e Comercial do Superior Tribunal de Justiça, nota 38 *supra*, folhas 242 e 243.

85. Cf. *Caso Acevedo Buendía e outros (“Demitidos e aposentados da Controladoria”) Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de julho de 2009. Série C Nº 198, par. 69, e *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de julho de 2011. Série C Nº 227, par. 127.

86. Cf. *Caso do Massacre de Mapiripán Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 15 de setembro de 2005, Série C Nº 134, par. 210, e *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela*, nota 85 *supra*, par. 128.

87. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Equador. Exceção Preliminar e Mérito*. Sentença de 6 de maio de 2008. Série C Nº 179, par. 88. Cf. também

111. Os recursos judiciais interpostos pelo senhor Fornerón não cumpriram em dar uma resposta efetiva e idônea para assegurar seu direito e o de sua filha à proteção da família e aos direitos da criança de M. Em consequência, o Estado violou o direito à proteção judicial, reconhecido no artigo 25.1 da Convenção, em relação aos artigos 17.1, 8.1 e 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do senhor Fornerón e de sua filha M, bem como em relação ao artigo 19 da mesma em detrimento desta última.

#### **D. Proteção da família**

##### *i) Considerações da Comissão*

112. Com respeito à suposta violação do artigo 17 da Convenção,<sup>88</sup> em relação aos artigos 1.1 e 19 da mesma, a Comissão Interamericana afirmou, *inter alia*, que as crianças têm o direito a viver com sua família biológica; o direito de um pai ou de uma mãe a viver junto de seu filho ou filha é um elemento fundamental da vida familiar, e as medidas internas que o impedem, constituem uma ingerência no direito protegido pelo artigo 17 da Convenção. A determinação de separar a uma criança de sua família deve ser feita de acordo com a lei, o que não foi cumprido no caso, já que o senhor Fornerón manifestou sua oposição à guarda, e não consta que exista uma declaração de incapacidade que tivesse ignorado este requerimento ou o cumprimento dos demais requisitos do artigo 317 do Código Civil argentino. Consequentemente, a decisão do Estado de conceder a guarda judicial, e posteriormente a adoção, em oposição à vontade do pai biológico e sem constatar os demais requisitos legais, constituiu “uma restrição ilegítima do direito de família” do senhor Fornerón e de sua filha. Esta decisão, sem ter assegurado devidamente o “acesso do pai à criança”, não apenas interferiu no exercício que a Convenção lhes garantia de seu direito de família, mas trouxe consigo o risco de que fossem criados laços afetivos com o tempo, o que seria difícil reverter posteriormente sem gerar um dano à criança.

113. Adicionalmente, a Comissão afirmou que o Estado não tomou as medidas necessárias para implementar um regime de visitas oportuno, de maneira que a criança foi privada de seu direito a ter acesso a diversos aspectos de sua identidade, de contar com informação importante para seu desenvolvimento e de estabelecer vínculos com sua família biológica. As relações familiares e os aspectos biológicos da história de uma pessoa, particularmente de uma criança, constituem parte fundamental de sua identidade, de modo que toda ação ou omissão do Estado que tenha efeitos sobre tais componentes, pode constituir uma violação do direito à identidade. Nesse sentido, a conduta das autoridades internas que outorgaram a guarda e a adoção comprometeu a responsabilidade internacional do Estado pela violação dos direitos à família e à identidade. Concluiu que a decisão do Estado de separar a M de seu pai biológico, sem dar acesso a um regime de convivência, violou o direito de família da criança e do senhor Fornerón, previsto no artigo 17 da Convenção, em relação aos direitos estabelecidos nos artigos 19 e 1.1 do mesmo instrumento.

##### *ii) Alegações das representantes e do Estado*

114. As representantes manifestaram que M foi “submetida a uma das interferências mais graves [...] e que tem por resultado a divisão de uma família retirando o desfrute mútuo da convivência entre pais e filhos [...] e de ser educada e criada por seu pai. [S]ua origem ainda lhe é negada, cerceando suas relações familiares”. Indicaram que a separação de uma criança de sua família biológica apenas se justifica em circunstâncias excepcionais; o Estado deve procurar preservar o vínculo, e sua intervenção deve ser temporária e dirigida a reincorporar a criança à sua família tão logo as circunstâncias permitam. Outrossim, a criança “foi separada de seu pai não existindo razão alguma”, nem tendo o senhor Fornerón consentido nos mais de 10 anos de duração dos processos. As mencionadas decisões judiciais impediram “o acesso e o respeito [...] à convivência familiar, sendo [a criança] privada de seu direito de ter acesso à sua identidade e a contar com informação significativa para se inserir em sua família de origem”. Além disso, “colocaram ao senhor Fornerón, até o presente, [...] em uma situação de desvantagem” em relação ao casal que obteve a guarda. Sustentaram que “a lei argentina não exige outro requisito para confirmar a paternidade e a titularidade dos direitos e obrigações do pátrio poder [além] do reconhecimento”, motivo pelo qual o Poder Judiciário deveria ter restituído a criança uma vez que o pai a reconheceu em julho de 2000. Manifestaram que “a criança está obrigada a viver com uma família que não é sua família, com um nome distinto ao de seu pai, é a filha do projeto de outro” e que “o direito da criança é antes de tudo o direito a adquirir e a desenvolver uma identidade e consequentemente a sua aceitação

*Caso Las Palmeras Vs. Colômbia. Mérito.* Sentença de 6 de dezembro de 2001. Série C Nº 90, par. 58.

88. O artigo 17.1 da Convenção Americana estabelece: A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.



e integração ao núcleo familiar no qual nasce, que é a herança genética das experiências culturais acumuladas pelas gerações precedentes”. Concluíram que a decisão do Estado de separar a criança de seu pai sem autorizar um regime de visitas violou o direito de família de M e do senhor Fornerón, reconhecidos nos artigos 17, 19 e 1.1 da Convenção.

115. O Estado afirmou que sua posição de diálogo se viu demonstrada em manifestações de alto nível político do Poder Executivo que incluíram, além de dois Ministros de Justiça, à Secretaria da Infância, Adolescência e Família, ao expressar em que a atuação da Justiça impossibilitou a ambos conformar uma família. Acrescentou que “o reconhecimento do senhor Fornerón fez surgir direitos e obrigações como pai da criança” e que o pai se opôs à guarda pré-adoptiva e ao processo de adoção. Considerou que a Argentina realizou todas as ações possíveis para alcançar uma solução amistosa com as partes, concentrando-se na aproximação entre o pai biológico e a criança, sempre em consideração de seu interesse superior.

*iii) Considerações da Corte*

116. A Corte já indicou que o direito à proteção da família, reconhecido no artigo 17 da Convenção Americana implica, entre outras obrigações, favorecer, da maneira mais ampla, o desenvolvimento e o fortalecimento do núcleo familiar.<sup>89</sup> Ademais, como foi indicado no Parecer Consultivo OC-17, uma das interferências estatais mais graves é a que tem como resultado a divisão de uma família. Nesse sentido, a separação de crianças de sua família pode constituir, sob certas condições, uma violação do citado direito à proteção da família,<sup>90</sup> pois inclusive as separações legais da criança de sua família biológica apenas são procedentes se estiverem devidamente justificadas no interesse superior da criança, forem excepcionais e, na medida do possível, temporárias<sup>91</sup> (par. 47 *supra*).

117. Em conformidade com a jurisprudência constante deste Tribunal, para que uma restrição a um direito seja compatível com a Convenção Americana, esta deve cumprir diversos requisitos, entre outros e em primeiro lugar, que a mesma esteja fundamentada em uma lei. No presente caso, o processo de guarda e posterior adoção de M se encontrava regulamentado, entre outras normas, no Código Civil argentino, uma lei em sentido formal e material.

118. Sem prejuízo do anterior, esta Corte determinou que a guarda judicial que terminou na adoção simples de M foi outorgada sem observar certos requisitos normativos, tais como o consentimento do pai biológico e a ausência de verificação das demais condições estabelecidas no artigo 317.a) do Código Civil, entre outros estabelecidos na lei interna (pars. 79 a 86 *supra*). De tal modo, a ingerência no direito de proteção à família do senhor Fornerón e de sua filha M não observou o requisito de legalidade da restrição.

119. Por outro lado, a Corte considera, tal como indicou o perito García Méndez na audiência pública do presente caso, que o direito da criança a crescer com sua família de origem é de fundamental importância e é em um dos padrões normativos mais relevantes derivados dos artigos 17 e 19 da Convenção Americana, bem como dos artigos 8, 9, 18 e 21 da Convenção sobre os Direitos da Criança. Portanto, a família que toda criança tem direito é, principalmente, a sua família biológica,<sup>92</sup> a qual inclui os familiares mais próximos, a que deve oferecer a proteção à criança e, por sua vez, deve ser objeto primordial de medidas de proteção por parte do Estado. Em consequência, à falta de um dos pais, as autoridades judiciais se encontram na obrigação de buscar o pai ou a mãe ou outros familiares biológicos.

120. Em particular, o artigo 9 da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece que:

1. Os Estados Partes deverão zelar para que a criança não seja separada dos pais contra a vontade dos mesmos, exceto quando, sujeita à revisão judicial, as autoridades competentes determinarem, em conformidade com a lei e os procedimentos legais cabíveis, que tal separação é necessária ao interesse maior da criança. Tal determinação pode ser necessária em casos específicos, por exemplo, nos casos em que a criança sofre maus tratos ou descuido por parte de seus pais ou quando estes vivem separados e uma decisão deve ser tomada a respeito do local da residência da criança.

[...]

3. Os Estados Partes respeitarão o direito da criança que esteja separada de um ou de ambos os pais de

89. Cf. Parecer Consultivo OC-17, nota 51 *supra*, par. 66, e *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*, nota 50 *supra*, par. 169.

90. Cf. Parecer Consultivo OC-17, nota 51 *supra*, pars. 71 e 72, e *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*, nota 50 *supra*, par. 169.

91. Cf. Parecer Consultivo OC-17, nota 51 *supra*, par. 77, e *Caso Gelman Vs. Uruguai*, nota 49 *supra*, par. 125.

92. Cf. Parecer do perito García Méndez prestado em audiência pública.

manter regularmente relações pessoais e contato direto com ambos, a menos que isso seja contrário ao interesse maior da criança.

121. No presente caso não se cumpriu o requisito de excepcionalidade da separação. O juiz que outorgou a guarda judicial e posterior adoção não teve em conta a vontade do senhor Fornerón de cuidar e de não continuar separado de sua filha. Isso apesar de que o pai biológico manifestou esta vontade de maneira expressa e reiterada perante diversas autoridades e particularmente perante este funcionário nos processos de guarda e de adoção. Por outro lado, o referido juiz tampouco determinou, a critério desta Corte, a existência de alguma das circunstâncias excepcionais estabelecidas pela Convenção sobre os Direitos da Criança, tais como “casos nos quais a criança seja objeto de maus tratos ou descuido por parte de seus pais”, que tivessem permitido, excepcionalmente, a separação do pai de sua filha.
122. Por outro lado, além da separação entre pai e filha, formalizada a partir da sentença na qual se outorgou a guarda judicial por um ano ao casal B-Z e posteriormente no processo de adoção, não foram ordenadas medidas para vincular o senhor Fornerón à sua filha. Isso, apesar de que nas decisões judiciais de guarda e de adoção foi determinada esta possibilidade.<sup>93</sup> Em novembro de 2001, o pai biológico iniciou um processo judicial para estabelecer um regime de visitas. No entanto, e sem prejuízo do acordo das partes celebrado perante o Superior Tribunal de Justiça de Entre Ríos em maio de 2011 (par. 42 *supra*), não consta que em mais de 11 anos se tenha ordenado judicialmente um regime de visitas que tenha permitido a vinculação entre pai e filha.
123. Finalmente, a Corte recorda que a Convenção sobre os Direitos da Criança, em seu artigo 8.1, afirma que “[o]s Estados Partes se comprometem a respeitar o direito da criança de preservar sua identidade, inclusive a nacionalidade, o nome e as relações familiares, de acordo com a lei, sem interferências ilícitas”. O Tribunal reconheceu o direito à identidade, que pode ser compreendido, em geral, como o conjunto de atributos e características que permitem a individualização da pessoa em sociedade e, em tal sentido, compreende vários outros direitos dependendo do sujeito de direitos em questão e das circunstâncias do caso.<sup>94</sup> A identidade pessoal está intimamente ligada à pessoa em sua individualidade específica e vida privada, sustentadas ambas em uma experiência histórica e biológica, bem como na forma em que este indivíduo se relaciona com os demais, através do desenvolvimento de vínculos no plano familiar e social. É por essa razão que a identidade, apesar de não ser um direito exclusivo das crianças, acarreta uma importância especial durante a infância.<sup>95</sup> As circunstâncias do presente caso implicaram que M crescesse desde seu nascimento com a família B-Z. Este fato gerou que o desenvolvimento pessoal, familiar e social de M fosse levado a cabo no seio de uma família distinta à sua família biológica. Do mesmo modo, o fato de que em todos estes anos M não teve contato ou vínculos com sua família de origem não lhe permitiu criar as relações familiares juridicamente correspondentes. Deste modo, a impossibilidade de M de crescer com sua família biológica e a ausência de medidas dirigidas a relacionar o pai com sua filha afetou o direito à identidade da criança M, além de seu direito à proteção familiar.
124. Com base no anterior, esta Corte conclui que o Estado violou o direito à proteção da família, reconhecido no artigo 17.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1, 8.1 e 25.1 do mesmo instrumento em detrimento do senhor Fornerón e de sua filha M, bem como em relação ao artigo 19 deste tratado a respeito desta última.

### ***E. Dever de adotar disposições de direito interno***

#### *1) Considerações da Comissão*

125. Em relação ao dever de adotar disposições de direito interno, estabelecido no artigo 2 da Convenção Americana,<sup>96</sup> em seu Relatório nº 83/10 a Comissão Interamericana afirmou que, “[a]inda que os peticionários não apresentaram uma reclamação sob este artigo [perante aquele órgão], com base nos elementos de fato e de direito apresentados pelas partes no processo contraditório, [considerou] necessário analisar sua aplicação *iura novit curia*”. Afirmou que existiam indícios importantes de que tenha havido uma transação em torno do

93. Cf. Sentença do Juiz de Primeira Instância de 17 de maio de 2001, nota 31 *supra*, folha 19; sentença da Sala Civil e Comercial do Superior Tribunal de Justiça, nota 38 *supra*, folha 243, e sentença do Juiz de Primeira Instância de 23 de dezembro de 2005, nota 48 *supra*, folha 4761.

94. *Caso Gelman Vs. Uruguai*, nota 49 *supra*, par. 122, e *Caso Contreras e outros Vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2011 Série C Nº 232, par. 113.

95. Cf. *Caso Contreras e outros Vs. El Salvador*, nota 94 *supra*, par. 113.

96. O artigo 2 da Convenção Americana estabelece: Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.

nascimento de M e que no “esquema de obrigações internacionais do Estado [...] devia ter sido investigado”. No entanto, a Comissão considerou provado que “não existe na Argentina uma legislação que sancione a venda de crianças no âmbito penal”. Assinalou que a Convenção sobre os Direitos da Criança, que é parte do *corpus juris* que se incorpora ao artigo 19 da Convenção Americana, estabelece em seu artigo 35 que os Estados Parte tomarão todas as medidas de caráter nacional que sejam necessárias para impedir, entre outros, “a venda ou o tráfico de crianças para qualquer fim ou sob qualquer forma”. Por sua vez, o artigo 2 do Protocolo Facultativo desta Convenção, relativo à venda de crianças, à prostituição infantil e à pornografia infantil, inclui uma definição de venda. A Comissão afirmou que o Estado tinha a obrigação, em virtude do artigo 2, em relação aos artigos 1.1 e 19 da Convenção Americana, de adotar as medidas legislativas para prevenir a venda de crianças em seu território e não o fez. Isso implicou que não fosse investigada com a devida diligência a alegação do senhor Fornerón e depois do Ministério Público, de que a criança M “poderia ter sido vítima de um ato de tráfico de crianças”. Com base no anterior, a Comissão concluiu que o Estado violou o artigo 2, em relação aos artigos 1.1 e 19 da Convenção Americana, em detrimento do senhor Fornerón e de sua filha.

*ii) Alegações das representantes e do Estado*

126. As representantes alegaram que o Estado “não cumpriu a obrigação de adotar as medidas legislativas, judiciais e de outro caráter para prevenir a venda de crianças em seu território; porque não investigou nem puniu os participantes do ato de tráfico [do] qual fo[ram] vítima[s] a criança e seu pai”. Manifestaram que “esta violação de direitos se inici[ou] ainda antes do nascimento de [M], porque na Argentina existiam todas as condições de impunidade para que isso sucedesse. O Estado “tinha e tem a responsabilidade de proteger as crianças de seu território, de prevenir, investigar e punir o tráfico de crianças” e que não tê-lo feito “continua gerando a criação de um risco, promovendo a impunidade e agravando sua responsabilidade”.
127. O Estado, entre outros argumentos, destacou as diversas ações legislativas que provocaram “uma virada importante não apenas nos padrões legais [do] país mas também na [...] jurisprudência”, entre as quais mencionou: a) a sanção da lei nº 25.854, que criou o Registro Único de Aspirantes a Guarda com fins Adotivos e seus decretos regulamentares, em particular, aquele que cria a rede informática que interconecta os 24 registros provinciais, e b) a sanção da lei nº 26.061, de Proteção Integral dos Direitos das Crianças e Adolescentes. Também destacou que este marco normativo foi estabelecido depois da aprovação da Convenção sobre os Direitos da Criança, que ocorreu com a sanção da lei nº 23.849. Esta Convenção “é fundadora de toda a legislação em matéria de infância, a partir da reforma da Constituição Nacional de 1994, que atribuiu o *status* constitucional àquela, ao incorporá-la expressamente no artigo 75, [inciso] 22”. Ademais, informou que foi criado, no âmbito da Corte Suprema de Justiça da Nação, um grupo de trabalho no qual participam magistrados do Poder Judiciário, funcionários do Ministério Público da Defesa e da Secretaria Nacional de Infância, Adolescência e Família, onde concordaram em elaborar um projeto que proíba taxativamente a entrega direta de guarda com fins adotivos.
128. Adicionalmente, o Estado afirmou que considerava improcedente qualquer manifestação dirigida a identificar os fatos do caso como situações relacionadas ao tráfico ou à venda de crianças, em virtude da inexistência de elementos no caso que o demonstrem. Sem prejuízo disso, manifestou que o Estado se encontra “em aberto alinhamento com a corrente internacional que impõe a criminalização destes delitos, [promovendo] medidas legislativas dirigidas a combatê-lo[s]”. Por outro lado, observou que existem confusões em relação à compra e venda, apropriação e tráfico de crianças. Assim, mencionou que na legislação Argentina o tráfico ilegal de pessoas é um delito migratório, enquanto algumas organizações governamentais e não governamentais “costumam recorrer ao conceito [de] tráfico de crianças, ao referir-se a situações de compra e venda de crianças como a ocorrida nos fatos que motivam a pretensão das representantes, e que de nenhum modo o Estado [...] reconheceu que tenha ocorrido de forma sistemática na [Argentina]”.

*iii) Considerações da Corte*

129. A Corte Interamericana considera conveniente esclarecer que ainda que existam diversos e importantes indícios, indicados inclusive pelas autoridades internas (pars. 132 a 134 *infra*), que apoiam a possibilidade de que M tenha sido entregue por sua mãe em troca de dinheiro, os mesmos não são suficientes para que este Tribunal chegue a uma conclusão sobre esse fato. A ausência de uma investigação penal teve um papel fundamental na falta de determinação sobre o ocorrido à criança.
130. Este Tribunal afirmou em outras oportunidades que “[n]o direito de gentes, uma norma consuetudinária

prescreve que um Estado que celebrou uma convenção internacional, deve introduzir em seu direito interno as modificações necessárias para assegurar a execução das obrigações assumidas”. Na Convenção Americana este princípio está previsto em seu artigo 2, que estabelece a obrigação geral de cada Estado Parte de adequar seu direito interno às disposições da mesma, para garantir os direitos nela reconhecidos.<sup>97</sup>

131. A Corte Interamericana tem interpretado que a adequação da normativa interna aos parâmetros estabelecidos na Convenção implica a adoção de medidas em duas vertentes, a saber: a) a supressão das normas e práticas de qualquer natureza que envolvam violação às garantias previstas na Convenção ou que desconhecem os direitos ali reconhecidos ou obstaculizem seu exercício, e b) a promulgação de normas e o desenvolvimento de práticas dirigidas ao efetivo respeito destas garantias. A primeira vertente se satisfaz com a reforma, a derrogação ou a anulação das normas ou práticas que tenham estes alcances, conforme corresponda. A segunda, obriga o Estado a prevenir a repetição de violações aos direitos humanos e, por isso, deve adotar todas as medidas legais, administrativas e de outro caráter que sejam necessárias para evitar que fatos similares voltem a ocorrer no futuro.<sup>98</sup> O dever de adotar disposições de direito interno implicou, em certas ocasiões, na obrigação por parte do Estado de tipificar penalmente determinadas condutas.<sup>99</sup>
132. No presente caso, o promotor e o juiz responsável pela investigação estabeleceram a existência de indícios de que M teria sido entregue por sua mãe em troca de dinheiro. O promotor afirmou que “teria existido, supostamente, uma manobra de compra-venda de bebê”, descreveu os fatos a serem investigados e afirmou que por trás da mãe da criança “se movem outras pessoas com maior influência, com maior poder econômico, pessoas que talvez estejam organizadas para recrutar grávidas jovens, solteiras e humildes e colocá-las em contato com casais com boa condição financeira que pagam pelos filhos destas mulheres”.<sup>100</sup>
133. Nesse sentido, o Juiz de Instrução afirmou:<sup>101</sup>

[c]oincindo, por outro lado, com as afirmações do [senhor] Promotor quanto a que atrás de tudo, existe um conglomerado de interesses fundamentalmente de natureza econômica, dentro do qual os mais poderosos se organizam para captar mulheres grávidas, jovens, solteiras (v.g.: as mais fracas e necessitadas) a fim de que estas, por um dinheiro que nunca é tanto como o que recebem os que lucram com esta intermediação, entreguem o fruto da concepção a casais com carências afetivas dispostos a adotar os recém nascidos e pagar por isso.

Dentro desta realidade que corta o coração dos que ainda cremos contar com uma pitada de sensibilidade diante do que simplesmente devemos qualificar de explorações humanas, de cuja realização são veículos, ademais, profissionais do direito e da saúde, se enquadra a situação descrita nos autos[.]

134. Apesar disso, a investigação penal foi arquivada em duas oportunidades sem determinar se efetivamente ocorreu uma “venda” (pars. 28 a 30 *supra*), uma vez que, a critério do Juiz de Instrução e da Câmara Criminal, os fatos relativos à alegada “venda” da criança não se enquadravam em nenhuma figura penal. Em sua segunda decisão de arquivamento, o Juiz de Instrução afirmou, entre outras considerações,<sup>102</sup> que:

O tráfico de bebês não se encontra tipificado em nosso Código Penal, podendo ser sancionado unicamente como um atentado ao estado civil e à identidade das pessoas (este último a partir da sanção da Lei [nº] 24.410), sempre e quando os compradores os registrem no Registro de Estado Civil e Capacidade das Pessoas como “filhos próprios”, mudando uma filiação por outra (equivalente à supressão).

O fato não demonstrado, ainda que sempre presumido, da existência de dinheiro intermediando a entrega de recém nascidos não é delito do Código Penal, independentemente dos prejuízos que desde a moral e a ética poderiam haver para esse tipo de atitudes, bastante frequentes na atualidade, elas não representam condutas típicas se a entrega do recém nascido se faça sob todas as formalidades legais, tal como ocorreu no caso em questão.

[É] certo e assim sustentei na decisão revogada [...] que ao amparo das necessidades econômicas por um lado (da mãe solteira geralmente) e afetivas, por outro (dos que pretende[m] adotar uma

97. Cf. *Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C Nº 39, par. 68, e *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C Nº 186, par. 179.

98. Cf. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Equador*, nota 87 *supra*, par. 122, e *Caso Fontevecchia e D'Amico Vs. Argentina. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 29 de novembro de 2011. Série C Nº 238, par. 85.

99. Cf., por exemplo, a respeito do desaparecimento forçado de pessoas, *Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá*, nota 97 *supra*, par. 185, e *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de setembro de 2009. Série C Nº 202, pars. 66 e 165.

100. Requerimento de Instrução do Promotor de 2 de agosto de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, anexo 7, folhas 55 e 57).

101. Decisão do Juiz de Instrução de 4 de agosto de 2000 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, anexo 8, folhas 63 a 65).

102. Decisão do Juiz de Instrução de 31 de janeiro de 2001 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, anexo 11, folhas 89, 92 e 96).

criança a todo custo, inclusive pagando por ela), se movem interesses espúrios de personagens [muito] conhecidos em comunidades pequenas como estas, que sabem de tantas penúrias e se aproveitam com ânimo de lucro de contatar a uns e outros, levando, com algum sócio, a maior parte, e convencidos talvez, de ter feito um bem às partes e ficar, deste modo, protegidos da reprovação de suas consciências. Mas daí a sustentar que tais comportamentos são delitivos, existe um abismo.

[o] fato denunciado não se enquadra em nenhuma figura penal, conclusão que a encerra definitiva e irrevogavelmente, por via de arquivamento[. C]onclui-se que além de críticas de outra natureza que indiquei acima, não existe conduta delitiva a investigar[.]

135. A Câmara Criminal confirmou o arquivamento e, entre outras considerações,<sup>103</sup> afirmou que:

A reforma [do Código Penal introduzida pela lei nº 24.410, que modificou os artigos discutidos na investigação judicial] não teve como propósito a repressão de atividades de quem lucra com a venda ou intermediação da entrega de crianças, com fins benévolos ou humanitários.

136. Este Tribunal, com fundamento no artigo 58.b de seu regulamento, solicitou ao Estado que informasse se o ato de entregar uma criança em troca de uma retribuição ou compensação econômica constituía uma infração penal no direito interno. A Argentina, depois de solicitar uma prorrogação de prazo, a qual foi concedida, não remeteu a informação solicitada como prova para melhor resolver. Dois meses e meio depois de vencido o prazo original, e mais de um mês após vencido o prazo prorrogado, o Estado remeteu informação relacionada ao pedido desta Corte, a qual não foi admitida por ser extemporânea (pars. 7 e 12 *supra*).

137. Como indicou este Tribunal, tanto a Convenção Americana como a Convenção sobre os Direitos da Criança formam parte de um *corpus juris* internacional de proteção das crianças muito compreensivo, que deve servir a esta Corte para determinar o conteúdo e os alcances da disposição geral definida no artigo 19 da Convenção Americana.<sup>104</sup>

138. O artigo 19 da Convenção estabelece o direito de toda criança, e o conseqüente dever, entre outros, do Estado de oferecer as medidas de proteção que requeiram por sua condição. Por sua vez, a Convenção sobre os Direitos da Criança, ratificada pela Argentina em 4 dezembro de 1990, em seu artigo 35 estabelece que:

[o]s Estados Partes tomarão todas as medidas de caráter nacional, bilateral e multilateral que sejam necessárias para impedir o sequestro, a venda ou o tráfico de crianças para qualquer fim ou sob qualquer forma.

139. A partir da leitura conjunta de ambas as disposições, depreende-se que esta última norma precisa e determina o conteúdo de algumas das “medidas de proteção” mencionadas no artigo 19 da Convenção Americana, estabelecendo, entre outras, a obrigação de adotar todas as medidas de caráter nacional necessárias para impedir a “venda” de crianças qualquer que seja seu fim ou forma. O texto é claro em afirmar que o dever do Estado consiste em adotar todas as medidas idôneas para impedir toda venda de crianças; ou seja, não pode optar entre distintas medidas, mas deve impedir a “venda” de todas as maneiras possíveis, sem exceções ou limitações, o que inclui, entre outras, medidas legislativas, administrativas e de qualquer outro caráter, a obrigação de proibir penalmente a “venda” de crianças, qualquer que seja sua forma ou fim.

140. A Corte considera que a sanção penal é uma das vias idôneas para proteger determinados bens jurídicos.<sup>105</sup> A entrega de uma criança em troca de remuneração ou de qualquer outra retribuição afeta claramente bens jurídicos fundamentais tais como sua liberdade, sua integridade pessoal e sua dignidade, transformando-se em um dos ataques mais graves contra uma criança, a respeito dos quais os adultos aproveitam sua condição de vulnerabilidade. A Relatora Especial sobre a Venda de Crianças, a Prostituição Infantil e a Utilização de Crianças na Pornografia, indicou que a venda de crianças deve “ser condenada, qualquer que seja sua motivação ou finalidade, pois reduz a criança à condição de mercadoria e conced[e] aos pais ou a qualquer ‘vendedor’ a faculdade de dispor dela como se fosse um bem móvel.”<sup>106</sup>

103. Decisão da Câmara Criminal de Gualeguay de 26 de abril de 2001 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, anexo 13, folha 112).

104. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala*, nota 49 *supra*, par. 194 e, em similar sentido, *Caso Contreras e outros Vs. El Salvador*, nota 94 *supra*, par. 107.

105. *Cf.*, mutatis mutandi, *Caso Kimel Vs. Argentina. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 2 de maio de 2008. Série C Nº 177, par. 76, e *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de janeiro de 2009. Série C Nº 193, par. 118.

106. *Cf.* Relatório da Relatora Especial sobre a Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Utilização de Crianças na Pornografia de 17 de janeiro de 1996, E/CN.4/1996/100, par. 12. Ver também, *inter alia*, Organização das Nações Unidas, Assembleia Geral, Resolução a respeito dos direitos da criança, A/RES/66/141, 4 de abril de 2012, par. 20, e A/RES/65/197, 30 de março de 2011, par. 18 (“A Assembleia Geral [...] exorta todos os Estados a prevenir, tipificar, julgar e punir todas as formas de venda de crianças”), e Conselho de Direitos Humanos, Resolução a respeito dos direitos da criança, A/HRC/RES/19/37, 19 de abril de 2012, par. 42 (a) (“O Conselho de Direitos Humanos [...] Exorta todos os Estados a que: a) Adotem todas as medidas necessárias para eliminar, tipificar como delito e punir efetivamente [...] a venda de crianças com

141. Como foi indicado pelos tribunais internos, no momento dos fatos do presente caso o Estado não impedia penalmente a entrega de uma criança em troca de dinheiro. A “venda” de uma criança não estava impedida ou proibida penalmente mas se sancionavam outras hipóteses de fato, como por exemplo, o ocultamento ou a supressão da filiação (par. 134 *supra*). Esta proibição não satisfaz o estabelecido pelo artigo 35 da Convenção sobre os Direitos da Criança de adotar todas as medidas necessárias para impedir a “venda” de crianças qualquer que seja sua forma ou fim. A obrigação de adotar todas as medidas para impedir toda e qualquer “venda”, incluindo sua proibição penal, está vigente desde o momento em que a Argentina ratificou a Convenção sobre os Direitos da Criança em 1990.
142. Por outro lado, a obrigação de proibir penalmente toda venda de crianças foi afirmada pelo Estado ao ratificar, em 25 de setembro de 2003, o Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à venda de Crianças, Prostituição Infantil e Utilização de Crianças na Pornografia. Nessa ocasião, a Argentina realizou, entre outras, uma declaração interpretativa indicando sua preferência por uma definição mais ampla de venda que aquela prevista no Artigo 2 do Protocolo,<sup>107</sup> afirmando, ademais, que “a venda de crianças deve ser penalizada em todos os casos e não apenas naqueles enumerados no artigo 3, parágrafo 1.a [do Protocolo mencionado]”.<sup>108</sup>
143. A Corte observa que vários Estados da região tipificaram a venda de crianças e adolescentes.<sup>109</sup> Assim mesmo, a consideração da venda de uma pessoa como um crime é, inclusive, previsto no direito interno argentino. Com efeito, o artigo 15 da Constituição Nacional argentina, entre outras disposições, estabelece que:
- [t]odo contrato de compra e venda de pessoas é um crime a respeito do qual serão responsáveis os que o celebrarem, e o escrivão ou funcionário que o autorize.
144. O Estado não investigou a alegada “venda” de M ao casal B-Z, dado que, como foi expressado por autoridades como o Juiz de Instrução e a Câmara de Apelações que intervieram na causa iniciada, tal fato não configurava uma infração penal. Isso apesar de que nessa época já existia a obrigação do Estado de adotar todas as medidas, entre outras penais, para impedir a venda de crianças, qualquer que fosse sua forma ou fim. Com base nas anteriores considerações, a Corte conclui que o Estado descumpriu sua obrigação de adotar as disposições de direito interno estabelecida no artigo 2 da Convenção Americana de Direitos Humanos, em relação aos artigos 19, 8.1, 25.1 e 1.1 do mesmo instrumento em detrimento da criança M e do senhor Fornerón.

qualquer propósito”) e A/HRC/RES/7/29, 28 de março de 2008, par. 36 (a) (“O Conselho de Direitos Humanos [...] Exorta todos os Estados a que: a) Adotem todas as medidas necessárias para eliminar, tipificar como delito e punir efetivamente [...] a venda de crianças”).

107. O artigo 2 deste Protocolo define a venda de crianças da seguinte maneira: Para os propósitos do presente Protocolo: a) Venda de crianças significa qualquer ato ou transação pela qual uma criança é transferida por qualquer pessoa ou grupo de pessoas a outra pessoa ou grupo de pessoas, em troca de remuneração ou qualquer outra forma de compensação[.]

108. Nessa declaração a Argentina afirmou: “[w]ith reference to article 2, the Argentine Republic would prefer a broader definition of sale of children[.] [T]he Argentine Republic believes that the sale of children should be criminalized in all cases and not only in those enumerated in article 3, paragraph 1 (a)”. Coleção de Tratados das Nações Unidas; Estado dos Tratados, Protocolo Facultativo da Convenção sobre os Direitos da Criança relativo à Venda de Crianças, Prostituição Infantil e Utilização de Crianças na Pornografia, disponível em: [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-11-c&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-11-c&chapter=4&lang=en). Por sua vez, o artigo 3 deste Protocolo estabelece que: 1. Os Estados Partes assegurarão que, no mínimo, os seguintes atos e atividades sejam integralmente cobertos por suas legislações criminal ou penal, quer os delitos sejam cometidos dentro ou fora de suas fronteiras, de forma individual ou organizada: a) No contexto da venda de crianças, conforme definido no Artigo 2º: i) A oferta, entrega ou aceitação, por qualquer meio, de uma criança para fins de: a. Exploração sexual de crianças; b. Transplante de órgãos da criança com fins lucrativos; c. Envolvimento da criança em trabalho forçado.

109. Cf. Brasil, Lei nº 8.069, Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências; publicada em 16 de julho de 1990 e retificada em 27 de setembro de 1990, artigo 238 (Prometer ou efetivar a entrega de filho ou pupilo a terceiro, mediante paga ou recompensa: Pena—reclusão de um a quatro anos, e multa. Parágrafo único. Incide nas mesmas penas quem oferece ou efetiva a paga ou recompensa); Costa Rica, Código Penal, artigo 376 (Pena por tráfico de pessoas menores. Será imposta prisão de dois a quatro anos a quem venda, promova ou facilite a venda de uma pessoa menor de idade e receba por isso qualquer tipo de pagamento, gratificação, recompensa econômica ou de outra natureza. Igual pena será imposta a quem pague, gratifique ou recompense com o fim de receber a pessoa menor de idade. A prisão será de quatro a seis anos quando o autor seja um ascendente ou parente até o terceiro grau de consanguinidade ou afinidade, o encarregado da guarda, custódia ou qualquer pessoa que exerça a representação da pessoa menor de idade. Igual pena será imposta ao profissional ou funcionário público que venda, promova, facilite ou legitime por meio de qualquer ato a venda da pessoa menor. Ao profissional e ao funcionário público será imposta também inabilitação de dois a seis anos para o exercício da profissão ou do ofício no qual se produziu o fato), e Venezuela, Lei Orgânica para a proteção de crianças e adolescentes; publicada na *Gaceta Oficial Extraordinária* nº 5.859 de 10 de dezembro de 2007, artigo 267 (Lucro por entrega de crianças ou adolescentes. Quem prometa ou entregue um filho, filha, pupilo, pupila ou uma criança ou adolescente sob sua responsabilidade de criação a um terceiro, mediante pagamento ou recompensa, será apenado com prisão de dois a seis anos. Quem ofereça ou efetue o pagamento ou recompensa incorre na mesma pena). Normas similares se encontram, entre outros países, em El Salvador (Código Penal, artigo 367) e na República Dominicana (Lei 136-03, Código para a proteção dos direitos das crianças e adolescentes; publicado na *Gaceta Oficial* nº 10234, do 7 de agosto de 2003, artigo 404). Além disso, se sanciona penalmente a venda de crianças em relação a processos de adoção, entre outros países, na Guatemala (Decreto 9-2009. Lei contra a Violência Sexual, Exploração e Tráfico de Pessoas, 20 de março de 2009; publicado no Diário Oficial, Tomo CCLXXXVI nº 49, arts. 47 e 53, acrescentando os artigos 241 bis e em 202.3 ao Código Penal); Panamá (Lei 79 de 2011 sobre Tráfico de Pessoas e Atividades Conexas, 15 de novembro de 2011, *Gaceta* 26912, artigos. 4 e 64, acrescentando o artigo 457-A ao Código Penal) e Paraguai (Lei nº 1.160/97, 16 de outubro de 1997, artigo 223). (tradução da Secretaria da Corte)

VII

Reparações

(Aplicação do artigo 63.1 da Convenção Americana)

145. Em conformidade com o disposto no artigo 63.1 da Convenção Americana,<sup>110</sup> a Corte indicou que toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido um dano comporta o dever de repará-lo adequadamente<sup>111</sup> e que essa disposição reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre a responsabilidade de um Estado.<sup>112</sup>
146. Este Tribunal estabeleceu que as reparações devem ter um nexo causal com os fatos do caso, as violações declaradas, os danos provados, bem como com as medidas solicitadas para reparar os danos respectivos. Portanto, a Corte deverá observar esta coincidência para pronunciar-se devidamente e conforme o direito.<sup>113</sup>
147. Em consideração das violações à Convenção Americana declaradas nesta Sentença, o Tribunal procederá a analisar as pretensões apresentadas pela Comissão e pelas representantes, bem como os argumentos do Estado, à luz dos critérios determinados na jurisprudência da Corte em relação à natureza e ao alcance da obrigação de reparar, com o objetivo de ordenar as medidas dirigidas a reparar os danos ocasionados às vítimas.

**A. Parte lesada**

148. O Tribunal considera como parte lesada, nos termos do artigo 63.1 da Convenção, a quem foi declarado vítima da violação de algum direito consagrado na mesma.<sup>114</sup> A parte lesada no presente caso é composta pelo senhor Fornerón e sua filha, quem em seu caráter de vítimas das violações a seus direitos declaradas na presente Sentença, serão considerados beneficiários das reparações o Tribunal venha a ordenar.

**B. Medidas de reparação integral: restituição, satisfação e garantias de não repetição**

149. A jurisprudência internacional, e em particular a da Corte, estabeleceu reiteradamente que a sentença pode constituir *per se* uma forma de reparação.<sup>115</sup> Não obstante isso, considerando as circunstâncias do caso e as afetações às vítimas derivadas das violações da Convenção Americana declaradas em seu prejuízo, o Tribunal considera pertinente determinar as seguintes medidas de reparação.

*1. Medida de restituição*

*1.1 Restituição do vínculo entre o senhor Fornerón e sua filha*

150. A Comissão Interamericana solicitou à Corte que ordene ao Estado adotar no curto prazo todas as medidas necessárias para reparar de uma maneira integral as violações aos direitos humanos sofridas pelo senhor Fornerón e por sua filha, com a assistência apropriada e tomando em consideração o interesse superior da criança. Em particular, requereu que a Argentina adote de maneira urgente, entre outras medidas, as ações necessárias para criar as condições para estabelecer a relação entre o senhor Fornerón e sua filha. Afirmou que a medida de reparação mais importante é que o Estado garanta efetivamente à criança e ao senhor Fornerón o relacionamento conforme suas atuais necessidades e o interesse superior da criança, sendo o regime de visitas um primeiro passo.
151. Adicionalmente, a Comissão afirmou que o Estado deve perseguir diversas diretrizes para poder determinar qual é o interesse superior da criança no presente caso e, portanto, o regime de relacionamento mais adequado de acordo com as necessidades atuais dela e de seu pai biológico. Em primeiro lugar, o Estado deve partir da realização de uma análise casuística, o que implica que as necessidades e interesses atuais da criança devem ser determinados

110. O artigo 63.1 da Convenção Americana dispõe: 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 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.

111. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C Nº 7, par. 25, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*, nota 10 *supra*, par. 276.

112. Cf. *Caso Castillo Páez Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 1998. Série C Nº 43, par. 50, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*, nota 10 *supra*, par. 276.

113. Cf. *Caso Ticona Estrada e outros Vs. Bolívia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C Nº 191, par. 110, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*, nota 10 *supra*, par. 278.

114. Cf. *Caso do Massacre de La Rochela Vs. Colômbia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C Nº 163, par. 233, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*, nota 10 *supra*, par. 281.

115. Cf. *Caso El Amparo Vs. Venezuela. Reparaciones e Custas*. Sentença de 14 de setembro de 1996. Série C Nº 28, par. 35, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*, nota 16 *supra*, par. 315.

mediante a análise qualificada de pessoas especializadas que considerem diversos fatores individualizados, como sua maturidade ou as experiências vividas até o presente. Segundo, o Estado deve garantir efetivamente o direito da criança a ser ouvida no procedimento correspondente, devendo determinar previamente a metodologia e o meio mais adequado para que possa expressar sua opinião de acordo com sua idade e maturidade. Em terceiro lugar, o Estado deve assegurar efetivamente diversas condições e garantias do devido processo ao levar a cabo o procedimento para determinar o regime de relacionamento mais adequado entre o senhor Fornerón e a criança.

152. Finalmente, a Comissão destacou outros aspectos que considerou importantes no âmbito de qualquer processo futuro sobre a determinação da situação do senhor Fornerón e de sua filha. A este respeito, indicou que o Estado deve garantir: a) que a criança conte com o acesso prévio a toda a informação relevante e necessária para que possa estar em condições de formar um juízo próprio; b) um ambiente apropriado para que expresse suas opiniões, que “a audiência seja realizada em um ambiente adequado à capacidade da [criança], conforme sua idade e maturidade, para que possa se expressar livremente”, e c) que os tribunais tenham acesso a toda a informação relevante para determinar o interesse superior da criança.
153. As representantes indicaram que reparar, neste caso, significa a restituição da criança à sua família de origem para que conheça a verdade de sua história e a de seu pai, que nunca esteve em estado de adoção porque nunca foi abandonada, que nenhuma pessoa substituiu o desejo do senhor Fornerón de ser seu pai, e que ela é parte da cadeia geracional de sua família biológica. De tal modo, a restituição, que lhe outorgará sua identidade, sua origem e sua cultura, é um ato de reparação integral, é seu interesse superior e a única maneira de reverter as violações de direitos humanos sofridas pela criança e por seu pai.
154. Outrossim, as representantes afirmaram que a restituição é possível incluindo duas instâncias: a jurídica e a psicológica. Quanto ao componente jurídico, indicaram que corresponde anular a sentença de adoção simples, utilizando mecanismos do direito interno, em função de que a mesma legalizou um fato ilícito, qual seja a compra-venda da criança. A nulidade da adoção é possível porque: a) surgiu de um fato ilícito; b) a criança nunca esteve em estado de abandono e nunca foi declarada judicialmente em estado de abandono e seu pai, em tempo e forma, a reconheceu adquirindo o pátrio poder e, em exercício de sua paternidade, não prestou seu consentimento para que sua filha fosse adotada, e c) a decisão que outorgou a guarda pré-adotiva é discriminatória com base em condições pessoais e econômicas do pai. Por outro lado, desde a perspectiva psicológica, indicaram que se deve continuar o processo psicológico-terapêutico de restituição utilizado nos casos de crianças apropriadas durante a ditadura militar. Adicionalmente, indicaram que o ato de restituição não transmite nenhuma situação traumática, a ideia de um segundo trauma infligido à criança ao restituí-la não pode ser aceita, “não há ‘extração’ nem silêncio, é uma situação nova e reparadora”. As representantes concluíram que restituir é reparar, é devolver à criança sua liberdade, sua identidade, sua dignidade, sua honra, sua família e sua história.
155. O Estado rejeitou terminantemente “a restituição imediata da criança à sua família de origem”, a qual “não aparece como uma alternativa realista, oportuna, nem viável. Ao contrário, apenas representaria um evento mais danoso ainda, para todos os sujeitos envolvidos”. A Argentina propôs como estratégia de trabalho a possibilidade de uma vinculação do senhor Fornerón com sua filha biológica e afirmou sua disposição de oferecer os recursos materiais para facilitar a aproximação do vínculo entre pai e filha, porém que são eles quem vão construir o regime de visitas, de que maneira, quando e com qual frequência se encontrarão, sob um “andaimento terapêutico” que facilite o processo. O Estado coincidiu com a Comissão no sentido de que um regime de visitas não pode ser proposto como um fim em si mesmo e que é necessário que o pai biológico tenha incidência real na vida da criança. Do mesmo modo, a Argentina manifestou seu compromisso, no âmbito de suas possibilidades de ação, de remover os obstáculos que existam para a vinculação entre o pai e sua filha. Adicionalmente, recordou que realizou gestões específicas orientadas a assegurar condições materiais para apoiar o processo de vinculação e que insistiu em seus esforços com a província de Entre Ríos para alcançar ou tentar alcançar uma aproximação entre o pai e sua filha.
156. No presente caso a Corte determinou que os processos internos que culminaram com a decisão de entregar a criança M em guarda e posteriormente em adoção, violaram os direitos às garantias judiciais, à proteção judicial, à proteção da família e aos direitos da criança, reconhecidos pela Convenção Americana (pars. 77, 106, 111, 124 *supra*). Em consequência, em princípio corresponderia que este Tribunal deixasse sem efeito as decisões internas destes processos. No entanto, a Corte não pode ignorar o caráter excepcional deste caso, isto é, a circunstância de que foram desenvolvidos vínculos da criança com seus pais adotivos e com seu ambiente social no qual ela se desenvolve há quase doze anos.
157. Esta Corte indicou que a reparação do dano ocasionado pela infração da obrigação internacional requer, sempre que seja possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), que consiste no restabelecimento da situação



anterior. Caso isso não seja factível, como ocorre em numerosos casos de violações a direitos humanos, o Tribunal determinará medidas para garantir os direitos violados e reparar as consequências que as infrações produziram.<sup>116</sup> O Tribunal considera que no presente caso não é possível o estabelecimento imediato da relação entre pai e filha que não se produziu durante quase 12 anos.

158. Nesse sentido, este Tribunal observa que a Comissão Interamericana e o Estado não propuseram a restituição imediata da criança a seu pai biológico mas que se inicie um processo de adaptação com determinadas características. Particularmente, a Argentina afirmou sua disposição em oferecer recursos materiais e assistência terapêutica, afirmou que o pai biológico deve ter uma incidência real na vida da criança, e informou sobre seu compromisso de remover os obstáculos que existam para a vinculação entre pai e filha.
159. Adicionalmente, a Corte toma nota do indicado na audiência pública do presente caso pela perita Guillis, proposta pelo Estado e que afirmou, por um lado, que a criança desenvolveu relações afetivas em seu atual ambiente social e familiar do qual não pode ser afastada repentinamente e, por outro lado, que os vínculos da criança com o pai biológico e seu ambiente não podem ser estabelecidos imediatamente. O Tribunal recorda que a perita oferecida pela Argentina “desaconselh[ou] uma restituição após 11 anos” e afirmou “que [aqui] há de se restituir [...], pelo bem da criança, [...] a função do pai que nunca renunciou a essa função”. Nesse sentido, esta especialista afirmou que “acompanha[va] a proposta do Estado [...] de uma vinculação com regime de visitas entre [M] e seu pai biológico, considerando que é o modo mais cuidadoso para minimizar os danos já ocasionados neste prologando processo de litígio”.<sup>117</sup> Finalmente, a Corte observa que os peritos Guillis e García Méndez, este último proposto pela Comissão, destacaram a importância de dar a conhecer a M a verdade sobre sua origem,<sup>118</sup> o que a critério deste Tribunal deve incluir o ocorrido com o processo de guarda e adoção, e os esforços e a busca de seu pai biológico por ser reconhecido como tal e recuperá-la para si e para sua família.
160. Com base nas considerações anteriores, a Corte considera necessário que, como medida de reparação, o Estado deve estabelecer de maneira imediata um procedimento orientado à efetiva vinculação entre o senhor Fornerón e sua filha. Isso implica um processo de aproximação progressivo de maneira a começar a construir um vínculo entre pai e filha quem, em quase 12 anos, apenas se encontraram uma vez por aproximadamente quarenta e cinco minutos. Este processo deve ser uma instância para que M e seu pai possam se relacionar por meio de encontros periódicos, e deve estar orientado a que, no futuro, ambos possam desenvolver e exercer seus direitos de família, como por exemplo o direito a viverem juntos, sem que isso suponha um conflito com a família adotante de M. Este processo deve considerar as diretrizes que se enumeram a seguir.

#### *Nomeação de um ou mais especialistas*

161. Em primeiro lugar, o processo de adaptação deve estar guiado e implementado por um ou mais profissionais especialistas na matéria. O Estado deve designar imediatamente a este especialista ou estabelecer a equipe, e neste último caso, nomear a uma pessoa responsável pela mesma quem, sem demoras, deverá realizar e implementar um plano de trabalho. Além disso, o Estado deve garantir a imparcialidade e idoneidade dos especialistas que participem no processo de adaptação, que também devem conhecer a presente Sentença e as demais circunstâncias relevantes sobre o ocorrido ao senhor Fornerón e à sua filha.

#### *Apoio terapêutico*

162. Em segundo lugar, o Estado deve prover apoio terapêutico permanente ao senhor Fornerón e à criança M, se assim desejarem. Outrossim, esta assistência deve estar disponível, sem exceção, nos momentos imediatamente prévios e posteriores aos encontros que possam se realizar entre pai e filha e, se for necessário, a pedido deles, durante os mesmos.

#### *Provisão de recursos materiais e condições*

163. Em terceiro lugar, o Estado deve garantir e prover todos os recursos materiais e condições determinadas pelos especialistas, para que se produza o processo de adaptação e se realizem as visitas ou encontros entre pai e filha incluindo, entre outros aspectos, licenças trabalhistas, gastos de traslado, estadia e alimentação do senhor Fornerón e, eventualmente, da criança, espaços físicos adequados em caso de que seja requerido, bem como qualquer outro recurso que seja necessário.

116. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, nota 111 *supra*, par. 26, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*, nota 10 *supra*, par. 277.

117. Cf. Parecer da perita Guillis prestado durante a audiência pública.

118. Cf. Pareceres dos peritos García Méndez e Guillis prestados durante a audiência pública.

*Adoção de outras medidas*

164. Em quarto lugar, o Estado deve adotar todas as medidas judiciais, legais e administrativas para que o processo de adaptação seja realizado, bem como remover qualquer obstáculo que impeça o seu desenvolvimento. Em particular, o Estado deverá adotar as medidas necessárias para garantir que, pelo bem estar da criança e o adequado desenvolvimento do processo de vinculação, a família adotiva da criança M facilite, colabore e participe deste processo.

*Consideração da vontade e opinião de M*

165. Em quinto lugar, em consideração do papel essencial das crianças em todas as decisões que afetem sua vida, os especialistas responsáveis pelo processo de vinculação deverão assegurar que M tenha conhecimento de seus direitos e que terão em conta a vontade e opinião da criança, em consideração de seu grau de desenvolvimento e do nível de autonomia pessoal em cada momento, à margem dos interesses ou interferências de terceiros.

*Envolvimento do senhor Fornerón na vida de sua filha*

166. Em sexto lugar, no processo de vinculação devem ser considerados mecanismos idôneos para que o senhor Fornerón se envolva na vida de M em função de sua condição de pai biológico. Por outro lado, o senhor Fornerón deve receber informação periódica sobre os distintos aspectos da vida de M e de seu desenvolvimento.

*Apresentação de relatórios*

167. Por último, tendo em vista a particularidade do presente caso, o Estado deverá apresentar um relatório dentro dos três meses seguintes à notificação da presente Sentença sobre as características, o desenvolvimento e os avanços no processo de vinculação. Posteriormente, a Argentina deverá remeter um relatório atualizado sobre estes aspectos a cada quatro meses durante os dois anos seguintes. Depois disso, a Corte determinará no âmbito do processo de supervisão desta Sentença a periodicidade com a qual o Estado deve apresentar seus relatórios seguintes.

*2. Garantias de não repetição**2.1. Investigação e eventual punição de funcionários*

168. A Comissão Interamericana solicitou à Corte que ordene ao Estado investigar e aplicar as medidas ou sanções pertinentes a todos os funcionários públicos que resultem responsáveis das violações perpetradas em prejuízo das vítimas do presente caso.

169. As representantes também solicitaram esta medida de reparação em termos similares aos da Comissão Interamericana. Além disso, informaram que, em 5 de julho de 2010, denunciaram perante o Tribunal do Júri do Conselho da Magistratura da Província de Entre Ríos a quatro funcionários vinculados com o presente caso: a) o Juiz de Primeira Instância Civil e Comercial, Raúl A. del Valle; b) o Defensor de Pobres e Menores Suplente, Julio R. F. Guaita; c) o Juiz de Instrução, Daniel Olarte, e d) o Defensor Suplente de Pobres e Menores, Marcelo Santiago Balbi. Ademais, as representantes indicaram que o Estado não teve uma ação proativa no julgamento sobre a responsabilidade dos funcionários judiciais intervenientes. Quanto ao resultado de suas denúncias, informaram que o ex juiz Olarte está aposentado e por isso não pode ser submetido a este tipo de processos, enquanto “os outros três funcionários foram absolvidos por falta de mérito”. Concluíram que o Estado não prestou nenhuma resposta satisfatória e ainda hoje não apresentou nenhuma medida para punir os operadores judiciais responsáveis pelas violações examinadas no presente caso.

170. A Argentina informou que o governador da Província de Entre Ríos requereu ao Promotor de Estado dessa província uma avaliação sobre eventuais irregularidades na ação dos funcionários intervenientes no processo de adoção e, se fosse o caso, a realização de ações correspondentes a fim de estabelecer as responsabilidades destes funcionários. Além disso, ante o pedido de informação por parte deste Tribunal, a Argentina afirmou que o “Ministério de Governo e Justiça da Província de Entre Ríos respondeu [...] que se realizaram distintas ações na esfera da Província, entre as quais avaliou a atuação dos funcionários provinciais podendo verificar que [as representantes] tiveram acesso à justiça”. Adicionalmente, afirmou que “vários dos funcionários atuantes já não pertencem ao Poder Judiciário, por terem utilizado o benefício da aposentadoria” e, por outro lado, que “no transcurso destes anos se produziu um avanço importante no aspecto normativo”.

171. Durante e depois da audiência pública, como medida para melhor resolver, a Corte solicitou ao Estado

informação detalhada sobre as gestões realizadas com o fim de verificar a conformidade jurídica da atuação dos funcionários que intervieram nos diversos processos relativos ao presente caso e quais foram seus resultados (par. 7 *supra*). A Argentina não respondeu de maneira precisa à informação solicitada por este Tribunal nem à apresentada pelas representantes sobre os quatro procedimentos por elas iniciados, mas se limitou a transmitir a informação, muito genérica, das autoridades provinciais. Com efeito, em sua resposta, a Argentina afirmou que “foram realizadas distintas ações por parte do Governo provincial”, sem indicar qual seria essa suposta diversidade do ações estatais. Acrescentou que “avaliou a atuação dos funcionários provinciais”, sem indicar em que consistiu a suposta “avaliação”, que autoridade a realizou, sob qual procedimento foi levada a cabo, nem qual ou quais funcionários teriam sido “avaliados”. De igual maneira, continuou sua resposta indicando que “vários dos funcionários atuantes já não pertencem ao Poder Judiciário”, sem informar ao Tribunal quais dos funcionários estariam em tal situação. Por último, o Estado fez uma referência sobre o suposto acesso à justiça das vítimas, a qual não possui nenhuma relação com o pedido de informação do Tribunal; tampouco explicou qual seria o suposto “importante avanço” normativo relacionado com o requerimento desta Corte.

172. Em casos anteriores, diante de determinadas violações, a Corte ordenou que o Estado iniciasse, segundo cada caso, ações disciplinares, administrativas ou penais, de acordo com sua legislação interna, contra os responsáveis por diferentes tipos de irregularidades processuais e investigativas.<sup>119</sup> Ante a ausência de informação e precisão na resposta da Argentina, o Tribunal dispõe que, de acordo com a normativa disciplinar pertinente, o Estado deve verificar, a partir da notificação da presente Sentença e dentro de um prazo razoável, a conformidade jurídica da conduta dos servidores públicos que intervieram nos distintos processos internos indicados pelas representantes (par. 169 *supra*) e, se for o caso, deve estabelecer as responsabilidades que correspondam conforme o direito, remetendo ao Tribunal informação detalhada e individualizada sobre os resultados das investigações realizadas, bem como documentação de comprovação.

### 2.2 Adequação do ordenamento jurídico interno

173. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado adotar as medidas legislativas ou de outro caráter necessárias para prevenir e punir a venda de crianças, de maneira a cumprir suas obrigações estabelecidas na Convenção Americana.
174. As representantes também solicitaram esta medida de reparação em termos similares aos da Comissão Interamericana.
175. O Estado não se referiu especificamente a esta pretensão de reparação. Por outro lado, a Argentina apresentou informação sobre a adequação do ordenamento penal interno solicitada pelo Tribunal, mas de maneira extemporânea (pars. 7 e 12 *supra*).
176. No presente caso este Tribunal concluiu que o Estado descumpriu a obrigação de adotar as disposições de direito interno ao não impedir por todos os meios, incluindo a via penal, a “venda” de crianças, qualquer que fosse sua forma ou fim, em conformidade com a obrigação estabelecida no artigo 2 da Convenção Americana, em relação aos artigos 19, 8.1 e 25.1 e 1.1 do mesmo instrumento, em detrimento do senhor Fornerón e de sua filha M (par. 144 *supra*).
177. Consequentemente, de acordo com a obrigação do artigo 2 da Convenção Americana, em relação ao artigo 19 do mesmo instrumento, o Estado deve adotar as medidas que sejam necessárias para tipificar a “venda” de crianças, de maneira que o ato de entregar uma criança em troca de uma remuneração ou de qualquer outra retribuição, qualquer que seja sua forma ou fim, constitua uma infração penal, de acordo com os padrões internacionais e o estabelecido na presente Sentença (pars. 129 a 144 *supra*). Esta obrigação vincula a todos os poderes e órgãos estatais em seu conjunto.

### 2.3 Capacitação de funcionários públicos

178. A Comissão Interamericana solicitou à Corte que ordene ao Estado promover a capacitação de juízes e outros funcionários relevantes sobre os direitos integrais da infância relativos ao melhor interesse da criança. Afirmou que no presente caso a responsabilidade do Estado provém, em grande medida, da falta de capacitação de seus funcionários públicos. A Comissão solicitou que, de acordo com um enfoque específico, o Estado realize programas de capacitação contínua dirigidos a funcionários públicos, principalmente, judiciais, em matéria de adoções e de determinação do regime de guarda, custódia ou de visitas em casos nos quais as crianças tenham sido legal ou ilegalmente separadas de seus familiares de acordo com o *corpus juris* em matéria de crianças e adolescentes, o

119. Cf. *Caso do Massacre de Las Dos Erres, Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C Nº 211, par. 233, inciso d., e *Caso Rosendo Cantú e outra Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C Nº 216, par. 214.

princípio do interesse superior da criança e o princípio de não discriminação contido na Convenção Americana.

179. As representantes também solicitaram esta medida de reparação em termos similares aos da Comissão Interamericana.

180. O Estado não se pronunciou sobre esta medida de reparação.

181. No passado, esta Corte se referiu à importância da capacitação dos funcionários públicos nesta matéria, indicando que não basta dispor proteções e garantias judiciais se os operadores do processo carecem de capacitação suficiente sobre o que se entende por interesse superior da criança e, conseqüentemente, sobre a proteção efetiva de seus direitos.<sup>120</sup>

182. No presente caso, este Tribunal concluiu que as violações aos direitos do senhor Fornerón e de sua filha ocorreram fundamentalmente pela atuação do sistema de justiça da Província de Entre Ríos. Desse modo, a Corte dispõe que o Estado deve implementar, no prazo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença e com a respectiva alocação orçamentária, um programa ou curso obrigatório dirigido a operadores judiciais, incluindo juízes, defensores, promotores, assessores e demais funcionários da Província de Entre Ríos vinculados à administração de justiça em relação às crianças que contemple, entre outros aspectos, os padrões internacionais em direitos humanos, em particular em matéria dos direitos das crianças, seu interesse superior e o princípio de não discriminação.

#### *2.4. Publicação da Sentença*

183. Nem a Comissão nem as representantes solicitaram à Corte que ordene ao Estado a publicação da presente Sentença. No entanto, o Tribunal considera oportuno dispor que o Estado publique, no prazo de seis meses, contado a partir da notificação desta Decisão, o resumo oficial da presente Sentença elaborado pela Corte, por uma única vez, no Diário Oficial do Estado bem como no Diário Oficial da Província de Entre Ríos.

### *3. Outras medidas solicitadas*

#### *3.1. Educação sobre o interesse superior da criança e direito à identidade*

184. As representantes solicitaram à Corte que ordene ao Estado incorporar nos currículos de todos os níveis educativos nacionais, provinciais e municipais o interesse superior da criança e o direito à identidade. O Tribunal recorda que as reparações devem ter umnexo causal com os fatos do caso e as violações declaradas (par. 146 *supra*). A medida solicitada não possui relação causal com os fatos do caso nem com as violações declaradas na presente Sentença, de modo que não corresponde admiti-la nem realizar considerações adicionais a respeito.

#### *3.2. Registro único de aspirantes a receber a guarda com fins de adoção*

185. As representantes solicitaram à Corte que ordene ao Estado adotar medidas de ação positivas para que as províncias se adiram ao “Cadastro Único de Adotantes”. O Estado, entre outros aspectos, informou sobre a iniciativa de criação do registro provincial de adotantes e a implementação do Cadastro Único de Aspirantes a Guarda com fins Adotivos, criado por meio da Lei nº 25.854. A Argentina afirmou que “ambos os requerimentos se encontram cumpridos e em vigência. Adicionalmente, afirmou que dez províncias, entre outras Entre Ríos, aderiram a este registro. O Tribunal observa que a Argentina informou que criou um Cadastro Único de Aspirantes a Guarda com fins Adotivos, e que a província onde ocorreram os fatos do caso aderiu ao mesmo. Da informação disponível decorre que a medida solicitada está sendo implementada pelo Estado. Sem prejuízo de que Argentina continue trabalhando para a adesão de todas as províncias ao Registro indicado, o Tribunal não considera necessário ordenar uma medida de reparação adicional a este respeito.

#### *3.3. Banco de dados genético*

186. Em suas alegações finais escritas, as representantes acrescentaram como medida de reparação a criação de um banco genético de DNA de todas as crianças no momento de nascer para garantir cientificamente sua identidade. A este respeito, o artigo 40.2.d do Regulamento do Tribunal estabelece com clareza que as pretensões dos representantes, incluídas aquelas referidas a reparações, devem estar incluídas no escrito inicial de petições e argumentos. Em consequência, este pedido é extemporâneo e não corresponde admiti-lo nem realizar considerações adicionais a respeito.

120. Cf. Parecer Consultivo OC-17/02, nota 51 *supra*, par. 79.

### **C. Indenização Compensatória**

#### *1. Dano material*

187. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano material e os supostos nos quais corresponde indenizá-lo. Este Tribunal estabeleceu que o dano material supõe a perda ou redução da renda das vítimas, os gastos efetuados com motivo dos fatos e as consequências de caráter pecuniário que tenham um nexo causal com os fatos do caso.<sup>121</sup>
188. As representantes solicitaram à Corte que ordene ao Estado pagar ao senhor Fornerón a soma total de US\$ 147.000,00 (cento e quarenta e sete mil dólares<sup>122</sup>) a título de dano material, de acordo com os seguintes conceitos e montantes:
- a) “trabalhos que perdeu, além do negócio que fechou” durante 10 anos com uma renda mensal de mil dólares, por um total de US\$ 120.000,00 (cento e vinte mil dólares);
  - b) “gastos de mobilidade, transporte, comunicações, estadias e as gestões que teve de realizar com o objetivo de recuperar sua filha”, as quais requereram tempo, dinheiro e esforço, por um total de US\$ 15.000,00 (quinze mil dólares), e
  - c) tratamento psicológico, a uma tarifa de 100 pesos por mês durante 10 anos, por um total de US\$ 12.000,00 (doze mil dólares).
189. Adicionalmente, as representantes solicitaram que se ordene pagar a soma total de US\$ 446.000,00 (quatrocentos e quarenta e seis mil dólares) por “gastos a serem realizados” a favor de M, de acordo com os seguintes conceitos e montantes:
- a) habitação, por um total de US\$ 80.000,00 (oitenta mil dólares), e
  - b) gastos de “saúde física e psíquica, alimentação, educação, laser”, por US\$ 1.200,00 (mil e duzentos dólares) mensais, até a conclusão de seus estudos universitários, com aproximadamente 25 anos, por um total de US\$ 336.000,00 (trezentos e trinta e seis mil dólares).
190. O Estado, entre outros aspectos, afirmou que “os montantes pretendidos [...] excedem amplamente os padrões internacionais estabelecidos pela Corte em matéria reparatória pecuniária”; que as representantes “não utilizaram nenhum dos parâmetros de racionalidade, de prudência e de restrição que tiveram ao seu alcance para formular uma pretensão compensatória que seja juridicamente viável e moralmente justa, segundo os padrões nacionais e internacionais aplicáveis”. Adicionalmente, afirmou que não se pretende desconhecer que provavelmente o senhor Fornerón teve, entre outros, gastos de mobilidade, transporte, bem como a necessidade de atenção psicológica; sem prejuízo disso, ressaltou que não foi apresentado nenhum comprovante que demonstre estes gastos. No mesmo sentido, tampouco consta documentação de respaldo do fechamento de seu negócio, nem da renda mensal que ele teria recebido. Por outro lado, recordou que o Estado ajudou materialmente ao senhor Fornerón para apoiar o processo de adaptação, concedendo um trabalho estável (incorporação ao plantel permanente da Polícia Provincial) que lhe garante maiores licenças e recursos econômicos para viajar à Cidade Autônoma de Buenos Aires para ver sua filha. No que tange às considerações feitas sobre os gastos a serem realizados em favor de M por habitação, gastos de saúde, alimentação, estudo, entre outros, esclareceu que apesar de o objetivo primordial em matéria reparatória ser a vinculação entre pai e filha, é prematuro aventurar-se nos gastos que isso poderia demandar, de maneira que considerou que oportunamente deveriam ser determinados em equidade pela Corte.
191. Em relação à alegada perda de renda reclamada, a partir das declarações prestadas por Gustavo Fabián Baridón, Rosa Fornerón e Olga Acevedo, a Corte encontra provado que o senhor Fornerón era responsável por um comércio e que, devido aos fatos do presente caso, teve de fechá-lo.<sup>123</sup> No entanto, seus representantes não remeteram nenhum comprovante que permita estabelecer de maneira precisa o montante solicitado e as perdas de ingressos reclamadas. Em consequência, a Corte decide fixar, em equidade, a quantia de US\$ 45.000,00 (quarenta e cinco mil dólares).
192. Quanto ao reembolso dos gastos por tratamento psicológico, o Tribunal observa que as representantes não apresentaram nenhum elemento que demonstre que o mesmo foi prestado, nem a soma que teria sido paga por tal conceito. Sem prejuízo do anterior, dos autos deste caso e da declaração do senhor Fornerón perante o

121. Cf. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C Nº 91, par. 43, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*, nota 10 *supra*, par. 310.

122. Todos os montantes se referem a dólares estadunidenses.

123. Cf. Declarações de Rosa Argentina Fornerón de 26 de setembro de 2011, de Olga Alicia Acevedo de 4 de outubro de 2011, e de Gustavo Fabián Baridón de 5 de outubro de 2011 (expediente de mérito, tomo II, folhas 1046, 1140, 1134 e 1137).

Tribunal, decorre que recebeu atenção psicológica em determinados momentos.<sup>124</sup> Em consequência, o Tribunal decide fixar, em equidade, a quantia de US\$ 5.000,00 (cinco mil dólares). Por outro lado, com relação aos gastos referidos às gestões e ao impulso judicial para recuperar a sua filha, serão analisados na seção de custas e gastos desta Decisão (par. 204 *infra*).

193. Finalmente, com respeito ao pedido das representantes de diversos montantes por gastos futuros de habitação, alimentação, saúde, entre outros, em benefício da filha do senhor Fornerón (par. 189.b *supra*), a Corte considera que são gastos comuns que correspondem à relação entre um pai e sua filha e que não possuem um vínculo com as violações declaradas na presente Sentença. Com base no anterior, o Tribunal considera que não corresponde ordenar pagamentos a título de dano material por esse conceito.

## 2. Dano imaterial

194. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano imaterial e os supostos nos quais corresponde indenizá-lo. A este respeito, estabeleceu que o dano imaterial pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causados às vítimas diretas e a seus parentes, a deterioração de valores muito significativos para as pessoas, bem como as alterações, de caráter não pecuniário, nas condições de existência da vítima ou de sua família.<sup>125</sup>
195. As representantes solicitaram à Corte que ordene ao Estado pagar o montante total de US\$ 1.250.000,00 (um milhão, duzentos e cinquenta mil dólares) a título de dano imaterial a favor do senhor Fornerón e de sua filha. Indicaram que o senhor Fornerón sofreu devido à “apropriação” de sua filha porque foi negada sua restituição, e foi privado de desfrutar do crescimento da criança e de participar cotidianamente em sua vida. Assim mesmo, sofreu pela negação do Estado de implementar medidas reparadoras, retardando e denegando justiça, o que causou incerteza, impotência, dor, impedindo-o de desenvolver com normalidade sua vida. Ao ser separado de sua filha se produziu uma alteração de vida injusta e arbitrária, com violação das normas vigentes e da confiança que pode depositar nos órgãos do poder público destinados a protegê-lo e a oferecer-lhe segurança no exercício de seus direitos e na satisfação de seus interesses legítimos. Suas representantes afirmaram que o senhor Fornerón não pôde formar outra família, não teve outros filhos, não manteve trabalhos, não pôde escolher onde viver, nem com o que trabalhar, nem se capacitar, suspendeu seus sonhos, obrigando-o a viver estes 10 anos dos resultados judiciais sempre adversos e exercendo sua paternidade desde o único lugar que lhe permitiu o Estado. Ademais, os funcionários públicos através de seus pareceres, sentenças, decisões, atos e omissões o discriminaram permanentemente. Com base no anterior, solicitaram uma soma de US\$ 500.000,00 (quinhentos mil dólares) a título de dano imaterial. A respeito de M, as representantes solicitaram a soma de US\$ 750.000,00 (setecentos e cinquenta mil dólares) por dano imaterial devido, *inter alia*, ao “sofrimento de ter sido apropriada no momento de seu nascimento, por ter sido entregue sem respeitar seus direitos, pela justiça argentina ter negado seu direito à identidade, sua origem, seu pai, sua família paterna, suas irmãs e sua cultura e impedido de construir uma personalidade de verdade”.
196. O Estado observou a soma exorbitante solicitada pelas representantes, a qual não possui relação com os montantes outorgados pelo Tribunal em sua jurisprudência. Isso sem entrar a considerar as bases sobre as quais fundamentam semelhante pretensão reparatória, algumas das quais são alheias aos fatos do caso e pertencem ao âmbito da privacidade do senhor Fornerón.
197. Em atenção à sua jurisprudência, e em consideração das circunstâncias do presente caso, das violações cometidas, dos sofrimentos ocasionados, do tempo transcorrido, da denegação de justiça, da mudança nas condições de vida, bem como das demais consequências de ordem imaterial sofridas, o Tribunal fixa, em equidade, a soma de US\$ 60.000,00 (sessenta mil dólares) a favor do senhor Fornerón e a soma de US\$ 40.000,00 (quarenta mil dólares) a favor de M, a título de dano imaterial.

## D. Custas e gastos

198. Como já indicou a Corte em oportunidades anteriores, as custas e gastos estão incluídos dentro do conceito de reparação estabelecido no artigo 63.1 da Convenção Americana.<sup>126</sup>
199. Em seu escrito de petições e argumentos as representantes solicitaram a título de custas e gastos um total de

124. Declaração do senhor Fornerón oferecida em audiência pública e relatório da equipe interdisciplinar do Poder Judiciário de 1º de junho de 2009, nota 46 *supra*, folha 4079.

125. Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C Nº 77, par. 84, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*, nota 10 *supra*, par. 315.

126. Cf. *Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C Nº 39, par. 79, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*, nota 10 *supra*, par. 321.

US\$ 500.000,00 (quinhentos mil dólares), os quais se dividem da seguinte maneira:

- a) quanto às custas e gastos relacionados ao processo judicial interno, solicitaram US\$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil dólares) que incluem: i) gastos de taxas judiciárias, títulos, *ius*, viagens permanentes às cidades de Victoria, Gualeguay e Paraná, correspondência, chamadas telefônicas, serviço de computador, envio de faxes, etc.; ii) preparação e elaboração de diferentes petições perante a justiça local e acompanhamento do processo até o presente, e iii) representação legal que implica uma considerável quantidade de horas dedicadas à recopilación de informação, elaboração, edição, leitura de material, entrevistas reiteradas com o senhor Fornerón e sua família durante 10 anos.
- b) quanto aos gastos incorridos pelo CESPPEHD perante a esfera internacional, solicitaram a soma de US\$ 350.000,00 (trezentos e cinquenta mil dólares), que inclui: i) o impulso de maneira permanente do caso perante a Comissão Interamericana, reuniões com advogados, com as vítimas, com familiares das vítimas, com especialistas para tratar diversos aspectos do caso, conformação de equipes disciplinares e seus respectivos honorários; ii) preparação de diferentes petições, acompanhamento do processo perante a instância internacional; iii) representação legal que implica uma considerável quantidade de horas dedicadas à recopilación de informação, elaboração, edição, leitura de material, e discussão dos distintos memoriais apresentados durante o processo internacional durante seis anos, e iv) gastos de secretária, chamadas telefônicas, serviço de computador, envio de faxes e correios.

200. Em suas alegações finais escritas as representantes acrescentaram a título de custas e gastos os seguintes montantes:

- a) US\$ 3.500,00 (três mil e quinhentos dólares) relacionados à participação de uma das representantes na audiência pública, enviando alguma documentação de respaldo;
- b) US\$ 49.358,10 (quarenta e nove mil trezentos e cinquenta e oito dólares e dez centavos), adicionais aos já solicitados, por correspondência, impressões, cópias, diárias, serviços de internet, material de escritório, chamadas nacionais e internacionais, reuniões com especialistas, reuniões de trabalho com a equipe interdisciplinar institucional ligada ao caso e com as vítimas. Indicaram que este montante foi calculado conforme a quantidade de dias e horas de trabalho dedicados durante 11 meses e utilizando o mesmo mecanismo de cálculo do escrito de petições e argumentos, e
- c) finalmente, quanto a gastos futuros em que incorrerá o senhor Fornerón e o CESPPEHD no que resta do trâmite do caso perante a Corte e que compreendem aqueles necessários para a difusão, conhecimento e impulso adequado do cumprimento da Sentença, solicitaram a possibilidade de apresentá-los oportunamente.

201. O Estado ressaltou “a escandalosa cifra que [a]s representantes [...] pretendem receber a título de custas e gastos” e que “o algarismo a que aspiram pelos trâmites internos e internacional [mais de quinhentos mil dólares] supera a reparação pecuniária total que [a] Corte determinou pela violação ao direito à vida, à integridade pessoal, liberdade e proteção judicial em muitos casos”. Obviamente tudo isso sem que realize um mínimo esforço de justificação ou demonstração mediante comprovantes, faturas, recibos ou outra documentação de respaldo. O Estado destacou que “é particularmente obscena a cifra que [a]s representantes pretendem receber” e reiterou que não apresentaram nenhuma prova confiável que justifique as desmesuradas reparações pecuniárias pretendidas, razão pela qual solicitou que sejam decididas pela Corte sobre a base do princípio de equidade, de acordo com padrões internacionais, tomando em conta suas observações.

202. O Tribunal indicou que as pretensões das vítimas ou de seus representantes em matéria de custas e gastos, e as provas que as sustentam, devem ser apresentadas à Corte no primeiro momento processual concedido, isto é, no escrito de petições e argumentos, sem prejuízo de que tais pretensões sejam atualizadas em um momento posterior, conforme as novas custas e gastos realizados em função do procedimento perante esta Corte.<sup>127</sup> Quanto ao reembolso das custas e gastos, corresponde ao Tribunal apreciar prudentemente seu alcance, o qual compreende os gastos gerados tanto perante as autoridades da jurisdição interna, quanto no curso do processo perante o Sistema Interamericano, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e a natureza da jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos. Esta apreciação pode ser realizada com base no princípio de equidade e tomando em conta os gastos indicados pelas partes, sempre que seu *quantum* seja razoável.<sup>128</sup>

127. Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez. Vs. Equador. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C Nº 170, par. 275, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*, nota 10 *supra*, par. 326.

128. Cf. *Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina*, nota 97 *supra*, par. 82, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*, nota 10 *supra*, par. 325.

203. A Corte adverte que os montantes solicitados pelas representantes a título de custas e gastos não se adequam a este critério de razoabilidade e, deste modo, não serão considerados. Ademais, evidentemente, as representantes não demonstraram a soma de mais de meio milhão de dólares solicitada. Mais ainda, não remeteram prova que provasse nenhum dos gastos alegadamente incorridos no processo interno nem perante o Sistema Interamericano, com a única exceção de alguns comprovantes relativos à participação de uma das advogadas na audiência pública perante esta Corte por um montante aproximado de US\$ 2.800,00 (dos mil e oitocentos dólares).
204. De tal modo, diante da falta de elementos probatórios, o Tribunal deverá determinar as custas e gastos no presente caso com base na equidade. Em primeiro lugar, a Corte considera que não há dúvida alguma de que o senhor Fornerón incorreu em gastos relacionados com a busca da justiça e a restituição de sua filha. Para tal efeito, o Tribunal decide fixar, em equidade, a soma de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares).
205. Adicionalmente, o Tribunal considera que corresponde determinar, também em equidade, a soma de US\$ 15.000,00 (quinze mil dólares) a favor do senhor Baridón, advogado que acompanhou o senhor Fornerón no trâmite interno do presente caso.
206. Por outro lado, quanto ao pedido de reembolso dos gastos na tramitação perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos, o Tribunal dispõe, em equidade, que o Estado pague às representantes a título de custas e gastos a soma de US\$ 15.000,00 (quinze mil dólares).
207. O Estado deverá entregar as quantias indicadas nos parágrafos precedentes ao senhor Fornerón (par. 204 *supra*) e a seus representantes no processo interno e internacional (pars. 205 e 206 *supra*). No procedimento de supervisão do cumprimento da presente Sentença, o Tribunal poderá dispor o reembolso à vítima ou a seus representantes, por parte do Estado, dos gastos razoáveis e comprovados realizados nesta etapa processual.

#### ***E. Reembolso dos Gastos ao Fundo de Assistência Jurídica de Vítimas***

208. No ano de 2008, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos criou o Fundo de Assistência Jurídica do Sistema Interamericano de Direitos Humanos com o “objetivo [de] facilitar o acesso ao sistema interamericano de direitos humanos a aquelas pessoas que atualmente não possuem os recursos necessários para levar seu caso ao sistema”.<sup>129</sup> No presente caso foi autorizada a cargo deste Fundo a assistência econômica necessária para o comparecimento do senhor Fornerón e de uma de suas representantes legais à audiência pública realizada em Barbados, bem como os gastos de formalização e envio de uma declaração apresentada mediante *affidavit*.<sup>130</sup>
209. De acordo com o artigo 5 do Regulamento do referido Fundo de Assistência Jurídica, em 29 de novembro de 2011 foi concedida a oportunidade ao Estado para apresentar suas observações sobre os gastos realizados no presente caso, os quais chegaram à soma de US\$ 9.046,35 (nove mil e quarenta e seis dólares e trinta e cinco centavos). A Argentina informou que, após efetuar uma análise do relatório sobre a aplicação do Fundo de Vítimas, “não possui observações a realizar”.
210. Em razão das violações declaradas na presente Sentença, a Corte ordena ao Estado o reembolso a este Fundo da quantia de US\$ 9.046,35 (nove mil e quarenta e seis dólares e trinta e cinco centavos) pelos gastos mencionados. Esta quantia deve ser reembolsada à Corte no prazo de noventa dias, contados a partir da notificação da presente Decisão.

#### ***F. Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados***

211. O Estado deverá realizar o pagamento das indenizações a título de dano material e imaterial e de reembolso de custas e gastos diretamente ao senhor Fornerón e às demais pessoas mencionadas nesta Decisão, dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação da presente Sentença, nos termos dos parágrafos seguintes.
212. Quanto à indenização ordenada a favor da criança M, o Estado deverá depositá-la em uma instituição argentina solvente. O investimento se fará dentro do prazo de um ano, nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancárias, enquanto a beneficiária for menor de idade. Esta soma poderá ser retirada por ela quando alcance a maioridade ou, se for o caso, antes disso, caso seja conveniente para o interesse superior

129. AG/RES. 2426 (XXXVIII-O/08), Resolução adotada pela Assembleia Geral da OEA durante o XXXVIII Período Ordinário de Sessões da OEA, na quarta sessão plenária, celebrada em 3 de junho de 2008, “*Criação do Fundo de Assistência Jurídica do Sistema Interamericano de Direitos Humanos*”, ponto Resolutivo 2.a), e CP/RES. 963 (1728/09), Resolução adotada em 11 de novembro de 2009 pelo Conselho Permanente da OEA, “*Regulamento para o Funcionamento do Fundo de Assistência Jurídica do Sistema Interamericano de Direitos Humanos*”, artigo 1.1.

130. Cf. *Caso Fornerón e filha Vs. Argentina. Convocatória a Audiência Pública*. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos, nota 4 *supra*.



da criança, desde que seja estabelecido por determinação de uma autoridade judicial competente. Caso a indenização correspondente não seja reclamada depois de transcorridos 10 anos contados a partir da maioridade, a soma será devolvida ao Estado com os juros acumulados.

213. Caso os beneficiários venham a falecer antes de que lhes sejam entregues as somas respectivas, estas serão entregues diretamente a seus herdeiros, conforme o direito interno aplicável.
214. O Estado deve cumprir suas obrigações monetárias mediante o pagamento em dólares dos Estados Unidos da América ou em uma quantia equivalente em moeda argentina, utilizando para o respectivo cálculo o tipo de câmbio que esteja vigente na bolsa de Nova York, Estados Unidos da América, no dia anterior ao pagamento.
215. Se por causas atribuíveis aos beneficiários não for possível o pagamento das quantias determinadas dentro do prazo indicado, o Estado consignará estes montantes a seu favor em uma conta ou certificado de depósito em uma instituição financeira argentina solvente, em dólares dos Estados Unidos da América e nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancárias da Argentina. Se ao fim de 10 anos estas somas não forem reclamadas, serão devolvidas ao Estado com os juros acumulados.
216. As quantias determinadas na presente Sentença deverão ser entregues às pessoas indicadas de forma integral, conforme o estabelecido nesta Decisão, sem reduções derivadas de eventuais encargos fiscais.
217. Caso o Estado incorra em mora, deverá pagar juros sobre a quantia devida, correspondente ao juro bancário moratório na Argentina.

## VIII Pontos Resolutivos

218. Portanto,

### **A CORTE DECLARA,**

por unanimidade, que:

1. O Estado é responsável pela violação dos direitos às garantias judiciais e à proteção judicial, consagrados nos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 17.1 da mesma, em detrimento do senhor Fornerón e de sua filha M, bem como em relação ao artigo 19 do mesmo instrumento, em detrimento desta última, de acordo com o estabelecido nos parágrafos 44 a 57 e 65 a 111 desta Sentença.
2. O Estado é responsável pela violação do direito à proteção da família, reconhecido no artigo 17.1 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1, 8.1 e 25.1 da mesma, em detrimento do senhor Fornerón e de sua filha M, bem como em relação ao artigo 19 do mesmo instrumento, em detrimento desta última, de acordo com o estabelecido nos parágrafos 44 a 57 e 116 a 124 desta Sentença.
3. O Estado descumpriu sua obrigação de adotar as disposições de direito interno, estabelecida no artigo 2 da Convenção Americana, em relação aos artigos 19, 8.1, 25.1 e 1.1 da mesma, em detrimento da criança M e do senhor Fornerón, de acordo com o estabelecido nos parágrafos 129 a 144 desta Sentença.

### **E DISPÕE**

por unanimidade, que:

1. Esta Sentença constitui *per se* uma forma de reparação.
2. O Estado deve estabelecer de maneira imediata um procedimento orientado à efetiva vinculação entre o senhor Fornerón e sua filha M, de acordo com o estabelecido nos parágrafos 156 a 166 da presente Sentença. Além disso, a Argentina deverá apresentar um relatório dentro dos três meses seguintes à notificação da presente Sentença sobre as características, o desenvolvimento e os avanços do processo de vinculação. Posteriormente, a Argentina deverá remeter um relatório atualizado sobre estes aspectos a cada quatro meses durante os dois anos seguintes, de acordo com o parágrafo 167 da presente Sentença.

3. O Estado deve verificar, de acordo com a normativa disciplinar pertinente, a partir da notificação da presente Sentença e em um prazo razoável, a conformidade jurídica da conduta dos funcionários que intervieram nos distintos processos internos relacionados ao presente caso e, se for o caso, deve estabelecer as responsabilidades correspondentes, de acordo com o estabelecido no parágrafo 172 da presente Sentença.
4. O Estado deve adotar as medidas que sejam necessárias para tipificar a venda de crianças, de maneira que o ato de entregar uma criança em troca de uma retribuição ou de qualquer outra compensação, qualquer que seja sua forma ou fim, constitua uma infração penal, de acordo com os padrões internacionais e o estabelecido nos parágrafos 176 e 177 da presente Sentença.
5. O Estado deve implementar, no prazo de um ano e com a respectiva alocação orçamentária, um programa ou curso obrigatório dirigido a operadores judiciais, incluindo juízes, defensores, promotores, assessores e demais funcionários da Província de Entre Ríos vinculados à administração de justiça em relação às crianças que contemple, entre outros, os padrões internacionais em direitos humanos, particularmente em matéria dos direitos das crianças, seu interesse superior e o princípio de não discriminação, de acordo com o estabelecido no parágrafo 182 da presente Sentença.
6. O Estado deve publicar, no prazo de seis meses, contado a partir da notificação desta Decisão, o resumo oficial da presente Sentença elaborado pela Corte, por uma única vez, tanto no Diário Oficial do Estado como no Diário Oficial da Província de Entre Ríos, de acordo com o estabelecido no parágrafo 183 da presente Sentença.
7. O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 191, 192, 197 e 204 a 206 da presente Sentença, a título de indenização por dano material e imaterial e pelo reembolso de custas e gastos, segundo corresponda, nos termos dos parágrafos 207 e 211 a 217 da mesma, bem como reembolsar ao Fundo de Assistência Jurídica de Vítimas a quantia estabelecida no parágrafo 210 da presente Sentença.
8. O Estado deve, sem prejuízo do indicado no ponto resolutivo segundo, dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação desta Sentença, apresentar ao Tribunal um relatório sobre as medidas adotadas para cumpri-la.
9. A Corte supervisionará o cumprimento íntegro desta Sentença, no exercício de suas atribuições e em cumprimento de seus deveres conforme a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto na mesma.

Redigida em espanhol e em inglês, fazendo fé o texto em espanhol, em Guayaquil, Equador, em 27 de abril de 2012.

Diego García-Sayán  
Presidente

Manuel Ventura Robles  
Rhadys Abreu Blondet

Margarette May Macaulay  
Alberto Pérez Pérez

Eduardo Vio Grossi

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

Comunique-se e execute-se,

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

Diego García-Sayán  
Presidente



**CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**  
**CASO FURLAN E FAMILIARES VS. ARGENTINA**  
**SENTENÇA DE 31 DE AGOSTO DE 2012**  
**(Exceções Preliminares, Mérito, Reparações E Custas)**

No caso *Furlan e familiares*,

a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Corte Interamericana”, “a Corte” ou “o Tribunal”), integrada pelos seguintes juízes:<sup>1</sup>

Diego García-Sayán, Presidente;  
Manuel E. Ventura Robles, Vice-Presidente;  
Margarette May Macaulay, Juíza;  
Rhadys Abreu Blondet, Juíza;  
Alberto Pérez Pérez, Juiz, e  
Eduardo Vio Grossi, Juiz;

presentes ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e  
Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta,

em conformidade com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “a Convenção” ou “a Convenção Americana”) e com os artigos 31, 32, 42, 65 e 67 do Regulamento da Corte<sup>2</sup> (doravante denominado “o Regulamento”), profere a presente Sentença que se estrutura na seguinte ordem:

---

1. De acordo com o artigo 19.1 do Regulamento da Corte Interamericana aplicável ao presente caso, que estabelece que “[n]os casos a que se refere o artigo 44 da Convenção, os Juízes não poderão participar do seu conhecimento e deliberação quando sejam nacionais do Estado demandado”, o Juiz Leonardo Á. Franco, de nacionalidade argentina, não participou na tramitação do presente caso nem na deliberação e assinatura desta Sentença.

2. Regulamento da Corte aprovado pelo Tribunal em seu LXXXV Período Ordinário de Sessões celebrado de 16 a 28 de novembro de 2009 o qual, de acordo com seu artigo 78, entrou em vigor em 1º de janeiro de 2010.

Índice

	Páginas
<b>I INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA</b>	<b>557</b>
<b>II PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE</b>	<b>557</b>
<b>III EXCEÇÕES PRELIMINARES</b>	<b>559</b>
<b>A) “Exceção preliminar de falta de esgotamento dos recursos da jurisdição interna”</b>	<b>559</b>
<b>B) Incompetência racione materiae da Corte Interamericana para considerar os argumentos relativos às consequências da aplicação da lei 23.982 de regime de consolidação de dívidas</b>	<b>562</b>
<b>C) “Exceção preliminar relativa à violação do direito de defesa do Estado argentino durante a tramitação do caso perante a [Comissão Interamericana]”</b>	<b>564</b>
<b>IV COMPETÊNCIA</b>	<b>568</b>
<b>V PROVA</b>	<b>568</b>
<b>A) Prova documental, testemunhal e pericial</b>	<b>568</b>
<b>B) Admissibilidade da prova</b>	<b>568</b>
B.1) Admissibilidade da prova documental	568
B.2) Admissibilidade das declarações de supostas vítimas, e da prova testemunhal e pericial	569
<b>VI FATOS</b>	<b>570</b>
<b>A) O acidente de Sebastián Furlan</b>	<b>570</b>
<b>B) Processo civil por danos e prejuízos e o pagamento da indenização</b>	<b>572</b>
B.1) O complemento da demanda	572
B.2) A determinação da parte demandada	572
B.3) O processo a partir da notificação da demanda ao Estado Maior Geral do Exército	573
B.4) As perícias médicas oficiais sobre Sebastián Furlan	576
B.5) Sentenças de primeira e de segunda instância	577
B.6) O pagamento da indenização	578
<b>C) Processo penal realizado contra Sebastián Furlan</b>	<b>579</b>
<b>D) Assistência médica, psicológica e psiquiátrica a Sebastián Furlan e sua família</b>	<b>580</b>
<b>E) Pensão concedida a Sebastián Furlan</b>	<b>581</b>
<b>F) Estado atual de Sebastián Furlan</b>	<b>582</b>
<b>VII INTEGRIDADE PESSOAL, GARANTIAS JUDICIAIS, PROTEÇÃO JUDICIAL, DIREITO À PROPRIEDADE E ACESSO À JUSTIÇA EM RELAÇÃO AOS DIREITOS DA CRIANÇA, AOS DIREITOS DAS PESSOAS PORTADORAS DE DEFICIÊNCIA E O DIREITO À IGUALDADE</b>	<b>583</b>
<b>A) Consideração prévia sobre a maioridade de Sebastián Furlan</b>	<b>583</b>
<b>B) Considerações prévias sobre os direitos das crianças e das pessoas portadoras de deficiência</b>	<b>583</b>
B.1) Direitos das crianças	584
B.2) Crianças e pessoas portadoras de deficiência	584
<b>C) Prazo razoável</b>	<b>587</b>
C.1) Cronograma do processo	588
C.2) Complexidade do assunto	589
C.3) Atividade processual do interessado	590
C.4) Conduta das autoridades	594
C.5) Afetação jurídica da parte interessada e impactos em sua integridade pessoal	597
C.6) Conclusão sobre o prazo razoável	600
<b>D) Proteção judicial e direito à propriedade</b>	<b>600</b>
<b>E) Outras garantias judiciais</b>	<b>604</b>
E.1) Direito a ser ouvido	605
E.2) Falta de participação do Defensor Público de Menores	606
<b>F) Direito à integridade pessoal e acesso à justiça dos familiares de Sebastián Furlan</b>	<b>609</b>
<b>G) Conclusão geral sobre o acesso à justiça, o princípio de não discriminação e o direito à integridade pessoal de Sebastián Furlan</b>	<b>613</b>
<b>VIII REPARAÇÕES</b>	<b>614</b>
<b>A) Parte lesada</b>	<b>615</b>
<b>B) Medidas de reparação integral: reabilitação, satisfação e garantias de não repetição</b>	<b>616</b>
B.1) Medidas de reabilitação	616
B.2) Medidas de satisfação	619
B.3) Garantias de não repetição	619
<b>C. Indenizações compensatórias</b>	<b>623</b>
C.1) Dano material	623
C.2) Dano imaterial	625
<b>D. Custas e gastos</b>	<b>626</b>
<b>E. Reembolso dos gastos ao Fundo de Assistência Jurídica de Vítimas</b>	<b>626</b>
<b>F. Modalidades de cumprimento dos pagamentos ordenados</b>	<b>627</b>
<b>XI PONTOS RESOLUTIVOS</b>	<b>628</b>

## I

**Introdução da Causa e Objeto da Controvérsia**

1. Em 15 de março de 2011, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Comissão Interamericana” ou a “Comissão”), de acordo com os artigos 51 e 61 da Convenção, submeteu à jurisdição da Corte Interamericana o caso Sebastián Furlan e família contra a República Argentina (doravante denominado “o Estado” ou “Argentina”). A petição inicial foi apresentada à Comissão Interamericana em 18 de julho de 2001, pelo senhor Danilo Furlan, em representação de seu filho Sebastián Claus Furlan (doravante denominado “Sebastián Furlan” ou a “suposta vítima”).
2. Em 2 de março de 2006, a Comissão aprovou o Relatório de Admissibilidade nº 17/06 e em 21 de outubro de 2010, emitiu o Relatório de Mérito nº 111/10, de acordo com o artigo 50 da Convenção Americana.<sup>3</sup> Posteriormente, a Comissão Interamericana considerou que o Estado não havia dado cumprimento às recomendações do Relatório de Mérito, de maneira que decidiu submeter o presente caso à jurisdição da Corte Interamericana. A Comissão Interamericana designou como delegados a Luz Patricia Mejía, Comissária, e a seu Secretário Executivo, Santiago A. Canton, e como assessoras jurídicas as senhoras Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta, Karla I. Quintana Osuna, Fanny Gómez Lugo e María Claudia Pulido, advogadas da Secretaria Executiva.
3. De acordo com a Comissão, o presente caso se relaciona com a alegada responsabilidade internacional do Estado pela “falta de resposta oportuna por parte das autoridades judiciais argentinas, que [teriam] incorrido] em uma demora excessiva na resolução de uma ação civil contra o Estado, de cuja resposta dependia o tratamento médico da [suposta] vítima, em sua condição de criança portadora de deficiência”. A Comissão solicitou à Corte que declare a violação dos artigos 8.1 (Garantias Judiciais) e 25.1 (Proteção Judicial), em relação ao artigo 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) da Convenção Americana, em detrimento de Sebastián Furlan e de Danilo Furlan. Assim mesmo, requereu que se declare a violação do artigo 25.2.c (Proteção Judicial), em relação ao artigo 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) da Convenção, em detrimento de Sebastián Furlan. Ademais, argumentou a violação dos artigos 5.1 (Direito à Integridade Pessoal) e 19 (Direitos da Criança), em relação ao artigo 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) da Convenção Americana, em detrimento de Sebastián Furlan. Igualmente, solicitou que se declare a violação do artigo 5.1 (Direito à Integridade Pessoal), em relação ao artigo 1.1 (Obrigação de Respeitar os Direitos) da Convenção, em detrimento de Danilo Furlan, Susana Fernández, Claudio Erwin Furlan e Sabina Eva Furlan. Por último, de acordo com o artigo 35.1.g do Regulamento, em seu escrito de submissão do caso, à Comissão requereu ao Tribunal que ordenasse ao Estado a adoção de medidas de reparação.

## II

**Procedimento Perante a Corte**

4. Em 5 de abril de 2011, seguindo instruções do Presidente da Corte (doravante denominado “o Presidente”), a Secretaria da Corte (doravante denominada “a Secretaria”) informou ao senhor Danilo Furlan, que atuava em representação de Sebastián Furlan e de seus familiares, que o artigo 37 do Regulamento do Tribunal prevê a figura do Defensor Interamericano, segundo o qual, “[e]m casos de supostas vítimas sem representação legal devidamente credenciada, o Tribunal poderá designar um Defensor Interamericano de ofício que as represente durante a tramitação do caso”.<sup>4</sup>
5. Em 15 de abril de 2011, o senhor Danilo Furlan manifestou sua “necessidade de ser representado” perante o Tribunal “por um Defensor Interamericano que fosse designado [para ele]”.<sup>5</sup> Em consequência, nessa mesma data, este pedido de assistência jurídica foi transmitido à Associação Interamericana de Defensorias Públicas (doravante denominada “AIDEP”), tendo em conta o disposto no Acordo de Entendimento entre a Corte Interamericana e

3. Relatório de Mérito nº 111/10, Caso 12.539, Sebastián Claus Furlan e família de 21 de outubro de 2010 (expediente de mérito, tomo I, folhas 5 a 48).

4. A este respeito, mediante Nota de Secretaria, foi indicado ao senhor Danilo Furlan que após uma avaliação preliminar dos escritos apresentados por ele durante o trâmite de sua petição perante a Comissão Interamericana, o Presidente da Corte considerou que era procedente consultá-lo se estaria interessado em beneficiar-se de um Defensor Interamericano, levando em conta que dos escritos incorporados aos autos era possível inferir que o senhor Danilo Furlan não era advogado e que o advogado que teria participado na interposição de recursos no âmbito interno, em princípio, não teria participado na defesa do caso perante o Sistema Interamericano. Cf. Nota de Secretária de 2 de maio de 2011 dirigida ao senhor Danilo Furlan (expediente de mérito, tomo I, folhas 89 e 90).

5. Escrito de 15 de abril de 2011, apresentado pelo senhor Danilo Furlan (expediente de mérito, tomo I, folhas 75 e 76).

esta Associação.<sup>6</sup> Em 25 de abril de 2011, a AIDEF informou que os defensores interamericanos María Fernanda López Puleio (Argentina) e Andrés Mariño (Uruguai) haviam sido designados como representantes das supostas vítimas (doravante denominados “os representantes”) para exercer sua representação legal no presente caso.

6. A submissão do caso foi notificada ao Estado e aos representantes em 23 de maio de 2011. Em 26 de julho de 2011, os representantes apresentaram à Corte seu escrito de petições, argumentos e provas (doravante denominado “escrito de petições e argumentos”), conforme o artigo 40 do Regulamento do Tribunal. Os representantes coincidiram, em geral, com as violações alegadas pela Comissão Interamericana e acrescentaram a suposta violação dos seguintes artigos da Convenção Americana: 8.2.e (Garantias Judiciais), 21 (Direito à Propriedade Privada), e 26 (Desenvolvimento Progressivo dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), em relação aos artigos 1.1 e 2 (Obrigação de Respeitar os Direitos e Dever de Adotar Disposições de Direito Interno), em detrimento de Sebastián Furlan e de sua família.<sup>7</sup> Além disso, os representantes solicitaram utilizar-se do Fundo de Assistência Jurídica de Vítimas da Corte Interamericana (doravante denominado “o Fundo de Assistência Jurídica” ou “o Fundo”) “tanto para a abordagem específica d[a] defesa no processo internacional, como para os gastos que a intervenção dos Defensores Interamericanos requeresse”.
7. Em 28 de outubro de 2011, a Argentina apresentou à Corte seu escrito de contestação ao escrito de submissão e de observações ao escrito de petições e argumentos (doravante denominado “escrito de contestação” ou “contestação”). Neste escrito, o Estado interpôs três exceções preliminares, a saber: i) “[f]alta de esgotamento dos recursos da jurisdição interna”; ii) “[i]ncompetência *ratione materiae* [do Tribunal] para considerar os argumentos relativos às consequências da aplicação da Lei 23.982 de regime de consolidação de dívidas”, e iii) “[v]iolação do direito de defesa do Estado argentino durante a tramitação do caso perante a Comissão Interamericana”. Além disso, o Estado concluiu que no presente caso não existiam elementos suficientes para determinar a violação dos direitos ou garantias reconhecidos pela Convenção Americana. Finalmente, o Estado solicitou à Corte que, de maneira subsidiária, “lev[asse] em conta os parâmetros e padrões internacionais determinados pe[la] jurisprudência constante e rejeitasse as pretensões pecuniárias excessivas”. O Estado designou como Agente o Ministro Eduardo Acevedo Díaz, Diretor Geral de Direitos Humanos do Ministério de Relações Exteriores, Comércio Internacional e Culto, e como Agentes Assistentes o senhor Alberto Javier Salgado, Diretor da Área de Contencioso Internacional do Departamento de Direitos Humanos, a senhora Andrea Gualde, Diretora de Assuntos Internacionais em matéria de Direitos Humanos da Secretaria de Direitos Humanos e o Embaixador Juan José Arcuri, Embaixador da República Argentina perante a República da Costa Rica.
8. Mediante Resolução de 23 de novembro de 2011, em virtude do artigo quarto do Acordo de Entendimento assinado entre a Corte Interamericana e a AIDEF, o Presidente da Corte declarou procedente a aplicação do Fundo de Assistência Jurídica para os representantes e as supostas vítimas (par. 6 *supra*).<sup>8</sup>
9. Nos dias 9 e 10 de dezembro de 2011, os representantes e a Comissão Interamericana apresentaram, respectivamente, suas observações às exceções preliminares interpostas pelo Estado. A este respeito, tanto os representantes como a Comissão solicitaram à Corte que rejeitasse estas exceções.
10. Através de uma Resolução de 24 de janeiro de 2012,<sup>9</sup> o Presidente da Corte solicitou o recebimento das declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) de uma suposta vítima, das testemunhas e dos peritos, as quais foram apresentadas nos dias 13, 14 e 29 de fevereiro de 2012. Assim mesmo, por meio desta Resolução o Presidente convocou as partes a uma audiência pública (par. 11 *infra*) e realizou determinações a respeito do Fundo de Assistência Jurídica (par. 8 *supra*).

6. Mediante Nota de Secretaria, seguindo instruções do Presidente da Corte, foram esclarecidas diversas inquietudes do senhor Danilo Furlan em relação à representação que seria exercida pelos Defensores Interamericanos. Foi-lhe explicado que, ainda que seja certo que os defensores públicos trabalham para o Estado, no desempenho de suas funções devem zelar pelo respeito das garantias e a aplicação dos direitos humanos para seus representados. De igual maneira, como Defensores Interamericanos perante a Corte Interamericana, deverão zelar pela defesa dos direitos humanos da suposta vítima. Além disso, afirmou-se que a nomeação de um defensor nacional em alguns casos pode responder, por sua vez, a fatores práticos, como poder manter uma comunicação constante e próxima com a suposta vítima e o conhecimento sobre o direito interno que em muitos casos é necessário para litigar um caso perante a Corte Interamericana. Cf. Nota de Secretaria de 2 de maio de 2011 dirigida ao senhor Danilo Furlan (expediente de mérito, tomo I, folhas 89 e 90).

7. Em particular, no escrito de petições e argumentos, os representantes alegaram que foram violados os seguintes artigos da Convenção Americana: i) em detrimento de Sebastián Furlan, os artigos 1.1, 2, 5.1, 8.1, 8.2.e, 19, 21, 26, 25, 25.1 e 25.2.c da Convenção; ii) em detrimento de Danilo Furlan, Susana Fernández, Claudio Erwin Furlan e Sabina Eva Furlan, os artigos 1.1, 2, 8.1, 19, 21, 25.1 e 25.2.c e o artigo 5.1, em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção, e iii) em detrimento de Diego Germán Furlan e Adrián Nicolás Furlan, os artigos 1.1, 2, 8.1, 19, 21, 25.1 e 25.2.c e os artigos 5.1, em relação aos artigos 1.1 e 2 da Convenção.

8. *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina. Fundo de Assistência Jurídica de Vítimas*. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 23 de novembro de 2011. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/mérito\\_victimas/furlan\\_fv\\_11.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/mérito_victimas/furlan_fv_11.pdf).

9. Cf. *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 24 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/assuntos/furlan.pdf>.

11. A audiência pública foi celebrada nos dias 27 e 28 de fevereiro de 2012, durante o 94 Período Ordinário de Sessões da Corte, realizado na sede do Tribunal.<sup>10</sup> Na audiência foram recebidas as declarações de uma suposta vítima e de três peritos, assim como as observações e alegações finais orais, respectivamente, da Comissão Interamericana, dos representantes e do Estado. Durante a referida audiência e mediante nota da Secretaria do dia 2 de março de 2012, o Tribunal requereu às partes e à Comissão que apresentassem determinada documentação e prova para melhor decidir o caso.<sup>11</sup>
12. Por outro lado, o Tribunal recebeu escritos em qualidade de *amicus curiae* por parte do Programa de Ação pela Igualdade e a Inclusão Social (PAIS) da Faculdade de Direito da Universidade de Los Andes da Colômbia<sup>12</sup> e do senhor Ezequiel Heffes.
13. Em 28 de março de 2012, os representantes e o Estado apresentaram suas alegações finais escritas, e a Comissão Interamericana apresentou suas observações finais escritas ao presente caso. Além disso, nesta oportunidade as partes deram resposta aos pedidos da Corte de informação, documentação e prova para melhor decidir o caso (par. 11 *supra*). Tais escritos foram transmitidos às partes, e lhes foi dada a oportunidade de apresentar as observações que considerassem pertinentes. Estas observações foram remetidas pelos representantes e pela Comissão Interamericana em 27 de abril e em 4 de maio de 2012, respectivamente. O Estado não apresentou observações à informação e à documentação fornecidas pelos representantes.
14. Em 16 de maio de 2012, seguindo instruções do Presidente, a Secretaria da Corte Interamericana solicitou ao Estado suas observações aos gastos do Fundo de Assistência Jurídica. O Estado fez dois pedidos de prorrogação de prazo para apresentar estas observações, os quais foram concedidos. Entretanto, o Estado não enviou estas observações.

### III

#### Exceções Preliminares

15. A Corte considera necessário reiterar que, como todo órgão com funções jurisdicionais, tem o poder, inerente a suas atribuições, de determinar o alcance de sua própria competência (*compétence de la compétence*).<sup>13</sup> Tomando em conta o anterior, a Corte analisará a procedência das exceções preliminares interpostas na ordem em que foram propostas (par. 7 *supra*).

#### A) “Exceção preliminar de falta de esgotamento dos recursos da jurisdição interna”

##### *Alegações das partes e da Comissão Interamericana*

16. O Estado sustentou que “não foram esgotados os recursos internos sobre a modalidade de execução da sentença”. Em primeiro lugar, o Estado afirmou que a exceção de falta de esgotamento de recursos internos havia sido exercida no momento processual adequado perante a Comissão, previamente ao Relatório de Admissibilidade. Em segundo lugar, o Estado argumentou que se as supostas vítimas consideravam que a Lei 23.982 estabelecia

10. A esta audiência compareceram: i) pela Comissão Interamericana: Rodrigo Escobar Gil, Comissário; Elizabeth Abi Mershed, Secretária Executiva Adjunta, e Karla I. Quintana Osuna, Especialista da Secretaria Executiva; ii) pelos representantes: María Fernanda López Puleio, Defensora Interamericana; Andrés Mariño, Defensor Interamericano, e Nicolás Javier Ossola, e iii) pelo Estado: Javier Salgado, Agente, Diretor do Departamento de Contencioso Internacional em Matéria de Direitos Humanos, Chancelaria Argentina; Gonzalo Bueno, Departamento de Contencioso Internacional em Matéria de Direitos Humanos, Chancelaria Argentina; Yanina Berra Rocca, Departamento Geral de Assessoria Jurídica, Chancelaria Argentina; María Eugenia Carbone, Coordenadora de Assuntos Internacionais da Secretaria de Direitos Humanos da Nação; Natalia Luterstein, Assessora da Secretaria de Direitos Humanos da Nação, e Mariángeles Misuraca, Assessora da Secretaria de Direitos Humanos da Nação.

11. Foi solicitada, *inter alia*, a seguinte documentação ou prova: i) informação sobre o tipo de tratamentos médicos e psicológicos oferecidos a Sebastián Furlan e seus familiares; ii) informação sobre as obrigações legais e as faculdades dos juizes em relação à intervenção da Defensor Público de Menores; iii) os efeitos jurídicos da não intervenção em um processo por parte do Defensor Público de Menores; iv) informação sobre o direito interno aplicável para determinar quando se configura o complemento da demanda e se determina a titularidade de um prédio; v) informação sobre o conceito de prova informativa, procedimento de traslado da demanda, etapa de determinação do demandado, ônus de prova e impulso de processos civis, sistema de traslados, ofícios e notificações; vi) informação sobre regimes para o pagamento de indenizações existente na Argentina no momento dos fatos e na atualidade; vii) informação sobre o montante final da indenização, o processo de aquisição e venda dos títulos, e comprovantes da transação da venda dos títulos, e viii) informação sobre a existência de recursos que permitissem a Sebastián Furlan reclamar o montante total que lhe correspondia como indenização e a intervenção do Defensor Público de Menores neste ponto.

12. O escrito foi apresentado por Andrea Parra, Diretora do PAIS, e por Diego Felipe Caballero Naranjo, María José Montoya Lara e Sebastián Rodríguez Alarcón, estudantes de direito vinculados ao PAIS.

13. *Cf. Caso das Irmãs Serrano Cruz Vs. El Salvador. Exceções Preliminares*. Sentença de 23 de novembro de 2004. Série C Nº 118, par. 74, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Série C Nº 240, par. 64.



uma modalidade de pagamento de indenização contrária aos preceitos constitucionais, “deveriam ter apresentado o recurso extraordinário federal, que era a via correta para questionar a constitucionalidade de uma lei nacional”. Acrescentou que “se este [recurso] tivesse sido denegado, [tinham a possibilidade de interpor] um recurso de queixa por denegação de recurso extraordinário”.

17. Além disso, sustentou que “o mero fato de que as supostas vítimas considerem que o recurso interno poderia ser inútil ou contrário a suas pretensões, não demonstra por si só a inexistência ou o esgotamento de todos os recursos internos eficazes”. Nesse sentido, o Estado aduziu que a análise da eficácia do recurso não podia ser feita em abstrato e ressaltou que “prova clara da idoneidade e efetividade do recurso extraordinário são as decisões da Corte Suprema de Justiça da Nação [...] proferid[a]s com anterioridade à sentença que concedeu a indenização a Sebastián Furlan, [e que] declararam a inconstitucionalidade da Lei 23.982 em razão da natureza dos casos concretos, que envolviam a necessidade de realizar tratamentos médicos”. Igualmente, ressaltou que “a decisão voluntária” de não interpor o “recurso disponível e adequado não pode ser interpretada a favor da ineficácia do mesmo”.
18. A Comissão sustentou que esta exceção preliminar é improcedente, “porque [as alegações do Estado] foram oportunamente analisadas” no Relatório de Admissibilidade, no qual foi aplicada a exceção contemplada no artigo 46.2.c da Convenção.
19. Por outro lado, a Comissão ressaltou que: i) “dentro dos recursos ordinários houve uma demora injustificada de 13 anos [...] em um processo que envolvia lesões graves permanentes em uma criança”; ii) “o Estado não provou [...] como os recursos extraordinários que considerou que deveriam ter sido esgotados resolveriam uma das principais reclamações, [...] que era a demora injustificada”, ainda mais tomando em consideração que “o conhecimento e a duração do recurso extraordinário eram discricionários”, e iii) “os peticionários não estão obrigados a apresentar recursos extraordinários que não tenham como finalidade [...] remediar a violação que se alega”. Sobre este último ponto, a Comissão manifestou que “a finalidade da ação judicial” interposta por Danilo Furlan era “obter uma indenização pe[las] lesões graves e permanentes” sofridas por seu filho, bem como “pela duração do procedimento ordinário”. Por último, a Comissão considerou que o argumento do Estado relacionado com a eficácia do recurso extraordinário de inconstitucionalidade, na medida em que teria obtido êxito contra a norma aplicada em outras experiências, “era extemporâneo”, tendo em vista que o Estado “o apresentou pela primeira vez perante a Corte Interamericana”.
20. Os representantes afirmaram que esta exceção preliminar foi proposta pelo Estado unicamente “a respeito da modalidade de pagamento fixada pela Lei 23.982”, de modo que “todas as violações da Convenção indicadas tanto pelos representantes [...] como pela Comissão” ficam fora da mesma. Além disso, os representantes sustentaram que esta exceção é formalmente inadmissível, pois o Estado “modificou abruptamente [na instância perante a Corte] o conteúdo da exceção preliminar” interposta perante a Comissão. Nesse sentido, indicaram que, perante a Comissão, o Estado “aduziu que devia ter sido interposto um recurso extraordinário por arbitrariedade da sentença” e, perante a Corte, sustentou que “devia ter sido interposto um recurso extraordinário por inconstitucionalidade da Lei 23.982”.
21. Adicionalmente, afirmaram que os recursos internos que se encontravam disponíveis e eram adequados e efetivos foram esgotados “através da interposição do [...] recurso de apelação”. A respeito da alegação do Estado sobre a necessidade de interposição do recurso federal extraordinário de inconstitucionalidade, os representantes alegaram que este recurso, além de ser extraordinário, tem natureza “excepcional, discricionária e sua resolução não [está] sujeita a um prazo legal”. Além disso, argumentaram que seria irrazoável exigir o esgotamento de um recurso destas características “depois de quase 10 anos de tramitação nos tribunais inferiores” e tratando-se de uma demanda “cujo objetivo era a reparação integral de uma criança portadora de deficiência”.
22. Com respeito à menção de casos nos quais a Corte Suprema argentina declarou a inconstitucionalidade da Lei 23.982, os representantes afirmaram que o recurso extraordinário de inconstitucionalidade não é “a única ferramenta jurídica disponível para alcançar a revisão constitucional de uma norma”. Esclareceram que, ao contrário, qualquer juiz “tem a aptidão de declarar a inconstitucionalidade de uma lei nacional sem importar em qual instância desempenhe suas funções”. Acrescentaram que isso foi complementado com a “omissão inadmissível e ilegal de não ter sido dada intervenção na causa ao Defensor Público de Menores e Incapazes[ , que] teria desempenhado um papel fundamental [...] [e] impulsionado inclusive a declaração de inconstitucionalidade da Lei 23.982”. Ademais, indicaram que, “para que um recurso extraordinário seja admitido pela Corte Suprema, a parte tem a obrigação de ter questionado a constitucionalidade da norma em cada uma das etapas do processo”.

*Considerações da Corte*

23. O artigo 46.1.a) da Convenção Americana dispõe que para determinar a admissibilidade de uma petição ou comunicação apresentada à Comissão Interamericana de acordo com os artigos 44 e 45 da Convenção, é necessário que tenham sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, segundo os princípios do Direito Internacional geralmente reconhecidos.<sup>14</sup> A Corte recorda que a regra do prévio esgotamento dos recursos internos está concebida no interesse do Estado, pois busca dispensá-lo de responder perante um órgão internacional por atos que lhe sejam atribuídos, antes de ter tido a ocasião de remediá-los por seus próprios meios.<sup>15</sup> Isso significa não apenas que estes recursos devem existir formalmente, mas também que devem ser adequados e efetivos, como se infere das exceções contempladas no artigo 46.2 da Convenção.<sup>16</sup>
24. Além disso, esta Corte tem argumentado de maneira consistente que uma objeção ao exercício da jurisdição da Corte baseada na suposta falta de esgotamento dos recursos internos deve ser apresentada no momento processual oportuno,<sup>17</sup> isto é, durante a admissibilidade do procedimento perante a Comissão.<sup>18</sup>
25. Nesse sentido, ao alegar a falta de esgotamento dos recursos internos corresponde ao Estado indicar, no momento processual oportuno, os recursos que devem ser esgotados e sua efetividade. A este respeito, o Tribunal reitera que a interpretação dada por mais de duas décadas ao artigo 46.1.a) da Convenção está em conformidade com o Direito Internacional<sup>19</sup> e que, conforme sua jurisprudência<sup>20</sup> e a jurisprudência internacional,<sup>21</sup> não é tarefa da Corte, nem da Comissão, identificar *ex officio* quais são os recursos internos pendentes de esgotamento. O Tribunal ressalta que não compete aos órgãos internacionais sanar a falta de precisão das alegações do Estado.<sup>22</sup>
26. A este respeito, a Corte observa que o Estado argumentou que as supostas vítimas deveriam ter interposto um recurso extraordinário para indicar porque “a lei 23.982 não se ajustaria aos preceitos constitucionais”. Em particular, o Estado assinalou que este recurso extraordinário teria permitido “habilitar a intervenção da Corte Suprema em busca de manter a supremacia constitucional”.
27. No presente caso, em primeiro lugar, o recurso extraordinário de constitucionalidade é -como seu nome indica- de caráter extraordinário, e tem por objeto o questionamento de uma norma e não a revisão de uma decisão. Nesse sentido, tanto a Comissão como os representantes alegaram que conforme o direito interno vigente na Argentina, o recurso extraordinário que o Estado propôs como idôneo possui caráter “discricionário”, “excepcional” e “não está sujeito a um prazo”, tanto em relação à sua aceitação como à sua duração. A este respeito, o Tribunal considera que este recurso não teria sido efetivo para sanar a alegada demora no processo civil que buscava uma indenização para Sebastián Furlan, aspecto que constitui o eixo central dos problemas jurídicos no presente caso. Com efeito, o mencionado recurso teria se limitado a questionar a constitucionalidade da norma que regulamentava a forma mediante a qual foi efetuado o pagamento da indenização. Deste modo, nas circunstâncias específicas do presente caso, este Tribunal considera que a função deste recurso no ordenamento jurídico interno não era idônea para proteger a situação jurídica infringida e, em consequência, não pode ser considerado como um recurso interno que devia ter sido esgotado.<sup>23</sup>
28. Por outro lado, a Corte constata que durante o trâmite de admissibilidade perante a Comissão, o Estado sustentou que se a suposta vítima “considerava que a sentença era arbitrária e por essa razão constituía uma ofensa federal

14. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C Nº 1, par. 85, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*, par. 19.

15. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C Nº 4, par. 61, e *Caso Mejía Idrovo Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de julho de 2011. Série C Nº 228, par. 27.

16. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*, par. 63, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*, par. 20.

17. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Exceções Preliminares*, par. 88, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*, par. 21.

18. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Exceções Preliminares*, par. 88, e *Caso Mejía Idrovo Vs. Equador*, par. 29.

19. Cf. *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 30 de junho de 2009. Série C Nº 197, par. 22, e *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de novembro de 2009. Série C Nº 207, par. 22.

20. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras*, par. 88, e *Caso Usón Ramírez Vs. Venezuela*, par. 22.

21. Cf. Tribunal Europeu de Direitos Humanos (doravante denominado “T.E.D.H.”), *Caso Deweer Vs. Bélgica*, (No. 6903/75), Sentença de 27 de fevereiro de 1980, par. 26; *Caso Foti e outros Vs. Itália*, (No. 7604/76; 7719/76; 7781/77; 7913/77), Sentença de 10 de dezembro de 1982, par. 48, e *Caso de Jong, Baljet e van den Brink Vs. Países Baixos*, (No. 8805/79 8806/79 9242/81), Sentença de 22 de maio de 1984, par. 36.

22. Cf. *Caso Reverón Trujillo*, par. 23, e *Caso Chocrón Chocrón Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de julho de 2011. Série C Nº 227, par. 23. Ver também: T.E.D.H., *Case of Bozano Vs. France*, Sentença de 18 de dezembro de 1986, par. 46.

23. Em sentido similar, cf. *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C Nº 107, par. 85.

suficiente”, teria que ter interposto o “[r]ecurso [e]xtraordinário de apelação perante a Corte Suprema”.<sup>24</sup> De tal forma, o Estado considerou que a suposta vítima “opt[ou] por aceitar o pronunciamento da Câmara”, de modo que “apenas lhe restava iniciar a execução de sentença e obter a aprovação da liquidação”<sup>25</sup> recebida como reparação.

29. Com base no anterior, a Corte observa que os argumentos que dão conteúdo à exceção preliminar interposta pelo Estado perante a Comissão durante a etapa de admissibilidade, não correspondem a aqueles expressados perante a Corte. Com efeito, as alegações apresentadas perante a Comissão relativas ao não esgotamento dos recursos internos trataram sobre a suposta falta de interposição do recurso extraordinário, com o objetivo de sanar uma possível arbitrariedade na sentença de segunda instância da qual Sebastián Furlan foi beneficiário, e que estabeleceu o montante de reparação, isto é, que o objetivo ao interpor este recurso teria sido o de modificar o montante outorgado a título de indenização. Por sua vez, as alegações expressadas pela Argentina perante este Tribunal se referem ao não esgotamento deste recurso judicial, mas desta vez com o fim de solicitar a declaração de inconstitucionalidade da Lei 23.982 no caso concreto, razão pela qual a finalidade era o questionamento de uma norma que regulamentava a forma de pagamento da indenização concedida. Dado que o Estado modificou a argumentação sobre a finalidade e o objeto do recurso que supostamente devia ter sido esgotado previamente, o Tribunal considera que as alegações apresentadas na contestação da demanda não foram opostas no momento processual oportuno perante a Comissão, de tal maneira que não cumpre um dos pressupostos formais exigidos pela exceção preliminar de prévio esgotamento dos recursos da jurisdição interna.<sup>26</sup> Isso torna desnecessária a análise dos demais pressupostos formais e materiais.<sup>27</sup>
30. Consequentemente, a Corte rejeita a exceção preliminar de falta de esgotamento de recursos internos proposta pelo Estado argentino.

**B) Incompetência *ratione materiae* da Corte Interamericana para considerar os argumentos relativos às consequências da aplicação da lei 23.982 de regime de consolidação de dívidas**

*Alegações das partes e da Comissão Interamericana*

31. O Estado argumentou que no presente caso “é aplicável a reserva formulada pelo Estado argentino [...] a respeito de não reconhecer a competência dos órgãos do sistema interamericano para intervir em questões vinculadas com [sua] política econômica”. Argumentou que a Lei 23.982 se encontra coberta por esta reserva, porquanto “regulamenta um regime específico de consolidação de dívidas aplicável em demandas dirigidas contra o Estado”. Considerou que a legislação que “regulamenta o pagamento de sentenças judiciais nas quais resulte condenado o Estado Nacional por meio de títulos forma parte da política econômica do Governo da República Argentina”.
32. O Estado argumentou que apesar de esta reserva “ter sido formulada genericamente a respeito do artigo 21 da Convenção[...], uma interpretação de boa fé desta decisão soberana deve ser considerada extensível a outras normas da Convenção”, pois o contrário poderia implicar que “se desvirtue o objeto e fim” da mencionada reserva. O Estado arguiu que o argumento da Comissão em seu relatório é “contraditório”, na medida em que “primeiro afirma que não realizará uma análise da modalidade de pagamento através de títulos e depois concentr[ou] seu argumento na aplicação dessa modalidade”. Acrescentou que este Tribunal estabeleceu “um sistema flexível de reservas que habilita os Estados a formular qualquer reserva, [...] sempre e quando esta não seja incompatível com o objeto e o fim da mesma”. afirmou que “a reserva invocada é aplicável também ao artigo 25” da Convenção Americana, pois “o objeto e o fim da [reserva] supõe a vontade soberana do Estado”. Portanto, o Estado considerou que esta Corte “não possui competência para examinar as alegações da Comissão vinculadas à modalidade de satisfação da indenização ordenada pela justiça local”.
33. A Comissão argumentou que no Relatório de Admissibilidade “não incluiu, dentro dos possíveis direitos violados, o relativo ao artigo 21 da Convenção”. Além disso, considerou que “o argumento do Estado de considerar ‘extensível a interpretação da reserva [...] a qualquer outro artigo da Convenção, além de propor uma clara falta de certeza jurídica, não encontra sustento algum no Direito Internacional”. Ademais, a Comissão destacou que, “ao analisar o mérito do caso, não ‘reintroduziu’ nenhum argumento relativo ao artigo 21 da Convenção”,

24. Escrito do Estado da Argentina de 21 de fevereiro de 2003 (expediente de anexos do Relatório de Mérito, tomo IV, folha 1791).

25. Escrito do Estado da Argentina de 21 de fevereiro de 2003, folha 1791.

26. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C Nº 218, par. 26, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*, par. 24.

27. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, par. 26, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*, par. 24.

de maneira que “não analisou em nenhum momento nenhuma ‘política econômica’ do Estado, mas a resolução proferida pel[as] autoridades judiciais, que foi [supostamente] parcial, tardia e, portanto, ineficaz”.

34. Os representantes alegaram que “não se deve estender a designação da reserva que o próprio Estado [efetou] quando ratificou a Convenção Americana”. Manifestaram que não é matéria de debate “a ínfima indenização concedida”, nem tampouco “a derrogação da política cambial”. Argumentaram que o que se discute “é se a tutela judicial efetiva [...] pode consistir em ter de esperar 25 anos para o recebimento de uma reparação integral”. Consideraram que teria sido importante que “o Estado[,] no momento de interpor [a] exceção [preliminar], tivesse explicitado o conteúdo e o alcance que busca conceder ao conceito de ‘política econômica do Governo’ em relação ao caso”. Acrescentaram que o Estado “não demonstrou os requisitos exigidos que permitam compreender em que sentido a reserva indicada deve ser aplicada ao presente caso”, isto é, “não demonstrou porque os atos denunciados afet[aram] a questão mais ampla da política econômica nacional à qual se faz referência na reserva”. Por último, os representantes alegaram que “a invocação de uma reserva cuja interpretação difere de conceder certeza com respeito à limitação de direitos, não pode desviar-se a limitar a competência d[esta] Corte”.

#### *Considerações da Corte*

35. Das alegações apresentadas pelas partes, a Corte observa que foram propostas duas controvérsias, a saber: i) a extensão da reserva realizada ao artigo 21 da Convenção Americana às alegações apresentadas pela Comissão Interamericana em relação ao artigo 25 do mesmo instrumento, e ii) a aplicação direta da reserva com respeito aos argumentos realizados pelos representantes em relação à suposta violação do direito à propriedade privada no presente caso. A este respeito, o Tribunal considera necessário estabelecer os alcances da reserva realizada pelo Estado argentino com o fim de determinar se sua extensão é possível a outros artigos da Convenção, bem como para definir se é aplicável no presente caso.

36. Em primeiro lugar, a Corte nota que o texto da reserva realizada pela Argentina dispõe o seguinte:

O artigo 21 fica submetido à seguinte reserva: o Governo argentino estabelece que não ficarão sujeitas à revisão de um Tribunal Internacional questões inerentes à política econômica do Governo. Tampouco considerará revisável o que os Tribunais nacionais determinem como causas de “utilidade pública” e de “interesse social”, nem o que estes entendam como “indenização justa”.<sup>28</sup>

37. A Corte estabeleceu critérios para a interpretação de reservas à Convenção.<sup>29</sup> Primeiro, ao interpretar as reservas, a Corte deve, antes de qualquer coisa, aplicar uma análise estritamente textual. Segundo, deve-se considerar devidamente o objeto e o propósito do tratado correspondente<sup>30</sup> que, no caso da Convenção Americana, implica “a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos”.<sup>31</sup> Ademais, deve-se interpretar a reserva de acordo com o artigo 29 da Convenção.<sup>32</sup>
38. De uma leitura textual da reserva realizada pela Argentina no momento de ratificação da Convenção Americana, a Corte observa que a mesma foi feita exclusivamente para o artigo 21 do tratado. De maneira que é claro que o Estado não quis estender os alcances desta reserva a outros direitos ou preceitos consagrados na Convenção.
39. Com respeito ao objeto e ao fim do tratado, a Corte estabeleceu em sua jurisprudência que os tratados modernos sobre direitos humanos em geral e, em particular, a Convenção Americana, não são tratados multilaterais de tipo tradicional, concluídos em função de um intercâmbio recíproco de direitos, para o benefício mútuo dos Estados contratantes. Seu objeto e fim são a proteção dos direitos fundamentais dos seres humanos. Assim, ao aprovarem estes tratados sobre direitos humanos, os Estados se submetem a uma ordem legal dentro da qual eles, pelo bem comum, assumem várias obrigações, não em relação a outros Estados, mas aos indivíduos sob sua jurisdição.<sup>33</sup>

28. No instrumento de ratificação de 14 de agosto de 1984, depositado em 5 de setembro de 1984 na Secretaria Geral da OEA, o Governo da República Argentina reconhece a competência da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos por tempo indefinido e sob condição de estrita reciprocidade, sobre os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana, com a reserva parcial e tendo em conta as declarações interpretativas consignadas no instrumento de ratificação.

29. Cf. *Caso Boyce e outros Vs. Barbados. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 20 de novembro de 2007. Série C Nº 169, par. 15 e *Caso Apitz Barbera e outros (“Primeiro Tribunal Contencioso Administrativo”) Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C Nº 182, par. 217. Ver também, *O Efeito das Reservas sobre a Entrada em Vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (arts. 74 e 75)*. Parecer Consultivo OC-2/82 de 24 de setembro de 1982. Série A Nº 2, par. 35, e *Restrições à Pena de Morte* (arts. 4.2 e 4.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos). Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A Nº 3, pars. 60/66.

30. Cf. *Caso Boyce e outros Vs. Barbados*, par. 15. Ver também o artigo 75 da Convenção Americana e o artigo 19 da Convenção de Viena sobre Direito dos Tratados (no qual se indica que as reservas a um tratado devem ser compatíveis com o objeto e o propósito do tratado).

31. *Caso Boyce e outros Vs. Barbados*, par. 15; Parecer Consultivo OC-2/82, par. 29, e Parecer Consultivo OC-3/83, par. 65.

32. *Caso Boyce e outros Vs. Barbados*, par. 15, e Parecer Consultivo OC-3/83, par. 66.

33. Parecer Consultivo OC-2/82, par. 29.

40. Ademais, a Corte reitera que, à luz do artigo 29 da Convenção Americana, não se deve interpretar uma reserva a fim de limitar o gozo e o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção a um alcance maior do que aquele disposto na própria reserva.<sup>34</sup> Portanto, o Tribunal conclui que da interpretação textual e levando em consideração o fim e o objeto do tratado, é claro que a aplicação da reserva realizada ao artigo 21 da Convenção Americana não é extensível aos argumentos apresentados pela Comissão Interamericana em relação à suposta violação do artigo 25 do mesmo tratado.
41. Por outro lado, em relação às alegações apresentadas pelos representantes sobre uma suposta violação do artigo 21 da Convenção, a Corte nota que o primeiro inciso do texto da reserva se limita a excluir da competência da Corte os temas que sejam “inerentes à política econômica do governo”. Por sua vez, no segundo inciso da reserva se indica que o Tribunal tampouco poderá revisar os casos nos quais os tribunais internos tenham decidido com base em critérios como “utilidade pública”, “interesse social” ou “justa indenização”. Ainda que seja certo que no texto da reserva não se especificam maiores componentes para determinar quais são as “questões inerentes à política econômica” do Governo, o Tribunal considera que o primeiro inciso desta reserva deve ser entendido como uma limitação aos órgãos do sistema interamericano para que realizem uma revisão de políticas gerais de tipo econômico que tenham relação com elementos do direito à propriedade consagrado no artigo 21 da Convenção Americana. Em relação ao segundo inciso da reserva, o Estado não apresentou alegações concretas, de modo que a Corte não considera necessário realizar uma interpretação literal do mesmo.
42. No presente caso, as alegações dos representantes em relação à suposta violação do artigo 21 se concentram em que: i) “a aplicação da modalidade de pagamento estabelecida na Lei 23.982, assim como o atraso no processo [de] execução da sentença, significaram o descumprimento de um crédito indenizatório reconhecido por decisão judicial definitiva, [motivo pelo qual] deve-se concluir que se violou um direito adquirido por parte do beneficiário do ressarcimento”; e ii) “a violação do direito à propriedade deriva[ria] do desconhecimento de uma decisão emitida por um órgão judicial, resolução que garantia um crédito indenizatório com um claro conteúdo reparador e alimentar”.
43. A este respeito, a Corte considera que os representantes das supostas vítimas não estão argumentando a revisão de uma questão inerente à política econômica adotada pelo Estado. Ao contrário, o Tribunal observa que as alegações sobre a suposta violação do artigo 21 da Convenção, no presente caso, se ajustam às alegadas violações a este direito derivadas do processo judicial e de sua execução, o que será examinado na análise de mérito do presente caso (pars. 206 a 223 *infra*). Em consequência, a Corte conclui que no presente caso não é aplicável a reserva realizada por Argentina, pois não foi solicitada a revisão por parte do Tribunal de uma política econômica do governo.
44. Portanto, a Corte rejeita esta exceção preliminar sobre a incompetência *ratione materiae* da Corte Interamericana para considerar os argumentos relativos às consequências da aplicação da Lei 23.982 de regime de consolidação de dívidas.

**C) “Exceção preliminar relativa à violação do direito de defesa do Estado argentino durante a tramitação do caso perante a [Comissão Interamericana]”**

*Alegações das partes e da Comissão Interamericana*

45. O Estado argumentou que durante o procedimento perante a Comissão “violou-se seu direito de defesa”, posto que no Relatório de Admissibilidade “apenas foi feita referência aos artigos 8, 19, 25 e 1.1. da Convenção” e no Relatório de Mérito concluiu-se que o Estado era responsável também pela violação ao direito à integridade pessoal consagrado no artigo 5.1 da Convenção”. A este respeito, ressaltou que foi “despojado [...] de toda possibilidade de apresentar argumentos defensivos a respeito do artigo 5” da Convenção e que “a circunstância de que os fatos que configurariam a suposta violação já teriam sido analisados pela Comissão em relação [...] ao artigo 8[,] não é equivalente a que o Estado tivesse a oportunidade de apresentar sua defesa sobre o direito à integridade pessoal”. Assinalou que “consentir com um procedimento de tais características atribuiria aos Estados a tarefa titânica de ter de imaginar e contestar [...] supostas violações baseadas em fatos [ou argumentos] não invocados pelos peticionários nem incluídos nos relatórios de admissibilidade”. Além disso, afirmou que “a invocação errônea do princípio *iura novit curia* não pode sanar a situação na qual se encontra o Estado quando, ao final do procedimento perante a Comissão, é considerado responsável por uma violação a respeito da qual nunca teve a oportunidade de se defender”.

34. Cf. *Caso Boyce e outros Vs. Barbados*, par. 15, e *Parecer Consultivo OC-3/83*, par. 66.

46. A Comissão afirmou que o artigo 46 da Convenção “unicamente estabelece que, nesta etapa, corresponde à Comissão determinar se a petição cumpre ou não os requisitos de admissibilidade estabelecidos”. Acrescentou que a prática constante dos órgãos do sistema foi a de “realizar uma análise dos fatos submetidos a seu conhecimento desde uma perspectiva que não se limita às disposições legais invocadas [...] mas que incorpora aquelas que sejam relevantes e aplicáveis a estes fatos”. Sustentou que desde o início da tramitação da petição, a “Argentina teve conhecimento das afetações ‘físicas e psíquicas’ que o peticionário alegava que ele e sua família sofreram como consequência da atuação do Estado”. Assinalou que, “com posterioridade ao Relatório de Admissibilidade, o Estado apresentou [...] os autos judiciais, [...] a partir dos [quais], e com base nos fatos plenamente conhecidos pelo Estado desde a petição inicial, a Comissão considerou que davam conteúdo e apresentavam maiores elementos de juízo sobre [os fatos relacionados] com a integridade pessoal dos membros da família Furlan”. A Comissão sustentou que teve em conta que: i) “o Estado havia tido conhecimento de todas as alegações e elementos apresentados a respeito”; ii) o Estado “havia tido múltiplas oportunidades para responder” e, iii) “em muitos casos, durante a tramitação do caso se produz informação [que] demonstra cada vez mais as consequências sofridas pelos familiares”.
47. Os representantes afirmaram que existe uma “[c]orrelação entre as petições das supostas vítimas, o Relatório de Admissibilidade e o Relatório de Mérito a respeito da violação do direito à integridade pessoal”. Alegaram que as supostas vítimas expressaram “com absoluta claridade”, desde as primeiras etapas perante a Comissão, “os prejuízos sofridos à sua integridade pessoal”, considerações que foram “recebidas no Relatório de Admissibilidade”. Com base no anterior, os representantes afirmaram que “no marco destas asseverações fáticas, em aplicação do princípio *iura novit curia*, a Comissão decidiu examinar [...] `a afetação ao direito à integridade pessoal estabelecido no artigo 5.1, como consequência do atraso injustificado do Estado’ [...] tanto no que diz respeito a Sebastián como a sua família”. Concluíram que foram cumpridos “os princípios de contraditório, igualdade processual e segurança jurídica durante toda a tramitação do caso” perante a Comissão.

#### *Considerações da Corte*

48. Quando se alega como exceção preliminar um questionamento à atuação da Comissão em relação ao procedimento seguido perante ela, esta Corte tem argumentado que a Comissão Interamericana tem autonomia e independência no exercício de seu mandato conforme o estabelecido pela Convenção Americana e, particularmente, no exercício das funções que lhe competem no procedimento relativo ao trâmite de petições individuais disposto nos artigos 44 a 51 da Convenção. Não obstante isso, em assuntos que estejam sob seu conhecimento, a Corte tem a atribuição de realizar um controle de legalidade das atuações da Comissão.<sup>35</sup> Isso não supõe necessariamente revisar o procedimento realizado perante esta, exceto em caso de que alguma das partes alegue fundamentadamente que exista um erro grave que viole seu direito de defesa.<sup>36</sup> Além disso, a Corte deve manter um justo equilíbrio entre a proteção dos direitos humanos, fim último do Sistema, e a segurança jurídica e a igualdade processual que asseguram a estabilidade e confiança da tutela internacional.<sup>37</sup>
49. A Corte indicou que o trâmite das petições individuais se encontra regido por garantias que asseguram às partes o exercício do direito de defesa no procedimento. Tais garantias são: a) as relacionadas com as condições de admissibilidade das petições (artigos 44 a 46 da Convenção),<sup>38</sup> e b) as relativas aos princípios de contraditório (artigo 48 da Convenção)<sup>39</sup> e igualdade processual. Igualmente, é preciso ter em conta o princípio de segurança jurídica (artigo 38 do Regulamento da Comissão).<sup>40</sup>
50. Além disso, a parte que afirma que uma atuação da Comissão durante o procedimento perante a mesma foi levada a cabo mediante um erro grave que afetou seu direito de defesa deve demonstrar efetivamente tal prejuízo.

35. Cf. *Controle de Legalidade no exercício das Atribuições da Comissão Interamericana de Direitos Humanos (arts. 41 e 44 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-19/05 de 28 de novembro de 2005. Série A Nº 19, pontos resolutivos primeiro e terceiro; e *Caso Grande Vs. Argentina. Exceções Preliminares e Mérito*. Sentença de 31 de agosto de 2011. Série C Nº 231, par. 45, e *Caso Gonzalez Medina e familiares Vs. República Dominicana*, par. 28.

36. Cf. *Caso Castañeda Gutman Vs. Estados Unidos Mexicanos. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de agosto de 2008. Série C Nº 184, par. 42, e *Caso Gonzalez Medina e familiares Vs. República Dominicana*, par. 28.

37. Cf. *Caso Cayara Vs. Peru. Exceções Preliminares*. Sentença de 3 de fevereiro de 1993. Série C Nº 14, par. 63; *Caso Baena Ricardo e outros Vs. Panamá. Exceções Preliminares*. Sentença de 18 de novembro de 1999. Série C Nº 61, par. 42, e *Caso Gonzalez Medina e familiares Vs. República Dominicana*, par. 28.

38. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*, par. 85, e *Caso Grande Vs. Argentina. Exceções Preliminares e Mérito*. Sentença de 31 de agosto de 2011. Série C Nº 231, par. 56.

39. Parecer Consultivo OC-19/05, e *Caso Grande Vs. Argentina*, par. 56.

40. Cf. *Caso Grande Vs. Argentina*, par. 56 e Parecer Consultivo OC-19/05, par. 27.

Por isso, a este respeito, não é suficiente uma queixa ou discrepância de critérios em relação à atuação da Comissão Interamericana.<sup>41</sup>

51. A Corte, em seu caráter de órgão jurisdicional, procede no presente caso a revisar a atuação precedente e a decisão da Comissão, para assegurar a procedência dos requisitos de admissibilidade e os princípios de contraditório, igualdade processual e segurança jurídica.<sup>42</sup>
52. Em primeiro lugar, e com respeito à inclusão de novos direitos no Relatório de Mérito que não foram indicados previamente no Relatório de Admissibilidade da Comissão, a Corte constata que nem na Convenção Americana, nem no Regulamento da Comissão Interamericana existe norma alguma que disponha que no Relatório de Admissibilidade devem estar estabelecidos todos os direitos supostamente violados. A este respeito, os artigos 46<sup>43</sup> e 47<sup>44</sup> da Convenção Americana estabelecem exclusivamente os requisitos pelos quais uma petição pode ser declarada admissível ou inadmissível, mas não impõem à Comissão a obrigação de determinar quais seriam os direitos objeto do trâmite. Inclusive, o artigo 48 da Convenção permite à Comissão, caso seja necessário depois de admitida a petição, realizar uma “investigação para cuja eficaz realização, [poderá] solicitar[...]”, e os Estados interessados lhes proporcionarão todas as facilidades necessárias”.<sup>45</sup> Nesse sentido, a Corte considera que os direitos indicados no Relatório de Admissibilidade são o resultado de um exame preliminar da petição que se encontra em curso, de maneira que não limitam a possibilidade de que em etapas posteriores do processo possam ser incluídos outros direitos ou artigos que supostamente tenham sido violados, sempre e quando se respeite o direito de defesa do Estado no âmbito da base fática do caso sob análise.
53. Adicionalmente, a possibilidade de mudar ou alterar a qualificação jurídica dos fatos objeto de um caso concreto é permitida no âmbito de um processo no Sistema Interamericano. Prova disso é a jurisprudência constante deste Tribunal que permite que as supostas vítimas e seus representantes possam invocar a violação de outros direitos distintos aos incluídos na demanda ou no Relatório de Mérito, sempre e quando se atenham aos fatos contidos neste documento, pois são as supostas vítimas as titulares de todos os direitos consagrados na Convenção.<sup>46</sup>
54. Além disso, o Tribunal reitera o expressado no caso da *Comunidade Moiwana Vs. Suriname*, no qual o Estado argumentou, como exceção preliminar, que seu direito de defesa teria sido violado, porque a Comissão “concluiu outras violações diferentes àquelas pelas quais o caso foi admitido”. Neste caso a Corte afirmou que as considerações da Comissão a respeito de supostas violações da Convenção Americana não são de acatamento obrigatório para a Corte.<sup>47</sup> Assim mesmo, no caso *Apitz Barbera e outros Vs. Venezuela*, a Corte afirmou que “as decisões de inadmissibilidade realizadas pela Comissão baseadas no artigo 47 letras b) e c) da Convenção são qualificações jurídicas *prima facie*, que não limitam a competência da Corte para se pronunciar sobre um ponto de direito que foi analisado pela Comissão apenas de forma preliminar”.<sup>48</sup>
55. Em segundo lugar, o Tribunal reitera que o princípio *iura novit curia*, o qual se encontra solidamente respaldado na jurisprudência internacional, permite estudar a possível violação das normas da Convenção que não foram alegadas nos escritos apresentados pelas partes, sempre e quando estas tenham tido a oportunidade de expressar

41. Cf. *Caso do Povo Saramaka Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de novembro de 2007. Série C Nº 172, par. 32, e *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2010. Série C Nº 219, par. 27.

42. *Caso Grande Vs. Argentina*, par. 46, e *Caso Gonzalez Medina e familiares Vs. República Dominicana*, par. 34.

43. O artigo 46 da Convenção estabelece que: 1. Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: a. que hajam sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, de acordo com os princípios de Direito Internacional geralmente reconhecidos; b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva; c. que a matéria da petição ou comunicação não esteja pendente de outro processo de solução internacional; e d. que, no caso do artigo 44, a petição contenha o nome, a nacionalidade, a profissão, o domicílio e a assinatura da pessoa ou pessoas ou do representante legal da entidade que submeter a petição. 2. As disposições das alíneas a e b do inciso 1 deste artigo não se aplicarão quando: a. 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; b. não se houver permitido ao presumido prejudicado em seus direitos o acesso aos recursos da jurisdição interna, ou houver sido ele impedido de esgotá-los; e c. houver demora injustificada na decisão sobre os mencionados recursos.

44. A Comissão declarará inadmissível toda petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 quando: a. não preencher algum dos requisitos estabelecidos no artigo 46; b. não expuser fatos que caracterizem violação dos direitos garantidos por esta Convenção; c. pela exposição do próprio peticionário ou do Estado, for manifestamente infundada a petição ou comunicação ou for evidente sua total improcedência; ou d. for substancialmente reprodução de petição ou comunicação anterior, já examinada pela Comissão ou por outro organismo internacional.

45. Artigo 48.d da Convenção Americana e artigo 39 do Regulamento da Comissão Interamericana.

46. Cf. *Caso Cinco Aposentados Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C Nº 98, par. 155, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*, par. 242.

47. Cf. *Caso da Comunidade Moiwana Vs. Suriname. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença 15 de junho de 2005. Série C Nº 124, par. 63.

48. *Caso Apitz Barbera e outros Vs. Venezuela*, par. 189.

suas respectivas posições em relação aos fatos que as sustentam.<sup>49</sup> Nesse sentido, a Corte utilizou este princípio, desde sua primeira sentença e em diversas oportunidades,<sup>50</sup> para declarar a violação de direitos que não haviam sido alegados diretamente pelas partes, mas que se inferem da análise dos fatos sob controvérsia, porquanto este princípio autoriza o Tribunal, sempre e quando se respeite o marco fático da causa, a qualificar a situação ou relação jurídica em conflito de maneira distinta a como o fizeram as partes.<sup>51</sup>

56. No presente caso, o Tribunal observa que o Estado tinha conhecimento dos fatos que sustentam a suposta violação ao artigo 5 da Convenção em detrimento de Sebastián Furlan e sua família, pois o senhor Danilo Furlan, desde sua petição inicial, fez referência às supostas afetações que teriam sofrido tanto seu filho como sua família, em função da alegada demora no processo.<sup>52</sup> Posteriormente e durante a etapa de admissibilidade perante a Comissão, o senhor Danilo Furlan afirmou, em repetidas oportunidades, os alegados fatos ou afetações que supostamente teriam ocorrido, a saber: i) “se os danos cerebrais de [seu] filho, Sebastián, são graves, não são menores os danos colaterais ao resto da família, mãe, [dois] irmãos e [a ele, posto que] cada vez a vida se complica mais, problemas psíquicos, anêmicos e econômicos são os que [lhes] sobram, esta família é como um barco afundando”;<sup>53</sup> ii) “agora est[ão] todos separados de todos, cada um com seu próprio trauma psicológico”;<sup>54</sup> iii) Sebastián Furlan “tem uma vida cheia de limitações, cheia de problemas e incertezas, semelhante a [ele] e seus irmãos”;<sup>55</sup> e iv) “isto deveria ser considerado como um crime, posto que definitivamente vão deixar marcas irreparáveis por toda a vida, tanto em Sebastián como em cada um de seus irmãos e pais, vítimas também nesta família desintegrada, humilhada e empobrecida”.<sup>56</sup> A Corte constata que os escritos contendo estas afirmações foram trasladados ao Estado<sup>57</sup> durante a etapa de admissibilidade perante a Comissão.
57. Por outro lado, o Tribunal nota que a Comissão Interamericana teve acesso ao expediente judicial completo depois da emissão do Relatório de Admissibilidade,<sup>58</sup> quando este foi enviado pelo Estado, de modo que apenas a partir deste momento a Comissão contou com todos os meios probatórios para estabelecer os fatos concretos do presente caso.
58. Com respeito às alegações apresentadas pelo Estado, segundo as quais a Corte já teria estabelecido na sentença do caso *Grande vs. Argentina* que a aplicação do princípio *iura novit curia* por parte da Comissão não seria procedente, o Tribunal recorda que naquele caso admitiu a exceção preliminar por violação do direito de defesa do Estado, pois “por causa da mudança no objeto da petição no Relatório de Admissibilidade, e a posterior aplicação, por parte da Comissão, da preclusão processual das alegações do Estado em relação aos requisitos de admissibilidade em seu Relatório de Mérito, a Comissão omitiu-se de verificar o requisito de admissibilidade estabelecido no artigo 46.1.b) da Convenção a respeito do processo penal”,<sup>59</sup> isto é, o requisito que indica que a petição inicial deve ser “apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data na qual o suposto lesado em seus direitos tenha sido notificado da decisão definitiva”. Além disso, aquele caso incluía a referência a fatos que se encontravam fora da competência temporal da Corte e envolvia dois processos diferentes (um de caráter penal e outro de caráter administrativo). Portanto, a Corte não encontra relação entre o decidido no caso citado pelo Estado e o presente caso.

49. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez*, par. 163 e *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, par. 184.

50. A modo de exemplo nos seguintes casos, *inter alia*, foi declarada a violação de direitos não invocados pelas partes, em aplicação do princípio *iura novit curia*: i) no caso *Velásquez Rodríguez Vs. Honduras* foi declarada a violação do artigo 1.1 da Convenção; ii) no caso *Usón Ramírez Vs. Venezuela* foi declarada a violação do artigo 9 da Convenção Americana; iii) no caso *Bayarri Vs. Argentina* foi declarada a violação dos artigos 1, 6 e 8 da Convenção Interamericana para Prevenir e Punir a Tortura; iv) no caso *Heliodoro Portugal Vs. Panamá* foi declarada a violação do artigo I da Convenção sobre Desaparecimento Forçado, em relação ao artigo II deste instrumento; v) no caso *Kimel Vs. Argentina* foi declarada a violação do artigo 9 da Convenção Americana; vi) no caso *Bueno Alves* foi declarada a violação do artigo 5.1 da Convenção Americana em detrimento dos familiares do senhor Bueno Alves; vii) no caso dos Massacres de Ituango *Vs. Colômbia* foi declarada a violação do artigo 11.2 da Convenção, e viii) no caso da *Comunidade Indígena Sawhoyamaya Vs. Paraguai* foi declarada a violação do artigo 3 da Convenção Americana.

51. Cf. *Caso Bueno Alves Vs. Argentina. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 11 de maio de 2007. Série C Nº 164, par. 70.

52. Em particular, na petição inicial manifestou que “nestes 13 anos e em razão do acidente [...] ocorreram muitas [situações] tristes e dolorosas em [sua] família, tudo foi derrubado, [...] houve um divórcio, devido a que a tensão, o desespero e a angústia criaram um verdadeiro caos na convivência matrimonial, houve uma filha que saiu de casa, houve brigas, [motivo pelo qual] (toda a família) acudi[u] a um centro psiquiátrico”. Escrito de 18 de julho de 2001 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo IV, folha 1978).

53. Escrito enviado por Danilo Furlan em 4 de janeiro de 2002 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo IV, folha 1925).

54. Escrito enviado por Danilo Furlan em 4 de janeiro de 2002, folha 1925.

55. Escrito enviado por Danilo Furlan em 24 de julho de 2002 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo IV, folha 1900).

56. Escrito enviado por Danilo Furlan em 28 de outubro de 2002 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo IV, folha 1851).

57. Comunicação da Comissão Interamericana de 16 de dezembro de 2002 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo IV, folha 1830).

58. Comunicação da Comissão Interamericana de 17 de julho de 2008 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo III, folha 1393) e Comunicação da Missão Permanente da República Argentina perante a OEA de 23 de fevereiro de 2009 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo III, folha 1315).

59. *Caso Grande Vs. Argentina*, par. 61



59. Consequentemente, a Corte conclui que o Estado teve conhecimento dos fatos que sustentam a suposta violação do artigo 5 da Convenção em detrimento de Sebastián Furlan e seus familiares desde o início do trâmite do processo perante a Comissão, de maneira que teria podido expressar sua posição caso considerasse pertinente. Nesse sentido, a Comissão podia fazer uso do princípio *iura novit curia* ou considerar outra qualificação em relação aos fatos, sem que o anterior implicasse uma violação ao direito de defesa do Estado argentino.
60. Em face do expressado anteriormente, a Corte rejeita a exceção preliminar de violação ao direito de defesa no procedimento perante a Comissão Interamericana proposta pelo Estado argentino.

#### IV Competência

61. A Corte Interamericana é competente para conhecer do presente caso, nos termos do artigo 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, já que a Argentina é Estado Parte da Convenção<sup>60</sup> desde 5 de setembro de 1984 e reconheceu a competência contenciosa do Tribunal nessa mesma data.

#### V Prova

62. Com base no estabelecido nos artigos 46, 47, 50, 51 e 57 do Regulamento, bem como em sua jurisprudência a respeito da prova e de sua apreciação,<sup>61</sup> a Corte examinará e valorará os elementos probatórios documentais remetidos pela Comissão e pelas partes em diversas oportunidades processuais, as declarações das supostas vítimas e de testemunhas e os pareceres periciais prestados mediante declaração juramentada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) e na audiência pública perante a Corte, bem como as provas para melhor resolver solicitadas pelo Tribunal (par. 11 *supra*). Para tanto, o Tribunal se aterá aos princípios da crítica sã, dentro do marco normativo correspondente.<sup>62</sup>

##### A) Prova documental, testemunhal e pericial

63. O Tribunal recebeu diversos documentos apresentados como prova pela Comissão Interamericana, pelos representantes e pelo Estado, anexados a seus escritos principais. Além disso, a Corte recebeu as declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) por parte: da suposta vítima Danilo Pedro Furlan; das testemunhas María Teresa Grossi e Violeta Florinda Jano, bem como dos peritos Estela del Carmen Rodríguez e Hernán Gullco. Quanto à prova oferecida na audiência pública, a Corte escutou as declarações da suposta vítima, Claudio Furlan, e dos peritos Laura Beatriz Subies, Gustavo Daniel Moreno e Alejandro Morlachetti.<sup>63</sup>

##### B) Admissibilidade da prova

###### B.1) Admissibilidade da prova documental

64. No presente caso, como em outros, o Tribunal concede valor probatório a aqueles documentos apresentados oportunamente pelas partes e pela Comissão que não foram controvertidos nem objetados, nem cuja autenticidade foi posta em dúvida.<sup>64</sup> Os documentos solicitados pelo Tribunal como prova para melhor decidir (par. 11 *supra*) são incorporados ao acervo probatório, em aplicação do disposto no artigo 58 do Regulamento.

60. A Corte já se referiu à reserva realizada pelo Estado argentino ao artigo 21 da Convenção Americana (pars. 36 a 44 *supra*).

61. Cf. *Caso da "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 8 de março de 1998. Série C Nº 37, pars. 69 ao 76, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador. Mérito e Reparações*. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C Nº 245, par. 31.

62. Cf. *Caso da "Panel Blanca" (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala*, par. 76, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 31.

63. Os objetos de todas estas declarações se encontram estabelecidos na Resolução do Presidente da Corte de 24 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/assuntos/furlan.pdf>.

64. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*, par. 140, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 35.

65. O Tribunal decide admitir os documentos que se encontrem completos ou que, pelo menos, permitam constatar sua fonte e data de publicação, e os apreciará tomando em consideração o conjunto do acervo probatório, as alegações do Estado e as regras da crítica sã.<sup>65</sup>
66. Igualmente, com respeito a alguns documentos indicados pelas partes e pela Comissão por meio de links eletrônicos, o Tribunal já estabeleceu que se uma parte proporciona ao menos o link eletrônico direto do documento citado como prova e foi possível acessá-lo, não se vê afetada a segurança jurídica nem o equilíbrio processual, pois é imediatamente localizável pelo Tribunal e pelas outras partes.<sup>66</sup> Neste caso, não houve oposição ou observações das outras partes ou da Comissão sobre o conteúdo e a autenticidade de tais documentos.

*B.2) Admissibilidade das declarações de supostas vítimas, e da prova testemunhal e pericial*

67. Quanto às declarações das supostas vítimas, das testemunhas e dos pareceres prestados na audiência pública e mediante declarações juramentadas, a Corte as considera pertinentes apenas na medida em que se ajustem ao objeto definido pelo Presidente do Tribunal na Resolução mediante a qual ordenou recebê-las (par. 10 *supra*). Estas serão apreciadas nos capítulos correspondentes, em conjunto com os demais elementos do acervo probatório e tomando em conta as observações formuladas pelas partes.<sup>67</sup>
68. Conforme a jurisprudência desta Corte, as declarações das supostas vítimas não podem ser apreciadas isoladamente, mas dentro do conjunto das provas do processo, já que são úteis na medida em que podem proporcionar maior informação sobre as alegadas violações e suas consequências.<sup>68</sup> Com base no anteriormente exposto, o Tribunal admite estas declarações (pars. 10 e 63 *supra*), cuja apreciação será feita com base nos critérios indicados.
69. Por outro lado, em relação às declarações realizadas perante agente dotado de fé pública, o Estado argumentou que “devem se limitar ao objeto do presente caso, isto é, ao processo judicial interno e que, conseqüentemente, todas aquelas manifestações relacionadas às consequências diretas do acidente sofrido por Sebastián Furlan deverão ser excluídas da análise” da Corte. A este respeito, o Tribunal observa que a alegação do Estado foi apresentada de maneira geral, o que dificulta sua análise. Com efeito, não fica claro a que o Estado faz alusão com a expressão “consequências diretas do acidente”, considerando que os fatos do caso se relacionam com os diversos processos empreendidos como consequência deste acidente. Como conclusão, a Corte considera que o Estado não apresentou argumentos suficientes para rejeitar a admissibilidade destas declarações. Sem prejuízo do anterior, o Tribunal avaliará a alegação ao verificar que as declarações se limitem ao objeto oportunamente definido pelo Presidente (par. 10 *supra*).
70. Adicionalmente, o Estado argumentou que a perita Subies “realizou avaliações particulares a partir de sua própria opinião subjetiva sobre o caso Furlan”. Argumentou que a perita “expandiu [sua declaração] sobre sua experiência pessoal, seu trabalho como advogada litigante, afirmando sem fundamento que na República Argentina não existe número suficiente de advogados que se especializem em questões de deficiência”, o que “não t[eria] sustentação alguma em estatísticas ou estudos e que, por outro lado, não t[eria] relação com o objeto da perícia”. Arguiu que o aspecto relacionado com o objeto da perícia sobre “as possibilidades de cobertura em matéria de saúde pública” não “foi apresentado de maneira completa e exaustiva”, em particular, não se referiu “em nenhum momento ao Programa Federal ‘Incluir’ Saúde (antigo Profe), que era o sistema de saúde apropriado para oferecer assistência integral de saúde a Sebastián Furlan”. A este respeito, a Corte observa que os aspectos controvertidos pelo Estado se referem ao mérito do caso e ao peso probatório da declaração da perita, assuntos que serão considerados, no que seja pertinente, nos capítulos correspondentes da Sentença, no âmbito específico do objeto para o qual foi convocada e tendo em conta o indicado pelo Estado.

65. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*, par. 146, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 36.

66. Cf. *Caso Escué Zapata Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C Nº 165, par. 26, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 37.

67. Cf. *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C Nº 33, par. 43, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 43. A este respeito, a Corte recorda o estabelecido na resolução de convocatória do presente caso, na qual determinou que a declaração de Sebastián Furlan -remetida pelos representantes em vídeo-tem caráter de prova documental e, nesse sentido, será apreciada na devida oportunidade, dentro do contexto do acervo probatório existente e segundo as regras da crítica sã. Cf. *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 24 de janeiro de 2012. Disponível em: <http://corteidh.or.cr/docs/assuntos/furlan.pdf>

68. Cf. *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru. Mérito*, par. 43, e *Caso Diaz Peña Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de junho de 2012. Série C Nº 244, par. 27.

## VI Fatos

### A) O acidente de Sebastián Furlan

71. Sebastián Claus Furlan vivia na localidade de Ciudadela, Província de Buenos Aires, com seu pai, Danilo Furlan, sua mãe, Susana Fernández, e seus irmãos, Sabina e Claudio Furlan.<sup>69</sup> A localidade de Ciudadela Norte é “uma zona de classe média baixa e classe baixa, a menos de 500 metros de um dos bairros mais marginais e perigosos da periferia<sup>70</sup> de Buenos Aires, conhecido como ‘Forte Apache’”.<sup>71</sup> A família de Sebastián Furlan contava com escassos recursos econômicos.<sup>72</sup>
72. Em 21 de dezembro de 1988, com 14 anos de idade,<sup>73</sup> Sebastián Furlan ingressou a um prédio próximo de sua casa, propriedade do Exército Argentino, para brincar.<sup>74</sup> Este prédio era um circuito de treinamento militar abandonado, onde ainda haviam montes de terra, “valas e obstáculos construídos com dormentes de madeira” e restos de uma pista de infantaria que estava abandonada.<sup>75</sup> O imóvel não contava com nenhum alambrado ou cerca perimetral que impedisse a entrada no mesmo, até o ponto de que “era utilizado por crianças para diversos jogos, lazer e prática de esportes”.<sup>76</sup> Uma vez dentro no prédio, o menor de idade tentou se pendurar em “uma viga transversal ou travessão” de uma das instalações, o que fez com que a peça, de aproximadamente 45 a 50 quilos, caísse sobre ele, batendo com força na cabeça e causando a perda instantânea de consciência.<sup>77</sup>
73. Sebastián Furlan foi internado no serviço de Terapia Intensiva do Hospital Nacional Professor Alejandro Posadas (doravante denominado o “Hospital Nacional Posadas”), com o diagnóstico de “traumatismo encefalocraniano com perda de consciência [em estado de] coma grau II-III, com fratura de osso parietal direito”.<sup>78</sup> Nesta oportunidade, ingressou à sala de cirurgia para ser operado por “um hematoma extradural”.<sup>79</sup> Depois da operação, Sebastián Furlan continuou em coma grau II até 28 de dezembro de 1988 e em coma vigil até 18 de janeiro de 1989.<sup>80</sup> Enquanto esteve em terapia intensiva, foram realizadas “duas tomografias computadorizadas encefálicas que [mostravam] contusão cerebral e de tronco, [bem como] eletroencefalogramas e potenciais evocados de tronco e visuais que [indicavam] desaceleração/retardamento”.<sup>81</sup>
74. Em 23 de janeiro de 1989,<sup>82</sup> Sebastián Furlan teve alta para sua atenção em consultório externo,<sup>83</sup> com dificuldades na fala e no uso de seus membros superiores e inferiores<sup>84</sup> e com um diagnóstico que incluiu “traumatismo craniano com perda de consciência, [...] fratura temporoparietal direita, contusão cerebral e do

69. Cf. Declaração de Claudio Erwin Furlan prestada na audiência pública celebrada no presente caso.

70. A palavra “conurbano” (utilizada na versão original em espanhol) é associada ao uso da expressão “subúrbios” (ou “periferia”) em alguns países da região.

71. Relatório Socioambiental elaborado pela Licenciada Marta Celia Fernández de 8 de julho de 2011 (anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo V, anexo XIV, folha 2460).

72. A este respeito, no processo civil por danos e prejuízos foi concedido “o benefício de litigar sem gastos” a Sebastián Furlan. Cf. Incidente de benefício de litígio sem gastos (expediente de anexos ao escrito de petições e prova, tomo V, anexo VII, folhas 22 64 a 2323). Além disso, o senhor Danilo Furlan declarou que: i) “[n]inguém [lh]e informou sobre os locais especiais de reabilitação. Talvez porque estes locais fossem caros e se dariam conta que talvez não poderíamos pagar”; ii) “[ele] não podia dar tudo o que [Sebastián Furlan] necessitava. Não tinha nem os meios nem o dinheiro”, e iii) “[ele] sempre [s]e dedi[co]u a buscar oportunidades e a tratar de comprar carros usados em leilão ou que por algum motivo têm um preço menor, depois os tratava de consertar um pouco para obter alguma diferença na venda. Esse trabalho necessita de uma dedicação total, porque tinha que percorrer lugares a toda hora e a toda distância, falar com muita gente, buscar compradores e vendedores. Ao ter de se dedicar apenas a Sebastián e não contar com os meios para ter uma ajuda profissional e especializada tev[e] que deixar de lado o trabalho”. Declaração de Danilo Furlan perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo II, folhas 684 a 686).

73. Sebastián Furlan nasceu em 6 de junho de 1974. Cf. Certidão de nascimento de Sebastián Claus Furlan de 7 de junho de 1974 emitida pelo Registro Civil (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 87).

74. Cf. Sentença proferida pelo 9º Juízo Nacional Civil e Comercial de 7 de dezembro de 2000 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 518).

75. Cf. Sentença proferida pelo 9º Juízo Nacional Civil e Comercial de 7 de dezembro de 2000 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 519).

76. Cf. Sentença proferida pelo 9º Juízo Nacional Civil e Comercial, folha 519.

77. Cf. Sentença proferida pelo 9º Juízo Nacional Civil e Comercial, folhas 518 e 519.

78. Cf. Relatório pericial do Doutor Juan Carlos Brodsky de 15 de novembro de 1999 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 452).

79. Cf. Relatório pericial do Doutor Juan Carlos Brodsky, folha 452.

80. Cf. Relatório pericial do Doutor Luis Garzoni (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 424).

81. Cf. Relatório pericial do Doutor Juan Carlos Brodsky, folha 452.

82. Cf. Relatório pericial do Doutor Juan Carlos Brodsky, folha 452.

83. Cf. Relatório pericial do Doutor Luis Garzoni, folha 425.

84. Cf. Sentença proferida pelo 9º Juízo Nacional Civil e Comercial, folha 517.

tronco mesencefálico”<sup>85</sup>. Com base neste diagnóstico, os médicos ordenaram continuar com um tratamento de reabilitação ambulatorial.<sup>86</sup>

75. Antes do acidente, Sebastián Furlan era um estudante regular que cursava o primeiro ano do segundo grau na Escola de Educação Técnica nº 4 de Ciudadela.<sup>87</sup> Fora do horário escolar participava em uma equipe de basquete,<sup>88</sup> nadava no Clube Ciudadela Norte<sup>89</sup> e praticava karatê no Instituto Privado Oriental Escola Shinkai Karate-Do.<sup>90</sup> Entretanto, com posterioridade ao acidente, teve que interromper qualquer atividade esportiva.<sup>91</sup> O traumatismo e o estado de coma no qual permaneceu causaram uma “desordem orgânica pós-traumática e uma reação neurótica anormal com manifestação obsessiva compulsiva[,] com deterioração de sua personalidade[,] o que determinou um importante grau de incapacidade psíquica [...] e transtornos irreversíveis na área cognitiva e na área motora”.<sup>92</sup> Todas estas sequelas são de caráter irreversível.<sup>93</sup>
76. Em 31 de agosto de 1989, Sebastián Furlan tentou tirar a própria vida atirando-se do segundo andar de um prédio próximo à sua casa, razão pela qual foi internado no Hospital Nacional Posadas para observação por “depressão severa em adolescente”.<sup>94</sup> Nesta ocasião, diagnosticaram “vários traumatismos como perda momentânea de consciência [...], como alterações de linguagem, náusea, paraparesis, sinais de irritação meníngea, tálamo conservado, dislalia [e] ataxia”.<sup>95</sup> Na descrição clínica indicou-se que há vários dias apresentava crise de choro, acompanhada por desejos de abandonar a escola, manifestações de sentir-se inútil e ideias de suicídio. Além disso, advertiu-se que era a segunda tentativa de suicídio de Sebastián Furlan,<sup>96</sup> quem previamente havia causado ferimentos a si mesmo.<sup>97</sup>
77. Ainda que o menor de idade tenha conseguido se reintegrar ao colégio, “no segundo período do ano de 1990 padeceu de severas alterações de fala, controle motor e mudanças profundas em sua conduta que desestabilizaram o pessoal docente e que, desde o ponto de vista da escola, obstaculizavam o desenvolvimento normal de [sua] aprendizagem e [ele a dos outros alunos]”.<sup>98</sup> Por exemplo, no escrito emitido em 3 de março de 1998 pela Escola de Educação Técnica nº 4, dentro do processo por danos e prejuízos, evidencia-se a conduta de Sebastián Furlan nessa instituição educativa durante dois períodos acadêmicos consecutivos: “[p]rimeiro ano segundo período” (cursado durante 1988) e “segundo ano primeiro período” (cursado “até o início do mês de maio” de 1990). Nas observações sobre o primeiro ciclo, a escola concluiu que “foram registrados episódios isolados de condutas transgressoras das normas institucionais de pouco significado e com características comuns em alunos que ingressam à esta escola até alcançar sua posterior adaptação à mesma”. Não obstante o anterior, o relatório sobre o segundo ciclo acadêmico, depois de ocorrido o acidente, dá conta das alterações indicadas anteriormente”. Como prova destas alterações se afirmaram uma série de eventos ocorridos de 11 de abril de 1990 até 24 de abril daquele ano, os quais se destacam por sua gravidade: i) “[p]roblemas disciplinares desde o início das aulas” assim como “chegadas atrasadas” e “ausências consecutivas”; ii) “condutas agressivas” como “jogo de mãos” ou “bate[r] em uma aluna”, e iii) “falta de respeito com alunas” como “beijar uma aluna na cabeça, apesar da resistência oposta”, “tentar jogar-se em cima de uma aluna” ou “baix[ar] as calças e a roupa íntima durante a aula”.

85. Cf. Relatório pericial do Doutor Luis Garzoni, folha 425.

86. Cf. Relatório apresentado pelo Hospital de Reabilitação “Manuel Rocca” de 20 de julho de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, folha 2478).

87. Cf. Comunicação da Escola de Educação Técnica Secundária nº 4 *Trés de Febrero*, de 28 de junho de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, folha 1986) e comunicação da Escola de Educação Técnica Secundária nº 4 *Trés de Febrero*, de 3 de março de 1998 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo VI, folha 2619).

88. Cf. Comunicação da Federação Regional de Basquete da Capital Federal de 13 de junho de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, folha 2154) e comunicação da Federação Regional de Basquete da Capital Federal de 14 de julho de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, folha 2163).

89. Cf. Escrito emitido pelo Clube Ciudadela Norte de 2 de março de 1998 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 244).

90. Cf. Certificado de Diploma de Graduação emitido pela Escola Shinkai Karate-Do de 30 de agosto de 1987 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 104).

91. Cf. Relatório pericial do Doutor Luis Garzoni, folha 428.

92. Cf. Sentença proferida pelo 9º Juízo Nacional Civil e Comercial, folha 526.

93. Cf. Relatório pericial do Doutor Juan Carlos Brodsky, folha 256.

94. Cf. Relatório pericial do Doutor Luis Garzoni, folha 425.

95. Cf. Relatório pericial do Doutor Luis Garzoni, folha 425.

96. Cf. Relatório pericial do Doutor Luis Garzoni, folha 425.

97. Cf. Comunicação remetida por Danilo Furlan à Comissão em 28 de julho de 2004 (expediente de anexos ao relatório, tomo IV, folha 1726).

98. Cf. Escrito emitido pela Escola de Educação Técnica nº 4 de 3 de março de 1998 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 249).

## B) Processo civil por danos e prejuízos e o pagamento da indenização

78. Em 18 de dezembro de 1990, o senhor Danilo Furlan (doravante denominado “o demandante” ou a “parte autora”), assistido por uma advogada, interpôs uma demanda no foro civil—9º Juízo Nacional Civil e Comercial Federal—contra o Estado da Argentina, com o fim de reclamar uma indenização pelos danos e prejuízos derivados da incapacidade resultante do acidente de seu filho, Sebastián Furlan. Nesta demanda, assinalou-se que a mesma era promovida com o fim de interromper a prescrição da ação, deixando sob reserva sua posterior extensão.<sup>99</sup>
79. Em 24 de dezembro de 1990, o juiz ordenou a remissão dos autos à Promotoria Civil e Comercial para que emitisse um parecer sobre sua competência.<sup>100</sup> Em 11 de fevereiro de 1991, a Promotora se pronunciou no sentido de que o processo iniciado se encontrava sujeito às disposições dos Decretos 34/91 e 53/91,<sup>101</sup> relacionados à suspensão transitória -por um lapso de 120 dias- de juízos e queixas administrativos contra o Estado Nacional e entes do Setor Público.<sup>102</sup>

### *B.1) O complemento da demanda*<sup>103</sup>

80. Em 16 de abril de 1991, o demandante apresentou um adendo à demanda inicialmente interposta e pediu uma indenização a título de: i) “dano moral [pel]os sofrimentos físicos e psíquicos [como] consequência do acidente”; ii) “sequelas pelas lesões cerebrais sofridas e que lhe impedirão no futuro de empreender um curso superior e de concluir o curso secundário”; iii) “sequelas pelas lesões físicas sofridas que lhe imped[iram] e lhe impedirão no futuro de ter uma vida social normal”, e iv) “lesões cerebrais e físicas recorrentes, que se manifestam em reiteradas dores de cabeça, perda da memória e enrijecimento de membros”. Nesta oportunidade, ofereceu como prova informativa que fosse emitido um ofício ao Registro de Propriedade Imóvel da Província de Buenos Aires para que informasse sobre o titular do domínio do prédio na data do acidente e solicitou o encaminhamento da demanda.<sup>104</sup> Posteriormente, o demandante solicitou o benefício de assistência judiciária gratuita,<sup>105</sup> o qual foi concedido pelo juízo.<sup>106</sup> Em 19 de abril de 1991, o juiz considerou apresentada a demanda.<sup>107</sup>

### *B.2) A determinação da parte demandada*<sup>108</sup>

81. Em 24 de maio de 1991, o demandante solicitou a continuação do processo.<sup>109</sup> Em 29 de maio de 1991, o juiz ordenou que fosse emitido ofício ao Estado Maior Geral do Exército para que informasse se se encontrava aberta alguma investigação em relação aos fatos.<sup>110</sup>
82. Em 8 de novembro de 1991, o demandante solicitou o traslado da demanda.<sup>111</sup> Por sua vez, em 14 de novembro de 1991, o juiz requereu ao demandante que informasse contra quem dirigia a ação.<sup>112</sup> Em 13 de março de 1992, o demandante informou que “dirig[ia a ação] contra o Ministério de Defesa Nacional, [tomando em conta] que e[ra] o organismo do qual dependia a entidade onde ocorreu o acidente”. Além disso, manifestou que, “sem

99. Cf. Demanda interposta por Danilo Pedro Furlan de 18 de dezembro de 1990 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folhas 93 a 95).

100. Cf. Escrito do Juiz Federal dirigido ao Ministério Público de 24 de dezembro de 1990 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 96).

101. Cf. Escrito do Ministério Público de 12 de fevereiro de 1990 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 97).

102. Cf. Escrito de 11 de fevereiro de 1991 do Ministério Público (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 97) e Decreto 34/91 sobre suspensão transitória de juízos e queixas administrativas contra o Estado nacional e entes do setor público (expediente de anexos ao relatório, tomo II, anexo 10.1, folha 1004).

103. O artigo 331 do Código Processual Civil e Comercial da Argentina estabelece que “o autor poderá modificar a demanda antes de que esta seja notificada. Poderá, também, ampliar a quantia reclamada se antes da sentença vencerem novos prazos ou cotas da mesma obrigação. Serão considerados comuns à ampliação os trâmites que a tenham precedido e será justificada unicamente com o traslado à outra parte”. Cf. Lei nº 17454 de 1967 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VII folha 3154).

104. Cf. Complemento da demanda de 16 de abril de 1991 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 109 a 114).

105. Cf. Escrito do senhor Danilo Furlan de 17 de abril de 1991 (expediente de anexos à contestação, tomo X, folha 4390).

106. Cf. Decisão do Juiz Federal de 1ª Instância de 10 de março de 1998 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo V, anexo VII, folha 2321). Ver também: escrito do Juiz Federal de 2ª Instância de 20 de setembro de 2001 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 611) e escrito da Secretaria de 21 de setembro de 2001 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 612).

107. Cf. Escrito do Juiz Federal de 1ª Instância de 19 de abril de 1991 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 116).

108. O artigo 330 do Código Processual Civil e Comercial da Argentina regulamenta a “Forma da demanda”, e estabelece que esta “será apresentada por escrito e conterá: 1) [o] nome e o domicílio do demandante”. Cf. Lei nº 17454 de 1967 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VII folha 3154).

109. Cf. Escrito de Danilo Furlan de 24 de maio de 1991 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 117).

110. Cf. Escrito do Juiz Federal de 1ª Instância de 29 de maio de 1991 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 118).

111. Cf. Escrito de Danilo Furlan de 8 de novembro de 1991 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 121).

112. Cf. Escrito do Juiz Federal de 1ª Instância de 14 de novembro de 1991 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 122).

prejuízo disso e como medida prévia, solicit[ava] [que] fosse emitido ofício ao Registro da Propriedade a fim de que inform[asse] sobre a titularidade do domínio do prédio na data do acidente.”<sup>113</sup> Em 18 de março de 1992, o juiz ordenou a emissão do ofício<sup>114</sup> e, em 16 de junho de 1992, a advogada do demandante elaborou este ofício.<sup>115</sup>

83. Em 24 de julho de 1992, o Registro de Propriedade comunicou ao juízo que era necessário que informasse no mapa onde se encontrava o prédio,<sup>116</sup> motivo pelo qual o demandante solicitou, em 4 de setembro de 1992, que fosse emitido ofício ao Departamento de Cadastro, a fim de que remetesse cópia destes mapas.<sup>117</sup> No mês de fevereiro de 1993, a advogada do demandante elaborou o ofício.<sup>118</sup> As investigações cadastrais pertinentes se realizaram entre os meses de março e maio de 1993. Mediante ofício de 6 de maio de 1993, o Departamento de Cadastro informou ao juízo que não era possível juntar a informação solicitada a respeito do lote 1<sup>119</sup> e do lote 2, e informou que o bem se encontrava em nome do “Superior Governo da Nação”.<sup>120</sup> Em 10 de novembro de 1993, o demandante solicitou ao juízo que fosse oficiado o Registro da Propriedade para que informasse sobre a titularidade de domínio do lote 1,<sup>121</sup> o que foi ordenado pelo juiz em 16 de novembro de 1993.<sup>122</sup> Em 14 de março de 1994 foi feita constância da entrega deste ofício.<sup>123</sup>
84. Em 22 de fevereiro de 1996, o demandante apresentou um escrito, no qual solicitou ao juiz dar prosseguimento à demanda e afirmou que, “[a]tento ao resultado negativo dos ofícios emitidos em autos e tendo em conta que a ação se dirig[ia] contra o ocupante do prédio e titular dos elementos que deram causa ao acidente do menor, desist[ia] de sua emissão” e, em consequência, “existindo provas contundentes de que estes elementos pertenciam ao Exército, dirig[ia a] ação contra o Ministério de Defesa e/ou quem result[e] responsável”.<sup>124</sup>

### B.3) O processo a partir da notificação da demanda ao Estado Maior Geral do Exército

85. Em 27 de fevereiro de 1996, o juízo ordenou que fosse dado traslado da demanda ao “Ministério de Defesa– Estado Maior Geral do Exército” (doravante denominado “EMGE”, “parte demandada” ou “demandado”) pelo prazo de 60 dias.<sup>125</sup> Em 3 de setembro de 1996, o demandado apresentou a contestação da demanda e a oposição de exceção preliminar de prescrição.<sup>126</sup> Em 8 de outubro de 1996, o juízo ordenou que fosse dado traslado da exceção de prescrição ao demandante,<sup>127</sup> que solicitou que esta exceção fosse rejeitada em 16 de outubro de 1996.<sup>128</sup>
86. Por outro lado, o Defensor Público de Menores apresentou um escrito em 24 de outubro de 1996, no qual assinalou que, considerando que Sebastián Furlan já havia adquirido a maioria, não correspondia que esta entidade o representasse. No entanto, assumiu a representação de seus irmãos, Sabina Eva e Claudio Erwin Furlan.<sup>129</sup> A este respeito, em 28 de outubro de 1996, Sebastián Furlan ratificou todos os atos realizados até aquela data.<sup>130</sup>
87. Em 1º de novembro de 1996, o juízo rejeitou a exceção de prescrição apresentada pelo EMGE e fixou os

113. Cf. Escrito de Danilo Furlan de 13 de março de 1992 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 123).

114. Cf. Escrito do Juiz Federal de 1ª Instância de 18 de março de 1992 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 124).

115. Cf. Ofício elaborado pela advogada de Danilo Furlan de 16 de junho de 1992 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 125).

116. Cf. Escrito do Departamento de Registro e Publicidade Área 1 de 24 de julho de 1992 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 126).

117. Cf. Escrito de Danilo Furlan de 4 de setembro de 1992 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 127).

118. Cf. Ofício elaborado pela advogada de Danilo Furlan de fevereiro de 1993 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 131).

119. Cf. Escrito do Departamento de Registros e Publicidade Área 1 de 6 de maio de 1993 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 139).

120. Cf. Escrito do Departamento de Registros e Publicidade Área 1 de 22 de abril de 1993 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 137).

121. Cf. Escrito de Danilo Furlan de 10 de novembro de 1993 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 141).

122. Cf. Escrito do Juiz Federal de 1ª Instância de 16 de novembro de 1993 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 142).

123. Cf. Constância da Secretaria Administrativa de 14 de março de 1994 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 144).

124. Cf. Escrito de Danilo Furlan de 22 de fevereiro de 1996 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 145).

125. Cf. Escrito do Juiz Federal de 1ª Instância de 27 de fevereiro de 1996 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 146).

126. Cf. Contestação da demanda por parte do Estado Nacional-Estado Maior Geral do Exército de 3 de setembro de 1996 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 153).

127. Cf. Escrito do Juiz Federal de 1ª Instância de 8 de outubro de 1996 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 164).

128. Cf. Escrito de Danilo Furlan de 16 de outubro de 1996 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 167).

129. Cf. Escrito da Defensoria Oficial de 24 de outubro de 1996 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 169).

130. Cf. Escrito de Sebastián Furlan de 28 de outubro de 1996 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 171).

honorários da advogada do demandante.<sup>131</sup> Esta decisão foi apelada pelo representante do EMGE em 18 de novembro de 1996.<sup>132</sup> Em 26 de novembro de 1996, o juiz solicitou ao Estado que justificasse sua apelação.<sup>133</sup> Em 9 de dezembro de 1996, o EMGE assinalou que apelava a decisão de definição dos honorários da advogada da contraparte.<sup>134</sup> Em 12 de dezembro de 1996, o juiz solicitou que indicasse se apelava os honorários por serem altos ou baixos.<sup>135</sup> Em 17 de março de 1997, o juízo requereu ao EMGE que respondesse no prazo de dois dias<sup>136</sup> e a advogada do demandante apresentou um escrito no qual manifestou: i) ao juízo que ordenasse ao EMGE responder ao requerimento do juiz de 12 de dezembro de 1996 sobre a apelação dos honorários; ii) que a falta de resposta prejudicava a parte autora, e iii) que fosse marcada a audiência de conciliação.<sup>137</sup> Em 24 de março de 1997, a parte demandada assinalou que apelava a sentença de definição de honorários da advogada da contraparte por serem muito altos.<sup>138</sup> Finalmente, em 26 de março de 1997, foi aceito o recurso de apelação, de modo que se ordenou que “o processo fosse remetido à [...] Câmara Nacional de Apelações”.<sup>139</sup>

88. Como se mencionou anteriormente, em 17 de março de 1997, a advogada da parte demandante solicitou ao tribunal que marcasse uma audiência de conciliação com o objetivo de chegar a um acordo com o EMGE,<sup>140</sup> a qual foi determinada para 10 de abril de 1997.<sup>141</sup> Contudo, o demandante solicitou que fosse marcada uma nova audiência em razão da impossibilidade de notificar-se em tempo hábil,<sup>142</sup> e esta foi então marcada para o dia 8 de maio de 1997.<sup>143</sup> O EMGE apresentou um escrito no qual afirmou que nem o advogado representante do EMGE na causa, nem nenhum outro advogado desta instituição, poderia participar da audiência com faculdades para conciliar já que, segundo a legislação vigente, o Ministério de Defesa era a única autoridade que teria as faculdades respectivas. Nesta oportunidade, o advogado do EMGE esclareceu que, em todo caso, o Estado ou o EMGE se encontrava “aberto a considerar qualquer tipo de proposta”.<sup>144</sup> O juízo deixou constando nos autos que, em 8 de maio de 1997, Sebastián Furlan e sua advogada compareceram à audiência de conciliação, mas não houve representação por parte do EMGE.<sup>145</sup>
89. Em 14 de julho de 1997, a parte autora apresentou novos fatos na causa, informando sobre atos de agressão perpetrados por Sebastián Furlan a sua avó e assinalou que haviam existido outros atos de agressividade que teriam motivado a intervenção da polícia em várias oportunidades (pars. 106 a 110 *infra*). Em particular, manifestou que “[d] urante muitos períodos [Sebastián Furlan] perd[eu] o domínio de [si] mesmo e realizo[u] atos contrários a toda lógica e moral, o que motiv[ou] a intervenção de pessoal policial”.<sup>146</sup> A parte demandada se opôs a que estes novos fatos fossem admitidos.<sup>147</sup> Mediante auto de 26 de setembro de 1997, o tribunal decidiu pela admissão dos fatos novos.<sup>148</sup>
90. Em 21 de agosto de 1997, um novo advogado assumiu a representação jurídica de Sebastián Furlan neste processo judicial.<sup>149</sup> Em 21 de outubro de 1997, este advogado solicitou ao juízo que decretasse a abertura da fase probatória.<sup>150</sup> Em 24 de outubro de 1997, o juiz decretou a causa aberta a prova pelo prazo de 40 dias, tendo as partes 10 dias para oferecê-las.<sup>151</sup> Em 14 de novembro de 1997, o advogado de Sebastián Furlan ofereceu as provas documentais,

131. Cf. Decisão de 1º de novembro de 1996 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 175).

132. Cf. Recurso de apelação interposto pelo advogado da parte demandada de 18 de novembro de 1996 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 182).

133. Cf. Escrito do Juiz Federal de 1ª Instância de 26 de novembro de 1996 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 183).

134. Cf. Escrito apresentado pelo advogado da parte demandada de 9 de dezembro de 1996 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 184).

135. Cf. Escrito do Juiz Federal de 1ª Instância de 12 de dezembro de 1996 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 185).

136. Cf. Escrito do Juiz Federal de 1ª Instância de 17 de março de 1997 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 186).

137. Cf. Escrito de Sebastián Claus Furlan de 17 de março de 1997 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 187).

138. Cf. Escrito apresentado pelo advogado da parte demandada de 24 de março de 1997 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 190).

139. Cf. Escrito do Juiz Federal de 1ª Instância de 26 de março de 1997 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 191).

140. Cf. Escrito de Sebastián Claus Furlan de 17 de março de 1997, folha 188.

141. Cf. Escrito do Juiz Federal de 1ª Instância de 21 de março de 1997 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 189).

142. Cf. Escrito de Sebastián Claus Furlan de 7 de abril de 1997 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 193).

143. Cf. Escrito do Juiz Federal de 1ª Instância de 8 de abril de 1997 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 194).

144. Cf. Escrito do Juiz Federal de 1ª Instância de 6 de maio de 1997 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 196).

145. Cf. Constância de 8 de maio de 1997 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 198).

146. Cf. Escrito de Sebastián Furlan de 14 de julho de 1997 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 203).

147. Cf. Escrito apresentado pelo advogado da parte demandada (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 215).

148. Cf. Auto emitido pelo Juiz Federal de 1ª Instância de 26 de setembro de 1997 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 216).

149. Cf. Escrito do advogado de Sebastián Furlan de 21 de agosto de 1997 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 211). A este respeito, em 14 de julho de 1997 a advogada de Sebastián Furlan “renunciou o patrocínio jurídico na presente causa”, o que foi aceito pelo juízo em 17 de julho de 1997 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 201).

150. Cf. Escrito do advogado de Sebastián Furlan de 21 de outubro de 1997 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 219).

151. Cf. Escrito do Juiz Federal de 1ª Instância de 24 de outubro de 1997 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 220).

informativas, testemunhais e periciais, solicitando, ademais, que fosse designado um perito médico e outro psiquiatra.<sup>152</sup> Em 16 de dezembro de 1997, o advogado solicitou que fossem ordenadas estas provas. Em 18 de dezembro de 1997, o juízo autorizou a prova oferecida pela parte autora e fixou os dias 19, 20 e 21 de agosto de 1998 para receber as declarações das testemunhas oferecidas.<sup>153</sup> Nesse mesmo dia o juízo marcou uma audiência para 12 de fevereiro de 1998, com o fim de receber a declaração de Sebastián Furlan, meio de prova denominado “prova confessional”.<sup>154</sup> Entretanto, a parte demandada não compareceu a esta diligência,<sup>155</sup> de modo que, em 23 de dezembro de 1999, o advogado de Sebastián Furlan solicitou ao juiz que fosse considerado precluído o direito do demandado de produzir a prova confessional oferecida.<sup>156</sup>

91. Em 12 de fevereiro de 1998, o advogado solicitou que fossem designados os peritos, o que foi feito em 17 de fevereiro de 1998,<sup>157</sup> e em 2 de março de 1998, os peritos compareceram, aceitando o cargo e prestando juramento.<sup>158</sup> Nesse mesmo dia foi recebida a primeira prova documental consistente no relatório do Clube Ciudadela Norte.<sup>159</sup> Por sua vez, em 6 de março de 1998, a Escola Técnica nº 4 informou sobre o desempenho escolar de Sebastián Furlan nos anos letivos anteriores e posteriores a seu acidente.<sup>160</sup> Em 6 de abril de 1998, foi recebido um registro por parte da 45ª Delegacia da Polícia Federal Argentina, a respeito de uma das detenções sofridas por Sebastián Furlan com posterioridade ao acidente.<sup>161</sup>
92. Entre 19 e 20 de agosto de 1998, o juízo recebeu as declarações de cinco das oito testemunhas oferecidas pelo demandante.<sup>162</sup> Em 20 de agosto de 1998, o advogado desistiu das três testemunhas restantes.<sup>163</sup>
93. Em 14 de agosto de 1998, o juízo emitiu ofício ao EMGE solicitando a remissão de todas as atuações administrativas

152. Cf. Escrito do advogado de Sebastián Furlan de 14 de novembro de 1997 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folhas 230 a 233). Neste escrito solicitou diversas provas. Entre elas, solicitar por ofício: i) cópia dos autos do processo levado adiante pelo “juizado de menores nº. 1, sec. 1 do [departamento] judicial de San Martín [...] na causa nº. 18903”, e ii) cópia dos autos do processo penal contra Sebastián Furlan por lesões graves a sua avó (“Causa nº 27.438/3861 contra Sebastián Furlan s/lesões graves, Juízo Criminal e Correccional nº 5 (1994)”). No que se refere à prova informativa, solicitou ao juiz emitir os ofícios dirigidos às seguintes instituições: i) “Escola de Educação Técnica de Ciudadela”, com o fim de que remetesse um “conceito de aluno regular [e] as qualificações” de Sebastián Furlan. Nesse relatório deveriam certificar igualmente “as condições de integração” e o “rendimento intelectual”, “antes e depois de [d]ezembro de 1988 e em cada ano letivo”; ii) “Instituto Privado Oriental”, para que informasse a categoria em Karatê alcançada por Sebastián Furlan; iii) “Hospital Posadas, a fim de que remet[esse] a história clínica” de Sebastián Furlan “com motivo do acidente que sofreu em 21 de [d]ezembro de 1988”; iv) “Delegacia[s] 35ª da Capital Federal” e “45ª da Capital Federal para que informassem “se Sebastián Claus Furlan esteve detido nesta[s] dependência[s]” em 1993 e os motivos para essas detenções”. Quanto à prova pericial, solicitou a designação dos seguintes profissionais para emitir laudo sobre a situação física e mental de Sebastián Furlan: i) “[p]erito médico único” para que se pronunciasse sobre as “[l]esões sofridas”, “tratamentos, curativos e cirurgias”, “estado atual”, “grau de incapacidade” e “tratamentos necessários que [Sebastián Furlan] dev[eria] realizar”, e ii) “psiquiatra único de ofício” para que examinasse a Sebastián Furlan em relação ao acidente ocorrido em 1988, seu “grau de deficiência”, “tratamento necessário, duração e custo do mesmo [e] qualquer outro dado”. Finalmente, solicitou a prova testemunhal de oito testemunhas.

153. Cf. Escrito do Juiz Federal de 1ª Instância de 18 de dezembro de 1997 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 235).

154. Cf. Escrito do Juiz Federal de 1ª Instância de 18 de dezembro de 1997 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 468).

155. Cf. Constância de comparecimento a audiência emitida pela Secretaria 18 do 9º Juízo Nacional Civil e Comercial Federal de 12 de fevereiro de 1998 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 469).

156. Cf. Escrito do advogado de Sebastián Furlan de 23 de dezembro de 1999 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 480).

157. Cf. Escrito do Juiz Federal de 1ª Instância de 17 de fevereiro de 1998 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 237).

158. Cf. Constâncias emitidas pelo Juiz Federal de 1ª Instância de 2 de março de 1998 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 243).

159. Cf. Escrito emitido pelo Clube Ciudadela Norte, folha 244.

160. Cf. Escrito emitido pela Escola de Educação Técnica nº 4, folha 249.

161. Cf. Escrito emitido pela 15ª Delegacia da Polícia Federal Argentina de 6 de abril de 1998 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 346).

162. Cf. Ata do testemunho prestado por Leonardo Javier Occhiuzzi de 19 de agosto de 1998; ata do testemunho prestado por Rubén Guerrero de 19 de agosto de 1998; ata do testemunho prestado por Jorge Omar Praderio de 20 de agosto de 1998; ata do testemunho prestado por Osvaldo Roberto Sotomayor de 20 de agosto de 1998, e ata do testemunho prestado por Gabriel Osvaldo Lacasa de 20 de agosto de 1998 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folhas 371 a 380). Sobre das condições gerais de Sebastián Furlan prévias ao acidente, seus vizinhos e amigos foram coincidentes em indicar que ele era um menino normal, esportista e que frequentava a escola. No testemunho apresentado em 19 de agosto de 1998 por Leonardo Javier Occhiuzzi, “vizinho e amigo”, consta “que [no momento do acidente Sebastián Furlan] era estudante e praticava esportes [...] jogava basquete”. Não obstante isso, afirmou que Sebastián Furlan “estava mal de ânimo no momento do acidente e imediatamente posterior”. A testemunha Jorge Omar Praderio destacou que “antes [do acidente Sebastián] era um menino normal”. De igual forma, Gabriel Osvaldo Lacasa estabeleceu em seu testemunho que “antes do acidente [Sebastián] jogava bola, vôlei, natação, fazia todos os esportes que podia fazer [e] também estudava”. Sobre as consequências do acidente, as testemunhas descreveram um quadro geral de deterioração das funções de Sebastián Furlan. A testemunha Leonardo Javier Occhiuzzi disse que no momento do testemunho Sebastián Furlan “[tinha] problemas motores, de coordenação e problemas na fala [...] sab[ia] porque [era seu] vizinho” e “viv[ia] em frente de [sua] casa”. Por sua vez, a testemunha Rubén Guerrero, relatou que “se notava quando falava e caminha[va] que não e[ra] normal” e que justamente depois do acidente “o pai o levava carregado, porque não podia caminhar”. Em sentido similar, pronunciou-se a testemunha Jorge Omar Praderio, ao indicar que Sebastián Furlan “[tinha] dificuldades para falar, perd[ia] a memória às vezes, se [perdia] e o pai [tinha] que ir buscá-lo”. Disse que no momento da declaração Sebastián “esta[va] muito mal, percebia que não [podia] ter um bom trabalho [e que] não e[ra] normal”. Por sua vez, a testemunha Osvaldo Roberto Sotomayor declarou que, depois do acidente, Sebastián Furlan se encontrava “mal em todo momento, até agora [...] não pôde conseguir trabalho [e] não pôde concluir os estudos”. De igual maneira, a testemunha Gabriel Osvaldo destacou que “depois do acidente ia, desaparecia e o pai tinha que ir buscá-lo por todo o bairro [...] se via alguém, [era] como se não o reconhecesse”. Também disse que na data daquele testemunho, “não o via bem, não p[odia] manter uma conversação, [e] que parec[ia] um menino de quatro ou cinco anos”.

163. Cf. Escrito do advogado de Sebastián Furlan de 20 de agosto de 1998 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 381).



vinculadas ao processo de Sebastián Furlan.<sup>164</sup> Em 12 de novembro de 1998, o chefe do arquivo geral do EMGE informou ao juízo que nos registros das chefias da Força do Exército não existiam antecedentes relacionados a Sebastián Furlan.<sup>165</sup>

B.4) As perícias médicas oficiais sobre Sebastián Furlan

94. Em 18 de maio de 1998, o perito médico oficial especialista em neurologia, Doutor Juan Carlos Brodsky, solicitou que Sebastián Furlan se submetesse a uma série de exames médicos, entre os quais se encontrava uma ressonância magnética.<sup>166</sup> Em 6 de outubro de 1998, foram realizados os exames médicos requeridos.<sup>167</sup> Entretanto, quanto à ressonância magnética, depois de realizar diversos esforços dirigidos a conseguir uma consulta para a realização deste exame,<sup>168</sup> esta se obteve apenas para 11 de janeiro de 2000.<sup>169</sup>
95. Em 10 de dezembro de 1998, o advogado de Sebastián Furlan solicitou a “intimação” do perito psiquiatra sob pena de destituição.<sup>170</sup> Em 11 de dezembro de 1998, o juízo requereu ao perito que informasse dentro do prazo de três dias em que estado de elaboração se encontrava seu estudo.<sup>171</sup> O perito médico-psicólogo apresentou seu relatório,<sup>172</sup> o qual foi encaminhado às partes por ordem do juiz em 5 de março de 1999.<sup>173</sup> O laudo concluiu que o estado de Sebastián Furlan correspondia a uma “desordem mental pós-traumática grau II, com uma incapacidade de 20% e um[a] reação vivencial anormal neurótica, com manifestação obsessiva compulsiva grau IV [...] [e] incapacidade de 40%”. Recomendou que o tratamento psicoterapêutico incluísse três sessões semanais de psicoterapia individual e grupal com um custo estimado de trinta pesos cada sessão, “durante o tempo necessário para obter uma melhoria, que estimava não ser inferior [a] dois anos”.<sup>174</sup> Posteriormente, o advogado do demandante solicitou dois esclarecimentos em relação à perícia do médico-psicólogo,<sup>175</sup> os quais foram encaminhados às partes por ordem do juiz em 5 de março de 1999.<sup>176</sup> Os esclarecimentos solicitados consistiam em indicar “no parágrafo inicial [da perícia] a data do acidente e “esclarec[er] que porcentual da desordem mental agravou a reação vivencial anormal neurótica”. Os esclarecimentos foram respondidos mediante escrito apresentado em 11 de maio de 1999.<sup>177</sup> Nessa oportunidade o perito confirmou “a data correta do acidente”. Por outro lado, esclareceu que “ao especificar que a desordem mental orgânica pós-traumática, agrava[va] a reação vivencial neurótica anormal”, significava que “caso não tivesse ocorrido o acidente [...] a reação vivencial anormal neurótica poderia não ter sido produzida, [e] no caso de ocorrer, poderia ter sido menor ou ter sido tratada com ou sem tratamento psicoterapêutico”.
96. Em relação à perícia médica neurológica, em 15 de novembro de 1999, depois de solicitar uma prorrogação de prazo de 20 dias,<sup>178</sup> o perito médico neurólogo apresentou sua perícia escrita. Nessa oportunidade, o perito também apresentou uma Ressonância Magnética Nuclear Encefálica com gadolínio.<sup>179</sup> Os resultados

164. Cf. Ofício emitido pela Secretaria 18 do 9º Juízo Nacional Civil e Comercial Federal de 14 de agosto de 1998 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 470).

165. Cf. Comunicação do Exército Argentino de 12 de novembro de 1998 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 479).

166. Cf. Escrito do perito médico Juan Carlos Brodsky, folhas 360 e 366.

167. Cf. Escrito emitido pelo subdiretor médico do *Hospital General de Agudos Donación Santojanni* de 20 de julho de 1998 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 369).

168. Cf. *inter alia*, escrito do advogado de Sebastián Furlan de 4 de dezembro de 1998, no qual indica que “a ressonância magnética nuclear, não pôde ser realizada pois [o Hospital Santojanni] não conta com o aparelho para tal exame” (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 403); ordem de emissão de ofício ao Hospital Argerich do Juiz Federal de 1ª Instância de 4 de dezembro de 1998 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 405); ofício de 5 de fevereiro de 1999 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 410); comunicação do chefe do Departamento Jurídico Administrativo da Secretaria de Saúde de 2 de março de 1999 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 438); comunicação da Direção Geral de Atenção à Saúde do Governo da Cidade de Buenos Aires de 19 de março 1999 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 441); comunicação da Direção Geral de Atenção à Saúde Governo da Cidade de Buenos Aires de 19 de maio 1999 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 445), e comunicação do chefe do Departamento Jurídico Administrativo da Secretaria de Saúde de 8 de fevereiro de 2000 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 466).

169. Cf. Comunicação do *Hospital Geral de Agudos Cosme Argerich* de 25 de setembro de 1999 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 448).

170. Cf. Escrito do advogado de Sebastián Furlan de 10 de dezembro de 1998 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 406).

171. Cf. Escrito da Secretaria 18 do 9º Juízo Nacional Civil e Comercial Federal de 11 de dezembro de 1998 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 407).

172. Cf. Relatório pericial do Doutor Luis Garzoni, folhas 424 a 431.

173. Cf. Escrito do Juiz Federal de 1ª Instância de 5 de março de 1999 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 432).

174. Cf. Relatório pericial do Doutor Luis Garzoni, folha 431.

175. Cf. Escrito do advogado de Sebastián Furlan (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 435).

176. Cf. Escrito do Juiz Federal de 1ª Instância de 5 de março de 1999 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 432).

177. Cf. Escrito do Doutor Luis Garzoni de 11 de maio de 1999 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 443).

178. Cf. Escrito do Doutor Juan Carlos Brodsky de 26 de outubro de 1999 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 450).

179. Cf. Relatório pericial do Doutor Juan Carlos Brodsky, folhas 451 a 459.

deste laudo pericial indicaram que Sebastián Furlan sofria de uma “desordem mental orgânica pós-traumática -grau IV-[.] com incapacidade parcial e permanente de 70%, segundo a tabela de avaliação de deficiência laboral” estabelecida na legislação argentina.<sup>180</sup> Este laudo concluiu que: i) “as seqüelas que apresenta[va] o autor foram causadas pelo traumatismo craneoencefálico” e eram “de caráter irreversível, principalmente os transtornos cognitivos”. A respeito dos “transtornos motores”, assinalou que “p[odiam] ser reduzidos com uma adequada fisiocinesioterapia”; ii) “o tratamento médico, o tratamento cirúrgico, medidas terapêuticas pré e pós cirúrgicas foram adequadas ao quadro clínico que apresentava o autor”; iii) “o tratamento dever[ia] ser predominantemente psiquiátrico, com o fim de medicar [o paciente] com os fármacos necessários para reduzir a ansiedade e a agressividade”, e iv) devia ser realizado um “tratamento fisiocinesioterápico a fim de poder reeducar [as] inabilidades motora[s]” por um período não menor a dois anos. Seriam requeridas duas sessões semanais “a um custo de 40 pesos cada uma”.<sup>181</sup> Em 29 de novembro de 1999, o advogado do demandante solicitou um esclarecimento à perícia apresentada pelo médico,<sup>182</sup> relacionada com o tratamento fisiocinesioterápico ordenado em seu relatório. Nessa oportunidade, o advogado solicitou que “se inform[asse] durante quanto tempo Sebastián Furlan deveria] realizar este tratamento”. Esta observação foi respondida pelo perito em dezembro de 1999, estabelecendo que “o tratamento fisiocinesioterápico deveria ser realizado por um período não menor que dois anos”.<sup>183</sup>

97. Em 25 de fevereiro de 2000, o advogado do peticionário solicitou que fossem certificadas as provas e que fosse encerrado o período probatório.<sup>184</sup> Em 2 de março de 2000, o juízo certificou que não havia provas pendentes de produção<sup>185</sup> e, em 6 de março, ordenou que as partes fossem notificadas para que apresentassem alegações sobre a produção da prova dentro do prazo de seis dias, contados a partir do quinto dia da notificação da providência.<sup>186</sup>

98. Em 6 de abril de 2000, o advogado do demandante apresentou suas alegações sobre o mérito das provas oferecidas e solicitou um ressarcimento que tivesse em conta sua deficiência física, psíquica e previsse a realização dos tratamentos aconselhados pelos profissionais que entrevistaram como peritos.<sup>187</sup> Além disso, nestas alegações manifestou que “havia sido provadas as lesões importantes e irreversíveis e a deficiência do autor, bem como que antes do acidente era um menor [de idade] que realizava todas as suas atividades escolares e esportivas (como qualquer criança), e que depois do acidente não pôde realizá-las como antes”. Em 11 de abril de 2000, a advogada do EMGE apresentou suas alegações ao mérito da prova oferecida, solicitando que a demanda fosse rejeitada.<sup>188</sup> Em 18 de abril de 2000,<sup>189</sup> em 23 de maio de 2000<sup>190</sup> e em 22 de agosto de 2000,<sup>191</sup> o advogado do demandante apresentou escritos ao juiz solicitando que fosse proferida sentença.

#### B.5) Sentenças de primeira e de segunda instância

99. Mediante sentença de primeira instância, emitida em 7 de setembro de 2000, o juízo decidiu a favor da parte demandante, estabelecendo que o dano ocasionado a Sebastián Furlan foi consequência da negligência por parte do Estado, como titular e responsável pelo prédio. Isso em função de suas condições de abandono, sem nenhum tipo de cerca perimetral que impedisse a entrada e com a presença de elementos de notório risco. Além disso, a sentença estabeleceu que este prédio era considerado pelos moradores da região como uma praça ou um local de uso público, onde geralmente iam os menores de idade para brincar.<sup>192</sup>

180. Cf. Relatório pericial do Doutor Juan Carlos Brodsky, folha 456.

181. Cf. Relatório pericial do Doutor Juan Carlos Brodsky, folha 458.

182. Cf. Escrito do advogado de Sebastián Furlan de 29 de novembro de 1999 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 460).

183. Cf. Escrito do Doutor Juan Carlos Brodsky (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 463)

184. Cf. Escrito do advogado de Sebastián Furlan de 25 de fevereiro de 2000 (expediente de anexos ao escritos de argumentos e prova, tomo VII, folhas 3584 a 3586).

185. Cf. Certificação de 2 de março de 2000 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 481).

186. Cf. Certificação emitida pelo Juiz Federal de 1ª Instância em 2 de março de 2000 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 481).

187. Cf. Alegações finais apresentadas pelo advogado de Sebastián Furlan em 6 de abril de 2000 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folhas 501 a 508).

188. Cf. Alegações finais de 11 de abril de 2000 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folhas 509 a 514).

189. Cf. Escrito do advogado de Sebastián Furlan de 18 de abril de 2000 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 483).

190. Cf. Escrito do advogado de Sebastián Furlan de 23 de maio de 2000 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 494).

191. Cf. Escrito do advogado de Sebastián Furlan de 22 de agosto de 2000 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 515).

192. Cf. Sentença proferida pelo 9º Juízo Nacional Civil e Comercial, folhas 518 e 519.

100. Em sua sentença, o juízo considerou provado que Sebastián Furlan “sofr[ia] de uma desordem orgânica pós-traumática e de uma reação anormal neurótica com manifestação obsessiva compulsiva (com deterioração de sua personalidade), o que ha[via] determinado um importante grau de deficiência psíquica [...] e transtornos irreversíveis na área cognitiva e na área motora”. Entretanto, o juízo considerou que, no caso, Sebastián Furlan havia tido responsabilidade, pois “por sua própria vontade e consciente dos riscos que p[odiam] ocorrer da realização de jogos em setores não habilitados e com elementos desconhecidos e abandonados”, havia adotado uma conduta que teve incidência causal no fato danoso. Em virtude disso, o juízo atribuiu 30% de responsabilidade a Sebastián Furlan e 70% de responsabilidade ao Estado. Em consequência, condenou o Estado Nacional-Estado Maior Geral do Exército a pagar a Sebastián Furlan a quantia de 130.000 pesos argentinos, acrescidos de juros proporcionais ajustados aos critérios elaborados na sentença. Adicionalmente, impôs as custas do julgamento ao Estado por ter sido substancialmente vencido e considerando a natureza da demanda.<sup>193</sup>
101. Em 15 e 18 de setembro de 2000, tanto a parte demandada<sup>194</sup> como a parte autora,<sup>195</sup> interpuseram recursos de apelação.<sup>196</sup> A sentença de segunda instância, emitida em 23 de novembro de 2000 pela I Sala da Câmara Nacional Civil e Comercial Federal confirmou a sentença. A Câmara Nacional confirmou que existiu “uma combinação de presunção de culpa (por risco do ato) e de culpa provada (por ação de [Sebastián Furlan])”. Concluiu então que o juiz *a quo* “graduou corretamente a incidência de ambas as culpas” e que foram adequados os “montantes indenizatórios ordenados”, tomando em conta a deficiência sofrida por Sebastián Furlan, as “sequelas irreversíveis como consequência de seu estado de coma” e os tratamentos requeridos. Com respeito à imposição das custas, a Câmara decidiu que “tinha razão” a parte demandada, devido a que “a distribuição de culpas [...] devia refletir na imposição das custas”, razão pela qual estabeleceu que Sebastián Furlan devia assumir o pagamento de 30% correspondente.<sup>197</sup>

#### B.6) O pagamento da indenização

102. Mediante decisão interlocutória de 30 de novembro de 2000, o juiz ordenou que, de acordo com o artigo 6 da Lei 25.344 sobre emergência econômico-financeira, seriam suspensos os prazos processuais.<sup>198</sup> Em 22 de março de 2001, o demandante, através de seu advogado, realizou a execução das somas devidas,<sup>199</sup> solicitou ao juiz que fosse decretado o levantamento da suspensão dos prazos processuais e procedesse ao encaminhamento da execução.<sup>200</sup> Em 15 de maio de 2001, o juiz aprovou a soma de 103.412,40 pesos argentinos de pagamento a título de capital e juros a favor de Sebastián Furlan<sup>201</sup> e, em 30 de maio de 2001, foi registrado nos autos que a execução se encontrava firme, consensuada e não paga.<sup>202</sup>
103. O ressarcimento reconhecido a favor de Sebastián Furlan foi incluído dentro da Lei 23.982 de 1991, a qual estruturou a consolidação das obrigações vencidas de causa ou título anteriores a 1 de abril de 1991 que consistissem no pagamento de somas em dinheiro.<sup>203</sup> Esta Lei estipulou duas formas de cobrança da indenização: i) o pagamento deferido em dinheiro ou, ii) a emissão de títulos de consolidação com prazo vencimento de dezesseis anos.<sup>204</sup>
104. Tendo em conta as precárias condições nas quais se encontrava e a necessidade de uma rápida obtenção do

193. Cf. Sentença proferida pelo 9º Juízo Nacional Civil e Comercial, folhas 518 a 529.

194. Cf. Recurso de Apelação de 15 de setembro de 2000 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 532).

195. Cf. Recurso de Apelação interposto pelo advogado de Sebastián Furlan de 18 de setembro de 2000 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 533).

196. Os fundamentos do Estado para interpor o recurso de apelação consistiram no fato de que a decisão judicial causa uma “perda irreparável” ao Estado. De igual maneira, o demandante afirmou que a sentença lhe causava “um dano irreparável”, e por tal motivo interpunha recurso de apelação. Cf. Recurso de Apelação de 15 de setembro de 2000, folha 532 e Recurso de Apelação interposto pelo advogado de Sebastián Furlan, folha 533.

197. Cf. Sentença emitida pela I Sala da Câmara Nacional Civil e Comercial de 23 de novembro de 2000 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 567).

198. Cf. Despacho da I Sala da Câmara Nacional Civil e Comercial de 30 de novembro de 2000 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 571). A Sala expediu um ofício à Procuradoria do Tesouro da Nação, a partir de cuja recepção seria contado o prazo de 20 dias, e cujo vencimento significaria a reabertura dos prazos processuais sem maior trâmite.

199. Cf. Escrito do advogado de Sebastián Furlan de 22 de março de 2001 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 576).

200. Cf. Escrito do advogado de Sebastián Furlan de 22 de março de 2001, folha 577.

201. Cf. Despacho do Juiz Federal de 1ª Instância de 15 de maio de 2001 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 582).

202. Cf. Certificado de 30 de maio de 2001 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 583).

203. Cf. Artigo 1 da Lei 23.982 de 1991 (expediente de anexos ao escrito de petições e prova, tomo VI, folha 3184).

204. Cf. Artigos 10 e 12, Lei 23.982 de 1991 (expediente de anexos ao escrito de petições e prova, tomo VI, folha 3184).

dinheiro,<sup>205</sup> Danilo Furlan optou pela emissão de títulos de consolidação em moeda nacional.<sup>206</sup> Finalmente, passados diversos trâmites para tal efeito, em 6 de fevereiro de 2003, o Estado informou à parte interessada sobre a disponibilidade dos Títulos de Consolidação, com vencimento no ano de 2016.<sup>207</sup>

105. Em 12 de março de 2003, o Estado entregou 165.803 títulos ao beneficiário. Nesse mesmo dia Danilo Furlan vendeu estes títulos. Tomando em conta que Sebastián Furlan teve de pagar honorários a seu advogado por um valor de 49.740 títulos<sup>208</sup> e que, de acordo com os termos da sentença de segunda instância, teve de pagar uma parte das custas processuais,<sup>209</sup> Sebastián Furlan recebeu ao final 116.063 títulos, equivalentes a aproximadamente 38.300 pesos argentinos, dos 130.000 pesos argentinos ordenados na sentença.

### C) Processo penal contra Sebastián Furlan

106. Em 3 de fevereiro de 1994, data na qual Sebastián Furlan tinha 19 anos de idade, seu tio o “denunciou perante a Delegacia por ter agredido sua avó de 84 anos de idade”. Segundo a denúncia, em 18 de dezembro de 1993, Sebastián Furlan chegou à sua casa e, sem trocar nenhuma palavra, “agrediu [sua avó] com um soco,<sup>210</sup> causando lesões na cara e uma fratura no braço direito”.<sup>211</sup> Como consequência destes fatos, em 21 de fevereiro de 1994, a Juíza Criminal e Correccional nº 5 de San Martín, Província de Buenos Aires, expediu uma ordem de detenção preventiva contra Sebastián Furlan.<sup>212</sup>
107. Em 28 de fevereiro de 1994, Sebastián Furlan se apresentou na Delegacia de Ciudadela Norte, onde se cumpriu a ordem de detenção.<sup>213</sup> No mesmo dia, o mencionado Juízo ordenou à Assessoria Pericial do Departamento “um exame psiquiátrico [...], dirigido a determinar [se Sebastián Furlan] se enc[ontrava] em condições de prestar declaração preliminar e se e[ra] perigoso para si e/ou a terceiros”. No exame psiquiátrico realizado manifestou-se que sofria de uma “síndrome psiquiátrica mista, sequelar psicorgânica-dissociativa que o incapacita[va] de discernir intelectualmente sobre a eventual ilicitude de sua ação e de dirigir autonomamente sua vontade” e que “apresentava potencial periculosidade para si e para terceiros, razão pela qual deveria ser internado em um estabelecimento *ad-hoc* para sua proteção e tratamento”.<sup>214</sup>
108. Com base neste parecer médico, em 1º de março de 1994, a Juíza decretou o arquivamento definitivo do caso contra Sebastián Furlan. Além disso, levou em conta que os médicos forenses do Departamento da Assessoria Pericial consideraram “necessária a internação de [Sebastián] em um centro especializado para sua segurança e tratamento, e decidiu, de acordo com o artigo 34.1 do Código Penal Argentino, pela “periculosidade que Sebastián [...] representa[va] para si e a terceiros, sua internação com custódia policial” no Hospital Evita (Ex-Araoz Alfaro, doravante “Hospital Evita”), “para sua segurança e tratamento, até que desapare[çam] as condições que o tornaram perigoso”.<sup>215</sup> Adicionalmente, ordenou que, em 21 de março de 1994, fosse praticada uma nova avaliação de Sebastián Furlan por médicos forenses da Departamento da Assessoria Pericial. O Diretor do Hospital Evita afirmou que Sebastián Furlan foi “internado no dia 2 de março de 1994, foi levado algemado, sob custódia e acusado de lesões graves, [...]

205. Cf. Declaração de Claudio Furlan prestada na audiência pública do presente caso, e escritos de Danilo Furlan à Comissão Interamericana de 26 de março de 2003, 29 de julho de 2008 e 11 de maio de 2010 (expediente de anexos ao relatório, tomo IV, folha 1776 e tomo III, folhas 1372 e 1226).

206. Cf. Escrito do advogado de Sebastián Furlan de 7 de junho de 2001 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, folha 2335) e requerimento de pagamento de dívida consolidada assinado pelo advogado de Sebastián Furlan de 7 de junho de 2001 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, folha 2390). Nessa data este advogado iniciou na Contabilidade Geral do Exército Argentino o trâmite dirigido a materializar a obtenção da indenização.

207. Cf. Comunicação emitida pela Caixa de Valores S.A. de 6 de fevereiro de 2003 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, folha 2401). Nesta comunicação se afirmou a disponibilidade de 165.803 em títulos de consolidação em moeda nacional quarta série 2%.

208. Cf. Recibo emitido pelo advogado de Sebastián Furlan de 17 de março de 2003 (expediente de anexos ao relatório, tomo III, folha 1218) e Contrato de Honorários do advogado de Sebastián Furlan de 13 de agosto de 1997 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, folha 2402).

209. Cf. Sentença emitida pela I Sala Civil e Comercial, folha 570.

210. Cf. Declaração perante a Sexta Delegacia de *Trés de Febrero* de 9 de janeiro de 1994 (expediente de anexos ao relatório, tomo II, folio721).

211. Cf. História Clínica da Senhora Virginia Minetti emitida pelo *Hospital Nuestra Señora de la Merced* de 23 de dezembro de 1993 (expediente de anexos ao relatório, tomo II, folha 717).

212. Cf. Ordem de detenção preventiva emitida pela Juíza Criminal e Correccional de 21 de fevereiro de 1994 (expediente de anexos ao relatório, tomo II, folha 728).

213. Cf. Notificação de detenção (expediente de anexos ao relatório, tomo II, folhas 733 e 741).

214. Cf. Relatório apresentado por dois médicos forenses ao 5º Juízo Criminal e Correccional de 28 de fevereiro de 1994 (expediente de anexos ao relatório, tomo II, folhas 756 a 757).

215. Cf. Escrito emitido pelo 5º Juízo Criminal de San Martín de 1º de março de 1994 (expediente de anexos ao relatório, tomo II, folhas 760 a 761).

o deixaram como acusado quando em realidade ele est[ava] doente e machucado”.<sup>216</sup>

109. Mediante relatório de 15 de março de 1994, o Hospital Evita advertiu o Juízo sobre a “grave e perigosa situação familiar” em que se encontrava Sebastián Furlan, pelas supostas agressões de seu pai contra ele, e recomendou “continuar a internação de Sebastián”.<sup>217</sup> Em 16 de março de 1994, o Juízo de San Martín intimou uma médica para prestar uma declaração sobre o estado de Sebastián Furlan, e seu pai, “a fim de ser examinado psiquiatricamente pelos médicos forenses do Departamento da Assessoria Per[i]cial”.<sup>218</sup> Em 21 de março de 1994, o Juízo recebeu o relatório dos médicos forenses departamentais. Neste relatório, recomendou-se “continuar [o] tratamento de internação [de Sebastián Furlan] para sua proteção e tratamento, já que ainda conserva[va] potencial periculosidade para si e a terceiros”. Em 23 de março de 1994, o médico forense informou ao juízo que, considerando o estado clínico de Sebastián Furlan, “uma vez compensado psiquiatricamente e medicado adequadamente”, já não era necessária a custódia policial,<sup>219</sup> de modo que, em 25 de março de 1994, esta medida foi suspensa.<sup>220</sup> Em 7 de abril de 1994, foi remetida a história clínica de Sebastián Furlan, na qual se afirmou sua necessidade de contar com “tratamento psicológico, controle neurológico e um sistema familiar que o contenha e o apoie em seu desenvolvimento”.<sup>221</sup>
110. Em 11 de abril de 1994, o Departamento da Assessoria Pericial informou ao Juízo que “o tratamento psicológico e o controle neurológico prescrito pelos profissionais do Hospital Evita, poder[iam] ser cumpridos por [Sebastián Furlan] em ambulatório [...], sugerindo [seu] tratamento ambulatorial transitório [...] e controle de sua evolução clínica-psiquiátrica nesta Assessoria Pericial”.<sup>222</sup> Em 21 de abril, a Curadora Regional de Alienados solicitou que antes do tratamento ambulatorial de Sebastián Furlan, fossem realizadas sessões de tratamento familiar no Centro de Integração Familiar. As sessões se realizaram em 28 de abril, e em 4 e 5 de maio de 1994 com os membros da família Furlan.<sup>223</sup> Em 18 de maio de 1994, a Curadora Regional de Alienados e o Promotor comunicaram ao Juízo seu consentimento com o tratamento ambulatorial de Sebastián Furlan sob a condição de continuar o tratamento psiquiátrico no Centro de Integração Familiar.<sup>224</sup> Em 19 de maio de 1994, o juiz da causa ordenou o imediato tratamento ambulatorial de Sebastián Furlan<sup>225</sup> sob a condição de continuar no futuro com o tratamento psiquiátrico no Centro de Integração Familiar.

#### **D) Assistência médica, psicológica e psiquiátrica a Sebastián Furlan e sua família**

111. Os fatos relacionados com os tratamentos médicos recebidos por Sebastián Furlan ao longo destes anos estão enquadrados sob a narrativa factual relacionada com: i) a assistência médica recebida imediatamente depois de ocorrido o acidente em 1988 (pars. 73 e 74 *supra*); ii) a atenção médica recebida depois da tentativa de suicídio ocorrida em 31 de agosto de 1989 (par. 76 *supra*); iii) a assistência psiquiátrica recebida no âmbito do processo penal realizado contra ele (pars. 107, 109 e 100 *supra*), e iv) os pareceres médicos realizados no processo civil por danos e prejuízos (pars. 94 a 96 *supra*).
112. Adicionalmente, durante o processo levado a cabo perante a Comissão Interamericana, o Estado ofereceu implementar o que denominou uma “solução de tipo humanitário”, mediante a qual buscou avaliar a possibilidade de conceder assistência médica e, eventualmente, a obtenção de alguma pensão por incapacidade que ajudasse o sustento de Sebastián Furlan (par. 114 *infra*).<sup>226</sup>

216. Cf. Comunicação do Hospital Evita dirigida ao 5º Juízo Criminal de San Martín de 7 de abril de 1994 (expediente de anexos ao relatório, tomo II, folha 821).

217. Cf. Relatório do Hospital Evita dirigido ao 5º Juízo Criminal de San Martín de 15 de março de 1994 (expediente de anexos ao relatório, tomo II, folha 774).

218. Cf. Decisão do juiz na Causa 27.428, 16 de março de 1994 (expediente de anexos ao relatório, tomo II, folha 776).

219. Cf. Relatório do médico forense Luis Oscar Paulino de 23 de março de 1994. (expediente de anexos ao relatório, tomo II, folha 801).

220. Cf. Comunicação do Secretário do 5º Juízo Criminal de San Martín de 25 de março de 1994 (expediente de anexos ao relatório, tomo II, folha 807).

221. Cf. História Clínica de Sebastián Furlan emitida pelo Hospital Evita de 7 de abril de 1994 (expediente de anexos ao relatório, tomo II, folhas 813). Adicionalmente, foi recomendado: i) estar alerta com um tratamento e seguimento ao pai; ii) tratamento e seguimento à mãe; iii) controle assistencial da situação familiar, e iv) tratamento psicológico a Sebastián Furlan para que possa escolher que estudos deseja cursar e que atividades desenvolver.

222. Cf. Relatório do médico forense Luis Oscar Paulino de 11 de abril de 1994. (expediente de anexos ao relatório, tomo II, folha 827).

223. Cf. Relatório do Centro de Pesquisa Familiar de 8 de maio de 1994 (expediente de anexos ao relatório, tomo II, folha 887).

224. Cf. Escrito da Curadoria Regional de Alienados de 18 de maio de 1994, e escrito do Agente Promotor Titular da 3ª Promotoria Departamental de 18 de maio de 1994, dirigidos ao 5º Juízo Criminal de San Martín, Província de Buenos Aires (expediente de anexos ao relatório, tomo II, folhas 892 a 896).

225. Cf. Decisão emitida pelo 5º Juízo Criminal de San Martín de 19 de maio de 1994 (expediente de anexos ao relatório, tomo II, folha 907).

226. Memorando de 20 de dezembro de 2004 assinado pelo Ministério de Defesa (expediente de anexos à contestação, anexo II, folhas 3345 e 3346). De acordo com esta iniciativa, em 17 de dezembro de 2004 foi convocada uma reunião à qual assistiram “representantes

113. Em 4 de janeiro de 2005, o Ministro de Defesa enviou uma nota ao Chefe do EMGE, mediante a qual solicitou que “fizesse tudo o que fosse necessário para que o Hospital Militar Central oferecesse a assistência sanitária recomendada pela Comissão Interamericana [...] no denominado ‘Caso Furlan, até que fosse determin[ada] qual agência governamental ter[ia] essa responsabilidade”<sup>227</sup>. Em 11 de janeiro de 2005, a Secretaria Geral do Exército “solicitou ao senhor Danilo Pedro Furlan que se apresentasse à sede do Estado Maior Geral do Exército”.<sup>228</sup> Em 14 de janeiro de 2005, “o senhor Furlan, acompanhado por seu filho Sebastián, apresentou-se nesse [Hospital], oportunidade na qual manifestou sua vontade de desistir do tratamento solicitado por ele por causa da resistência de seu núcleo familiar a comparecer às distintas consultas especializadas do Serviço de Psiquiatria”.<sup>229</sup>

#### E) Pensão concedida a Sebastián Furlan

114. Em 26 de agosto de 2009, depois de diversas tentativas de ter acesso a uma pensão,<sup>230</sup> Sebastián Furlan solicitou novamente a concessão de uma pensão não contributiva por invalidez.<sup>231</sup> Este pedido foi tramitado de acordo com o disposto “na Lei nº 18.910 [de 1970 e] no Decreto Regulamentar nº 432/97”.<sup>232</sup> Para este efeito, apresentou certificado médico oficial, onde constava que contava com 80% de incapacidade resultado de um retardo mental moderado.<sup>233</sup> Em 16 de dezembro de 2009, a Comissão Nacional de Pensões Assistenciais do Ministério de Desenvolvimento Social concluiu que havia sido demonstrado o direito invocado perante as autoridades nacionais competentes.<sup>234</sup>

---

da Secretaria de Direitos Humanos da Nação, do Ministério de Relações Exteriores”, do Ministério de Defesa, representantes da Comissão Interamericana, incluindo o Comissário Florentín Melendez e do senhor Danilo Furlan. Nesta reunião se discutiu a possibilidade de conceder “acesso a tratamento psicológico no Hospital Militar Central [...] para Sebastián e os outros membros de sua família”.

227. Escrito de 4 de janeiro de 2005 do Ministério de Defesa (expediente de anexos à contestação, anexo III, folha 3348).

228. Escrito de 1º de fevereiro de 2005 assinado pelo Chefe do Estado Maior Geral do Exército (expediente de anexos à contestação, anexo IV, folhas 3352 e 3353). Em 12 de janeiro de 2005 se deixou constância “de que a Força ofereceria atenção psicológica e psiquiátrica, também a seu grupo familiar direto no [...] Hospital Militar Central” e “se ordenou ao Hospital [...] a adoção das medidas pertinentes para a atenção do beneficiário, determinando-se de imediato iniciar a assistência psiquiátrica e psicológica correspondente”.

229. Escrito de 1º de fevereiro de 2005 assinado pelo Chefe do Estado Maior Geral do Exército (expediente de anexos à contestação, anexo IV, folhas 3352 e 3353) e escrito de 14 de janeiro de 2005 de Danilo Furlan (expediente de anexos à contestação, anexo VI, folhas 3357 e 3358). O senhor Danilo Furlan apresentou um escrito dirigido ao Subsecretário de Assuntos Técnicos Militares, mediante o qual desistia do tratamento, devido a: i) que se “sent[iu] como um intruso a quem se estava interrogando”, além de “sent[ir] que [ao médico] lhe incomodava [sua] presença” e este médico lhe “perguntou se tudo o que faria ali, [o senhor Danilo Furlan] comunicaria à [Comissão Interamericana]”; ii) “[seu] filho não quer saber mais nada de médicos, nem de hospitais, nem de internações, nem de medicamentos, passaram-se muitos anos (16) mas ainda permanecem as recordações horrorosas do tratamento psiquiátrico-judicial-policial onde foram tratados pior que criminosos”, e iii) “a decisão de [sua] ex-esposa e de [seu] filho Claudio, além destas recordações, teve razão na distância do [Hospital] a seus domicílios”.

230. Em 9 de julho de 2001, o senhor Danilo Furlan informou ao juiz da causa que havia perguntado a seu advogado a respeito da possibilidade de uma pensão para Sebastián Furlan e que este “[l]he confirmou o que já lhe havia dito [o juiz], que apenas são concedidas pensões com mais de 76% de incapacidade e a [seu] filho lhe deram 70%”. Cf. Escrito de 7 de julho de 2001 apresentado por Danilo Furlan (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo IV, folha 1969). Em 18 de julho de 2001, o senhor Danilo Furlan perguntou ao juiz, se existia alguma “fórmula” para “estes casos”, como por exemplo “uma pensão especial, [...] algo que realmente sirva”. Cf. Escrito de 18 de julho de 2001 apresentado por Danilo Furlan (anexos ao relatório, tomo IV, folha 1979). Em 21 de novembro de 2004, o senhor Danilo Furlan informou à Comissão Interamericana que havia conversado com o Subsecretário de Assuntos Técnicos Militares, do departamento de Direitos Humanos, quem “[l]he disse que o chamasse em 30 dias, que estavam estudando “algum tipo de pensão, mas isso é o mesmo que [l]he disse há vários meses”. Cf. Escrito de 21 de novembro de 2004 apresentado por Danilo Furlan (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo IV, folha 1675). Mediante escrito de 10 de janeiro de 2005, dirigido ao Ministério de Relações Exteriores e Culto, o senhor Danilo Furlan manifestou que “receb[eu] uma comunicação telefônica da Comissão Nacional de Pensões Assistenciais [...] para informá-lo sobre a gestão para a pensão de [seu] filho e [l]he disse [...] o seguinte: [seu] filho deve ter um mínimo de 76% de incapacidade permanente (ele tem 70%) [e] nem ele nem [seu pai] deve[m] ter bens (nem uma propriedade, nem um automóvel [em seu] nome, tampouco [o pai] pode trabalhar ou ter um trabalho em relação de dependência)”. Cf. Escrito de 10 de janeiro de 2005 apresentado por Danilo Furlan (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo IV, folha 1621). Mediante escritos de 23 de maio, 10 de junho, 4 de agosto, 11 de agosto e 2 de setembro de 2005, o senhor Danilo Furlan solicitou ao Presidente da Nação ajuda para ter acesso a uma pensão, já que em seu entender não cumpria os requisitos legais para ter acesso a uma pensão contributiva, e tratamento médico para seu filho. Cf. Escrito de 23 de maio de 2005 apresentado por Danilo Furlan (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo IV, folha 1563). Em 9 de dezembro de 2005, o Ministério de Desenvolvimento Social explicou a Danilo Furlan os requisitos legais para poder ter acesso à pensão contributiva. Cf. Nota nº 875/SCG/05 emitida em 9 de dezembro de 2005 pela Comissão Nacional de Pensões Assistenciais do Ministério de Desenvolvimento Social da Nação Argentina (expediente de anexos à contestação, anexo XXI, folha 3403). Em 11 de maio de 2006, o Ministério de Defesa rejeitou o pedido de pensão dos soldados das Malvinas. Cf. escrito do Ministério de Defesa de 11 de maio de 2006 (expediente de anexos ao relatório, tomo IV, folhas 1485 e 1486).

231. Cf. Pedido de pensão assinado por Sebastián Furlan de 26 de agosto de 2009 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, folha 2412), incluído no expediente administrativo nº 041-20-23838444-4-055-1 mediante o qual se tramitou a concessão da pensão não contributiva por invalidez concedida a Sebastián Claus Furlan. Autos de pedido de pensão não contributiva da Comissão Nacional de Pensões Assistenciais do Ministério de Desenvolvimento Social (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo V, anexo XIII, folha 2410).

232. Autos de pedido de pensão não contributiva da Comissão Nacional de Pensões Assistenciais do Ministério de Desenvolvimento Social, folha 2409.

233. Cf. Certificado médico emitido pelo Ministério de Saúde de 23 de novembro de 2008 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, folha 2424) e constância de reconhecimento médico emitida pelo Hospital Nacional Posadas de 8 de janeiro de 2009 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo V, folha 2422).

234. Cf. Comunicação da Comissão Nacional de Pensões Assistenciais do Ministério de Desenvolvimento Social de 16 de dezembro de 2009 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo V, folha 2454).

115. Sebastián Furlan recebe atualmente uma pensão, assim como contribuições por seus filhos Diego e Adrián. A soma líquida que recebia mensalmente no ano de 2011 era de \$ 1933.66 pesos argentinos, os quais correspondiam aos seguintes itens: uma pensão mensal para Sebastián Furlan de \$859,44; uma contribuição por filho portador de deficiência de \$880,00 e uma contribuição por filho menor de idade de \$220,00.<sup>235</sup> Sebastián Furlan obteve seu Certificado Único de Deficiência em 23 de setembro de 2008, o qual seria válido por dez anos.<sup>236</sup>

#### F) Estado atual de Sebastián Furlan

116. Sebastián Furlan concluiu seus estudos secundários “com trinta anos de idade”.<sup>237</sup> Entretanto, o acidente de Sebastián Furlan afetou “suas possibilidades de desenvolvimento educativo” e suas “possibilidades de relação com seus pares”. Em particular, existe prova sobre as “enormes dificuldades que se apresentaram todos estes anos para ter acesso a um emprego digno que correspond[esse] aos benefícios sociais e provisórios de acordo com a legislação trabalhista”.<sup>238</sup> Hoje em dia “Sebastián trabalha como vendedor de perfumes [...] por contra própria na via pública” e “nunca tev[e] um trabalho formal”.<sup>239</sup>

117. Atualmente, Sebastián Furlan convive com sua companheira, Laura Alicia Sarto e seus dois filhos, Diego Germán e Adrián Nicolás.<sup>240</sup> A renda da família está composta pelas pensões por invalidez de Sebastián Furlan (par. 115 *supra*) e o “pequeno montante que [Sebastián] arrecada vendendo perfumes”. A este respeito, um relatório socioambiental realizado neste núcleo familiar concluiu que “[a] análise da residência e suas observações demonstram, em termos de ‘habitabilidade’, as sérias dificuldades enfrentadas tanto por Sebastián como por sua família” porque a casa “não reúne as condições necessárias para o realização de atividades cotidianas”.<sup>241</sup>

118. Finalmente, os últimos exames médicos<sup>242</sup> realizados em Sebastián Furlan mostram: i) “falhas na resolução de problemas (dificuldades para aprender a fazer coisas novas), [...] dificuldade para fazer planos futuros, dificuldade para fazer as coisas em ordem”, entre outros; ii) “dificuldades de atenção (facilidade de distração [ou] necessidade de prestar mais atenção ou fazer mais esforço para realizar tarefas e falta de alerta)”; iii) “dificuldades de memória (esquece o que havia planejado fazer, esquece compromissos e esquece onde deixa as coisas)”, e iv) “dificuldades práticas (para desenhar ou copiar), dificuldade para expressar pensamentos e lentidão ao falar”. Por outro lado, identificou-se “problemas de motricidade fina, falta de estabilidade para caminhar, problemas de equilíbrio, e ele bate nas coisas com frequência”. Além disso, detectou-se “falhas no pensamento abstrato, a velocidade de processamento da informação e um pobre auto-monitoramento de suas condutas e respostas”. Igualmente, “observou-se dificuldades na aquisição inicial de nova informação” que se reflete no “armazenamento e uso da informação a longo prazo”. Concluiu-se que o “perfil cognitivo apresenta uma disfunção atencional-executiva de grau leve a moderado”.

119. Além disso, os laudos médicos descreveram Sebastián Furlan como “um adulto que tem dificuldades de atenção e funções executivas, evidentes nas falhas de pensamento abstrato, velocidade de processamento da informação, com pobre auto-monitoramento de suas condutas e respostas. Tem também falhas na memória que interferem com a aquisição de nova informação”. Sobre a cotidianidade de Sebastián Furlan, concluiu-se que “as atividades da vida diária são muito complexas para ele, não pode concretizar o planejamento e a execução de ações que lhe permitam uma vida plena [e funciona] como um portador de deficiência que necessita supervisão de suas ações”.<sup>243</sup>

235. Cf. Relatório socioambiental elaborado pela Licenciada Marta Celia Fernández (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo V, folhas 2464).

236. Cf. Autos de pedido de pensão não contributiva da Comissão Nacional de Pensões Assistenciais do Ministério de Desenvolvimento Social, folha 2422.

237. Relatório Socioambiental elaborado pela Licenciada Marta Celia Fernández, folhas 2458 a 2469.

238. Relatório Socioambiental elaborado pela Licenciada Marta Celia Fernández, folhas 2458 a 2469.

239. Relatório Socioambiental elaborado pela Licenciada Marta Celia Fernández, folhas 2458 a 2469.

240. Relatório Socioambiental elaborado pela Licenciada Marta Celia Fernández, folhas 2458 a 2469.

241. Segundo o relatório socioambiental elaborado pela Licenciada Marta Celia Fernández, Sebastián Furlan continua vivendo em Ciudadela Norte, zona que, tal como já se afirmou, é de classe média baixa e classe baixa. A residência descrita no relatório tinha “paredes caracterizadas por sua simplicidade e o teto se [encontrava] em evidente estado de abandono, [com] infiltrações antigas que causavam a humidade característica do lugar e que provoca[vam] seu mal estado”. Igualmente, afirmou que “o quarto utilizado como dormitório pelo grupo familiar apresent[va] dimensões que não correspond[iam] à quantidade de membros que ali [dormiam]”. “Observou-se uma grande desordem resultado do espaço pequeno e da grande quantidade de pertences ali guardados”. Concluiu-se que as possíveis reformas à casa “seriam na verdade insuficientes dadas as condições existentes no lugar”.

242. Relatório emitido pelo Centro de Estudos de Memória e de Conduta de 18 de julho de 2011 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo V, folhas 2470 a 2476).

243. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública pela médica Estela del Carmen Rodríguez de 10 de fevereiro de 2012

120. Quanto ao estado anêmico de Sebastián Furlan, registram como antecedentes “sintomas compatíveis de depressão moderada”, que incluem “sentimentos de culpa e de indecisão”. Estes sintomas implicam “pessimismo moderado, sentimentos de fracasso, desconformidade consigo mesmo e ideias de morte”.

## VII

### **Integridade Pessoal, Garantias Judiciais, Proteção Judicial, Direito à Propriedade e Acesso à Justiça em Relação aos Direitos da Criança, os Direitos das Pessoas Portadoras de Deficiência e o Direito à Igualdade**

121. Este capítulo inicia com algumas considerações prévias sobre a maioria de Sebastián Furlan, os direitos das crianças e das pessoas portadoras de deficiência. Posteriormente, serão analisadas as controvérsias sobre o respeito ao prazo razoável<sup>244</sup> no processo civil realizado, para depois precisar o que seja pertinente com respeito aos direitos à proteção judicial<sup>245</sup> e à propriedade,<sup>246</sup> outras garantias judiciais em controvérsia, o direito à integridade pessoal,<sup>247</sup> e o acesso à justiça, em relação às obrigações de respeito e de garantia e, em particular, o princípio de não discriminação.<sup>248</sup>

#### **A) Consideração prévia sobre a maioria de Sebastián Furlan**

122. Os representantes solicitaram que “para [...] os efeitos do presente caso, Sebastián Furlan [seja] considerado como criança até os 21 anos de idade”, porquanto a legislação argentina vigente “no momento dos fatos estabelecia que a maioria se adquiria aos 21 anos”. A Comissão e o Estado não apresentaram argumentos sobre este ponto.
123. A este respeito, a Corte Interamericana estabeleceu que, em termos gerais, entende-se por “criança” a toda pessoa que não cumpriu 18 anos de idade.<sup>249</sup> No entanto, o Tribunal leva em conta que no momento da ocorrência dos fatos se encontrava vigente o artigo 126 do Código Civil da Argentina que estabelecia que eram “menores [de idade] as pessoas que não tivessem cumprido a idade de vinte e um anos”,<sup>250</sup> razão pela qual, em aplicação do princípio *pro persona* (artigo 29.b da Convenção), a Corte considerará que Sebastián Furlan adquiriu a maioria apenas ao cumprir os 21 anos de idade, isto é, em 6 de junho de 1995.

#### **B) Considerações prévias sobre os direitos das crianças e das pessoas portadoras de deficiência**

124. De maneira prévia, a Corte ressalta que no presente caso as alegadas violações de direitos consagrados na Convenção Americana se referem aos fatos de que Sebastián Furlan era uma criança no momento do acidente e que, posteriormente, este acidente provocou que fosse um adulto portador de deficiência. Tendo em conta estes dois fatos, o Tribunal considera que as supostas violações devem ser analisadas à luz: i) do *corpus juris* internacional de proteção das crianças, e ii) dos padrões internacionais sobre a

(expediente de mérito, tomo II, folhas 747 a 766).

244. O artigo 8.1 da Convenção Americana estabelece que “[t]oda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza [...]”.

245. O artigo 25.1 da Convenção Americana estabelece que “[t]oda pessoa tem direito a um recurso simples e rápido ou a qualquer outro recurso efetivo, perante os juízes ou tribunais competentes, que a proteja contra atos que violem seus direitos fundamentais reconhecidos pela constituição, pela lei ou pela presente Convenção, mesmo quando tal violação seja cometida por pessoas que estejam atuando no exercício de suas funções oficiais”. O artigo 25.2.c) da Convenção estabelece que os Estados comprometem-se a “assegurar o cumprimento, pelas autoridades competentes, de toda decisão em que se tenha considerado procedente o recurso”.

246. O artigo 21.1 da Convenção estabelece que: “1. Toda pessoa tem direito ao uso e gozo dos seus bens. A lei pode subordinar esse uso e gozo ao interesse social”.

247. O artigo 5.1 da Convenção Americana estabelece que: “1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral”.

248. O artigo 1.1 da Convenção Americana estabelece “[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”.

249. Cf. *Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A Nº 17, par. 42.

250. Artigo 126 do Código Civil da Argentina, antes da reforma realizada pela Lei 26.579, sancionada em 2 de dezembro de 2009 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VII, folha 3154).



proteção e garantia dos direitos de pessoas portadoras de deficiência. Estes dois marcos jurídicos deverão ser considerados de maneira transversal na análise do presente caso.

B.1) Direitos das crianças

125. Ao longo da presente Sentença o Tribunal analisará as supostas violações aos direitos nas quais se encontra envolvido um menor de idade, de modo que as examinará “à luz do *corpus juris* internacional de proteção das crianças”.<sup>251</sup> Tal como esta Corte afirmou em outras oportunidades, este *corpus juris* deve servir para definir o conteúdo e os alcances das obrigações que o Estado assumiu quando se analisam os direitos das crianças.<sup>252</sup> A este respeito, as crianças são titulares dos direitos estabelecidos na Convenção Americana, além de contarem com as medidas especiais de proteção contempladas em seu artigo 19, as quais devem ser definidas segundo as circunstâncias particulares de cada caso concreto.<sup>253</sup> A adoção de medidas especiais para a proteção da criança corresponde tanto ao Estado como à família, à comunidade e à sociedade à qual pertence a criança.<sup>254</sup>
126. Por outro lado, toda decisão estatal, social ou familiar que envolva alguma limitação ao exercício de qualquer direito de uma criança, deve tomar em conta o princípio do interesse superior da criança e ajustar-se rigorosamente às disposições que regem esta matéria.<sup>255</sup> A respeito do interesse superior da criança, a Corte reitera que este princípio regulador da normativa dos direitos da criança se fundamenta na própria dignidade do ser humano, nas características próprias das crianças, e na necessidade de propiciar o seu desenvolvimento, com pleno aproveitamento de suas potencialidades. No mesmo sentido, convém observar que para assegurar, na maior medida possível, a prevalência do interesse superior da criança, o preâmbulo da Convenção sobre os Direitos da Criança estabelece que esta requer “cuidados especiais”, e o artigo 19 da Convenção Americana afirma que deve receber “medidas especiais de proteção”.<sup>256</sup> Nesse sentido, é preciso ponderar não apenas o requerimento de medidas especiais, mas também as características particulares da situação na qual se encontra a criança.<sup>257</sup>
127. Além disso, esta Corte também tem argumentado que em vista da importância dos interesses em questão, os procedimentos administrativos e judiciais que concernem a proteção dos direitos humanos de pessoas menores de idade, particularmente os processos judiciais relacionados com a adoção, a guarda e a custódia de crianças que se encontram em sua primeira infância, devem ser conduzidas com uma diligência e celeridade excepcionais por parte das autoridades.<sup>258</sup>

B.2) Crianças e pessoas portadoras de deficiência

128. Desde o início do Sistema Interamericano, na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, adotada em 1948, foram reivindicados os direitos das pessoas portadoras de deficiência.<sup>259</sup>
129. Nas décadas posteriores, o Protocolo Adicional à Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (“Protocolo de San Salvador”<sup>260</sup>), em seu artigo 18, afirma que “[t]

251. *Caso Fornerón e filha Vs. Argentina*, par. 44.

252. *Cf. Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C Nº 63, par. 194, par. 194, e *Caso Fornerón e filha Vs. Argentina*, par. 44.

253. *Cf. Caso Gelman Vs. Uruguai. Mérito e Reparações*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011 Série C Nº 221, par. 121, e *Caso Fornerón e filha Vs. Argentina*, par. 44.

254. *Cf. Parecer Consultivo OC-17/02*, par. 62, e *Caso Fornerón e filha Vs. Argentina*, par. 45.

255. *Cf. Parecer Consultivo OC-17/02*, par. 65, e *Caso Fornerón e filha Vs. Argentina*, par. 48.

256. *Cf. Parecer Consultivo OC-17/02*, par. 60, e *Caso Atala Rizzo e crianças Vs. Chile*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C Nº 239, par. 108.

257. *Cf. Parecer Consultivo OC-17/02*, par. 61, e *Caso Fornerón e filha Vs. Argentina*, par. 45.

258. *Cf. Assunto L.M. Medidas Provisórias a respeito do Paraguai*. Resolução da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 1º de julho de 2011, Considerando 16, e *Caso Fornerón e filha Vs. Argentina*, par. 51.

259. O Artigo XVI da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem estabelece: Toda pessoa tem direito à previdência social de modo a ficar protegida contra as consequências do desemprego, da velhice e da incapacidade que, provenientes de qualquer causa alheia à sua vontade, a impossibilitem física ou mentalmente de obter meios de subsistência.

260. O Artigo 18 (Proteção de deficientes) do Protocolo Adicional à Convenção Americana sobre Direitos Humanos em Matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, “Protocolo de San Salvador”, estabelece: Toda pessoa afetada por diminuição de suas capacidades físicas e mentais tem direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade. Os Estados Partes comprometem-se a adotar as medidas necessárias para esse fim e, especialmente, a: a. Executar programas específicos destinados a proporcionar aos deficientes os recursos e o ambiente necessário para alcançar esse objetivo, inclusive programas trabalhistas adequados a suas possibilidades e que deverão ser livremente aceitos por eles ou, se for o caso, por seus representantes legais; b. Proporcionar formação especial às famílias dos deficientes, a fim de ajudá-los a resolver os problemas de convivência e convertê-los em elementos atuantes no desenvolvimento físico, mental e emocional destes; c. Incluir, de maneira prioritária, em seus planos de desenvolvimento

oda pessoa afetada por diminuição de suas capacidades físicas e mentais tem direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade”.

130. Posteriormente, em 1999, foi adotada a Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência<sup>261</sup> (doravante denominada “CIADDIS”), a qual indica em seu Preâmbulo que os Estados Partes reafirmam “que as pessoas portadoras de deficiência têm os mesmos direitos humanos e liberdades fundamentais que outras pessoas e que estes direitos, inclusive o direito de não ser submetidas a discriminação com base na deficiência, emanam da dignidade e da igualdade que são inerentes a todo ser humano”. Além disso, esta Convenção consagrou um catálogo de obrigações que os Estados devem cumprir, com o objetivo de “prevenir e eliminar todas as formas de discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência e propiciar a sua plena integração à sociedade”.<sup>262</sup> Esta Convenção foi ratificada pela Argentina em 10 de janeiro de 2001.<sup>263</sup> Recentemente, foi aprovada na Assembleia Geral da OEA a “Declaração da Década das Américas pelos Direitos e pela Dignidade das Pessoas Portadoras de Deficiência (2006-2016)”.<sup>264</sup>
131. Por sua vez, em 3 de maio de 2008, entrou em vigor, no sistema universal, a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (doravante denominada “CDPD”), a qual estabelece os seguintes princípios reitores na matéria:<sup>265</sup> i) o respeito pela dignidade inerente, a autonomia individual, inclusive a liberdade de fazer as próprias escolhas, e a independência das pessoas; ii) a não-discriminação; iii) a plena e efetiva participação e inclusão na sociedade; iv) o respeito pela diferença e pela aceitação das pessoas com deficiência como parte da diversidade humana e da humanidade; v) a igualdade de oportunidades; vi) a acessibilidade; vii) a igualdade entre o homem e a mulher; viii) o respeito pelo desenvolvimento das capacidades das crianças com deficiência e pelo direito das crianças com deficiência de preservar sua identidade. Esta Convenção foi ratificada pela Argentina em 2 de setembro de 2008.<sup>266</sup>
132. A CIADDIS define o termo “deficiência” como “uma restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social”.<sup>267</sup> Por sua vez, a CDPD estabelece que as pessoas com deficiência “são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas”.<sup>268</sup>
133. A este respeito, a Corte observa que nas mencionadas Convenções se tem em conta o modelo social para abordar a deficiência, o que implica que a deficiência não se define exclusivamente pela presença de uma deficiência física, mental, intelectual ou sensorial, mas que se interrelaciona com as barreiras ou limitações existentes socialmente para que as pessoas possam exercer seus direitos de maneira efetiva. Os tipos de limites ou barreiras que as pessoas com diversidade funcional comumente encontram na

---

urbano a consideração de soluções para os requisitos específicos decorrentes das necessidades deste grupo; d. Promover a formação de organizações sociais nas quais os deficientes possam desenvolver uma vida plena.

261. Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, AG/RES. 1608 (XXIX-O/99).

262. Artigo II da Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência.

263. Informação disponível na página web do Departamento de Direito Internacional da Organização dos Estados Americanos no link: <http://www.oas.org/juridico/spanish/firmas/a-65.html>, consultado pela última vez em 31 de agosto de 2012. Ver também, expediente de mérito, tomo II, folha 225.

264. AG/DEC. 50 (XXXVI-O/06) Aprovada na quarta sessão plenária, celebrada em 6 de junho de 2006. Esta resolução foi adotada sob o lema: “Igualdade, Dignidade e Participação”, com os objetivos de alcançar o reconhecimento e o exercício pleno dos direitos e da dignidade das pessoas portadoras de deficiência e seu direito a participar plenamente na vida econômica, social, cultural e política e no desenvolvimento de suas sociedades, sem discriminação e em pé de igualdade com os demais.

265. Cf. Artigo 3 da CDPD.

266. Informação disponível na página web das Nações Unidas no link [http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg\\_no=IV-15&chapter=4&lang=en](http://treaties.un.org/Pages/ViewDetails.aspx?src=TREATY&mtdsg_no=IV-15&chapter=4&lang=en), consultado pela última vez em 31 de agosto de 2012. Esta Convenção foi aprovada por meio da Lei 26.378, a qual foi sancionada em 21 de maio de 2008 e promulgada em 6 de junho de 2008 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VII, folha 3233).

267. Artigo I da CIADDIS.

268. Artigo 1 da CDPD.

sociedade são, entre outras,<sup>269</sup> barreiras físicas ou arquitetônicas,<sup>270</sup> comunicativas,<sup>271</sup> de atitudes<sup>272</sup> ou socioeconômicas.<sup>273</sup>

134. Nesse sentido, a Corte Interamericana reitera que toda pessoa que se encontre em uma situação de vulnerabilidade é titular de uma proteção especial, em razão dos deveres especiais, cujo cumprimento por parte do Estado é necessário para satisfazer as obrigações gerais de respeito e de garantia dos direitos humanos. O Tribunal recorda que não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas que é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das particulares necessidades de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal ou pela situação específica em que se encontre,<sup>274</sup> como a deficiência.<sup>275</sup> Nesse sentido, é obrigação dos Estados atuar pela inclusão das pessoas portadoras de deficiência por meio da igualdade de condições, oportunidades e participação em todas as esferas da sociedade,<sup>276</sup> com o fim de garantir que as limitações anteriormente descritas sejam desmanteladas. Portanto, é necessário que os Estados promovam práticas de inclusão social e adotem medidas de diferenciação positiva para remover estas barreiras.<sup>277</sup>
135. Além disso, a Corte considera que as pessoas portadoras de deficiência normalmente são objeto de discriminação por causa de sua condição, de maneira que os Estados devem adotar as medidas de caráter legislativo, social,<sup>278</sup> educativo,<sup>279</sup> trabalhista<sup>280</sup> ou de qualquer outro caráter, necessárias para que toda discriminação associada a deficiências seja eliminada, e para propiciar a plena integração dessas pessoas na sociedade.<sup>281</sup> O devido

269. Cf. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 9, Os Direitos das Crianças com Deficiência, CRC/C/GC/9, 27 de fevereiro de 2007, par. 5 (“O Comitê insiste em que os obstáculos não são a deficiência em si mesma, mas uma combinação de obstáculos sociais, culturais, de atitude e físicos que as crianças com deficiência encontram em suas vidas diárias”).

270. Cf. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 9, par. 39 (“A falta de acessibilidade física do transporte público e de outras instalações, em particular dos prédios governamentais, das zonas comerciais, das instalações de recreação, entre outras, é um fator importante de marginalização e de exclusão das crianças com deficiência e claramente compromete seu acesso aos serviços, em particular à saúde e à educação”).

271. Cf. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 9, par. 37 (“O acesso à informação e aos meios de comunicação, em particular às tecnologias e aos sistemas de informação e de comunicações, permite às crianças com deficiência viverem de forma independente e participar plenamente em todos os aspectos da vida”).

272. Cf. Assembleia Geral da ONU, Normas Uniformes sobre a Igualdade de Oportunidades para as Pessoas Portadoras de Deficiência, GA/RES/48/96, 4 de março de 1994, Quadragésimo oitavo período de sessões, par. 3 (“Em relação à deficiência, também há muitas circunstâncias concretas que influíram nas condições de vida das pessoas que a padecem: a ignorância, o abandono, a superstição e o medo são fatores sociais que ao longo de toda a história isolaram as pessoas portadoras de deficiência e atrasaram seu desenvolvimento”).

273. Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C Nº 149, par. 104. Cf. também Artigo III.2 da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, e Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral nº 5, Pessoas com Deficiência, U.N. Doc. E/C.12/1994/13 (1994), 12 de setembro de 1994, par. 9.

274. Cf. *Caso do “Massacre de Mapiripán” Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C Nº 134, pars. 111 e 113, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador. Mérito e Reparações*. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C Nº 245, par. 244.

275. Cf. *Caso Ximenes López Vs. Brasil*, par. 103.

276. Cf. artigo 5 das Normas Uniformes sobre a Igualdade de Oportunidades para as Pessoas Portadoras de Deficiência.

277. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral nº 5, par. 13.

278. Como exemplo, ressalta-se que “de acordo com os princípios gerais do Direito Internacional em matéria de direitos humanos, [...] as pessoas portadoras de deficiência têm direito a se casar e a fundar sua própria família. Com frequência se ignoram ou se negam estes direitos, especialmente no caso das pessoas portadoras de deficiência mental”. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral nº 5, par. 30. Em sentido similar, “[a]s pessoas portadoras de deficiência não devem ser privadas da oportunidade de experimentar sua sexualidade, de ter relações sexuais ou de ter filhos. Tendo em conta que as pessoas portadoras de deficiência podem tropeçar em dificuldades para se casar e para fundar uma família, os Estados devem promover o estabelecimento de serviços de orientação apropriados”. Artigo 9.2. das Normas Uniformes sobre a Igualdade de Oportunidades para as Pessoas Portadoras de Deficiência.

279. A este respeito, é importante ter em conta que “[a]s crianças portadoras de deficiência têm o mesmo direito à educação que todas as demais crianças e desfrutarão desse direito sem discriminação alguma e sobre a base da igualdade de oportunidades, segundo se estipula na Convenção”. Nesse sentido, “[a] educação inclusiva deve ser o objetivo da educação das crianças com deficiência. A forma e os procedimentos de inclusão serão determinados pelas necessidades educacionais individuais da criança, já que a educação de algumas crianças portadoras de deficiência requer um tipo de apoio do qual não se dispõe facilmente no sistema docente geral”. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 9, pars. 62 e 66. Além disso, “o princípio da igualdade de oportunidades de educação nos níveis primário, secundário e superior para as crianças, os jovens e os adultos portadores de deficiência [requer que sejam realizados em] locais integrados”. Artigo 6 das Normas Uniformes sobre a Igualdade de Oportunidades.

280. A este respeito, “[o]s Estados devem apoiar ativamente a integração de pessoas portadoras de deficiência no mercado laboral ordinário”. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral nº 5, par. 20. Igualmente, “[t]anto nas zonas rurais como nas urbanas deve haver igualdade de oportunidades para obter um emprego produtivo e remunerado no mercado de trabalho”. Artigo 7 das Normas Uniformes sobre a Igualdade de Oportunidades para as Pessoas Portadoras de Deficiência. Ver também a Convenção Nº 159 (1983) sobre a readaptação profissional e o emprego de pessoas inválidas (OIT), a Recomendação R99 (1955) sobre a adaptação e readaptação profissionais dos inválidos, e a Recomendação R168 (1983) sobre a readaptação profissional e o emprego de pessoas inválidas.

281. Cf. *Caso Ximenes López Vs. Brasil*, par. 105. Ver também o artigo I.2.a da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, que estabelece: o termo “discriminação contra as pessoas portadoras de deficiência” significa toda diferenciação, exclusão ou restrição baseada em deficiência, antecedente de deficiência, consequência de deficiência anterior ou percepção de deficiência presente ou passada, que tenha o efeito ou propósito de impedir ou anular o reconhecimento, gozo ou exercício por parte das pessoas portadoras de deficiência de seus direitos humanos e de suas liberdades fundamentais. Em sentido similar, o artigo 2.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança indica: os Estados Partes respeitarão os direitos enunciados na presente Convenção e assegurarão sua aplicação a cada criança sujeita à sua jurisdição, sem distinção alguma, independentemente de [...] deficiências físicas, [...]

acesso à justiça tem um papel fundamental para enfrentar estas formas de discriminação.<sup>282</sup>

136. Com respeito às obrigações reforçadas dos Estados em relação às crianças portadoras de deficiência, a CDPD estabelece que:<sup>283</sup> i) “[o]s Estados Partes tomarão todas as medidas necessárias para assegurar às crianças com deficiência o pleno exercício de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais, em igualdade de oportunidades com as demais crianças”; ii) “[e]m todas as ações relativas às crianças com deficiência, o superior interesse da criança receberá consideração primordial”, e iii) “que as crianças com deficiência tenham o direito de expressar livremente sua opinião sobre todos os assuntos que lhes disserem respeito, tenham a sua opinião devidamente valorizada de acordo com sua idade e maturidade, em igualdade de oportunidades com as demais crianças, e recebam atendimento adequado à sua deficiência e idade, para que possam exercer tal direito”. Por sua vez, na Observação Geral nº 9, o Comitê dos Direitos da Criança assinalou que “o princípio condutor para a aplicação da Convenção com respeito às crianças portadoras de deficiência [é] o desfrute de uma vida plena e decente em condições que assegurem sua dignidade, lhes permitam ter autoconfiança e facilitem a participação ativa da criança na comunidade”.<sup>284</sup>
137. Além disso, a CDPD contém um artigo específico sobre os alcances do direito ao acesso à justiça e as obrigações que os Estados devem assumir diante de pessoas portadoras de deficiência. Em particular, indica que:<sup>285</sup> i) os Estados Partes assegurarão o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade, a fim de facilitar o efetivo papel das pessoas com deficiência como participantes diretos ou indiretos, inclusive como testemunhas, em todos os procedimentos jurídicos, tais como investigações e outras etapas preliminares, e ii) a fim de assegurar às pessoas com deficiência o efetivo acesso à justiça, os Estados Partes promoverão a capacitação apropriada daqueles que trabalham na área de administração da justiça, inclusive a polícia e os funcionários do sistema penitenciário.

138. Além disso, a Convenção sobre os Direitos da Criança obriga os Estados à adoção de medidas especiais de proteção em matéria de saúde<sup>286</sup> e de previdência social,<sup>287</sup> que inclusive devem ser maiores em casos de crianças portadoras de deficiência.<sup>288</sup> A respeito das crianças portadoras de deficiência, o Comitê dos Direitos da Criança afirmou que:

[o] alcance do melhor estado possível de saúde, assim como o acesso e a acessibilidade da atenção à saúde de qualidade é um direito inerente a todas as crianças. As crianças portadoras de deficiência muitas vezes permanecem à margem de tudo isso devido a múltiplos problemas, em particular a discriminação, a falta de acesso e a ausência de informação e/ou recursos financeiros, o transporte, a distribuição geográfica e o acesso físico aos serviços de atenção à saúde.<sup>289</sup>

139. Uma vez estabelecidos estes padrões gerais, a Corte considera que o fato de Sebastián Furlan ter sido uma criança e, atualmente, ser um adulto portador de deficiência, torna necessário analisar a controvérsia entre as partes a partir de uma interpretação dos direitos da Convenção Americana e das obrigações que destes se depreendem, à luz das medidas especiais de proteção derivadas destes padrões. Este marco oferece mecanismos para garantir e proteger de maneira adequada os direitos das pessoas portadoras de deficiência, em igualdade de condições e tendo em consideração suas necessidades concretas.

### C) Prazo razoável

#### *Alegações das partes e da Comissão Interamericana*

140. A Comissão argumentou que o Estado é responsável pela violação dos artigos 8.1 e 25.1 da Convenção, em relação ao artigo 1.1 da mesma, em detrimento de Sebastián e Danilo Furlan, pela “demora injustificada no processo por danos e prejuízos”.
141. Por sua vez, os representantes alegaram que o Estado violou “os artigos 8.1 e 25, à luz dos artigos 1.1, 2 e 19

ou qualquer outra condição da criança, de seus pais ou de seus representantes legais.

282. Cf. O Artigo 13 da CDPD precisa diversos elementos sobre o acesso à justiça para as pessoas portadoras de deficiência.

283. Cf. Artigo 7 da CDPD.

284. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 9, par. 11.

285. Cf. Artigo 13 da CDPD.

286. Cf. Artigo 24 Convenção sobre os Direitos da Criança.

287. Cf. Artigo 26 Convenção sobre os Direitos da Criança.

288. Cf. Artigo 23 Convenção sobre os Direitos da Criança.

289. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 9, par. 51.

[da Convenção Americana] e os artigos correspondentes à Convenção sobre os Direitos da Criança (arts. 2, 3, 12 [...]), por não ter tomado as medidas necessárias para oferecer a Sebastián Furlan e sua família um recurso rápido, oportuno e efetivo”, violando “as garantias do devido processo e o direito a uma tutela judicial efetiva”. Acrescentaram que esta situação foi agravada pelo descumprimento do “dever de fornecer a Sebastián Furlan as medidas especiais de proteção que sua condição de criança portadora de deficiência requeria”.

142. O Estado solicitou à Corte que declare que “não violou os artigos 8 e 25 da Convenção Americana”, na medida em que “as demoras que [...]teriam sido produzidas no marco do processo civil [por danos e prejuízos], não são atribuíveis ao Estado argentino”.
143. A Corte deve determinar, à luz dos fatos do presente caso, se o processo civil por danos e prejuízos excedeu o prazo razoável. Para tanto, determinará, em primeiro lugar, o período temporal que será tomado em consideração para a análise de sua razoabilidade.

### C.1) Marco temporal do processo

#### *Alegações das partes e da Comissão Interamericana*

144. A Comissão sustentou que “o processo por danos e prejuízos [...] durou dez anos até [a] sentença definitiva, e depois mais dois anos até o pagamento dos títulos”.
145. Os representantes alegaram que “para a consideração da razoabilidade do prazo para a obtenção de uma resposta judicial efetiva, corresponde somar, pelo menos, o período de tempo que levou a disponibilização dos títulos a favor de Sebastián Furlan”, já que existiu uma “demora no trâmite administrativo de execução dirigido à concessão dos títulos”. Indicaram que “transcorreu mais de 1 ano e 9 meses” entre o pedido de pagamento dos títulos até sua recepção definitiva, e argumentaram que durante este tempo “deu-se cumprimento a um trâmite administrativo burocrático, assolado por demoras injustificadas e caracterizado pela exclusiva participação dos órgãos estatais da administração”.
146. O Estado não se referiu especificamente ao período de tempo que a Corte deve levar em conta para a análise do prazo razoável.

#### *Considerações da Corte*

147. O Tribunal constata que, em 18 de dezembro de 1990, o senhor Danilo Furlan interpôs uma demanda no foro civil contra o Estado da Argentina (par. 78 *supra*), e que este processo foi concluído mediante sentença de primeira instância, proferida em 7 de setembro de 2000 (par. 99 *supra*). Esta providência judicial foi confirmada em segunda instância, mediante sentença proferida em 23 de novembro de 2000 pela I Sala da Câmara Nacional Civil e Comercial Federal (par. 101 *supra*).
148. Adicionalmente, a Corte observa que, a partir da obtenção da sentença definitiva, a suposta vítima devia ter iniciado um trâmite administrativo com o fim de materializar a indenização ordenada judicialmente. Para tal efeito, em 7 de junho de 2001, o advogado de Sebastián Furlan iniciou na Contabilidade Geral do Exército Argentino o trâmite dirigido à obtenção da indenização (par. 104 *supra*), o qual culminou em 12 de março de 2003, com o pagamento dos títulos ao beneficiário (par. 105 *supra*). Nesse sentido, o Tribunal nota que o processo civil por danos e prejuízos demorou 9 anos, 11 meses e 5 dias até a sentença definitiva, e que o mesmo foi seguido da etapa de execução da sentença com o fim de obter a indenização ordenada na sentença judicial. Esta última etapa durou 1 ano, 9 meses e 5 dias até o efetivo pagamento da obrigação.
149. Sobre a etapa de execução das sentenças judiciais, este Tribunal reconheceu que a falta de execução das mesmas tem “vinculação direta com a tutela judicial efetiva para a execução das decisões internas”,<sup>290</sup> razão pela qual realizou sua análise à luz do artigo 25 da Convenção Americana.<sup>291</sup> No entanto, a Corte considera que a análise da etapa de execução das sentenças também pode ser abordada para contabilizar o prazo de duração de um processo, com o fim de determinar sua incidência na prolongação do prazo razoável de um processo.<sup>292</sup>
150. Com efeito, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos indicou em reiteradas oportunidades que “os procedimentos

290. Cf. *Caso Mejía Idrovo Vs. Equador*, par. 84.

291. Cf. *inter alia*, *Caso “Cinco Aposentados” Vs. Peru*, par. 138, e *Caso Acevedo Buendía e outros (“Demitidos e Aposentados da Controladoria”) Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de julho de 2009. Série C Nº 198, par. 77.

292. Cf. *Caso Gomes Lund e outros (Guerrilha do Araguaia) Vs. Brasil*, par. 220.

de execução devem ser considerados como uma segunda etapa dos procedimentos”<sup>293</sup> Nessa ordem de ideias, no caso *Silva e Pontes Vs. Portugal*, aquele Tribunal estabeleceu que as garantias estabelecidas no artigo 6 do Convenção Europeia de Direitos Humanos aplicam tanto à primeira etapa dos procedimentos como à segunda.<sup>294</sup> Além disso, no caso *Robins Vs. Reino Unido*, aquele Tribunal concluiu que todas as etapas dos procedimentos para determinar direitos e obrigações civis, “sem excluir etapas subseqüentes à sentença de mérito”, devem ser resolvidas em um prazo razoável.<sup>295</sup>

151. Tomando em conta as considerações anteriores, a Corte considera que o objetivo primordial para o qual a suposta vítima interpôs a demanda no foro civil era obter a indenização por danos e prejuízos e, portanto, para efeitos de uma análise do prazo razoável não se pode considerar concluído este processo até que este fim não se materialize.<sup>296</sup> Portanto, esta Corte considera que o período de tempo correspondente à etapa de execução da sentença judicial para realizar efetivamente o pagamento da indenização, no presente caso, faz parte do processo<sup>297</sup> e deve ser levado em conta para analisar o prazo razoável.
152. Em razão do exposto anteriormente, o período que se analisará no presente caso inicia em 18 de dezembro de 1990 e conclui em 12 de março de 2003, isto é, aproximadamente 12 anos e três meses. Uma vez determinado o tempo de duração do processo, a Corte analisará os quatro elementos que a jurisprudência estabeleceu para determinar a razoabilidade do prazo: a) complexidade do assunto; b) atividade processual do interessado; c) conduta das autoridades judiciais,<sup>298</sup> e d) o impacto gerado na situação jurídica da pessoa envolvida no processo.<sup>299</sup>

### C.2) Complexidade do assunto

#### *Alegações das partes e da Comissão Interamericana*

153. Com respeito ao primeiro elemento, a saber, a complexidade do assunto, a Comissão observou que o caso “não possui alta complexidade, tratando-se de um processo civil por danos e prejuízos”, já que apenas deveria determinar: i) “a existência do dano”; ii) “a atribuição desse dano a um comportamento imputável ao Estado”, e iii) “uma vez determinada esta responsabilidade, proceder à execução da sentença”. Acrescentou que o processo “tinha como objetivo determinar se uma entidade estatal incorreu ou não em responsabilidade por danos e prejuízos ocasionados a uma única pessoa”.

293. Cf. T.E.D.H., *Caso Di Pede Vs. Itália*, (No. 15797/89), Sentença de 26 de setembro de 1996, par. 24; *Caso Silva Pontes Vs. Portugal*, (No. 14940/89), Sentença de 23 de março de 1994, par. 33; *Caso Zappia Vs. Itália*, (No. 24295/94), Sentença de 26 de setembro de 1996, par. 20. O Tribunal Europeu analisou o prazo razoável de um processo originado a partir do descumprimento de um contrato de compra e venda de um apartamento em construção. Este processo concluiu mediante sentença definitiva e foi seguido pelo procedimento de execução desta ordem judicial; *Caso Cocchiarella Vs. Itália*, (No. 64886/01), G.C., Sentença de 29 de março de 2006, par. 88. O Tribunal Europeu se pronunciou sobre dez casos cujos demandantes eram cidadãos italianos que solicitaram a reparação nos tribunais italianos no marco do “*Pinto Act*” (Lei Nº 89 de 24 de março de 2001) pelas perdas sofridas como resultado de demoras excessivas nos procedimentos nos quais haviam sido partes nos tribunais nacionais.

294. Cf. T.E.D.H., *Caso Silva Pontes Vs. Portugal*, par. 36. O Tribunal Europeu analisou o prazo razoável de um processo por danos e prejuízos originado em um acidente de trânsito. Nesta oportunidade, este processo concluiu mediante sentença que ordenou o pagamento de uma indenização aos demandantes e, posteriormente, foi seguido de um processo de execução para o efetivo pagamento da obrigação. (“There can be no doubt that Article 6 [...] applies to the first stage of the proceedings and, having regard to its reasoning in relation to the preliminary objection, the Court is of the view that the same must be true of the second stage”).

295. Cf. T.E.D.H. *Caso Robins Vs. Reino Unido*, (No. 22410/93), Sentença de 23 de setembro de 1997, pars. 28 e 29. O Tribunal Europeu analisou o prazo razoável de um processo originado em uma controvérsia entre vizinhos, o qual, apesar de ter concluído mediante sentença definitiva, requeria uma etapa subseqüente para a fixação dos custos do processo. (“The Court recalls that Article 6 § 1 of the Convention requires that all stages of legal proceedings for the ‘determination of [...] civil rights and obligations’, not excluding stages subsequent to judgment on the merits, be resolved within a reasonable time. [...] the costs proceedings, even though separately decided, must be seen as a continuation of the substantive litigation and accordingly as part of a ‘determination of [...] civil rights and obligations’”).

296. Cf. *mutatis mutandis*, T.E.D.H. *Caso Di Pede Vs. Itália*, par. 31. O Tribunal Europeu se pronunciou sobre este ponto durante a análise do prazo razoável de um processo judicial que concluiu com a ordem de um juiz de demolir uma obra por causar prejuízos aos vizinhos. Esta ordem judicial foi executada parcialmente, de modo que o Tribunal considerou que o processo não havia finalizado. (“Lastly, the Government’s contention that the case has been discontinued cannot be accepted; it is hard to understand how the case could have been discontinued while part of the works had still not been carried out”).

297. A este respeito, ver T.E.D.H., *Caso Immobiliare Saffi Vs. Itália*, (No. 22774/93), G.C., Sentença de 28 de julho de 1999, par. 63. Neste caso, o Tribunal Europeu se pronunciou sobre o prazo razoável de um processo judicial cujo objetivo era a recuperação da posse de um imóvel arrendado. A empresa Immobiliare Saffi, dona de um imóvel cujo inquilino havia se negado a abandoná-lo, apesar de numerosas tentativas, argumentou que os oficiais de justiça foram incapazes de fazer cumprir a ordem e apenas recuperaram a posse quando o ocupante faleceu (“In any event, the Court recalls that the right to a court would be illusory if a Contracting State’s domestic legal system allowed a final, binding judicial decision to remain inoperative to the detriment of one party. It would be inconceivable that Article 6 § 1 should describe in detail procedural guarantees afforded to litigants – proceedings that are fair, public and expeditious – without protecting the implementation of judicial decisions. [...] Execution of a judgment given by any court must therefore be regarded as an integral part of the ‘trial’ for the purposes of Article 6”).

298. Cf. *Caso Genie Lacayo Vs. Nicarágua. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 29 de janeiro de 1997. Série C Nº 30, par. 77, e *Caso Diaz Peña Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de junho de 2012. Série C Nº 244, par. 49.

299. Cf. *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C Nº 192, par. 155, e *Caso Diaz Peña Vs. Venezuela*, par. 49.

154. Os representantes afirmaram que “a ação de danos e prejuízos não possuía alta complexidade, já que unicamente deveria determinar a existência do dano, e estabelecer se este dano era atribuível ao Estado”. Ademais, “a prova oferecida e produzida tampouco era complexa”, porquanto “apenas se requeria a realização de dois laudos médicos a Sebastián [Furlan], e a recepção de declarações das testemunhas dos fatos”.
155. O Estado não se referiu especificamente ao critério de complexidade do assunto no presente caso.

#### *Considerações da Corte*

156. Este Tribunal teve em conta diversos critérios para determinar a complexidade de um processo. Entre eles, se encontra a complexidade da prova,<sup>300</sup> a pluralidade de sujeitos processuais<sup>301</sup> ou a quantidade de vítimas,<sup>302</sup> o tempo transcorrido desde a violação,<sup>303</sup> as características do recurso consagradas na legislação interna<sup>304</sup> e o contexto no qual ocorreu a violação.<sup>305</sup>
157. Em primeiro lugar, em respeito às características ou natureza do processo sob análise, o Tribunal não encontra evidência na legislação interna argentina que permita inferir que um processo civil ordinário seja *per se* complexo. Em particular, o juízo ordinário está previsto no artigo 319 do Código Processual Civil e Comercial da Nação (doravante denominado “CPCCN”), o qual estabelece o seguinte: “[t]odas as disputas judiciais que não tiverem indicada uma tramitação especial serão realizadas perante o juízo ordinário, salvo quando este Código autorize o juiz a determinar o tipo de processo a ser aplicado”. Isto é, o processo sob o qual se tramitou a causa de Sebastián Furlan é o processo regular no âmbito civil, de modo que, em princípio, não possui nenhum trâmite ou natureza especial.
158. Em segundo lugar, com respeito à pluralidade de sujeitos processuais ou o número de vítimas, a Corte observa que, no caso concreto e com o fim de cumprir o objetivo do processo judicial, o juízo devia determinar o dano causado a uma única pessoa, Sebastián Furlan. Em relação à complexidade da prova que devia ser produzida no âmbito do processo civil, o Tribunal nota que, em termos gerais, os processos de responsabilidade extracontratual tendem a se desenvolver de forma mais simples que outros processos judiciais. Por último, a Corte adverte que a demanda do processo civil foi apresentada aproximadamente um ano e 11 meses depois de ocorrido o acidente, de maneira que não havia transcorrido um período de tempo considerável entre o fato e a interposição da ação judicial.
159. Nesse sentido, e tendo em conta os pontos resumidos anteriormente, o Tribunal considera que o caso não envolvia aspectos ou debates jurídicos ou probatórios que permitam inferir uma complexidade cuja resposta requeresse o transcurso de um período de quase 12 anos. Portanto, a dilação no desenvolvimento e na execução do processo civil por danos e prejuízos no presente caso não pode ser justificada em razão da complexidade do assunto.

#### C.3) Atividade processual do interessado

#### *Alegações das partes e da Comissão Interamericana*

160. A Comissão afirmou que não encontrava “uma base para atribuir a inatividade à parte autora”. Considerou que apesar de “o Estado ter argumentado que [...] a parte autora respondeu cinco anos mais tarde ao requerimento do juiz de novembro de 1991, de indicar contra quem dirigia a demanda”, a “advogada do peticionário manifestou que dirigia a ação contra o Ministério de Defesa Nacional” “quatro meses depois do requerimento do tribunal, [...] e,] além disso, solicitou que fosse expedido ofício ao Registro da Propriedade para que informasse sobre a titularidade do prédio”. Além disso, referiu-se à inatividade do processo entre abril de 1994 e fevereiro de 1996,

300. *Cf., inter alia, Caso Genie Lacayo Vs. Nicarágua*, par. 78, e *Caso Anzualdo Castro Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de Setembro de 2009. Série C Nº 202, par. 157.

301. *Cf., inter alia, Caso Acosta Calderón Vs. Equador. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 24 de junho de 2005. Série C Nº 129, par. 106, e *Caso López Álvarez Vs. Honduras. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 1º de fevereiro de 2006. Série C Nº 14, par. 133.

302. *Cf., inter alia, Caso Baldeón García Vs. Peru*, par. 152, *Caso Vargas Areco Vs. Paraguai. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C Nº 155, par. 103, e *Caso Kawas Fernández Vs. Honduras. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 3 de abril de 2009 Série C Nº 196, par. 113.

303. *Cf., inter alia, Caso Heliodoro Portugal Vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 12 de agosto de 2008. Série C Nº 186, par. 150, e *Caso Radilla Pacheco Vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 23 de Novembro de 2009. Série C Nº 209, par. 245.

304. *Cf. Caso Salvador Chiriboga Vs. Equador. Exceção Preliminar e Mérito*. Sentença de 6 de maio de 2008. Série C Nº 179, par. 83.

305. *Cf., inter alia, Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*, par. 184, *Caso dos Massacres de Ituango Vs. Colômbia. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 1º de julho de 2006. Série C Nº 148, par. 293, e *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia*, par. 156.

data na qual “a advogada se viu na necessidade de desistir do pedido [de expedição dos ofícios ao Registro da Propriedade]”, em virtude da ausência de resposta da autoridade. Ademais, não encontrou atuações da suposta vítima “que tivessem como objetivo dilatar o processo”, pelo contrário, fez notar que “se apresentou de maneira constante na causa solicitando ao tribunal que procedesse com as atuações, e depois de finalizada a fase probatória, solicitou de maneira contínua e reiterada que fosse proferida a sentença na causa”.

161. Os representantes afirmaram que “a autora em todo momento deu impulso ao processo” e que “não se observa nenhuma evidência que permita inferir falta de diligência em suas ações”. Sustentaram que isso se demonstra pois esta: i) teve de “solicitar em três oportunidades que fosse dado traslado da demanda”, enquanto o juiz, “com anterioridade a dar traslado à demanda, ordenou a apresentação de relatórios a diferentes entidades do Estado [...] os quais eram totalmente dispensáveis”. Isso, tendo em vista que “depois de cinco anos e dois meses de iniciada a ação, deu traslado à demanda sem ter obtido a informação pretendida”; ii) “advertiu o juiz sobre a demora na apresentação dos laudos médicos”, e iii) solicitou três vezes que fosse proferida a sentença.
162. Por sua vez, o Estado argentino sustentou que “a análise detalhada” do processo demonstra que “a extensão do prazo [...] é consequência direta da falta de devida diligência dos advogados particulares que assistiram a Furlan”. Para fundamentar esta afirmação, indicou que “na primeira etapa do processo” o autor: i) demorou 2 meses depois de aceita a a competência do juízo para complementar a demanda, e mais de um mês para apresentar um escrito “no qual solicitou a continuação das diligências”; ii) “não surge dos autos registro algum [que demonstre] que [o] ofício [dirigido ao Estado Maior do Exército para que informasse sobre investigações sobre o caso Furlan] tenha sido elaborado e diligenciado pela advogada”; iii) o juiz solicitou à advogada que manifestasse contra quem dirigia a ação, dadas “as [...] contradições” nas quais supostamente havia incorrido, pois “na demanda atribuía a titularidade do prédio onde havia ocorrido o acidente ao Exército e, posteriormente, ao complementar a demanda [...] oferecia como prova informativa a expedição de ofício ao Registro de Propriedade Imóvel”. Acrescentou que a parte interessada, “apenas quatro meses depois, [...] manifestou que dirigia a ação contra o Ministério de Defesa Nacional e solicitou, como medida preliminar, que se ordenasse a prova oferecida para tanto”; iv) demorou três meses para elaborar o ofício para o Registro da Propriedade e cinco meses para elaborar o ofício ao Departamento de Cadastro, e v) “[i]nexplicavelmente a advogada [...] apresentou um novo escrito [...] em 1º de novembro de 1993”, no qual solicitou que fosse “emitido um novo ofício ao Registro de Propriedade” com os dados fornecidos pelo Departamento de Cadastro. Este ofício foi elaborado “no ano seguinte, em março de 1994”. Concluiu que o Estado “não poderia ter demorado em reconhecer a titularidade dos terrenos durante [os] cinco primeiros anos porque nem sequer havia sido notificado sobre a demanda”.
163. O Estado se referiu a outros eventos ocorridos na “segunda etapa do processo”, que supostamente o estenderam e que seriam “atribuíveis aos advogados d[a família] Furlan”. Assinalou que: i) a advogada demorou mais de três meses para realizar o traslado da demanda; ii) a audiência de conciliação “foi suspensa a pedido de Furlan”, tendo de ser marcada novamente para o dia 8 de maio de 1997, e iii) o advogado de Furlan demorou até 12 de fevereiro de 1998 para pedir a designação de peritos, podendo tê-lo feito desde 18 de dezembro de 1997. Finalmente, o Estado argumentou que ao ter sido “o Estado [...] demandado no âmbito do direito privado por sua eventual responsabilidade por questões alheias a seu caráter de pessoa jurídica de caráter público”, isso implicou que a demanda não foi tramitada “no foro [c]ontencioso [a]dministrativo [f]ederal”, mas no foro civil e comercial federal, o que implica que “são as partes que decidem interpor uma demanda, impulsionar o procedimento, apresentar provas, delimitar o objeto processual [...] e/ou realizar qualquer outra ação prevista no ordenamento processual”.

#### *Considerações da Corte*

164. A Corte observa que o debate sobre a atuação da parte interessada se concentra principalmente em dois aspectos: i) o tempo transcorrido para a determinação da parte demandada, e ii) o impulso processual efetuado pela suposta vítima em outras etapas do processo. Em consequência, o Tribunal examinará estas situações de maneira separada.

##### *C.3.1) A determinação da parte demandada*

165. Em relação à primeira controvérsia, a Corte observa as seguintes atuações processuais: i) a demanda interposta em 18 de dezembro de 1990, por Danilo Furlan, foi promovida “contra o Estado Nacional”,<sup>306</sup> ii) no complemento

306. Demanda interposta por Danilo Furlan de 18 de dezembro de 1990, folha 93.



da demanda realizado em 16 de abril de 1991, afirmou-se que a demanda interposta anteriormente era “contra o Estado Nacional” e que no lugar onde ocorreu o acidente “se encontrava localizado o Grupo de Artilharia e de Defesa Antiaérea 101”.<sup>307</sup> Além disso, assinalou-se que “o Estado Nacional [era] responsável em razão de ser o proprietário do lote e dos elementos localizados nele, pertencentes ao Exército Nacional”,<sup>308</sup> e iii) em 14 de novembro de 1991, o juiz requereu ao demandante que informasse contra quem dirigia a ação e, em 13 de março de 1992, o demandante respondeu indicando que “dirig[ia] a ação contra o Ministério de Defesa Nacional” e, “sem prejuízo disso, e como medida preliminar”, solicitou que fosse emitido um ofício ao Registro de Propriedade para determinar a titularidade do prédio na data do acidente (par. 82 *supra*).

166. Ademais, a Corte constata que, a partir de 18 de março de 1992, data na qual se ordenou pela primeira vez a expedição do ofício ao Registro de Propriedade (par. 82 *supra*), foram iniciados uma série de trâmites para determinar a titularidade do prédio. Ao longo destes procedimentos, o Departamento de Cadastro informou que não era possível fornecer a informação solicitada a respeito do lote 1 e, a respeito do lote 2, informou que o bem pertencia ao “Superior Governo da Nação” (par. 83 *supra*). Todos estes trâmites para determinar a titularidade do prédio foram concluídos em 22 de fevereiro de 1996, data na qual o demandante solicitou ao juiz dar prosseguimento à demanda e afirmou que, devido ao “resultado negativo dos ofícios” e “tendo em conta que a ação se dirig[ia] contra o ocupante do prédio e titular dos elementos que deram causa ao acidente” de Sebastián Furlan, desistia de sua expedição e, em consequência, “existindo provas conclusivas de que estes elementos pertenciam ao Exército, dirig[ia] a ação contra o Ministério de Defesa e/ou quem result[asse] responsável” (par. 84 *supra*).
167. Estando esclarecidas estas atuações processuais, o Tribunal observa que a informação contida na demanda inicial e no complemento da demanda a respeito da determinação do demandado no processo era suficiente para individualizar o Estado Nacional como parte demandada nos termos do artigo 330 do CPCCN.<sup>309</sup> Além disso, a Corte constata que, no complemento da demanda, a suposta vítima solicitou, como “medida preliminar” e, “sem prejuízo” de dirigir a ação contra o Ministério de Defesa, que fosse expedido ofício ao Registro de Propriedade para determinar a titularidade do prédio. Por causa deste pedido, o juiz solicitou esclarecimento, de modo que em 13 de março de 1992, o demandante esclareceu que dirigia a demanda contra o Ministério de Defesa. Esta informação foi reiterada em várias oportunidades (par. 82 *supra*), enquanto o juiz emitia ofícios a distintas entidades estatais, como o Departamento de Cadastro. A parte desistiu da prova informativa em 22 de fevereiro de 1996. Inclusive, esta informação foi confirmada oficialmente, ao menos em relação ao lote 1, pois foi determinado que este último pertencia ao “Superior Governo da Nação”. Tendo em conta o anterior, a Corte considera que a informação oferecida pelo demandante foi coerente com aquela apresentada em etapas processuais anteriores, e forneceu elementos ao juiz para identificar a parte demandada e então dar prosseguimento à demanda, nos termos do artigo 338 do CPCCN.<sup>310</sup>
168. A este respeito, a Corte não considera que exista evidência suficiente que permita concluir que a parte interessada tenha propiciado uma confusão de tamanha magnitude, que não permitisse identificar o proprietário do bem imóvel e que, portanto, justificasse a dilação do processo durante três anos, 11 meses e 24 dias, antes de dar traslado à demanda.

C.3.2) O impulso processual efetuado pela suposta vítima nas distintas etapas do processo

169. Este Tribunal reitera que o Estado, no exercício de sua função judicial, possui um dever jurídico próprio, de maneira que a conduta das autoridades judiciais não deve depender exclusivamente da iniciativa processual da parte autora dos processos.<sup>311</sup>
170. A Corte considera que da análise da prova submetida pela partes, decorre que a atuação processual do

307. Complementação da demanda de 16 de abril de 1991, folha 109.

308. Complementação da demanda de 16 de abril de 1991, folha 111.

309. O artigo 330 do CPCCN regulamenta a “forma da demanda” e estabelece que “[a] demanda será apresentada por escrito e conterà: 1) O nome e domicílio do demandante. 2) O nome e domicílio do demandado”. Cf. Artigo 330 do CPCCN, Lei 17.454/1967, texto ordenado pelo Decreto 1042/1981 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VII, folha 3154). Sobre este ponto, o Estado manifestou que “[c]onsiderando a situação em abstrato, a informação contida no escrito inicial resultaria, em princípio, suficiente [para determinar a parte demandada do processo]”. Cf. Anexo às alegações finais do Estado de 28 de março de 2012 (expediente de mérito, tomo III, folha 1298).

310. Cf. Artigo 338 CPCCN, Lei 17.454/1967, texto ordenado pelo Decreto 1042/1981. (“Apresentada a demanda na forma prescrita, o juiz dará traslado ao demandado para que compareça e a conteste dentro de quinze dias. Quando a parte demandada for a Nação, uma província ou um município, o prazo para comparecer e contestar a demanda será de sessenta dias”). Cf. expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VII, folha 3154.

311. Cf. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Equador*, par. 83, e *Caso Acevedo Buendía e outros (“Demitidos e aposentados da Controladoria”) Vs. Peru*, par. 76.

senhor Danilo Furlan, atuando em representação de seu filho e, posteriormente de Sebastián Furlan, dirigiu-se em diversas etapas processuais a impulsionar o processo. Prova disso é que o demandante: i) nos dias 16 de abril de 1991, 8 de novembro de 1991 e 22 de fevereiro de 1996 solicitou que fosse dado traslado da demanda (pars. 80, 82 e 84 *supra*); ii) em 21 de outubro de 1997, solicitou que fosse decretada a abertura da fase probatória (par. 90 *supra*); iii) em 16 de dezembro de 1997, solicitou que fossem produzidas as provas (par. 90 *supra*); iv) em 12 de fevereiro de 1998, solicitou que fossem designados os peritos; v) em 10 de dezembro de 1998 solicitou que fosse intimado o perito psiquiatra sob pena de remoção (par. 95 *supra*); vi) em 25 de fevereiro de 2000, solicitou que fossem certificadas as provas e que fosse encerrado o período probatório (par. 97 *supra*), e vii) nos dias 18 de abril, 23 de maio e 22 de agosto de 2000 solicitou que fosse proferida a sentença (par. 98 *supra*).

171. Por outro lado, a Corte observa que a principal alegação do Estado consiste em que a dilação do processo é atribuível aos advogados da suposta vítima, pois poderiam ter atuado de forma mais célere em alguns momentos processuais (pars. 162 e 163 *supra*). Com respeito a este ponto, a Corte nota que estas alegações se referem a uma suposta demora de: i) dois meses para complementar a demanda e de um mês para apresentar um escrito solicitando a continuação das diligências; ii) de quatro meses para manifestar que dirigia a ação contra o Ministério de Defesa Nacional; iii) de três meses para elaborar o ofício para o Registro de Propriedade e de cinco meses na elaboração do ofício ao Departamento de Cadastro; iv) de quatro meses para elaborar um novo ofício ao Registro de Propriedade; v) de três meses para realizar o prosseguimento da demanda, e vi) de um mês e 25 dias para solicitar a designação de peritos. A soma de todos estes períodos corresponde a 22 meses e 25 dias, ou seja, de um ano, 10 meses e 25 dias.
172. A este respeito, o Tribunal considera que o Estado não argumentou de que maneira a conduta do demandante, a respeito de cada tipo de diligência, contraveio ou excedeu o limite legal estabelecido sobre prazos processuais. Pelo contrário, o Estado se limitou a enumerar os prazos anteriormente resumidos (pars. 162 e 163 *supra*), sem oferecer uma explicação sobre porque estariam excedendo os prazos concedidos pela legislação argentina para que as partes realizem este tipo de diligências, como por exemplo, para elaborar um ofício ou para realizar o traslado às partes. A este respeito, a partir das normas estabelecidas no CPCCN, a Corte constata que se fossem cumpridos cabalmente todos os termos ou prazos estabelecidos para o processo civil ordinário, este deveria durar aproximadamente nove meses.
173. Nesse sentido, o perito Moreno manifestou que:<sup>312</sup>
- os processos de danos e prejuízos duram aproximadamente uma média de quatro anos, entretanto não deveriam durar isso, estes processos deveriam ser mais rápidos, não apenas pelas normas processuais que fixam os prazos de prova, os prazos para que o Juiz profira a sentença, mas porque muitas vezes estes prazos estão dentro de um marco dispositivo de juízes espectadores, a verdade é que um processo não deveria durar mais de dois anos.
174. Assim, o Estado tampouco argumentou em que medida e quais eram as possibilidades reais de que o processo teria sido resolvido em um prazo razoável se a parte demandante tivesse atuado de outra maneira,<sup>313</sup> ainda mais tendo em conta que o processo total demorou mais de 12 anos para ser resolvido, quando segundo o perito Moreno não deveria durar mais de dois a quatro anos, e o tempo dilatatório que supostamente é atribuível à parte autora é de aproximadamente um ano e 11 meses. De maneira que o Estado não justificou de que forma a atuação da parte interessada acabou dilatando os outros 10 anos de duração do processo.
175. Levando em consideração o anterior, o Tribunal não considera que existam fatos que permitam inferir que a atuação do demandante no processo tenha sido dilatatória ou possa ter contribuído substancialmente para que um processo desta natureza demorasse este tempo para ser resolvido, de modo que não se pode atribuir a dilação do processo à suposta falta de iniciativa da parte autora.

312. Declaração do perito Gustavo Daniel Moreno na audiência pública celebrada em 27 de fevereiro de 2012.

313. Cf. *mutatis mutandis*, T.E.D.H. *Muti Vs. Itália*, (No. 14146/88), Sentença de 23 de março de 1994, par. 16. Neste caso, o Tribunal Europeu analisou o prazo razoável de um processo iniciado pelo demandante com o fim de reclamar uma pensão por invalidez. (“[T]he Government [has] not shown that the possibility afforded to Mr Muti of speeding up the proceedings was a real one. Despite the information provided by the government, there is no proof that such a step would have had any prospects of success [...]. In these circumstances, it would not appear that the applicant’s alleged passivity contributed to slowing down the proceedings”).

#### *C.4) Conduta das autoridades*

##### *Alegações das partes e da Comissão Interamericana*

176. A Comissão argumentou que “a conduta realizada pelas autoridades no âmbito do processo interno [...] não foi diligente”, e que o Estado “não apenas faltou com seu dever de impulsionar o processo”, mas “incorreu em atos dilatórios” em sua atuação como parte demandada. Acrescentou que o Estado tampouco tomou em conta que no processo “estava envolvida uma criança portadora de deficiência, nem mesmo posteriormente, um adulto portador de deficiência”. Finalmente, a Comissão argumentou que neste caso não se trata de “um litígio entre particulares” e que “os processos nos quais uma das partes é o Estado podem ter características particulares”.
177. Por sua vez, os representantes alegaram que a conduta realizada pelo juiz da causa “causou a excessiva dilação do processo” e descumpriu “as obrigações que as condições de vulnerabilidade de Sebastián Furlan exigiam”. Acrescentaram que o Estado Maior Geral do Exército “adotou uma conduta dilatória ao interpor uma exceção de prescrição claramente improcedente” e “omitiu comunicar de forma adequada o pedido que teria permitido chegar a uma conciliação”. Adicionalmente, argumentaram supostas negligências do Departamento Provincial do Registro da Propriedade Imóvel, do Departamento Geral de Cadastro Territorial e da Secretaria de Saúde da Cidade Autônoma de Buenos Aires.
178. O Estado argumentou que pela tramitação do caso “no âmbito do foro Civil e Comercial Federal”, fundamentado no “princípio dispositivo”, não se pode argumentar que o juiz responsável pelo processo “houvesse tido a obrigação de dar impulso a uma causa contra o próprio Estado, na medida em que não reconhece um objeto a respeito de sua atividade como pessoa jurídica de caráter público”.

##### *Considerações da Corte*

179. A Corte observa que as alegações das partes com respeito a este elemento se concentram em: i) a atuação das autoridades judiciais do processo, e ii) a atuação das autoridades do Estado como parte demandada ou outras autoridades estatais envolvidas.

##### *C.4.1) Atuação das autoridades judiciais do processo*

180. Os artigos 34 e 36 do CPCCN estabelecem as faculdades de direção e instrução do juiz. Conforme esta legislação, o juiz tem o dever de dirigir o procedimento, mantendo a igualdade das partes no processo, fiscalizando que a tramitação da causa responda ao princípio de economia processual<sup>314</sup> e evitando a paralisação do processo.<sup>315</sup> Especificamente, o artigo 34, inciso 2 do CPCCN estabelece que é dever dos juízes “[d]ecidir as causas, na medida do possível de acordo com a ordem em que estejam, salvo as preferências aos assuntos urgentes e que por direito devam tê-la”.<sup>316</sup> Com respeito a este último ponto, o artigo 36 do Regulamento para a Justiça Nacional estabelece que “serão de despacho preferencial” as “indenizações por incapacidade física”.<sup>317</sup>

314. O artigo 34 inciso 5 do CPCCN estabelece que é dever do juiz: “[d]irigir o procedimento, devendo, dentro dos limites expressamente estabelecidos neste Código: a) [c]oncentrar, na medida do possível, em um mesmo ato ou audiência todas as diligências que seja necessário realizar. b) [i]ndicar, antes de dar trâmite a qualquer petição, os defeitos ou omissões de que padece, ordenando que sejam corrigidas dentro do prazo determinado, e ordenar de ofício toda diligência que seja necessária para evitar a nulidade. c) [m]anter a igualdade das partes no processo. d) [p]revenir e sancionar todo ato contrário ao dever de lealdade, probidade e boa fé. e) [v]igilar para que na tramitação da causa se procure a maior economia processual [...]”. Cf. Artigo 34 do CPCCN, Lei 17.454/1967, texto ordenado pelo Decreto 1042/1981 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VII, folha 3154).

315. O artigo 36 do CPCCN regulamenta as faculdades de direção e de instrução do juiz, estabelecendo que, mesmo sem requerimento de parte, os juízes e tribunais poderão: “1) tomar medidas dirigidas a evitar a paralisação do processo. Para tanto, vencido um prazo, sem ter sido exercida ou não a faculdade correspondente, se passará à etapa seguinte no desenvolvimento processual, dispondo de ofício as medidas necessárias; 2) ordenar as diligências necessárias para esclarecer a verdade dos fatos controvertidos, respeitando o direito de defesa das partes; 3) corrigir algum erro material o suprir qualquer omissão da sentença sobre as pretensões expressadas no litígio, sempre que a emenda ou o complemento não altere a substância da decisão, e esta não tiver sido consentida pelas partes; 4) dispor, a qualquer momento, o comparecimento pessoal das partes para tentar uma conciliação ou requerer as explicações que considerem necessárias para o objeto do pleito. A mera proposição de fórmulas conciliatórias não importará pré-julgamento; 5) decidir a qualquer momento sobre o comparecimento dos peritos e das testemunhas para interrogá-los sobre tudo o que considerem necessário; 6) mandar, com as formalidades prescritas neste Código, que sejam juntados os documentos existentes em poder das partes ou de terceiros nos termos dos artigos 385 e 387”. Cf. Artigo 36 do CPCCN, Lei 17.454/1967, texto ordenado pelo Decreto 1042/1981 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VII, folha 3154).

316. Artigo 34 inciso 2 do CPCCN, Lei 17.454/1967, texto ordenado pelo Decreto 1042/1981 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VII, folha 3154).

317. O artigo 36 do Regulamento para a Justiça Nacional estabelece que: “as causas serão resolvidas na ordem de sua entrada para sentença. Entretanto, serão de preferente despacho os recursos de hábeas corpus e de fato, as causas sobre direito de reunião; serviço militar; as de natureza penal, os juízos de alimentos, indenizações por incapacidade física, pagamento de salários, salários e honorários, aposentadorias e pensões; as questões de competência e medidas cautelares, as execuções fiscais e as interdições, ações possessórias e incidentais. Excepcionalmente poderá dispensar a preferente resolução de uma causa não compreendida entre as anteriores, quando ocorra razão de urgência atendível”. Cf. Regulamento para a Justiça Nacional, Decidida em 17/12/1952, Artigo 36. Ver também a declaração perante agente

181. Por outro lado, este Tribunal constata a existência de normas que fixam prazos processuais para o traslado da demanda,<sup>318</sup> o prazo de produção da prova,<sup>319</sup> a prova de peritos<sup>320</sup> e o prazo para apelar.<sup>321</sup> De maneira que este tipo de processo tem distintos prazos processuais, entre os quais se pode ressaltar aquele consagrado no artigo 34.3.c do CPCCN, segundo o qual os juízes deverão proferir: “[a]s sentenças definitivas em juízo ordinário salvo disposição em contrário, dentro dos quarenta (40) ou sessenta (60) dias, segundo se trate de juiz individual ou de tribunal colegiado”.<sup>322</sup>
182. Em primeiro lugar, em relação ao tempo transcorrido entre a complementação da demanda e o traslado da mesma, a Corte reitera o indicado anteriormente sobre a impossibilidade de atribuição desta dilação à parte autora (par. 168 *supra*). Sobre este ponto, a Corte observa que, segundo o artigo 338 do CPCCN, o juiz devia realizar o traslado da demanda apresentada da forma prescrita e, em todo caso, se considerasse que o demandante não estava corretamente individualizado, o juiz devia tentar evitar a paralisação do processo durante três anos, 11 meses e 24 dias mediante o uso de suas faculdades de direção e de instrução.<sup>323</sup> A Corte considera que dos autos decorre uma atitude passiva do juiz nesta etapa processual.
183. Em segundo lugar, a Corte observa que, segundo o artigo 367 do CPCCN, o “prazo para a produção de prova será determinado pelo juiz, e não excederá quarenta dias”. No presente caso o período probatório durou de 24 de outubro de 1997 (par. 90 *supra*) a 2 de março de 2000 (par. 97 *supra*), isto é, dois anos, quatro meses e oito dias. Adicionalmente, o artigo 460 do CPCCN estabelece que o juiz designará os peritos e “indicará o prazo dentro do qual [eles] deverã[o] cumprir sua missão [e, s]e a decisão não fixar este prazo se entenderá que é de 15 dias”. No presente caso, o juiz designou dois peritos em 17 de fevereiro de 1998, concedendo um prazo de 20 dias para apresentarem suas perícias<sup>324</sup> e estes assumiram o cargo em 2 de março de 1998 (par. 91 *supra*). Não obstante o prazo determinado, os peritos médicos apresentaram seus laudos em 5 de março de 1999 (par. 95 *supra*) e 15 de novembro de 1999 (par. 96 *supra*), respectivamente, ou seja, mais de um ano depois de vencida a data limite.
184. Em terceiro lugar, a Corte conclui que, conforme o estabelecido no artigo 482 do CPCCN, uma vez produzida a prova, “o Secretário Administrativo, sem necessidade de gestão alguma por parte dos interessados [...deveria] ordenar [...] que [a mesma] fosse juntada aos autos”.<sup>325</sup> Entretanto, foi a parte autora quem teve de solicitar que fosse certificada a prova e que fosse concluído o período probatório (par. 97 *supra*), para continuar à etapa seguinte do processo.
185. Em quarto lugar, o Tribunal observa que o artigo 244 do CPCCN prevê que, “[n]ão havendo disposições em contrário, o prazo para apelar será de cinco dias”, que “[t]oda decisão sobre honorários será apelável”

dotado de fé pública prestada pelo perito Gullco (expediente de mérito, tomo II, folha 824).

318. O artigo 338 do CPCCN estabelece que “[a]presentada a demanda na forma prescrita, o juiz dará traslado ao demandado para que compareça e a conteste dentro de quinze dias. Quando a parte demandada for a Nação, uma província ou um município, o prazo para comparecer e contestar a demanda será de sessenta dias”. Cf. Artigo 338 CPCCN, Lei 17.454/1967, texto ordenado pelo Decreto 1042/1981 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VII, folha 3154).

319. O artigo 367 do CPCCN ordena que o “prazo de produção de prova será determinado pelo juiz, e não excederá quarenta dias. Este prazo é comum e começará a correr a partir da data de celebração da audiência prevista no art. 360 do presente Código”, e o artigo 482 do CPCCN dispõe que “[p]roduzida a prova, o Secretário Administrativo, sem necessidade de gestão alguma dos interessados, ou sem justificá-la se o fizerem, ordenará que se agregue ao expediente. Cumprido este trâmite o Secretário Administrativo colocará os autos na Secretaria do juízo para alegações; esta providência se notificará por citação e uma vez firme se entregará os autos aos advogados em ordem e pelo prazo de seis dias cada um, sem necessidade de petição escrita e sob sua responsabilidade para que apresentem, se considerarem conveniente as alegações sobre o mérito da prova. Se considerará como uma única parte a que atue sob representação comum. Transcorrido o prazo sem que os autos tenham sido devolvidos, a parte que o retiver perderá o direito de apresentar alegações sem requerimento. O prazo para apresentar a alegação é comum”. Cf. Artigo 367 do CPCCN e Artigo 482 do CPCCN, Lei 17.454/1967, texto ordenado pelo Decreto 1042/1981 (expediente de anexos ao escrito de petições e provas, tomo VII, folha 3154).

320. O artigo 460 do CPCCN estabelece que “[d]ada a vista que correspondesse segundo o artigo anterior ou vencido o prazo para fazê-lo, na audiência prevista no art. 360 o juiz designará o perito e fixará os pontos da perícia, podendo agregar outros ou eliminar os que considere improcedentes ou superfluos, e indicará o prazo dentro do qual o perito deverá cumprir sua missão. Se a resolução não fixar este prazo se entenderá que é de quinze dias”. Cf. Artigo 460 do CPCCN, Lei 17.454/1967, texto ordenado pelo Decreto 1042/1981 (expediente de anexos ao escrito de petições e provas, tomo VII, folha 3154).

321. O artigo 244 do CPCCN prevê que “[n]ão havendo disposições em contrário, o prazo para apelar será de cinco dias. Toda decisão sobre honorários será apelável. O recurso de apelação deverá ser interposto e poderá ser fundamentado dentro de cinco dias a partir da notificação”. Cf. Artigo 244 do CPCCN, Lei 17.454/1967, texto ordenado pelo Decreto 1042/1981 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VII, folha 3154).

322. Artigo 34.3.c do CPCCN, Lei 17.454/1967, texto ordenado pelo Decreto 1042/1981 (expediente de anexos ao escrito de petições e provas, tomo VII, folha 3154).

323. Cf. Artigo 36 do CPCCN, Lei 17.454/1967, texto ordenado pelo Decreto 1042/1981 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VII, folha 3154).

324. Cf. Escrito do Juiz Federal de 1ª Instância de 17 de fevereiro de 1998, folha 237.

325. Artigo 482 do CPCCN, Lei 17.454/1967, texto ordenado pelo Decreto 1042/1981 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VII, folha 3154).

e que “[o] recurso de apelação deverá ser interposto e poderá ser fundamentado dentro de cinco dias a partir da notificação”.<sup>326</sup> No presente caso, em 18 de novembro de 1996, o Estado interpôs o recurso de apelação contra a decisão judicial que rejeitou a exceção preliminar de prescrição e fixou honorários (par. 87 *supra*). Depois de realizados diversos trâmites dirigidos à fundamentação adequada deste recurso por parte do EMGE, em 24 de março de 1997, assinalou que apelava os honorários por serem muito altos (par. 87 *supra*). A Corte nota que, apesar de o prazo legalmente estipulado para tal feito ter sido excedido em aproximadamente quatro meses, em 26 de março de 1997 o juiz aceitou o recurso de apelação (par. 87 *supra*).

186. Em suma, dos argumentos apresentados pelo Estado não decorrem razões concretas que justifiquem por que um processo civil que não devia durar mais de dois anos (par. 174 *supra*), acabou durando mais de 12 anos. Como se mencionou anteriormente, a atividade da parte interessada não é a causa direta desta dilação, de modo que não foi desvirtuada a falta de diligência das autoridades judiciais responsáveis pelo processo judicial em relação aos termos ou prazos estabelecidos pelo processo civil. À luz do anterior, o Tribunal conclui que a autoridade judicial não buscou de forma diligente que os prazos processuais fossem cumpridos, não cumpriu seu dever de “tom[ar] medidas dirigidas a evitar a paralisação do processo”<sup>327</sup> e, apesar de se tratar de um assunto relacionado com uma indenização por incapacidade física de um menor de idade, não fez uso de suas faculdades de instrução e de direção, não conferiu um “despacho preferencial”<sup>328</sup> e, em geral, não teve a diligência especial requerida para resolver este assunto objeto de seu conhecimento.

*C.4.2) Atuação de outras autoridades do Estado como parte demandada ou outras autoridades estatais envolvidas*

187. O Tribunal destaca que no presente caso a parte demandada era o Estado, mais especificamente o EMGE e, portanto, também considera necessário analisar as ações das autoridades estatais que atuaram como contraparte com o fim de estabelecer se uma parte das dilações do presente caso poderia ser atribuível a elas. De maneira concreta, a Corte observa as seguintes atuações processuais realizadas pela parte demandada: i) em 27 de fevereiro de 1996, deu-se traslado à demanda e o EMGE respondeu à mesma em 3 de setembro de 1996 (par. 85 *supra*), isto é, mais de quatro meses depois de vencido o prazo legal (nota 318 *supra*); ii) o EMGE não compareceu à audiência de conciliação convocada pelo juiz no processo, justificando que a instituição não contava com faculdades para conciliar (par. 88 *supra*).
188. Por outro lado, esta Corte nota que outras instituições estatais estiveram envolvidas no processo. Entre elas, pode-se ressaltar a atuação do Registro de Propriedade e do Departamento de Cadastro. Estes organismos estatais realizaram diversos trâmites com o fim de determinar a titularidade do prédio onde ocorreu o acidente (par. 83 *supra*). À luz destes fatos, a Corte considera que estes trâmites não foram eficientes, pois, além de durarem mais de três anos, apenas foi possível identificar o titular do lote 2 e, finalmente, a parte autora teve que desistir destes ofícios, “[a]tenta ao resultado negativo dos mesmos” (pars. 83 e 84 *supra*). Como foi exposto anteriormente, este lapso de tempo contribuiu substancialmente para o atraso do processo, e o juiz tampouco tomou medidas na sua qualidade de diretor do processo para evitar a prolongação destas diligências (par. 186 *supra*).
189. Além disso, a Corte observa que o perito médico solicitou a realização de uma ressonância magnética em 18 de maio de 1998 e que, depois de uma série de trâmites,<sup>329</sup> a consulta para realizar este exame apenas foi marcada para 11 de janeiro de 2000, isto é, mais de um ano e sete meses depois (par. 94 *supra*). Este Tribunal considera que o tempo transcorrido para a realização do exame médico não é razoável e reflete uma falta de diligência por parte das autoridades envolvidas. O anterior se agrava tratando-se da saúde de um menor de idade portador de deficiência (par. 139 *supra*), para quem era necessária uma maior celeridade, não apenas no processo judicial em curso, mas também na obtenção da prova que estava sendo produzida dentro do mesmo e que, ademais, foi solicitada a outra entidade estatal. Com base nas considerações anteriores, a Corte adverte que as atuações do Estado como parte demandada envolveram importantes

326. Artigo 224 do CPCCN, Lei 17.454/1967, texto ordenado pelo Decreto 1042/1981 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VII, folha 3154).

327. Cf. Artigo 36, inciso 1 do CPCCN, Lei 17.454/1967, texto ordenado pelo Decreto 1042/1981 (expediente de anexos ao escrito de petições e provas, tomo VII, folha 3154).

328. Cf. Regulamento para a Justiça Nacional, Acordado em 17/12/1952, Artigo 36.

329. Cf. Comunicações e ofícios elaborados para conseguir a consulta para a ressonância magnética, nota 168 *supra*.

níveis de passividade, inatividade e falta de devida diligência, aspectos muito problemáticos em um caso desta natureza, e que causaram o atraso da resolução do processo judicial.<sup>330</sup>

190. Em consideração das razões expostas acima, este Tribunal considera que o Estado não demonstrou que a demora prolongada por mais de 12 anos não seja atribuível à conduta de suas autoridades,<sup>331</sup> ainda mais quando se tem em conta que não foram apenas as autoridades judiciais que teve uma participação direta neste processo, mas que várias das dilações são atribuíveis a agentes estatais que participaram como parte demandada ou que deviam oferecer informação ou atuar de maneira expeditiva com o fim de garantir a celeridade do processo.

#### C.5) Afetação jurídica da parte interessada e impactos na integridade pessoal

##### *Alegações das partes e da Comissão Interamericana*

191. A Comissão argumentou que “o processo tinha como objetivo a determinação da responsabilidade estatal no caso de Sebastián, [...] o que resultaria em uma reparação monetária que seria chave para proporcionar um adequado e oportuno tratamento de reabilitação e assistência psicológica e psiquiátrica a Sebastián”. Além disso, ressaltou que “Sebastián Furlan era um adolescente no momento no qual sofreu os danos permanentes, razão pela qual requeria atenção e reabilitação de acordo com seu estado de desenvolvimento”. Igualmente, argumentou que “Sebastián sofreu uma deficiência severa como resultado do acidente, cujas consequências requeriam um tratamento oportuno e multidisciplinar, para o qual [...], dada sua precária situação econômica, necessitava contar com a indenização”. Acrescentou que “os efeitos da demora injustificada do processo na integridade pessoal de Sebastián” configuraram “uma violação separada de seu direito à integridade pessoal”.
192. Os representantes sustentaram que o “início e o resultado da ação [...] tinham uma relação inerente às exigências para [a] reabilitação” de Sebastián Furlan, pois “o passar do tempo afetava de maneira direta [sua] saúde” e “enquanto mais demorava o recebimento da indenização, mais se limitavam as possibilidades de ter acesso a tratamentos integrais e demais cuidados especiais que sua situação requeria”. Acrescentaram que a justiça não teve em conta a “situação de vulnerabilidade e [as] notórias necessidades de proteção” de Sebastián Furlan, que “o afetado [não apenas] era um menor de idade, mas que sofria de uma deficiência”, e as condições de “pobreza e de marginalidade” nas quais vivia sua família. Ademais, alegaram a violação dos “direitos à informação, à saúde, à previdência social, à integridade pessoal e à uma vida digna em detrimento de Sebastián Furlan”, devido a diversas omissões relacionadas com a reabilitação e a “intervenção [de] saúde mental e serviço social”. Indicaram que as “omissões do Estado” tiveram uma especial ingerência na recuperação de Sebastián Furlan, pois “careceu de uma atenção médica integral adequada e oportuna que lhe permitisse suportar os problemas de saúde causados pelo acidente nas melhores condições possíveis”.
193. O Estado não apresentou alegações específicas sobre o impacto causado à parte interessada. Entretanto, afirmou que lhe foi negada “toda possibilidade de apresentar argumentos defensivos” diante da suposta violação “do direito à integridade pessoal [...] em relação ao desenvolvimento progressivo dos direitos econômicos, sociais e culturais”. Assinalou que “a partir do acidente sofrido por Sebastián, em dezembro de 1988, o Estado lhe concedeu assistência médica e psicológica em várias oportunidades”. Acrescentou que “o serviço de saúde pública sempre esteve disponível para Sebastián Furlan [...]. Porém, sua família escolheu buscar atenção médica privada, em uma decisão pessoal absolutamente respeitável, mas não atribuível ao Estado argentino”. Além disso, o Estado assinalou que foi oferecida atenção médica gratuita a Sebastián Furlan e à sua família “por razões puramente humanitárias”. Segundo o Estado, Danilo Furlan “se comunicou com [o Departamento de Direitos Humanos do Ministério de Relações Exteriores, Comércio e Culto] para expressar sua gratidão”. Argumentou que “compareceu [...] com seu filho Sebastián apenas uma vez às entrevistas programadas e nessa oportunidade manifestou sua vontade de desistir do tratamento por ele solicitado por causa da resistência do próprio núcleo familiar”.

##### *Considerações da Corte*

194. A Corte reitera que para determinar a razoabilidade do prazo, deve-se tomar em conta o impacto causado

330. Em sentido similar, em um caso no qual as autoridades judiciais internas demoraram mais de dois anos para coletar a prova médica que o demandante necessitava para provar as lesões causadas por um acidente de trânsito, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos considerou que apenas circunstâncias excepcionais poderiam justificar este tipo de demora; T.E.D.H., *Caso Martins Moreira Vs. Portugal*, (No. 11371/85), Sentença de 26 de outubro de 1988, par. 58 (“The Court finds it surprising that it took two years to carry out three medical examinations, the longest of which required only fifteen days. Only very exceptional circumstances could justify such a delay”).

331. Cf. *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana*, par. 260.

pela duração do procedimento na situação jurídica da pessoa envolvida no mesmo,<sup>332</sup> considerando, entre outros elementos, a matéria objeto de controvérsia.<sup>333</sup> Nesse sentido, este Tribunal estabeleceu que se o passar do tempo incide de maneira relevante na situação jurídica do indivíduo, será necessário que o procedimento avance com maior diligência a fim de que o caso seja resolvido em um tempo breve.<sup>334</sup>

195. A este respeito, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos, em reiteradas oportunidades utilizou este critério na análise de prazo razoável. Com efeito, no caso *H. Vs. Reino Unido*, aquele Tribunal fez especial ênfase na importância do “que estava em jogo” para o autor, e determinou que o resultado do procedimento em questão tinha um caráter particular de irreversibilidade, de modo que neste tipo de casos as autoridades devem atuar com uma diligência excepcional.<sup>335</sup> Além disso, no caso *X. Vs. França*, o Tribunal Europeu manifestou que as autoridades judiciais deveriam atuar de maneira excepcionalmente diligente em um procedimento no qual estava envolvida uma pessoa com AIDS, já que o que estava em jogo para o demandante era de crucial importância, tomando em conta que sofria de uma enfermidade incurável que reduzia suas expectativas de vida.<sup>336</sup> De igual forma, nos casos *Codarcea Vs. Romênia e Jablonska Vs. Polônia*, o Tribunal Europeu considerou que a avançada idade dos demandantes requeria uma especial diligência por parte das autoridades na resolução do processo.<sup>337</sup>
196. Além disso, a Corte recorda que a CDPD, anteriormente resumida (par. 137 *supra*), contém normas sobre a importância do acesso à justiça das pessoas portadoras de deficiência “em igualdade de condições com as demais” e “inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade” (Preâmbulo e art. 13.1). Nesse sentido, o Tribunal considera que em casos de pessoas vulneráveis, como é uma pessoa portadora de deficiência, é imperativo tomar as medidas pertinentes, como por exemplo a prioridade na atenção e na resolução do procedimento por parte das autoridades responsáveis, com o fim de evitar atrasos na tramitação dos processos, de maneira que se garanta a pronta resolução e a execução dos mesmos.
197. No presente caso, a Corte considera que a prova constante dos autos confirma o impacto na saúde física e psíquica de Sebastián Furlan causado em razão do acidente e suas posteriores necessidades de atenção médica e psicológica (pars. 73, 74, 76, 77, 95, 96 e 111 *supra*). Ademais, encontra-se provado que tanto Sebastián Furlan como sua família não contavam com os meios econômicos suficientes para poder oferecer os tratamentos médicos e psiquiátricos que foram recomendados ao longo dos anos (par. 71 *supra*). Nesse sentido, a perita Rodríguez manifestou, baseando-se nos tratamentos prescritos pelos médicos que o avaliaram durante o processo judicial, que apesar de Sebastián Furlan ter alcançado a maioridade durante a causa civil, “se tivesse sido implementado o tratamento sugerido e uma terapia neurocognitiva continuada no tempo, seguramente seu funcionamento e qualidade de vida no presente seriam melhores”.<sup>338</sup> Nesse sentido, a perita afirmou que Sebastián Furlan “não teve os tratamentos necessários com a frequência e continuidade requeridas[, os quais] teria[m] permitido que talvez chegasse à idade adulta com melhores possibilidades de

332. Cf. *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia*, par. 155.

333. Cf. *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de agosto de 2010 Série C Nº 214, par. 136.

334. Cf. *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia*, par. 155, e *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek. Vs. Paraguai*, par. 136.

335. Cf. T.E.D.H., *Caso H. Vs. Reino Unido*, (No. 9580/81), Sentença de 8 de Julho de 1987, par. 85 (“In the present case, the Court considers it right to place special emphasis on the importance of what was at stake for the applicant in the proceedings in question. Not only were they decisive for her future relations with her own child, but they had a particular quality of irreversibility [...]. In cases of this kind the authorities are under a duty to exercise exceptional diligence”).

336. Cf. T.E.D.H., *Caso X. Vs. França*, (No. 18020/91), Sentença de 31 de março de 1992, par. 47 (“the Court takes the view that what was at stake in the contested proceedings was of crucial importance for the applicant, having regard to the incurable disease from which he was suffering and his reduced life expectancy. [...] In short, exceptional diligence was called for in this instance, notwithstanding the number of cases which were pending, in particular as it was a controversy the facts of which the Government had been familiar with for some months and the seriousness of which must have been obvious to them”). Em sentido similar, T.E.D.H., *Caso A. e outros Vs. Dinamarca*, (No. 20826/92), Sentença de 8 de fevereiro de 1996, par. 78 (“The Court shares the Commission’s opinion that what was at stake in the proceedings was of crucial importance for Mr A, Mr Eg, Mr C, Mr D, Mr E, Mr F and the son of Mr and Mrs G in view of the incurable disease from which they were suffering and their reduced life expectancy, as was sadly illustrated by the fact that Mr C, Mr F and the son of Mr and Mrs G died of AIDS before the case was set down for trial. Accordingly, in so far as concerns the first eight applicants, the competent administrative and judicial authorities were under a positive obligation under Article 6 para. 1 [...] to act with the exceptional diligence required by the Court’s case-law in disputes of this nature”).

337. Cf. T.E.D.H., *Caso Jablonská Vs. Polônia*, (No.60225/00), Sentença de 9 de março de 2004. Final, 9 de junho de 2004, par. 43 (“Having regard to all the relevant circumstances and, more particularly, to the fact that in view of the applicant’s old age – she was already 71 years old when the litigation started – the Polish courts should have displayed particular diligence in handling her case”), e *Caso Codarcea Vs. Romênia*, (No. 31675/04), Sentença de 2 de junho de 2009. Final, 2 de setembro de 2009, par. 89. Além disso, *Caso Styranski Vs. Polônia*, (No. 28616/95), Sentença de 30 de outubro de 1998, par. 57 (“Therefore, in view of his age, the proceedings were of undeniable importance for him. Accordingly, what was at stake for the applicant called for an expeditious decision on his claim”), e *Caso Krzak Vs. Polônia*, (No. 51515/99), Sentença de 6 de abril de 2004. Final, 7 de julho de 2004, par. 42.

338. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública o 10 de fevereiro de 2012 pela médica Estela del Carmen Rodríguez (expediente de mérito, tomo II, folha 763).

independência”.<sup>339</sup> Quanto à urgência do tratamento que Sebastián Furlan deveria ter recebido, a perita afirmou que, “naquela idade, o córtex pré-frontal responsável pelas funções executivas, estava em fase de crescimento rápido. Por isso não surpreende a disfunção executiva que teve e tem”.<sup>340</sup> A perita concluiu que Sebastián Furlan “tem o antecedente de um severo traumatismo craniano, com fratura de temporal direito, que deveria ser tratado com [t]erapia [i]ntensiva”.<sup>341</sup>

198. Finalmente, a perita Rodríguez afirmou:

Neste caso, deviam ter aproveitado os anos posteriores ao [traumatismo cranioencefálico], quando o menino estava se escolarizando, para trabalhar os aspectos de conduta, sociais, cognitivos (que seguramente estavam comprometidos), e também estar próximo da família para orientá-la e detectar as possíveis disfunções que ocorrem com frequência. Tudo isso requeria uma equipe interdisciplinar. Foi indicado tratamento psicopatológico mas isso não foi suficiente, se o hospital não podia prover esta abordagem, e nesse momento não havia no sistema público de saúde uma instituição que pudesse fazê-lo, deveria ter sido encaminhado a uma instituição privada.<sup>342</sup>

199. Por outro lado, a Corte observa que, no marco do processo civil informou-se sobre duas tentativas de suicídio cometidas por Sebastián Furlan (par. 89 *supra*). O Tribunal considera que isso constituía uma informação posta em conhecimento do juiz que evidenciava os problemas na reabilitação inicial que Sebastián Furlan havia recebido e a necessidade de uma assistência médica especializada diante de sua delicada situação, o que implicava uma maior celeridade para a conclusão do processo.

200. Outra situação que mostrava que a situação de Sebastián Furlan era urgente, foi o incidente que desencadeou sua ordem de detenção preventiva em 21 de fevereiro de 1994, para realizar um exame psiquiátrico no dia seguinte, a fim de “determinar se se encontr[ava] em condições de prestar declaração indagatória e se [era] perigoso para si e/ou a terceiros” (par. 107 *supra*). Nesta oportunidade, o Juízo ordenou a internação de Sebastián Furlan em um centro especializado para garantir sua segurança e o tratamento psiquiátrico, tomando em conta os relatórios médicos elaborados por psiquiatras profissionais que constataram as graves afetações à saúde sofridas por ele (par. 108 *supra*). Durante sua estadia no Hospital Evita, o Juízo valorou de maneira constante seu estado de saúde mental com base na análise dos laudos médicos elaborados por pessoal do Hospital e de outras instituições médicas estatais que tomaram em consideração as graves perturbações mentais e a difícil situação familiar em que se encontrava Sebastián Furlan. A Corte ressalta que os fatos resumidos anteriormente foram incorporados aos autos do juízo civil (par. 89 *supra*) e eram fatos que provavam a grave situação que atravessava Sebastián Furlan. Entretanto, estes fatos não foram levados em consideração pelo juiz responsável pelo processo com a finalidade de dar maior celeridade ao mesmo.

201. Com base no anteriormente exposto, a Corte considera relevante recordar que o presente processo civil por danos e prejuízos envolvia um menor de idade, e posteriormente um adulto, em condição de deficiência, o que implicava uma obrigação reforçada de respeito e garantia de seus direitos. Particularmente, com respeito às autoridades judiciais que foram responsáveis por este processo civil, era imprescindível que levassem em conta as particularidades relacionadas com a condição de vulnerabilidade na qual se encontrava a suposta vítima, pois, além de ser um menor de idade e posteriormente um adulto portador de deficiência, contava com poucos recursos econômicos para fazer uma reabilitação apropriada. A este respeito, a Corte recorda que “é direto e significativo o vínculo existente entre a deficiência, por um lado, e a pobreza e a exclusão social, por outro”.<sup>343</sup>

202. Portanto, se as autoridades judiciais houvessem levado em conta o estado de vulnerabilidade em que se encontrava Sebastián Furlan pelas particularidades anteriormente descritas, teria sido evidente que o presente caso exigia uma maior diligência por parte das autoridades judiciais, pois da brevidade do processo dependia o objetivo primordial do processo judicial, que era obter uma indenização que pudesse estar destinada a cobrir as dívidas acumuladas durante anos pela família de Sebastián Furlan para sua reabilitação e para realizar os tratamentos necessários dirigidos a atenuar os efeitos negativos do passar do tempo. Além disso, a Corte observa que, apesar da concordância entre os dois laudos médicos a respeito da necessidade de tratamento urgente de Sebastián Furlan, o juiz da causa não adotou medidas oportunas para garantir um devido acesso à reabilitação.

339. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública pela médica Estela del Carmen Rodríguez, folha 763.

340. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública pela médica Estela del Carmen Rodríguez, folha 765.

341. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública pela médica Estela del Carmen Rodríguez, folha 765.

342. Declaração prestada perante agente dotado de fé pública pela médica Estela del Carmen Rodríguez, folha 765.

343. *Caso Ximenes López Vs. Brasil*, par. 104.



203. Em consideração do acima exposto, a Corte considera que se encontra suficientemente provado que a prolongação do processo neste caso incidiu de maneira relevante e certa na situação jurídica da suposta vítima e seu efeito tem, até o dia de hoje, um caráter irreversível, porquanto ao atrasar a indenização de que necessitava, tampouco pôde receber os tratamentos que poderiam oferecer-lhe uma melhor qualidade de vida.

*C.6) Conclusão sobre prazo razoável*

204. Uma vez analisados os quatro elementos para determinar a razoabilidade do prazo (par. 152 *supra*), a Corte Interamericana conclui que as autoridades judiciais responsáveis pelo processo civil por danos e prejuízos e pelo pagamento da indenização não atuaram com a devida diligência e o dever de celeridade exigido em virtude da situação de vulnerabilidade na qual se encontrava Sebastián Furlan, razão pela qual excederam o prazo razoável, o que viola o direito às garantias judiciais estabelecido no artigo 8.1, em relação aos artigos 19 e 1.1, todos da Convenção Americana, em detrimento de Sebastián Claus Furlan.

205. A Corte observa que a Comissão e os representantes alegaram que o direito ao prazo razoável também teria sido violado em detrimento de seu pai, o senhor Danilo Furlan e de sua mãe, a senhora Susana Fernández. A este respeito, o Tribunal considera que o titular dos direitos violados no presente caso era Sebastián Furlan e que seus pais atuaram em sua representação, mas não exercendo um direito próprio. Sem prejuízo do anterior, a atividade e a participação do senhor Danilo Furlan e da senhora Susana Fernández durante o processo civil por danos e prejuízos serão analisadas com maior detalhe no capítulo sobre o direito à integridade pessoal e o acesso à justiça dos familiares de Sebastián Furlan (pars. 245 a 266 *infra*).

**D) Proteção judicial e direito à propriedade**

*Alegações das partes e da Comissão Interamericana*

206. A Comissão considerou que “a execução das sentenças é parte integrante do direito de acesso ao recurso judicial”. Esclareceu que “o direito à propriedade não é parte da *litis* examinada no presente caso[, razão pela qual] não analisará a decisão de executar a sentença com títulos[, mas] [a pergunta de] se o Estado [...] cumpriu ou não as obrigações [...] de garantir o cumprimento efetivo da decisão”. Argumentou que “não [se] pode considerar efetiva a execução da sentença que, por suas características, significava uma diminuição considerável da reparação concedida”. Afirmou que era necessário ter em conta a “precária situação econômica, a urgência de proporcionar atenção, cuidados e tratamento a [Sebastián Furlan] e a necessidade de pagar as custas processuais, [razão pela qual não havia] a opção de esperar até janeiro de 2016 para cobrar os títulos por seu valor nominal”. Ademais, manifestou que “a incompatibilidade deste pagamento não se baseia na modalidade de título como tal, mas na diminuição substantiva do valor atual no momento do pagamento”, de modo que a Comissão argumentou que “se um Estado adota uma política de pagar certas sentenças em títulos, deveria realizá-la assegurando que a quantia paga tenha o valor ordenado no momento do pagamento”.

207. Os representantes coincidiram com a Comissão e acrescentaram que “[o] sistema de execução da indenização judicial reconhecida a favor de Sebastián Furlan contrariou a efetividade da sentença e debilitou seu direito à propriedade”. Manifestaram que “[a] modalidade de pagamento estabelecida pela Lei 23.982, em nenhuma de suas opções previa o pagamento integral e imediato da indenização[, o que], em casos como o de Sebastián Furlan, nos quais se requer o dinheiro para cobrir os gastos exigidos pelo estado de saúde de uma pessoa, acarreta um claro comprometimento de toda possibilidade de reabilitação e assistência”. Argumentaram que “[n]ão é admissível que o Estado, quem causou um fato ilícito em detrimento de uma criança, gerador também de uma situação de deficiência, alegue uma suposta emergência econômica do país, a fim de dilatar o cumprimento de sua obrigação, indispensável para o devido e oportuno tratamento e assistência à vítima”. Alegaram que existiu um “descumprimento de um crédito indenizatório reconhecido por decisão judicial definitiva”, e que se violou “um direito adquirido por parte do beneficiário ao ressarcimento”, já que implicou um prejuízo direto ao patrimônio da vítima. Acrescentaram que “a violação do direito à propriedade deriva do desconhecimento de uma decisão emitida por um órgão judicial, resolução que garantia um crédito indenizatório com um claro conteúdo reparador e alimentar”. Ademais, alegaram que o “direito à saúde de uma pessoa portadora de deficiência não pode ser postergado em razão de um alegado benefício econômico para a comunidade. Menos ainda, quando a Lei de consolidação 23.982 é do ano de 1991, enquanto o ressarcimento econômico foi reconhecido judicialmente e, portanto, integrado ao patrimônio da vítima, no ano 2000”.

208. O Estado manifestou que: i) “os argumentos da Comissão [...] e dos representantes [...] foram de caráter

errático e contraditório[, porquanto] se propõem a não debater os aspectos relativos ao montante da indenização e depois se ofendem amplamente com as diferenças entre o montante estabelecido pela sentença e o efetivamente recebido pelo senhor Furlan”; ii) “no período em que se deu a execução da sentença, o Estado argentino atravessou uma das crises econômicas e sociais mais graves e profundas de sua história, que derivou, entre outras coisas, na desvalorização da moeda, precedida pela derrogação da lei 23.928 de conversibilidade que estabelecia a paridade entre o peso e o dólar”; iii) “esta normativa estabelecia [...] duas opções para o pagamento da indenização fixada judicialmente: o pagamento deferido em dinheiro ou a emissão de títulos de consolidação com prazo de 16 anos”; iv) foi o próprio senhor Danilo Furlan quem “optou voluntariamente pelo mecanismo de emissão de títulos de consolidação” e decidiu “resgatar os [t]ítulos em um prazo menor ao estabelecido pela lei e a um valor inferior ao nominal”, e v) “os 30% de honorários pagos a seu advogado é o resultado de um pacto de cota *litis* acordado livre e voluntariamente com seu advogado”, de maneira que “o fato de que o pagamento destes honorários tenha influído no montante final recebido pelo senhor Furlan é consequência direta daquele acordo e de modo algum pode ser atribuído ao Estado responsabilidade de qualquer tipo”.

### Considerações da Corte

209. A Corte indicou que, nos termos do artigo 25 da Convenção, é possível identificar duas responsabilidades concretas do Estado. A primeira, consagrar normativamente e assegurar a devida aplicação de recursos efetivos perante as autoridades competentes, que amparem a todas as pessoas sob sua jurisdição contra atos que violem seus direitos fundamentais ou que impliquem a determinação de seus direitos e obrigações. A segunda, garantir os meios para executar as respectivas decisões e sentenças definitivas emitidas por tais autoridades competentes,<sup>344</sup> de maneira que se protejam efetivamente os direitos declarados ou reconhecidos. O processo deve estar dirigido à materialização da proteção do direito reconhecido no pronunciamento judicial mediante sua aplicação idônea.<sup>345</sup> Portanto, a efetividade das sentenças depende de sua execução. Isso, devido a que uma sentença com caráter de coisa julgada concede certeza sobre o direito ou controvérsia discutida no caso concreto e, deste modo, tem como um de seus efeitos a obrigatoriedade ou necessidade de cumprimento. O contrário supõe a própria negação do direito envolvido.<sup>346</sup>
210. A este respeito, a Corte reitera que a execução das sentenças deve ser regida pelos padrões específicos que permitam fazer efetivos os princípios, *inter alia*, de tutela judicial, devido processo, segurança jurídica, independência judicial, e estado de direito. A Corte concorda com o Tribunal Europeu de Direitos Humanos ao considerar que para alcançar plenamente a efetividade da sentença, a execução deve ser completa, perfeita, integral<sup>347</sup> e sem demora.<sup>348</sup>
211. Além disso, de acordo com o artigo 25.2.c da Convenção Americana, o princípio de tutela judicial efetiva requer que os procedimentos de execução sejam acessíveis para as partes, sem obstáculos ou demoras indevidas, a fim de que alcancem seu objetivo de maneira rápida, simples e integral.<sup>349</sup> Adicionalmente, as disposições que regem a independência da ordem jurisdicional devem estar formuladas de maneira idônea para assegurar a pontual execução das sentenças sem que exista interferência por parte dos outros poderes do Estado<sup>350</sup> e

344. Cf. *Caso Suárez Rosero Vs. Equador. Mérito*. Sentença de 12 de novembro de 1997. Série C Nº 35, par. 65, e *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C Nº 220, par. 142.

345. Cf. *Caso Baena Ricardo e outros Vs. Panamá. Competência*. Sentença de 28 de novembro de 2003. Série C Nº 104, par. 73, e *Caso Abrill Alosilla e outros Vs. Peru. Mérito Reparações e Custas*. Sentença de 4 de Março de 2011. Série C Nº 223, par. 75.

346. Cf. *Caso Mejía Idrovo Vs. Equador*, par. 104, *Caso Baena Ricardo e outros Vs. Panamá. Competência*, par. 82, e *Caso Acevedo Buendía e outros (“Demitidos e aposentados da Controladoria”) Vs. Peru*, par. 72.

347. Cf. *Caso Mejía Idrovo Vs. Equador*, par. 105, citando T.E.D.H., *Caso Matheus Vs. França*, (No. 62740/01), Sentença de 31 de março de 2005, par. 58. Segundo os padrões elaborados pelo Comitê Consultivo de Juízes Europeus (CCJE), um órgão consultivo do Comitê de Ministros do Conselho da Europa em matérias relativas à independência, à imparcialidade e à competência profissional dos juízes, “A execução das decisões judiciais deve ser equitativa, rápida, efetiva e proporcional” (Cf. Opinion nº 13 (2010), *On the role of judges in the enforcement of judicial decisions*. Disponível em: [https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE\(2010\)2&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorIntenet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864](https://wcd.coe.int/wcd/ViewDoc.jsp?Ref=CCJE(2010)2&Language=lanEnglish&Ver=original&BackColorIntenet=DBDCF2&BackColorIntranet=FDC864&BackColorLogged=FDC864)).

348. Cf. *Caso Mejía Idrovo Vs. Equador*, par. 105, citando T.E.D.H., *Caso Cocchiarella Vs. Itália*, (No. 64886/01), G.C., Sentença de 29 de março de 2006, par. 89, e *Caso Gaglione e outros Vs. Itália*, (No. 45867/07 e outros), Sentença de 21 de dezembro de 2010. Final. 20 de junho de 2011, par. 34. A luz da jurisprudência consolidada do T.E.D.H., O atraso na execução da decisão judicial pode constituir uma violação do direito a ser julgado dentro de um prazo razoável protegido pelo artigo 6 par. 1 do Convênio Europeu de Direitos Humanos já que esta execução “deve ser considerada parte integral do processo para os fins do artigo 6”. Tradução da Secretaria da Corte Interamericana; cf. também T.E.D.H., *Caso Hornsby Vs. Grécia*, (No. 18357/91), Sentença de 19 de março de 1997, par. 40, e *Caso Jasiūniēnė Vs. Lituânia*, (No. 41510/98), Sentença do 6 de março de 2003. Final, 6 de junho de 2003, par. 27.

349. Cf. *Caso Mejía Idrovo Vs. Equador*, par. 106. Cf. Comitê Consultivo de Juízes Europeus, *Opinion nº 13 (2010), On the role of judges in the enforcement of judicial decisions*, Conclusions, H).

350. Cf. *Caso Mejía Idrovo Vs. Equador*, par. 106. Cf. Comitê Consultivo de Juízes Europeus, *Opinion nº 13 (2010), On the role of judges in the*

garantir o caráter vinculante e obrigatório das decisões de última instância.<sup>351</sup> A Corte considera que em um ordenamento baseado no princípio do Estado de Direito, todas as autoridades públicas, dentro do âmbito de sua competência, devem atender as decisões judiciais, assim como dar impulso e execução às mesmas sem obstaculizar o sentido e o alcance da decisão nem atrasar indevidamente sua execução.<sup>352</sup>

212. O Tribunal considera que no presente caso se encontra provado que, depois de um atraso não justificado no processo civil por danos e prejuízos (par. 205 *supra*), Sebastián Furlan deveria iniciar uma segunda etapa administrativa com o objetivo de alcançar o pagamento da indenização concedida através da sentença judicial. Sem prejuízo de que a duração deste processo de execução já foi analisada de maneira conjunta no capítulo anterior (pars. 147 a 152 *supra*), a Corte examinará as seguintes alegações: i) se a execução da sentença foi completa e integral; ii) se se encontrava justificada a aplicação da Lei 23.982 de 1991 sobre emergência econômico-financeira no presente caso, e iii) se o anterior teve um impacto no direito à propriedade.
213. Em primeiro lugar, a Corte observa que a indenização declarada a favor de Sebastián Furlan permaneceu enquadrada sob a Lei 23.982 de 1991 (par. 103 *supra*), razão pela qual devia escolher entre duas formas de pagamento: i) o pagamento deferido em dinheiro, ou ii) a emissão de títulos de consolidação com prazo de vencimento de 16 anos. Qualquer uma destas duas opções implicava que Sebastián Furlan não receberia de maneira imediata a soma de 130.000 pesos argentinos a título de indenização a seu favor, mas que devia escolher entre um pagamento posterior da soma ou um pagamento por meio de títulos que apenas obteriam o valor nominal depois de transcorridos 16 anos. A este respeito, encontra-se provado que devido às precárias condições econômicas nas quais se encontrava (pars. 104, 117 *supra*) e da necessidade de uma rápida obtenção do dinheiro para os tratamentos médicos (par. 71 *supra*),<sup>353</sup> Danilo Furlan optou pela emissão de títulos de consolidação em moeda nacional com vencimento no ano 2016 (par. 104 *supra*). Além disso, esta Corte observa que depois de que os títulos foram pagos ao beneficiário, o senhor Danilo Furlan os vendeu por um valor de 33% de seu valor nominal. Depois de efetuar o pagamento do montante correspondente às custas processuais segundo a responsabilidade de 30% atribuída, e gastar os 30% que correspondiam ao advogado, Sebastián Furlan recebeu apenas 116.063 títulos, equivalentes a aproximadamente \$38.000 pesos argentinos, dos 130.000 pesos argentinos ordenados pela sentença.
214. Dos fatos anteriormente descritos, a Corte considera que a execução da sentença que concedeu a indenização não foi completa nem integral, porquanto se encontra provado que Sebastián Furlan devia receber 130.000 pesos argentinos e realmente recebeu aproximadamente 38.000 pesos argentinos, o que é um montante excessivamente menor ao que havia sido inicialmente ordenado. Apesar de o Estado alegar que a decisão de vender os títulos foi uma decisão de âmbito pessoal, a Corte observa que as condições pessoais e econômicas urgentes nas quais se encontravam Sebastián Furlan e sua família (pars. 71, 104 e 214 *supra*) não lhes permitia esperar até o ano 2016 para receber o pagamento. Igualmente, o Tribunal nota que nem a Comissão nem os representantes apresentaram alegações sobre o montante inicial fixado na sentença, mas precisamente ao fato de que ao se realizar o pagamento, este tenha diminuído a quase um terço.
215. Em segundo lugar, sem realizar uma análise geral da Lei 23.982 de 1991, é necessário analisar o impacto que a aplicação desta lei teve no caso concreto. O primeiro efeito estaria resumido em que Sebastián Furlan não recebeu a indenização de maneira completa e integral, o que implicava um prejuízo à possibilidade real de oferecer-lhe tratamentos médicos e outras necessidades geradas por ser uma pessoa portadora de deficiência (par. 203 *supra*). Nesse sentido, o Tribunal considera que à hora de aplicar a Lei 23.982 de 1991, as autoridades administrativas deveriam ter sob consideração que Sebastián Furlan era uma pessoa portadora de deficiência e de baixos recursos econômicos, o que o colocava em situação de vulnerabilidade e exigia uma maior diligência das autoridades estatais.
216. A este respeito, o Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais manifestou que “a obrigação dos Estados Partes de proteger os membros vulneráveis de suas respectivas sociedades reveste uma importância em realidade maior, e não menor, em momentos de grande escassez de recursos”.<sup>354</sup> Além disso, manifestou a

*enforcement of judicial decisions*, Conclusions, F). Ver também T.E.D.H., *Caso Matheus Vs. França*, pars. 58 e ss.

351. Cf. *Caso Mejia Idrovo Vs. Equador*, par. 106. Quer dizer que seu acatamento seja forçado e que em caso de que não sejam obedecidas voluntariamente, possam ser exigíveis de maneira coativa.

352. Cf. *Caso Mejia Idrovo Vs. Equador*, par. 106. O T.E.D.H. estabeleceu no *Caso Immobiliare Saffi Vs. Itália*, que: “Se se pode admitir em princípio que os Estados intervenham em um procedimento de execução de uma decisão judicial, tal intervenção não pode ter como consequência prática que se impeça, invalide ou atrase de maneira excessiva a execução em questão e menos ainda que se questione o mérito da decisão”. Cf. T.E.D.H., *Caso Immobiliare Saffi Vs. Itália*, par. 74. Tradução da Secretaria da Corte Interamericana.

353. Declaração de Claudio Furlan prestada na audiência pública em 27 de fevereiro de 2012.

354. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral nº 5, par. 10

importância de prestar apoio suficiente a quem, em razão de sua deficiência, tenham sido privados de suas oportunidades de emprego, o que deve refletir “as necessidades especiais de assistência e outros gastos associados frequentemente com a deficiência[, e a]lém disso, na medida do possível, o apoio prestado deve incluir também as pessoas [...] que se ocupam do cuidado das pessoas portadoras de deficiência [...], incluídos os familiares destas últimas pessoas, [já que] se encontram com frequência na urgente necessidade de obter apoio financeiro como consequência de seu trabalho de ajuda”.<sup>355</sup> Outrossim, o Comitê da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, em seu primeiro caso,<sup>356</sup> manifestou que devem ser levadas “em consideração as circunstâncias particulares das pessoas às que se aplique” uma lei, posto que os Estados não devem realizar uma aplicação imparcial da mesma “sem uma justificação objetiva e razoável”, porque se deve tratar “de forma diferente a pessoas cuja situação seja consideravelmente distinta”.

217. No presente caso, as autoridades administrativas nunca tiveram sob consideração que aplicar a modalidade de pagamento estabelecida na mencionada Lei diminuía excessivamente os valores que recebeu Sebastián Furlan para uma adequada reabilitação e melhores condições de vida tendo em conta seu estado de vulnerabilidade. Ao contrário, o Estado justificou a aplicação desta regulamentação devido a que ocorreu “uma das crise econômicas e sociais mais graves e profundas da história, que derivou, entre outras coisas, na desvalorização da moeda, precedida pela derrogação da lei [...] de conversibilidade que estabelecia a paridade entre o peso e o dólar”. Entretanto, o Tribunal observa que a regulamentação aplicada no presente caso data de 1991, de modo que a Corte considera que era necessário que as autoridades que executaram a sentença judicial tivessem realizado uma ponderação entre o estado de vulnerabilidade no qual se encontrava Sebastián Furlan e a necessidade de aplicar a lei que regulamentava estas modalidades de pagamento. A autoridade administrativa devia prever este tipo de impacto desproporcional e tentar aplicações alternativas menos lesivas em respeito à forma de execução menos prejudicial para as pessoas em situação de maior vulnerabilidade.
218. De modo similar se pronunciou a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, ao avaliar a aplicação da Lei 23.982 em casos concretos que exigiam um trâmite especial pela situação de vulnerabilidade dos afetados. Esta Corte Suprema afirmou que “na legislação de emergência, a restrição ao exercício normal de direitos patrimoniais tutelados pela Constituição deve ser razoável, limitada no tempo, e também deve consistir em um remédio para a grave situação excepcional, sem provocar a mutação substantiva ou a essência do direito reconhecido” a uma pessoa específica.<sup>357</sup> Em consequência, em um caso semelhante de uma pessoa portadora de deficiência, afirmou que “o modo de cumprimento da sentença resultante do regime da Lei 23.982, comportaria não apenas uma postergação no ingresso de um bem de natureza econômica no patrimônio da vítima, mas, principalmente, a frustração de uma finalidade essencial do ressarcimento por danos à integridade psicofísica, qual seja o fim do processo de degradação mediante uma reabilitação oportuna”.<sup>358</sup>
219. Tendo em conta o anterior, a Corte considera que no presente caso a execução da sentença que concedeu a indenização a Sebastián Furlan não foi efetiva e ocasionou sua desproteção judicial, porquanto não cumpriu a finalidade de proteger e ressarcir os direitos que haviam sido violados e que foram reconhecidos mediante a sentença judicial.
220. Em terceiro lugar, este Tribunal desenvolveu em sua jurisprudência um conceito amplo de propriedade que inclui, entre outros, o uso e gozo dos bens, definidos como coisas materiais apropriáveis ou como objetos intangíveis,<sup>359</sup> bem como todo direito que possa formar parte do patrimônio de uma pessoa.<sup>360</sup> Além disso, a

355. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral nº 5, par. 28.

356. Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, Comunicação nº 3/2011, Caso H. M. Vs. Suécia, CRPD/C/7/D/3/2011, 19 de abril de 2012, par. 8.3.

357. Cf. Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, *Gutiérrez, Alberto c/ Ferrocarriles Argentinos s/ daños y perjuicios*, 13 de agosto de 1998.

358. Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, *Escobar, Héctor Oscar c/ Fabrizio, Daniel—Municipalidad de Tigre y Ejército Argentino s/ sumário*, 24 de agosto de 1995. Ver também Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina, *Gutiérrez, Alberto c/ Ferrocarriles Argentinos s/ daños y perjuicios*, 13 de agosto de 1998, Considerando 11, onde ao reiterar o mencionado texto, se afirmou “a necessidade que tem o demandante de passar imediatamente por uma terapia psiquiátrica, [...] contar com as somas necessárias para adquirir o material ortopédico [...] que sua reabilitação requer, uma cadeira de rodas e cobrir o tratamento kinésico pertinente”.

359. Cf. *Caso Abrill Alosilla e outros Vs. Peru*, nota de rodapé nº 74, no qual esta Corte afirmou que no direito consuetudinário internacional se estabeleceu que o tipo de propriedade protegida que pode ser objeto de expropriação não se limita a bens móveis ou imóveis. Ao contrário, os direitos intangíveis, incluídos os direitos contratuais, foram protegidos como direitos adquiridos em várias sentenças de arbitragem; cf. International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSIID), *Case of Wena Hotels Ltd. v. Egypt*, nº ARB/98/4, Award of 8 December of 2000, para. 98, e *Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt*, nº ARB/84/3, Review 328,375 of 1993. Além disso, ver Corte Permanente de Justiça Internacional, *Case concerning certain German interests in Polish Upper Silesia*. Merits. Sentença de 25 de maio de 1926. Série A. nº 7.

360. Cf. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 6 de fevereiro de 2001. Série C nº 74, pars. 120-122, *Caso Salvador Chiriboga Vs. Ecuador*, par. 55, e *Caso Acevedo Buendía e outros (“Demitidos e aposentados da Controladoria)*, par. 84.

Corte tem protegido, através do artigo 21 da Convenção, os direitos adquiridos, entendidos como direitos que se incorporaram ao patrimônio das pessoas.<sup>361</sup> Por último, é necessário reiterar que o direito à propriedade não é absoluto e, nesse sentido, pode ser objeto de restrições e limitações,<sup>362</sup> sempre e quando estas se realizem pela via legal adequada e de acordo com os parâmetros estabelecidos neste artigo 21.<sup>363</sup>

221. Por outro lado, em outro caso,<sup>364</sup> esta Corte declarou uma violação do direito à propriedade pelo prejuízo patrimonial causado pelo descumprimento de sentenças que pretendiam proteger o direito a uma pensão. O Tribunal afirmou que, desde o momento em que um aposentado cumpre os requisitos para ter acesso ao regime de aposentadorias previsto na lei, este adquire um direito de propriedade sobre o montante das pensões. Além disso, declarou que o direito à pensão adquirido por esta pessoa tem “efeitos patrimoniais”,<sup>365</sup> os quais estão protegidos pelo artigo 21 da Convenção.<sup>366</sup> A este respeito, no caso *Abrill Alosilla e outros*, a Corte considerou que assim como as pensões que cumpriram os requisitos da lei são parte do patrimônio de um trabalhador, o salário, os benefícios e aumentos ou indenização que tenham sido concedidos por uma sentença judicial definitiva que ingressem ao mesmo também se encontram protegidos pelo direito à propriedade consagrado na Convenção.<sup>367</sup>
222. De acordo com o anterior, a Corte observa que neste caso existe uma inter-relação entre os problemas de proteção judicial efetiva e o gozo efetivo do direito à propriedade. Com efeito, ao aplicar um juízo de proporcionalidade à restrição do direito à propriedade, conclui-se que a Lei 23.982 cumpria uma finalidade admissível convencionalmente, relacionada com a administração de uma grave crise econômica que afetava diversos direitos dos cidadãos. O meio escolhido para enfrentar este problema podia resultar idôneo para alcançar este fim e, em princípio, pode ser aceito como necessário, tendo em conta que em algumas ocasiões podem não existir medidas alternativas menos lesivas para enfrentar a crise. Entretanto, a partir da informação disponível nos autos, a restrição ao direito à propriedade de Sebastián Furlan não é proporcional em sentido estrito porque não contemplou nenhuma possibilidade de aplicação que fizesse menos onerosa a diminuição do montante indenizatório que lhe correspondia. Não se encontra nos autos nenhum tipo de previsão pecuniária ou não pecuniária que houvesse podido moderar o impacto da redução da indenização ou outro tipo de medidas ajustadas às circunstâncias específicas de uma pessoa com várias deficiências que requeriam, para sua devida atenção, do dinheiro já previsto judicialmente como direito adquirido a seu favor. Nas circunstâncias específicas do caso concreto, o não pagamento completo da soma disposta judicialmente a favor de uma pessoa pobre em situação de vulnerabilidade exigia uma justificação muito maior da restrição do direito à propriedade e algum tipo de medida para impedir um efeito excessivamente desproporcional, o que não se comprovou neste caso.
223. Por tudo o que se afirmou anteriormente, a Corte considera que foi violado o direito à proteção judicial e o direito à propriedade privada, consagrados nos artigos 25.1, 25.2.c e 21, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Sebastián Claus Furlan.

### E) Outras garantias judiciais

224. No presente capítulo, a Corte analisará as alegações apresentadas pelas partes e pela Comissão Interamericana a respeito: i) do direito de Sebastián Furlan a ser ouvido, e ii) da não participação do Defensor Público de Menores no processo civil por danos e prejuízos.

361. Cf. *Caso “Cinco Aposentados” Vs. Peru*, par. 102, *Caso Salvador Chiriboga Vs. Equador*, par. 55, e *Caso Acevedo Buendía e outros (“Demitidos e aposentados da Controladoria”) Vs. Peru*, par. 84.

362. Cf. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Peru*, par. 128, *Caso Salvador Chiriboga Vs. Equador*, pars. 60 e 61, e *Caso Maszo e outros vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de Janeiro de 2009. Série C Nº 195, par. 399.

363. Cf. *Caso Salvador Chiriboga Vs. Equador*, par. 54, e *Caso Acevedo Buendía e outros (“Demitidos e aposentados da Controladoria”) Vs. Peru*, par. 84.

364. Cf. *Caso “Cinco Aposentados” Vs. Peru*, pars. 90-121.

365. *Caso “Cinco Aposentados” Vs. Peru*, par. 103, e *Caso Acevedo Buendía e outros (“Demitidos e aposentados da Controladoria”) Vs. Peru*, par. 85.

366. A este respeito, no citado caso, o Tribunal declarou que ao ter mudado arbitrariamente o montante das pensões que as vítimas vinham recebendo e ao não ter dado cumprimento às sentenças judiciais proferidas como resultado das ações de garantia interpostas por eles, o Estado violou o direito à propriedade reconhecido no artigo 21 da Convenção. *Caso “Cinco Aposentados” Vs. Peru*, pars. 115 e 121.

367. Cf. *Caso Abrill Alosilla e outros Vs. Peru*, nota de rodapé nº 83, no qual a Corte afirmou que, neste sentido, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos estabeleceu que “os órgãos da Convenção tem indicado constantemente que o ingresso recebido, constitui uma ‘posse’ nos termos do artigo 1 do Protocolo 1 da Convenção” (tradução da Secretaria da Corte Interamericana); cf. T.E.D.H., *Caso Lelas Vs. Croácia*, (No. 5555/08), Sentença de 20 de maio de 2010. Final, 20 de agosto de 2010, para. 58, *Caso Bahçeyaka Vs. Turquia*, (No. 74463/01), Sentença de 13 de Julho de 2006. Final, 13 de outubro de 2006, par. 34, e *Caso Schettini e outros Vs. Itália*, (No. 29529/95), Decisão de admissibilidade, 9 de novembro de 2000.

E.1) *Direito a ser ouvido**Alegações das partes e da Comissão Interamericana*

225. A Comissão manifestou que “o *corpus juris* internacional relacionado às crianças, bem como o de pessoas portadoras de deficiência, é claro em estabelecer normas de proteção especial nos processos judiciais nos quais se encontrem envolvidas crianças com deficiência[em especial] destacou os princípios orientadores do interesse superior da criança e o direito a ser ouvido”.
226. Por sua vez, os representantes alegaram que durante “o trâmite do procedimento judicial da ação por danos e prejuízos, [...] os juízes intervenientes não garantiram [o] direito [de Sebastián Furlan] a ser ouvido por si mesmo ou por seu representante, tanto quando era adolescente, como após cumprir os 21 anos”. Concretamente, os representantes afirmaram que Sebastián Furlan “nunca foi devidamente escutado nem por parte dos juízes intervenientes, nem por parte do Defensor Público de Menores e Incapazes”. Acrescentaram que “[a] relevância da entrevista pessoal do juiz com uma criança é ainda mais importante quando nela se verifica outra causa de vulnerabilidade, como sua deficiência”.
227. O Estado afirmou que Sebastián Furlan “foi representado por seu pai Danilo Furlan e contou com assistência jurídica de sua escolha”. Acrescentou que isso “implica que o jovem atuou no processo judicial e foi ouvido através de seu representante em cumprimento do estabelecido na Convenção Americana e na Convenção sobre os Direitos da Criança”. Além disso, afirmou que “os escritos apresentados por Sebastián Furlan com assistência jurídica foram recebidos e tramitados pelo juiz da causa, deste modo, em nenhum momento lhe foi negado o direito a ser ouvido”.

*Considerações da Corte*

228. O Tribunal reitera que o artigo 8.1 da Convenção Americana consagra o direito de todas as pessoas a serem ouvidas, inclusive as crianças, nos processos em que se determinem seus direitos. Este direito deve ser interpretado à luz do artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança,<sup>368</sup> o qual contém previsões adequadas sobre o direito das crianças a serem escutadas, com o objetivo de que a intervenção da criança se ajuste às condições do processo e não redunde em detrimento de seu genuíno interesse.<sup>369</sup> De maneira específica, a Observação Geral nº 12, de 2009, do Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas, ressaltou a relação entre o “interesse superior da criança” e o direito a ser escutado, ao afirmar que “não é possível uma aplicação correta do artigo 3 [(interesse superior da criança)] se não se respeitam os componentes do artigo 12. Do mesmo modo, o artigo 3 reforça a funcionalidade do artigo 12 ao facilitar o papel essencial das crianças em todas as decisões que afetem sua vida”.<sup>370</sup>
229. De modo similar, o artigo 7 da CDPD estabelece expressamente que “as crianças com deficiência t[êm] o direito de expressar livremente sua opinião sobre todos os assuntos que lhes disserem respeito, tenham a sua opinião devidamente valorizada de acordo com sua idade e maturidade, em igualdade de oportunidades com as demais crianças, e recebam atendimento adequado à sua deficiência e idade, para que possam exercer tal direito” (par. 136 *supra*). De maneira que “é fundamental que as crianças portadoras de deficiência sejam escutadas em todos os procedimentos que as afetem e que suas opiniões sejam respeitadas de acordo com sua capacidade em evolução”.<sup>371</sup> Ademais, o artigo 13 da CDPD indica que se deve “facilitar o efetivo papel das pessoas com deficiência como participantes diretos ou indiretos, inclusive como testemunhas, em todos os procedimentos jurídicos”.

368. O artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança indica: 1. Os Estados Partes assegurarão à criança que estiver capacitada a formular seus próprios juízos o direito de expressar suas opiniões livremente sobre todos os assuntos relacionados com a criança, levando-se devidamente em consideração essas opiniões, em função da idade e maturidade da criança. 2. Com tal propósito, se proporcionará à criança, em particular, a oportunidade de ser ouvida em todo processo judicial ou administrativo que afete a mesma, quer diretamente quer por intermédio de um representante ou órgão apropriado, em conformidade com as regras processuais da legislação nacional. (Sem grifo no original)

369. *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*, par. 196, e Parecer Consultivo OC-17/02, par. 99. Por outro lado, o Comitê dos Direitos da Criança das Nações Unidas definiu que o direito a “ser escutado em todo procedimento judicial ou administrativo que afete a criança”, implica que “esta disposição é aplicável a todos os procedimentos judiciais pertinentes que afetem a criança, sem limitações”. Nações Unidas, Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12 (2009). O direito da criança a ser escutado, CRC/C/GC/12, 20 de julho de 2009, par. 32. Em particular, o UNICEF indicou que “todo procedimento [...] judicial que afete a criança cobre um espectro muito amplo de audiências em tribunais, incluindo todos os procedimentos civis, tais como os procedimentos de divórcio, custódia, cuidado e adoção, mudança de nome, pedidos judiciais a respeito do lugar de residência, religião, educação, disponibilidade de dinheiro, etc., decisões judiciais sobre nacionalidade, imigração e estado de refugiado, e procedimentos penais; também inclui a participação de Estados perante tribunais internacionais”. Tradução da Secretária da Corte Interamericana. Unicef, Manual de Aplicação da Convenção sobre os Direitos da Criança (Terceira edição inteiramente revisada) 2007, p. 156.

370. *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*, par. 197. Comitê de Direitos da Criança, Observação Geral nº 12, par. 74.

371. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 9, par. 32

230. Além disso, a Corte reitera que as crianças exercem seus direitos de maneira progressiva à medida em que desenvolvem um maior nível de autonomia pessoal.<sup>372</sup> Em consequência, o aplicador do direito, seja no âmbito administrativo ou judicial, deverá levar em consideração as condições específicas do menor de idade e seu interesse superior para acordar a sua participação, segundo corresponda, na determinação de seus direitos. Nesta ponderação, será buscado o maior acesso do menor de idade, na medida do possível, ao exame de seu próprio caso.<sup>373</sup> Igualmente, o Tribunal recorda que o Comitê dos Direitos da Criança indicou que o artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança não apenas estabelece o direito de cada criança de expressar sua opinião livremente em todos os assuntos que a afetam, mas o artigo inclui também o consequente direito de que essas opiniões sejam levadas devidamente em conta, em função da idade e maturidade da criança.<sup>374</sup> Não basta escutar a criança, as opiniões da criança têm de ser tomadas em consideração seriamente, reconhecendo que a criança é capaz de formar um juízo próprio, o que requer que suas opiniões sejam avaliadas mediante o exame caso a caso.<sup>375</sup> Não é demais enfatizar que estes padrões são igualmente aplicáveis às crianças com deficiência.
231. A este respeito, o perito Moreno manifestou que: “o nível de contato, de imediação, dos Tribunais com as partes do processo, se vê, talvez, um pouco corroído, impedido, a partir da existência de um procedimento escrito, que não permite concentrar, obviamente, todas as petições, e tomar contato pessoal, que no caso das crianças -e dos grupos vulneráveis- é fundamental, como afirma o artigo 12 da Convenção sobre os Direitos da Criança, e determina também a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, como obrigação necessária, que o magistrado-juiz tome contato direto.”<sup>376</sup>
232. Da prova existente nos autos judiciais, a Corte observa que Sebastián Furlan não foi escutado diretamente pelo juiz responsável pelo processo civil por danos e prejuízos. Ao contrário, nos autos há prova de que Sebastián Furlan compareceu pessoalmente duas vezes ao juízo, sem que em nenhuma das oportunidades tenha sido escutado (pars. 88 e 90 *supra*). Concretamente, o Tribunal observa que: i) em 8 de maio de 1997, Sebastián Furlan e sua advogada compareceram à audiência de conciliação, mas ao não comparecer a representação do EMGE,<sup>377</sup> esta audiência foi cancelada, sem que Sebastián Furlan houvesse sido escutado, e ii) não foi recebida a prova confessional, mediante a qual era previsto receber a declaração de Sebastián Furlan.<sup>378</sup> Ao não ter escutado Sebastián Furlan em nenhuma etapa do processo judicial, o juiz tampouco pôde avaliar suas opiniões sobre o assunto e, em especial, não pôde constatar sua situação específica como pessoa com deficiência.
233. Portanto, a Corte considera que foi violado o direito a ser ouvido, e a ser devidamente apreciado, consagrado no artigo 8.1, em relação aos artigos 19 e 1.1, todos da Convenção Americana, em detrimento de Sebastián Claus Furlan.

#### *E.2) Falta de participação do Defensor Público de Menores*

##### *Alegações das partes e da Comissão Interamericana*

234. A Comissão argumentou que o Estado não explicou “a ausência da figura do Defensor Público de Menores e de Incapazes [...] durante os sete anos do processo nos quais Sebastián era criança, e durante o resto do processo, depois de que foi determinada sua incapacidade”. Assinalou que “[a] ausência de intervenção do Defensor Público de Menores- a qual é obrigatória na legislação interna- impediu que se obtivessem medidas de especial proteção para Sebastián Furlan em matéria assistencial, e impediu que o controle do processo fosse realizado em um prazo razoável”.
235. Os representantes alegaram que o “Defensor Público de Menores e de Incapazes devia intervir desde o início do caso, ao verificar que se encontravam envolvidos interesses de um menor de idade, ainda mais neste caso, no qual a criança sofria também de uma deficiência mental”. Indicaram que o Defensor Público de Menores “teria podido realizar [...] diversas ações [...], a saber: especificar os montantes de ressarcimento, requerer uma tutela judicial antecipada para os tratamentos recomendados, acompanhar a prova e alegar sobre aquela outra produzida, recorrer da sentença de primeira instância quanto à responsabilidade compartilhada finalmente

372. Cf. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 7, par. 17.

373. *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*, par. 199, e Parecer Consultivo OC-17/02, par. 102

374. *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*, par. 200, e Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12, par. 15.

375. *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*, par. 200, e Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral nº 12, pars. 28 e 29.

376. Declaração do perito Gustavo Daniel Moreno na audiência pública celebrada em 27 de fevereiro de 2012.

377. Cf. Constância de 8 de maio de 1997 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 198).

378. Cf. Constância de comparecimento à audiência de confissão emitida pela Secretaria 18 do 9º Juízo Nacional Civil e Comercial Federal de 12 de fevereiro de 1998 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 469).

imposta e o montante indenizatório decretado”. Além disso, afirmaram que “o Defensor Público de Menores era o funcionário dotado das faculdades necessárias e dos conhecimentos adequados para tentar questionar a modalidade de pagamento estabelecida no caso que nos ocupa”. Ademais, indicaram que “a legislação argentina impunha e impõe [a] intervenção [do Defensor Público de Menores] sob pena de nulidade”. Acrescentaram que o Defensor Público de Menores “poderia ter adotado, em seu caráter de representante de incapazes de fato, as medidas necessárias para [ter acesso], sem dilação, aos tratamentos [de saúde] recomendados e para assegurar a concessão de uma pensão por deficiência”.

236. O Estado argumentou que “a falta de intervenção do Defensor Público de Menores em casos como o do jovem Furlan, no qual atuou em juízo com a representação necessária de seus progenitores, não afetou o exercício de [seus] direitos e garantias”. Assinalou que “[e]m nenhum dos artigos do Código Processual Civil e Comercial da Nação [...] se encontra tipificada como obrigação o dever dos juízes de requerer a intervenção do Defensor Público de Menores”. Nesse sentido, manifestou que “a atividade processual em sua totalidade, inclusive, obviamente, o pedido de vista e intervenção do Defensor Público de Menores, é de exclusivo recurso da parte”. Acrescentou que a “intervenção do Ministério de Menores não substitui nem pode substituir a atuação que, necessariamente e em todos os casos, deve ter o representante do incapaz”. Manifestou que “uma vez adquirida a maioria, cessa de pleno direito a incapacidade de exercício [...], razão pela qual extingue-se tanto a representação necessária dos pais como a do Defensor Público de Menores”. Ademais, manifestou que “a nulidade derivada da falta de intervenção do Defensor Público de Menores em um processo como o que teve o jovem Furlan como autor, é de caráter relativo, porque [...] pode ser sanada por confirmação expressa ou tácita”, de maneira que uma vez “realizada a ratificação das atuações anteriores por parte do jovem Furlan quando alcançou a maioria, a nulidade carece de efeitos”.

#### *Considerações da Corte*

237. A Corte observa que tanto a Comissão como os representantes, no presente caso, argumentaram que a falta de participação do Defensor Público de Menores teria tido uma incidência direta na forma em que se desenvolveu o processo civil por danos e prejuízos. A este respeito, o Tribunal nota que a figura do “Defensor Público de Menores e Incapazes” se encontra consagrado no artigo 59 do Código Civil argentino, o qual estabelece que: “além dos representantes necessários, os incapazes são representados pelo Defensor Público de Menores (ou Ministério de Menores), que será parte legítima e essencial em todo assunto judicial ou extrajudicial, de jurisdição voluntária ou contenciosa, no qual os incapazes demandem ou sejam demandados, ou em que se trate das pessoas ou bens deles, sob pena de nulidade de todo ato e de todo juízo que tiver lugar sem sua participação”. Esta figura se encontra regulamentada pela Lei 24.946, que detalha as funções e faculdades dos “defensores públicos de menores e incapazes”.<sup>379</sup>
238. O Tribunal destaca que, efetivamente, o “Defensor Público de Menores” conta com uma ampla gama de faculdades as quais, entre outras coisas, lhe permitem:<sup>380</sup> i) intervir e realizar as ações e recursos pertinentes em defesa dos menores de idade ou incapazes, seja de forma autônoma ou junto com seus representantes necessários; ii) promover ou intervir em qualquer causa ou assunto e requerer todas as medidas que visem à proteção da pessoa e dos bens dos menores, incapazes e inválidos; iii) requerer às autoridades judiciais a

379. Artigo 54 da Lei 24.946 (Lei Orgânica do Ministério Público). Cf. Artigo 55, Lei 24.946/1998 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VII, folha 3155).

380. O artigo 54 da Lei 24.946 (Lei Orgânica do Ministério Público) estabelece o seguinte: Os Defensores Públicos de Menores e Incapazes nas instâncias e foros nos quais atuem, terão os seguintes deveres e atribuições: a) Intervir nos termos do artigo 59 do Código Civil em todo assunto judicial ou extrajudicial que afete a pessoa ou os bens dos menores ou incapazes, e realizar em defesa destes as ações e recursos pertinentes, seja de forma autônoma ou junto com seus representantes necessários; b) Assegurar a necessária intervenção do Ministério Público da Defesa dos Menores e Incapazes, nas questões judiciais suscitadas perante os tribunais das diferentes instâncias, em toda oportunidade em que se encontre comprometido o interesse da pessoa ou os bens dos menores ou incapazes, emitindo o parecer correspondente; c) Promover ou intervir em qualquer causa ou assunto e requerer todas as medidas dirigidas à proteção da pessoa e bens dos menores, incapazes e inválidos, de acordo com as leis respectivas quando careçam de assistência ou de representação legal: seja necessário suprir a inação de seus assistentes ou representantes legais, parentes ou pessoas que forem responsáveis por eles; ou tiver de controlar a gestão destes últimos; d) Assessorar os menores e incapazes, inválidos e condenados sob o regime do artigo 12 do Código Penal, bem como a seus representantes necessários, seus parentes e outras pessoas que possam ser responsáveis pelos atos dos incapazes, para a adoção de todas aquelas medidas vinculadas à proteção deles; e) Requerer às autoridades judiciais a adoção de medidas dirigidas a melhorar a situação dos menores, incapazes e inválidos, bem como dos condenados que se encontrem sob a tutela do artigo 12 do Código Penal, quando tomem conhecimento de maus tratos, deficiências ou omissões na atenção que deve ser dispensada a seus pais, tutores ou curadores ou às pessoas ou instituições em cujo cuidado se encontrem. Em seu caso, poderão por si mesmos tomar medidas urgentes próprias da representação que exercem; f) Peticionar às autoridades judiciais para a aplicação das medidas pertinentes para a proteção integral dos menores e incapazes expostos por qualquer causa a riscos graves e iminentes para sua saúde física ou moral, com independência de sua situação familiar ou pessoal [...], e k) Por em conhecimento da autoridade judicial competente as ações e omissões dos juízes, funcionários ou empregados dos tribunais de justiça que considerem suscetíveis de sanção disciplinar e requerer sua aplicação [...]. Cf. Artigo 54, Lei 24.946/1998 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VII, folha 3155).



adoção de medidas dirigidas a melhorar a situação dos menores, incapazes e inválidos, e iv) peticionar às autoridades judiciais a aplicação das medidas pertinentes para a proteção integral dos menores e incapazes expostos por qualquer causa a riscos graves e iminentes para sua saúde física ou moral.

239. Com respeito ao momento processual em que a autoridade judicial responsável por um processo judicial no qual se encontre envolvido um menor de idade deve notificar o “Defensor Público de Menores”, o perito Moreno manifestou que: “na primeira oportunidade em que o juiz perceba no escrito de demanda a presença de uma pessoa menor de idade, deve dar imediata intervenção, assim como se dá ao Ministério Público, se houver dúvida sobre sua competência. [De maneira que] deve dar imediata intervenção ao Defensor de Menores; dar vista, e esta é uma faculdade que está expressamente nos Códigos Processuais e que, geralmente dentro de um juízo, está dentro da organização judicial titular, não apenas do juiz mas do secretário que é a segunda pessoa responsável em um juízo”.<sup>381</sup>
240. Nesse sentido, a Corte observa que enquanto Sebastián Furlan era menor de idade, não foi comunicado ao Defensor Público de Menores e tampouco foi expedido ofício a este órgão uma vez que se teve conhecimento sobre o grau de deficiência de que sofria. A única atuação a respeito, constante nos autos, é o escrito de 24 de outubro de 1996, mediante o qual o Defensor Público de Menores manifestou que em virtude de que Sebastián Furlan já havia adquirido a maioridade, não correspondia a esta entidade sua representação (par. 86 *supra*). Contudo, o Tribunal adverte que este conselheiro assumiu a representação dos irmãos de Sebastián Furlan,<sup>382</sup> que nesse momento eram menores de idade, sem que fossem observadas outras atuações deste conselheiro nos autos. Por outro lado, a Corte repara que ao ter atingido a maioridade, em 28 de outubro de 1996, Sebastián Furlan ratificou todas as atuações de seu pai em sua representação até aquela data.<sup>383</sup> No entanto, o Tribunal também observa que esta ratificação foi realizada antes de que fossem juntados ao processo os laudos periciais que constataram o grau de deficiência de Sebastián Furlan (par. 86 *supra*).
241. A este respeito, o Tribunal considera que, visando facilitar o acesso à justiça das pessoas em condição de vulnerabilidade, é relevante a participação de outras instâncias e organismos estatais que possam colaborar nos processos judiciais com o fim de garantir a proteção e a defesa dos direitos destas pessoas. Nesse sentido, a Convenção das Nações Unidas sobre Pessoas com Deficiência contém um artigo específico sobre os alcances do direito ao acesso à justiça, no qual se indica que<sup>384</sup> os Estados Partes assegurarão o efetivo acesso das pessoas com deficiência à justiça, em igualdade de condições com as demais pessoas, inclusive mediante a provisão de adaptações processuais adequadas à idade, a fim de facilitar o efetivo papel das pessoas com deficiência como participantes diretos ou indiretos.
242. Ademais, a Corte reitera que apesar de os direitos processuais e de suas correlativas garantias processuais serem aplicáveis a todas as pessoas, no caso das crianças o seu exercício supõe, pelas condições especiais nas quais se encontram os menores de idade, a adoção de certas medidas específicas com o propósito de que gozem efetivamente destes direitos e garantias.<sup>385</sup> O tipo de medidas específicas são determinadas por cada Estado Parte e podem incluir uma representação direta ou coadjuvante,<sup>386</sup> dependendo do caso, do menor de idade com o fim de reforçar a garantia do princípio do interesse superior do menor. Além disso, o Tribunal considera que haverá casos, dependendo do tipo de deficiência da pessoa, nos quais será conveniente que a pessoa portadora de deficiência conte com a assessoria ou intervenção de um funcionário público que possa ajudar a garantir que seus direitos sejam efetivamente protegidos.
243. Nesse sentido, a Corte observa que o Defensor Público de Menores não foi notificado pelo juiz sobre o processo civil enquanto Sebastián Furlan era um menor de idade nem posteriormente, quando contou com laudos que demonstravam o grau de sua deficiência, razão pela qual Sebastián Furlan não contou com uma garantia, não apenas obrigatória no âmbito interno, mas que, além disso, teria podido intervir para auxiliar no processo civil, usando-se para tanto das faculdades concedidas pela lei (par. 238 *supra*). Em consideração ao mencionado, nas circunstâncias específicas do presente caso o Defensor Público de Menores e Incapazes constituía uma ferramenta essencial para enfrentar a vulnerabilidade de Sebastián Furlan pelo efeito negativo gerado pela inter-relação entre sua deficiência e os escassos recursos econômicos com que contavam ele e sua família,

381. Declaração do perito Gustavo Daniel Moreno na audiência pública celebrada em 27 de fevereiro de 2012.

382. Cf. Escrito da Defensoria Oficial de 24 de outubro de 1996 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 169).

383. Cf. Escrito de Sebastián Furlan de 28 de outubro de 1996 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folha 171).

384. Cf. Artigo 13 da CDPD.

385. Cf. Parecer Consultivo OC-17/02, par. 98

386. *Mutatis mutandi*, *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*, par. 199.

provocando, como se mencionou anteriormente (par. 201 *supra*), que a pobreza de seu ambiente tivesse um impacto desproporcional em sua condição de pessoa com deficiência. Em consequência, a Corte conclui que foi violado o direito às garantias judiciais estabelecido no artigo 8.1, em relação aos artigos 19 e 1.1, todos da Convenção Americana, em detrimento de Sebastián Claus Furlan.

#### **F) Direito à integridade pessoal e ao acesso à justiça dos familiares de Sebastián Furlan**

##### *Alegações da Comissão e das partes*

244. A Comissão alegou a violação do direito à integridade pessoal em detrimento de Sebastián Furlan e de seus familiares, “seu pai (Danilo Furlan), sua mãe (Susana Fernández), seu irmão (Claudio Erwin Furlan) e sua irmã (Sabina Eva Furlan)”. A este respeito, a Comissão argumentou que “os familiares de vítimas de direitos humanos podem ser considerados vítimas” e arguiu que no presente caso “a demora no processo [por danos e prejuízos] prolongou a angústia emocional do pai, da mãe, do irmão e da irmã de Sebastián, razão pela qual [...] se violou seu direito à integridade psíquica e moral, estabelecido no artigo 5.1 da Convenção Americana”.
245. Assim mesmo, manifestou que “a família não contou com o auxílio” do Defensor Público de Menores “ou o apoio de alguma outra entidade responsável por serviços sociais de crianças portadoras de deficiência e, em consequência, teve de buscar as poucas medidas a seu alcance por seus próprios meios e, fundamentalmente, os membros da família tiveram que ajudar a Sebastián com suas necessidades diárias e o longo processo de reabilitação”. De igual maneira, a Comissão afirmou que “durante a tramitação [do presente caso] foi produzida informação [sobre] as consequências sofridas pelos familiares [e] a demora indevida para os familiares de Sebastián, que tinham de absorver sozinhos todas as [suas] necessidades de cuidado, tratamento e reabilitação”.
246. Por sua vez, os representantes alegaram que Danilo Furlan, Susana Fernández, Claudia Furlan, Sabina Furlan, Diego Furlan e Adrián Nicolás Furlan, como “familiares próximos da vítima de violações de direitos humanos” deveriam ser considerados “vítimas diretas da violação ao direito à integridade psíquica e moral, protegido pelo artigo 5 da Convenção”. Alegaram que “a excessiva demora no processo civil prolongou a angústia emocional do pai, da mãe, do irmão e da irmã de Sebastián, os quais tiveram de conviver com as consequências da falta de atenção e de proteção especial estatal e suas consequências na saúde e na segurança social de Sebastián”. Acrescentaram, ainda, que, esta situação “teve um efeito devastador na família”, já que “[a]s dificuldades para lidar com as novas condições de Sebastián, sem a assistência estatal adequada, afetaram criticamente as relações dos distintos membros da família ao ponto de chegar à sua desintegração”. Como exemplo, indicaram que “[o] divórcio de Danilo Furlan e Susana Fernández [...] é apenas uma manifestação deste processo crítico”.
247. Além disso, os representantes argumentaram que as consequências do acidente “impactaram diretamente em todo o âmbito familiar[, já que] cada um de seus integrantes abruptamente passou a enfrentar novos problemas causados por esta situação, o que resultou em limitações e carências no cuidado dos irmãos de Sebastián, Claudio e Sabina; e na destruição do vínculo afetivo dos pais”. Indicaram que “[a] ausência de respostas estatais face aos seus pedidos de ajuda e fatos contundentes (tentativas de suicídio, inimputabilidade em um processo penal, juízo de danos e prejuízos)” tiveram as seguintes consequências: i) “modificaram” os papéis familiares já que “as crianças assumiram tarefas que não lhes correspondiam, a mãe passou a trabalhar longas jornadas para obter a renda que o pai já não conseguia suprir por ter de se dedicar de forma exclusiva à recuperação de seu filho”, e ii) foi criada “uma forte desatenção por parte de Danilo e de Susana em relação a seus filhos Claudio e Sabina”.
248. O Estado argumentou que “não é evidente dos documentos acompanhados do processo que os familiares” de Sebastián Furlan “tivessem efetuado queixas judiciais a respeito de sua integridade pessoal ou que tivessem demandado o Estado internamente em seu nome junto com Sebastián”. Nesse sentido, considerou que não haviam sido esgotados os recursos internos da suposta violação do artigo 5 da Convenção em relação aos familiares de Sebastián Furlan.

##### *Considerações da Corte*

249. A Corte afirmou, em outras oportunidades, que os familiares das vítimas de violações de direitos humanos podem ser, por sua vez, vítimas.<sup>387</sup> O Tribunal considerou violado o direito à integridade psíquica e moral de

387. Cf. *Caso Vargas Areco Vs. Paraguai. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C Nº 155, par. 83, e *Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 25 de novembro de 2006. Série C Nº 160, par. 335.

alguns familiares com motivo do sofrimento que estes sofreram por causa das atuações ou omissões das autoridades estatais,<sup>388</sup> tomando em conta, entre outros, as gestões realizadas para obter justiça e a existência de um estreito vínculo familiar.<sup>389</sup> Também declarou a violação deste direito pelo sofrimento gerado a partir dos fatos perpetrados contra seus entes queridos.<sup>390</sup>

250. Para a Corte, a contribuição por parte do Estado ao criar ou agravar a situação de vulnerabilidade de uma pessoa tem um impacto significativo na integridade das pessoas que a rodeiam, em especial os familiares próximos que têm de enfrentar a incerteza e a insegurança causada pela violação de sua família nuclear ou próxima.<sup>391</sup> Assim, por exemplo, no caso *Yean e Bosico*, a Corte concluiu que havia sido violado o artigo 5 da Convenção em detrimento das mães e irmãos das crianças, porquanto “a situação de vulnerabilidade que o Estado impôs às crianças Yean e Bosico lhes causou incerteza e insegurança, pelo temor fundamentado de que seriam expulsas da República Dominicana, da qual eram nacionais, em razão da falta das certidões de nascimento, e das diversas dificuldades que enfrentaram para obtê-las”.<sup>392</sup> Além disso, no caso *Albán Cornejo*, relacionado a um caso de *mala praxis* médica, o Tribunal estabeleceu que a falta de resposta judicial para esclarecer a morte de Laura Albán afetou a integridade pessoal de seus pais.<sup>393</sup>
251. Com o objetivo de determinar se no presente caso existiu uma violação ao direito à integridade psíquica e moral e ao direito de acesso à justiça em detrimento dos familiares de Sebastián Furlan, a Corte analisará: i) o impacto ao núcleo familiar em seu conjunto, e ii) a situação concreta de cada um dos quatro familiares de Sebastián Furlan, seus pais e seus dois irmãos. O Tribunal considera que a alegação apresentada pelo Estado, referente ao não esgotamento dos recursos internos por parte dos familiares em relação à suposta violação do artigo 5 da Convenção Americana, não é procedente, pois não foi apresentada formalmente como uma exceção preliminar no momento processual oportuno.
252. Dos testemunhos prestados pelas supostas vítimas, o Tribunal destaca que é constante a afirmação sobre o tipo de impacto que os fatos do presente caso tiveram na família de Sebastián Furlan. A este respeito, o senhor Danilo Furlan declarou que:<sup>394</sup> i) “se inverteram os papéis de toda a família, [ele] dedicando todo [seu] tempo a Sebastián, Susana saindo para trabalhar no intuito de que a família não continuasse a empobrecer”; ii) “a falta de recuperação de [seu] filho fez com que ocorressem muitas coisas tristes na família, inclusive [se] divorciou de [sua] esposa pela tensão e a angústia que havia em toda a família”; iii) “[t]odos tive[ram] que deixar [suas] coisas para ajudar e dedicar todo o tempo a Sebastián, tentar dar-lhe a ajuda que o Estado não [lhes] dava, mas nada era suficiente”, e iv) “atualmente, não t[em] uma boa vida social familiar, cada um para seu lado[...], fica[ram] humilhados, empobrecidos e sem força”. Num sentido semelhante, o senhor Claudio Furlan testemunhou que, em princípio, os seus cuidados e os de sua irmã eram responsabilidade de sua mãe, “mas [sua] mãe já estava trabalhando, [devido o fato de que o pai] se ocupava muito tempo de Sebastián, [de modo que] teve que largar seu trabalho, não havendo assim fonte de renda em casa”. Além disso, manifestou que “[sua] mãe saía para trabalhar e ficava[m] ele] e Sabina, que é [sua] irmã, da maneira que podíamos”.
253. Da prova existente nos autos, a Corte observa que em vários relatórios juntados aos autos, vários médicos e psicólogos registraram que: i) “o grupo familiar estava severamente perturbado e o risco de atos violentos e [ra] alto”,<sup>395</sup> ii) “a grave e perigosa situação familiar” e a urgência de “prestar assistência, controlar e vigiar [o senhor Danilo Furlan]”,<sup>396</sup> iii) “[havia] conflitos severos entre os pais que divergi[am] mutuamente, e incita[vam], de maneira indireta, os filhos a tomar parte”,<sup>397</sup> e iv) “as mudanças de papéis na família de Sebastián, no qual Sebastián passou a ocupar o lugar da mãe no controle do pai [e] o pai tomou o lugar da esposa que cuidava dos filhos, [o que] configur[ou] uma relação altamente conflitiva entre Sebastián e seu pai”.<sup>398</sup> Isto gerou que, por

388. Cf. *Caso Vera Vera e outra Vs. Equador. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 19 de maio de 2011. Série C Nº 226, par. 104.

389. Cf. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 25 de novembro de 2000. Série C Nº 70, par. 163, e *Caso Vera Vera e outra Vs. Equador*, par. 104.

390. *Caso Baldeón García Vs. Peru*, par. 128, e *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, par. 156.

391. *Caso das Crianças Yean e Bosico*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C Nº 130, par. 204.

392. *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*, pars. 205 e 206.

393. Cf. *Caso Albán Cornejo e outros. Vs. Equador. Mérito Reparações e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C Nº 171, pars. 47 a 50.

394. Declaração prestada por Danilo Furlan perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, folhas 686, 689, 692 e 693).

395. Cf. Relatório do Centro de Pesquisa Familiar de 8 de maio de 1994 (expediente de anexos ao relatório, tomo II, anexo 7, folhas 887 e 888).

396. Cf. Relatórios do Hospital Evita de 11 e 15 de março de 1994 (expediente de anexos ao relatório, tomo II, anexo 7, folha 774).

397. Cf. Relatório do Centro de Pesquisa Familiar de 8 de maio de 1994, folhas 887 a 889.

398. Cf. Relatório pericial do Doutor Luis Garzoni, folhas 424 a 432.

exemplo, fosse sugerido “tratamento ambulatorial psiquiátrico-psicoterápico [no *Hospital Nacional Posadas*]<sup>399</sup> a todo o núcleo familiar”.<sup>400</sup> No relatório socioambiental realizado no presente caso, concluiu-se que “[t]udo indica que o acidente sofrido por Sebastián produ[ziu] um rompimento no âmbito da realidade familiar, [...] a ruptura do matrimônio em primeiro lugar e depois a divisão dos cuidados e responsabilidades pelos filhos”.<sup>401</sup> A mudança de estrutura familiar foi descrita como a passagem de “um grupo familiar nuclear de chefia parental compartilhada [a] um grupo familiar monoparental de chefia masculina”.<sup>402</sup>

254. Como se observa, a família Furlan não foi orientada e acompanhada devidamente para oferecer um melhor apoio familiar para a reabilitação de Sebastián Furlan. A este respeito, este Tribunal considera pertinente destacar que “a melhor forma de cuidar e atender às crianças portadoras de deficiência é dentro de seu próprio ambiente familiar, sempre e quando a família tenha meios suficientes em todos os sentidos”,<sup>403</sup> o que implica que as famílias devem contar com um apoio integral para poder assumir esta responsabilidade de maneira adequada. Este tipo de apoio deve incluir “a educação dos pais e dos irmãos, não apenas no que se refere à deficiência e suas causas, mas também às necessidades físicas e mentais únicas de cada criança [e] o apoio psicológico receptivo à pressão e às dificuldades que as crianças com deficiência significam para as famílias”.<sup>404</sup> Por sua vez, o artigo 28 da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência reconhece o direito das pessoas com deficiência e suas famílias em situação de pobreza à assistência do Estado em relação a seus gastos ocasionados pela deficiência, inclusive treinamento adequado, aconselhamento, ajuda financeira e cuidados de repouso.<sup>405</sup>
255. No presente caso, a família Furlan Fernández não contou com estes tipos de apoios, o que desencadeou uma série de efeitos negativos no desenvolvimento e funcionamento normal da família (par. 254 *supra*). No mesmo sentido, o Tribunal constata que as poucas tentativas estatais dirigidas a apoiar uma terapia individual ou grupal<sup>406</sup> tiveram um alcance limitado para uma adequada gestão da situação de deficiência mental de Sebastián Furlan. A omissão do Estado relacionada com o não acompanhamento desta família derivou na interrupção dos programas de reabilitação e sua falta de implementação durante uma etapa crucial para poder ser efetivo. Além disso, o Tribunal ressalta que a prova pericial demonstrou a necessidade de uma intervenção mais direta de apoio a Sebastián Furlan e seu grupo familiar e a respeito dos transtornos de linguagem e das dificuldades de conduta de que padecia.<sup>407</sup>
256. Portanto, a Corte encontra provado que o acidente sofrido por Sebastián Furlan, assim como o transcurso do processo civil, tiveram um impacto no núcleo familiar conformado por Danilo Furlan, Susana Fernández, Claudio Furlan e Sabina Furlan. Este impacto gerou um estado de angústia e desespero permanente na família, o que acabou rompendo os laços familiares e gerando outro tipo de consequências. Assim mesmo, a família Furlan Fernández não contou com assistência para desenvolver um melhor apoio a Sebastián Furlan, o que também desencadeou uma série de efeitos negativos no desenvolvimento e funcionamento normal da família.
257. De maneira particular e a respeito do senhor Danilo Furlan, a Corte ressalta que se encontra provado, em primeiro lugar, seu sofrimento devido a que foi o principal encarregado dos cuidados do menor de idade e, posteriormente adulto, com deficiência,<sup>408</sup> e também durante alguns momentos não recebeu a assistência do Estado de maneira completa e oportuna (par. 255 *supra*). Em particular, o senhor Danilo Furlan teve um papel ativo nas poucas medidas de reabilitação que foram dadas a Sebastián Furlan. Relatórios médicos também concluíram que a situação que estavam enfrentando causou um grande sofrimento ao pai, que a partir do

399. Constância de reconhecimento médico emitida pelo Hospital Nacional Posadas de 8 de janeiro de 2009 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, folha 2422).

400. Cf. Resolução do juiz na Causa 27.428, folha 907.

401. Cf. Relatório socioambiental sobre Danilo Furlan elaborado pela Licenciada Marta Celia Fernández (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo V, folhas 2501).

402. Cf. Relatório socioambiental elaborado pela Licenciada Marta Celia Fernández, folha 2502.

403. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral, nº 9, par. 41

404. Comitê dos Direitos da Criança, Observação Geral, nº 9, par. 41

405. Ver também Preâmbulo da Declaração Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência.

406. Cf. História Clínica de Sebastián Furlan emitida pelo Hospital Evita de 7 de abril de 1994 (expediente de anexos ao relatório, folha 813). Adicionalmente, se recomendou: i) estar alerta com um tratamento e acompanhamento do pai; ii) tratamento e acompanhamento da mãe; iii) controle assistencial da situação familiar, e iv) tratamento psicológico a Sebastián Furlan para que pudesse escolher que estudos deseja cursar e que atividades desenvolver.

407. A perita Rodríguez ressaltou que era indispensável oferecer uma “terapia familiar para habilitar os conviventes sobre como tratar e como ajudar o menino”. Declaração por *affidavit* da médica Estela del Carmen Rodríguez de 10 de fevereiro de 2012 (expediente de mérito, tomo II, folha 759).

408. Cf. Relatório da psicóloga Marta S. Rumie de junho de 1991 (expediente de anexos ao relatório, tomo I, anexo 6, folhas 397 e 398).

momento do acidente “se encarregou totalmente de seu filho, tanto na reabilitação física como do controle geral de suas condutas”.<sup>409</sup> O senhor Danilo Furlan expressou que “fabricou inclusive aparelhos para fazer” a reabilitação e que “nesses momentos sentia que tudo dependia dele” e que “ninguém [o] orientou em meio ao seu desespero”.<sup>410</sup>

258. Por sua vez, o senhor Claudio Furlan manifestou que:

como era caro continuar o tratamento, recorda que o fisioterapeuta veio umas cinco vezes à casa, então aprendeu a repetir os exercícios que Sebastián fazia com o profissional e os repetia em casa [seu] pai tem muita facilidade com os metais e os materiais, então ele fez alguns aparelhos para que [Sebastián Furlan] pud[esse] se reabilitar lá em casa, tudo dependia de que entrasse na piscina, uma piscina pequena, dessas armadas em casa, para que começa[sse] a ter a parte psicomotriz para que consegu[uisse] equilíbrio, porque volto a recordar que Sebastián não caminhava quando saiu do hospital e tampouco tinha coordenação dos movimentos nem nada, [seu] pai, para que começa[sse] a mover os membros o levantava pela cintura para não colocar o pé no chão, e ele fazia como se estivesse caminhando, mas no ar, e entravam na piscina para começar a se mover e estimular a parte motriz.<sup>411</sup>

259. Além disso, o Tribunal observa que o senhor Danilo Furlan teve de assumir a busca da reparação econômica para Sebastián Furlan e a família, e a proteção à saúde e à previdência social para seu filho mais velho. Isso implicou que o senhor Danilo Furlan mantivesse uma participação ativa no processo judicial interno:

Todo o tempo ia ao juízo. O tempo passava e a situação era cada vez mais desesperadora. Mas nunca [lhe] davam uma resposta. Para [ele] custava muito locomover-se aos tribunais. Todo o gasto que tinha que fazer. Além disso não era fácil porque ir ao juízo significava que outra pessoa teria de cuidar de Sebastián. Apesar de tudo, [ele] fazia [seu] maior esforço, mas não tinha sentido. [...] Nunca lhe deram explicações sobre a demora do julgamento, simplesmente [lhe] diziam que era demorado.<sup>412</sup>

260. Em função do anterior, no relatório socioambiental se concluiu que “o senhor [Danilo] Furlan se enc[ontrava] em um “estado de vulnerabilidade” e que o acidente de seu filho “marc[ou] significativamente sua história de vida”.<sup>413</sup> Além disso, em alguns momentos, exames psicológicos determinaram que o senhor Danilo Furlan sofre de “estrutura neurótica de personalidade, com traços psicopáticos de atuação desarmônica em situações de aumento do estresse ambiental” e se recomendou que lhe fosse dado tratamento ambulatorial psiquiátrico-psicoterapêutico.<sup>414</sup>

261. Tendo em conta a descrição anterior, é evidente que a demora injustificada no processo, assim como as demais buscas levadas a cabo pelo senhor Danilo Furlan com o fim de obter outros tipos de ajuda para seu filho, causaram nele um sofrimento grave. Não apenas assumiu quase por completo os cuidados pessoais de seu filho, mas também deu impulso a um processo judicial interno. O senhor Danilo Furlan abandonou seu trabalho, dedicou sua vida e se concentrou exclusivamente a buscar ajuda, em todos os lugares que pôde, para seu filho Sebastián Furlan. Portanto, esta Corte considera que se encontra provada tanto a violação à integridade psíquica e moral do senhor Danilo Furlan, assim como o impacto nele produzido pela falta de acesso à justiça derivada do processo judicial e da execução do mesmo.

262. Com respeito à senhora Susana Fernández, o Tribunal considera provado seu sofrimento e afetação, porquanto não apenas teve de abandonar o papel que ocupava dentro do núcleo familiar (par. 254 *supra*), mas que alguns problemas derivados das dificuldades na reabilitação de Sebastián Furlan impactaram negativamente sua relação de casal. A senhora Fernández se separou sentimentalmente de seu esposo,<sup>415</sup> tendo posteriormente se divorciado.<sup>416</sup> De igual maneira, o rompimento da realidade familiar afetou de maneira negativa seu papel na família na qual compartilhava a chefia parental, devido a que a mesma passou a ser um grupo familiar onde sua

409. Cf. Relatório da psicóloga Marta S. Rumie de junho de 1991, folhas 397 e 398.

410. Além disso, o senhor Furlan afirmou: “[f]ui aprendendo como ajudar com os exercícios que lhe faziam no hospital, assim que começou a fazê-lo em minha casa e durante todo o dia, e todos os dias (respeitando e fazendo respeitar suas horas de sono) e também levando-o nas costas a praias solitárias. Durante todo o dia estava exercitando-se ou dormindo. Ali começou a caminhar, a ter equilíbrio. Todo o tratamento físico para sua recuperação eu o fiz, fabriquei inclusive aparelhos para fazê-lo. Se eu tivesse seguido as indicações do Hospital a atividade de Sebastián teria sido 50 vezes menos do que foi porque para ele devia comparecer apenas 1 hora, 2 vezes por semana”. Cf. Declaração prestada por Danilo Furlan perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, folha 684).

411. Cf. Declaração de Claudio Erwin Furlan prestada na audiência pública celebrada no presente caso.

412. Declaração prestada por Danilo Furlan perante agente dotado de fé pública, folha 684.

413. Cf. Relatório socioambiental elaborado pela Licenciada Marta Celia Fernández, folhas 2501 e 2503.

414. Cf. Relatório do médico forense Manuel Mazaira de 17 de março de 1994 (expediente de anexos ao relatório, tomo II, anexo 7, folha 789).

415. Sebastián Furlan afirmou durante esta entrevista que: “minha família está destruída [...]. [E]m realidade não tenho família. [M]eus pais estão separados”. Cf. Relatório pericial do Doutor Luis Garzoni, folhas 424 a 432.

416. Cf. Decisão do 10º Juízo de Primeira Instância Civil e Comercial de 31 de maio de 1999 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo V, folha 2259).

participação se reduziu substancialmente.<sup>417</sup> Além disso, foi a senhora Fernández quem teve de se ocupar de prover o lar economicamente, já que seu esposo abandonou seu trabalho (par. 253 *supra*).

263. O senhor Claudio Furlan também sofreu em função das consequências geradas pelos fatos do presente caso. Em particular, há prova nos autos na qual se conclui que ele “também se enc[ontrava] afetado pelas circunstâncias do passado e a configuração que a família foi designando a cada um de seus membros”.<sup>418</sup> O Tribunal observa que o impacto dos fatos ocorridos em dezembro de 1988 é de tal magnitude para o senhor Claudio Furlan que ainda “[podia] significativamente precisar a data” na qual sua família se desintegrou e que ele permaneceu com seu pai: “foi o dia 21 de dezembro [de 1988] às 14 horas, [quando ele] tinha nove anos”.<sup>419</sup> Além disso, afirmou durante a audiência pública “rec[ordar] até a cor dos sapatos de Sebastián” no momento do acidente, já que “são coisas que não se pode esquecer nunca por mais jovem que seja”. O senhor Claudio Furlan sofreu psicologicamente por esta situação ao ponto de reviver constantemente a separação de sua família, recorda detalhes específicos do acidente sofrido por seu irmão e da separação de seus pais.<sup>420</sup> Como consequência das perturbações sofridas, o senhor Claudio Furlan construiu um projeto de vida ao redor de seu irmão portador de deficiência e do pai que era responsável, de maneira tal que, por exemplo, em determinado momento, mudou-se para o horário noturno na escola para poder acompanhar seu irmão, e atualmente vive muito próximo da casa de Sebastián Furlan para estar à sua disposição em caso de uma emergência.<sup>421</sup>
264. Finalmente, a senhora Sabina Furlan, irmã de Sebastián Furlan, também foi afetada pelas circunstâncias do presente caso, o que se encontra provado através dos relatórios socioeconômicos que descrevem a ruptura dos laços familiares e o fato de que ela teve de viver sozinha com sua mãe, afastada daqueles que uma vez foram seus entes mais queridos, de seus dois irmãos e de seu pai.<sup>422</sup> Iguualmente, a Corte considera provado dentro do presente caso a falta de atenção sofrida pela senhora Sabina Furlan durante sua infância devido aos cuidados especiais requeridos por seu irmão mais velho.<sup>423</sup> Além disso, estes fatos produziram sequelas que se mantêm atualmente. Por exemplo, o senhor Danilo Furlan manifestou que “[n]os dias de hoje [Sabina não] fala [com seu pai] em razão das circunstâncias terríveis que teve de viver no momento mais crítico de Sebastián”.<sup>424</sup>
265. Em razão de tudo o que foi indicado anteriormente, a Corte considera provada a desintegração do núcleo familiar, assim como o sofrimento vivido por todos os seus integrantes como consequência da demora no processo civil, da forma de execução da sentença e dos demais problemas enfrentados por Sebastián Furlan para ter acesso a uma reabilitação adequada. Do exposto anteriormente, a Corte considera que o Estado argentino violou o direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5, e o direito de acesso à justiça estabelecido nos artigos 8.1 e 25, em relação ao artigo 1.1, todos da Convenção Americana, em detrimento de Danilo Furlan, Susana Fernández, Claudio Erwin Furlan e Sabina Eva Furlan.

### **G) Conclusão geral sobre o acesso à justiça, o princípio de não discriminação e o direito à integridade pessoal de Sebastián Furlan**

266. O Estado argumentou que, apesar de “os reclamantes se referirem às normas internacionais em matéria de não discriminação e de proteção das crianças e das pessoas portadoras de deficiência e alega[rem] que o Estado argentino teria violado os deveres de especial proteção que correspondiam” a Sebastián Furlan, não proporcionaram explicação alguma sobre de “que modo teria sido cometida a violação dos mencionados deveres”. O Estado argumentou que as alegações das supostas vítimas careciam de generalidade e que estes mesmos argumentos haviam sido “utiliza[dos] para fundamentar os outros direitos que, segundo suas alegações, o Estado argentino teria violado”.
267. A este respeito, a Corte considera que o direito à igualdade e à não discriminação inclui duas concepções: uma

417. Cf. Relatório socioambiental elaborado pela Licenciada Marta Celia Fernández, folha 2502.

418. Cf. Relatório socioambiental elaborado pela Licenciada Marta Celia Fernández, folha 2510.

419. Cf. Relatório socioambiental elaborado pela Licenciada Marta Celia Fernández, folha 2509.

420. Cf. Relatório socioambiental elaborado pela Licenciada Marta Celia Fernández, folha 2509.

421. Cf. Relatório socioambiental elaborado pela Licenciada Marta Celia Fernández, folha 2509.

422. Cf. Relatório socioambiental elaborado pela Licenciada Marta Celia Fernández, folha 2500.

423. “A situação de Sebastián e [sua] total dedicação a ele, por falta de qualquer tipo de ajuda ou dos meios necessários para sua atenção profissional e especializada, [lhe] fi[zeram] esquecer que tinha uma esposa, e quando [se] deu conta já fazia tempo que já não estava mais. Também que tinha [seus] outros dois filhos, Sabina e Claudio. Não deixam passar uma oportunidade de me recriminar pela falta de atenção a eles quando Sebastián demandava muito mais do que eu lhe podia dar”. Declaração prestada por Danilo Furlan perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, folha 691).

424. Declaração prestada por Danilo Furlan perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, folha 689).

concepção negativa relacionada com a proibição de diferenças de tratamento arbitrárias,<sup>425</sup> e uma concepção positiva relacionada com a obrigação dos Estados de criar condições de igualdade real em relação a grupos que foram historicamente excluídos ou que se encontram em maior risco de serem discriminados.<sup>426</sup> Além disso, a Corte indicou que o direito à integridade física, psíquica e moral, consagrado no artigo 5.1 da Convenção Americana, “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 garanti-lo (obrigação positiva), em cumprimento de seu dever geral estabelecido no artigo 1.1 da Convenção Americana”.<sup>427</sup>

268. No presente caso a Corte ressalta que os menores de idade e as pessoas portadoras de deficiência devem desfrutar de um verdadeiro acesso à justiça e devem ser beneficiários de um devido processo legal em condições de igualdade com aqueles que não enfrentam essas desvantagens. Para alcançar seus objetivos, o processo deve reconhecer e resolver os fatores de desigualdade real daqueles que são levados perante a justiça. A presença de condições de desigualdade real obriga a adotar medidas de compensação que contribuam a reduzir ou eliminar os obstáculos e deficiências que impeçam ou reduzam a defesa eficaz dos próprios interesses.<sup>428</sup>
269. O Tribunal fez referência à situação agravada de vulnerabilidade de Sebastián Furlan, por ser menor de idade portador de deficiência vivendo em uma família de baixos recursos econômicos, razão pela qual correspondia ao Estado o dever de adotar todas as medidas adequadas e necessárias para enfrentar essa situação. Com efeito, foi detalhado o dever de celeridade nos processos civis analisados, dos quais dependia uma maior oportunidade de reabilitação. Ademais, a Corte concluiu que era necessária a devida intervenção do Defensor Público de Menores e Incapazes ou uma aplicação diferenciada da lei que regulamentou as condições de execução da sentença, como medidas que permitissem remediar de alguma maneira as situações de desvantagem nas quais se encontrava Sebastián Furlan. Estes elementos demonstram que existiu uma discriminação de fato associada às violações de garantias judiciais, proteção judicial e direito à propriedade já declaradas. Ademais, tendo em conta os fatos resumidos no capítulo sobre a afetação jurídica produzida a Sebastián Furlan no âmbito do processo civil (pars. 197 a 203 *supra*), assim como o impacto que a denegação de acesso à justiça teve na possibilidade de ter acesso a uma adequada reabilitação e atenção à saúde (pars. 197 a 203 *supra*), a Corte considera que se encontra provada, também, a violação do direito à integridade pessoal. Em consequência, a Corte declara que o Estado descumpriu sua obrigação de garantir, sem discriminação, o direito de acesso à justiça e o direito à integridade pessoal nos termos dos artigos 5.1, 8.1, 21, 25.1 e 25.2.c, em relação aos artigos 1.1 e 19 da Convenção Americana, em detrimento de Sebastián Claus Furlan.

## VIII

### Reparações

#### (Aplicação do artigo 63.1 da Convenção Americana)

270. Com base no disposto no artigo 63.1 da Convenção Americana,<sup>429</sup> a Corte indicou que toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido dano comporta o dever de repará-lo adequadamente<sup>430</sup> e que essa disposição reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre responsabilidade de um Estado.<sup>431</sup>
271. A reparação do dano ocasionado pela infração de uma obrigação internacional requer, sempre que seja possível,

425. Cf. Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral 18, Não discriminação, 10/11/89, CCPR/C/37, par. 7; Parecer Consultivo OC-18/03, par. 92.

426. Parecer Consultivo OC-17/02, par. 44; Parecer Consultivo OC-18/03, par. 88; *Caso Yatama Vs. Nicarágua. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 23 de junho de 2005. Série C Nº 127, par. 185, e *Caso López Álvarez Vs. Honduras. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 1º de fevereiro de 2006. Série C Nº 141, par. 170.

427. Cf. *Caso “Instituto de Reeducação do Menor” Vs. Paraguai. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 2 de setembro de 2004. Série C Nº 112, par. 158, e *Caso dos Irmãos Gómez Paquiyauri Vs. Peru. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 8 de julho de 2004. Série C Nº 110, par. 129.

428. Cf. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Marco das Garantias do Devido Processo Legal*. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1º de outubro de 1999. Série A Nº 16, par. 119; Parecer Consultivo OC-18/03, par. 121, e *Caso Vélez Loor Vs. Panamá*, par. 152.

429. O artigo 63.1 da Convenção dispõe que “[q]uando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada”.

430. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C Nº 7, par. 25, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 279.

431. Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C Nº 77, par. 62, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 279.

a plena restituição (*restitutio in integrum*), que consiste no restabelecimento da situação anterior. Caso isso não seja factível, como ocorre na maioria dos casos de violações de direitos humanos, o Tribunal determinará medidas para garantir os direitos violados e reparar as consequências que as infrações produziram.<sup>432</sup> Portanto, a Corte tem considerado a necessidade de conceder diversas medidas de reparação, a fim de ressarcir os danos de maneira integral, de modo que além das compensações pecuniárias, as medidas de restituição, satisfação e garantias de não repetição têm especial relevância em função dos danos ocasionados.<sup>433</sup>

272. Este Tribunal estabeleceu que as reparações devem ter umnexo causal com os fatos do caso, as violações declaradas, os danos provados, bem como as medidas solicitadas para reparar os danos respectivos. Portanto, a Corte deverá observar esta concorrência para se pronunciar devidamente e conforme o direito.<sup>434</sup>
273. De acordo com as violações à Convenção Americana declaradas nos capítulos anteriores, o Tribunal procederá a analisar as pretensões apresentadas pela Comissão e pelos representantes, bem como os argumentos do Estado, à luz dos critérios determinados na jurisprudência da Corte em relação à natureza e ao alcance da obrigação de reparar,<sup>435</sup> com o objetivo de ordenar as medidas dirigidas a reparar os danos ocasionados às vítimas.

#### A) Parte lesada

274. O Tribunal considera como parte lesada, nos termos do artigo 63.1 da Convenção, a pessoa que foi declarada vítima da violação de algum direito reconhecido na mesma.<sup>436</sup> Portanto, esta Corte considera como “parte lesada” a Sebastián Claus Furlan, seus pais Danilo Furlan e Susana Fernández, e seus irmãos, Claudio Erwin Furlan e Sabina Eva Furlan, quem, em seu caráter de vítimas das violações declaradas no capítulo VII, serão considerados beneficiários das reparações que o Tribunal vier a ordenar.
275. Os representantes solicitaram que se incluía como beneficiários das reparações a pessoas que não foram apresentadas pela Comissão Interamericana no Relatório de Mérito como supostas vítimas. Alegaram que também devem ser considerados como supostas vítimas os dois filhos de Sebastián Furlan (Diego Germán e Adrián Nicolás Furlan Sarto), que atualmente têm 4 e 3 anos de idade. Manifestaram que, independentemente de que no Relatório de Mérito da Comissão estas crianças “não foram categorizadas como supostas vítimas”, o relevante é que “não apenas foram indicados em tal caráter em distintas comunicações efetuadas por Danilo Furlan à Comissão, mas que a mesma deu destaque nesse relatório a que Sebastián tem ‘dois filhos, o menor dos quais também teria problemas de desenvolvimento’”. Indicaram que a “adequada e oportuna identificação -tanto p[elo] senhor Danilo Furlan], como pela [Comissão]- significou também colocar o assunto em conhecimento do Estado”. Além disso, alegaram que a Corte tem precedentes nesta direção, nos quais são tomadas em conta as particularidades de cada caso e, sempre e quando, se respeite o direito de defesa dos Estados. Acrescentaram que a Corte também “considerou suficiente com respeito à determinação dos destinatários das reparações” o “fato de que sua existência havia sido colocada em conhecimento do Tribunal ao menos indiretamente nos anexos à demanda”.
276. O Estado argumentou que “os únicos beneficiários seriam os que a Comissão determinou no Relatório de Mérito”. Não obstante isso, o Estado deixou à consideração da Corte “a determinação e individualização dos beneficiários das eventuais reparações”.
277. A Corte ressalta que, de acordo com o artigo 35.1 do Regulamento da Corte, o relatório a que se refere o artigo 50 da Convenção deve conter “todos os fatos supostamente violatórios, inclusive a identificação das supostas vítimas”. Nesse sentido, corresponde à Comissão e não a este Tribunal identificar com precisão e na devida oportunidade processual as supostas vítimas em um caso perante a Corte.<sup>437</sup> Em aplicação do novo

432. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C Nº 7, par. 26, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 280.

433. Cf. *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 3 de dezembro de 2001. Série C Nº 88, pars. 79 a 81, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 280.

434. Cf. *Caso Ticona Estrada Vs. Bolívia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C Nº 191, par. 110, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 281.

435. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C Nº 7. Par. 25 a 27, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 283.

436. Cf. *Caso Bayarri Vs. Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 30 de outubro de 2008. Série C Nº 187, par. 126 e *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 26 de junho de 2012. Série C Nº 244, par. 149

437. Cf. *Caso Acevedo Buendía e outros (“Demitidos e aposentados da Controladoria”) Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 1º de julho de 2009. Série C Nº 198, par. 112 e *Caso Atala Rizzo e crianças Vs. Chile. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença



Regulamento, este critério foi ratificado desde o Caso *Família Barrios Vs. Venezuela*.<sup>438</sup> Em consequência, o Tribunal não considerará como parte lesada no presente caso a Diego Germán e Adrián Nicolás Furlan Sarto, familiares adicionais indicados pelos representantes, devido a que não foram considerados como tais no Relatório de Mérito a que se refere o artigo 50 da Convenção Americana.

**B) Medidas de reparação integral: reabilitação, satisfação e garantias de não repetição**

278. A Corte ressalta que as violações declaradas nos capítulos anteriores foram cometidas em detrimento de uma criança e, posteriormente, um adulto com deficiência, o que implica que as reparações concedidas no presente caso devem seguir o modelo social para abordar a deficiência consagrado nos diversos tratados internacionais sobre a matéria (pars. 133 a 135 *supra*). Isso implica que as medidas de reparação não se concentram exclusivamente em medidas de reabilitação de tipo médico, mas incluem medidas que ajudem a pessoa com deficiência a enfrentar as barreiras ou limitações impostas, com o objetivo de que esta pessoa possa “alcançar e manter a máxima independência, capacidade física, mental, social e vocacional, e a inclusão e participação plena em todos os aspectos da vida”.<sup>439</sup>

*B.1) Medidas de reabilitação*

*Alegações das partes e da Comissão*

279. A Comissão solicitou que Sebastián Furlan “tenha acesso a tratamento médico e de outro caráter em centros de atenção especializada e de qualidade, ou os meios para ter acesso a esta atenção em centros privados”.
280. Os representantes argumentaram que, “[e]m atenção aos prejuízos imateriais sofridos pelas supostas vítimas, era necessário que, com seu consentimento, fosse concedido um tratamento médico e psicológico em centros especializados”. Ressaltaram “a necessidade de que tanto Sebastián [Furlan] como sua família contem efetivamente com um tratamento integral de acordo com suas necessidades”.
281. O Estado argumentou que “a atenção médica e psicológica disponível [para] Sebastián Furlan não [foi] utilizad[a e que] o Programa Federal de Saúde (PROFE) -ao qual tem direito sempre e quando cumpra o requisito de afiliação- prevê atenção médica, psicológica e psiquiátrica especializada para cada caso concreto”.

*Considerações da Corte*

*B.1.1) Reabilitação física e psíquica*

282. A Corte ressalta que a atenção à saúde deve estar disponível a toda pessoa que a necessite. Todo tratamento a pessoas portadoras de deficiência deve estar dirigido ao melhor interesse do paciente, deve ter como objetivo preservar sua dignidade e sua autonomia, reduzir o impacto da doença, e melhorar sua qualidade de vida.<sup>440</sup> Além disso, sobre os alcances do direito à reabilitação nos termos do Direito Internacional, o artigo 25 da CDPD estabelece o direito a gozar do mais alto nível possível de saúde sem discriminação por motivos de deficiência e a obrigação de adotar medidas pertinentes para assegurar o acesso das pessoas portadoras de deficiência a serviços de saúde, inclusive de reabilitação relacionada com a saúde.<sup>441</sup> De igual maneira, o artigo 23 da Convenção

de 24 de fevereiro de 2012. Série C Nº 239, par. 245.

438. Cf. *Caso Família Barrios vs. Venezuela. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2011. Série C Nº 237, nota de rodapé 214.

439. Artigo 26 da CDPD.

440. Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C Nº 149, par. 109. Além disso, ver: Organização Mundial da Saúde. Divisão de Saúde Mental e Prevenção do Abuso de Substâncias. Dez Princípios Básicos das Normas para a Atenção da Saúde Mental (1996), princípios 2, 4 e 5. Por sua vez, o Comitê de DESC indicou que o “direito à saúde física e mental implica também o direito a ter acesso aos serviços médicos e sociais -incluindo os aparelhos ortopédicos- e a se beneficiar destes serviços, para que as pessoas portadoras de deficiência possam ser autônomas, evitar outras deficiências e promover sua integração social. De maneira análoga, essas pessoas devem ter à sua disposição serviços de reabilitação a fim de que possam “alcançar e manter um nível ótimo de autonomia e mobilidade”. Todos os serviços mencionados devem ser prestados de forma que as pessoas em questão possam conservar o pleno respeito de seus direitos e de sua dignidade”. Comitê de Direitos Econômicos Sociais e Culturais, Observação Geral nº 5, “Pessoas com Deficiência”. Nações Unidas, Documento E/1995/22 (1994), par. 34.

441. Além disso, o artigo 25 da citada Convenção estabelece, *inter alia*, que os Estados: i) Oferecerão às pessoas com deficiência programas e atenção à saúde gratuitos ou a custos acessíveis da mesma variedade, qualidade e padrão que são oferecidos às demais pessoas, inclusive na área de saúde sexual e reprodutiva e de programas de saúde pública destinados à população em geral; ii) Propiciarão serviços de saúde que as pessoas com deficiência necessitam especificamente por causa de sua deficiência, inclusive diagnóstico e intervenção precoces, bem como serviços projetados para reduzir ao máximo e prevenir deficiências adicionais, inclusive entre crianças e idosos; iii) Propiciarão esses serviços de saúde às pessoas com deficiência, o mais próximo possível de suas comunidades, inclusive na zona rural; iv) Exigirão dos profissionais de saúde que dispensem às pessoas com deficiência a mesma qualidade de serviços dispensada às demais pessoas e, principalmente, que obtenham o consentimento livre e esclarecido das pessoas com deficiência concernentes. Para esse fim, os Estados Partes realizarão

sobre Direitos da Criança se refere às medidas que os Estados devem adotar com respeito às crianças com deficiência.<sup>442</sup>

283. Este Tribunal constatou o dano produzido a Sebastián Furlan pela demora no processo que impediu que tivesse acesso aos tratamentos médicos e psicológicos que teriam podido ter um impacto positivo em sua vida (pars. 197 a 203 *supra*), o que foi evidenciado pelos laudos médicos que foram apresentados no processo (pars. 197 a 203 *supra*). Igualmente, está provado o impacto produzido ao núcleo familiar de Sebastián Furlan (pars. 252 a 265 *supra*), o qual foi respaldado pelos estudos socioeconômicos e por perícias juntadas ao presente caso (pars. 252 a 265 *supra*). A este respeito, a Corte ressalta que da prova pericial apresentada nos autos se deriva que, em casos como o presente, a reabilitação deve ser oferecida de forma precoce e oportuna, para alcançar um resultado adequado,<sup>443</sup> deve ser contínua e ir além da etapa de maior complexidade inicial. Além disso, a reabilitação deve ter em conta o tipo de deficiência que a pessoa tem e ser coordenado por uma equipe multidisciplinar que atenda todos os aspectos da pessoa de maneira integral.<sup>444</sup>
284. Em consequência, a Corte considera, como o fez em outros casos,<sup>445</sup> que é preciso ordenar uma medida de reparação que ofereça uma atenção adequada aos sofrimentos psicológicos e físicos sofridos pelas vítimas derivados das violações estabelecidas na presente Decisão. Portanto, o Tribunal considera necessário ordenar a obrigação do Estado de oferecer gratuitamente, através de seus serviços de saúde especializados, e de forma imediata, adequada e efetiva, o tratamento médico, psicológico e psiquiátrico às vítimas, mediante prévio consentimento informado, incluindo a provisão gratuita dos medicamentos que eventualmente sejam requeridos, levando em consideração os sofrimentos de cada um deles. No caso de que o Estado careça delas, deverá recorrer a instituições privadas ou da sociedade civil especializadas. Além disso, os respectivos tratamentos deverão ser prestados, na medida do possível, nos centros mais próximos a seus lugares de residência e pelo tempo que seja necessário.<sup>446</sup> Ao prover o tratamento psicológico ou psiquiátrico deve-se considerar, ademais, as circunstâncias e necessidades particulares de cada vítima, de maneira que sejam oferecidos tratamentos familiares e individuais, segundo o que seja acordado com cada uma delas e depois de uma avaliação individual.<sup>447</sup> As vítimas que requeiram esta medida de reparação, ou seus representantes legais, dispõem de um prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença, para dar a conhecer ao Estado sua intenção de receber atenção médica, psicológica ou psiquiátrica.<sup>448</sup>

### *B.1.2) Reabilitação em relação ao projeto de vida*

285. Com respeito ao suposto “dano às relações de vida” alegado pelos representantes no caso de Sebastián Furlan, tomando em conta o conteúdo da alegação, a Corte interpreta esta expressão em relação ao denominado dano ao “projeto de vida”, que se refere à realização integral da pessoa afetada, considerando sua vocação, aptidões, circunstâncias, potencialidades e aspirações, que lhe permitem fixar razoavelmente determinadas expectativas

---

atividades de formação e definirão regras éticas para os setores de saúde público e privado. Por outro lado, sobre a reabilitação de pessoas com deficiência, os Princípios das Nações Unidas para a Proteção de Pessoas com Enfermidade Mental e a Melhoria da Atenção à Saúde Mental se define à atenção da saúde mental, como a análise e diagnóstico do estado de saúde mental de uma pessoa, e o tratamento, o cuidado e as medidas de reabilitação aplicadas a uma enfermidade mental real ou suposta; o tratamento e a atenção de cada paciente se basearão em um plano individualmente prescrito, discutido com o paciente, regularmente revisto, retificado conforme necessário e fornecido por pessoal profissional qualificado (Princípio 9) e se deverá explicar ao paciente as consequências de sua decisão de recusar ou de interromper um tratamento (Princípio 11). Adotados pela Assembleia Geral das Nações Unidas. Resolução 46/119 de 17 de dezembro de 1991.

442. O artigo 23 estabelece que: [...] 2. Os Estados Partes reconhecem o direito da criança deficiente de receber cuidados especiais e, de acordo com os recursos disponíveis e sempre que a criança ou seus responsáveis reúnam as condições requeridas, estimularão e assegurarão a prestação da assistência solicitada, que seja adequada ao estado da criança e às circunstâncias de seus pais ou das pessoas encarregadas de seus cuidados. 3. Atendendo às necessidades especiais da criança deficiente, a assistência prestada, conforme disposto no parágrafo 2 do presente artigo, será gratuita sempre que possível, levando-se em consideração a situação econômica dos pais ou das pessoas que cuidem da criança, e visará a assegurar à criança deficiente o acesso efetivo à educação, à capacitação, aos serviços de saúde, aos serviços de reabilitação, à preparação para o emprego e às oportunidades de lazer, de maneira que a criança atinja a mais completa integração social possível e o maior desenvolvimento individual factível, inclusive seu desenvolvimento cultural e espiritual.

443. A este respeito, a perita Estela Rodríguez declarou que: “[N]a medida em que se inicie a reabilitação precocemente, os resultados serão melhores porque se evita que o cérebro no caminho da recuperação (sempre o faz) perpetue o funcionamento anômalo”. Declaração por *affidavit* da médica Estela del Carmen Rodríguez de 10 de fevereiro de 2012 (expediente de mérito, tomo II, folha 753).

444. Cf. Declaração da perita Laura Beatriz Subies na audiência pública do presente caso.

445. Cf. *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 3 de dezembro de 2001. Série C Nº 88. par. 57, e *Caso González Medina Vs. República Dominicana*, par. 29.

446. Cf. *Caso do Massacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C Nº 211. par. 270, e *Caso González Medina Vs. República Dominicana*, par. 293.

447. Cf. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colômbia. Exceção Preliminar*. Sentença de 12 de junho de 2002. Série C Nº 93, par. 278, e *Caso González Medina Vs. República Dominicana*, par. 293.

448. Cf. *Caso Fernández Ortega e outros Vs. México*, par. 252, e *Caso González Medina Vs. República Dominicana*, par. 293.

e alcançá-las.<sup>449</sup> O projeto de vida se expressa nas expectativas de desenvolvimento pessoal, profissional e familiar possíveis em condições normais.<sup>450</sup> Esta Corte indicou que o “dano ao projeto de vida” implica a perda ou o grave prejuízo de oportunidades de desenvolvimento pessoal, de forma irreparável ou muito dificilmente reparável.<sup>451</sup> Este dano se deriva das limitações sofridas por uma pessoa para se relacionar e gozar de seu ambiente pessoal, familiar ou social, por lesões graves de tipo físico, mental, psicológico ou emocional. A reparação integral do dano ao “projeto de vida” geralmente requer medidas reparatórias que vão além de uma mera indenização monetária, consistentes em medidas de reabilitação, satisfação e não repetição.<sup>452</sup> Em alguns casos recentes a Corte avaliou este tipo de dano e o reparou.<sup>453</sup> Além disso, o Tribunal observa que alguns altos tribunais nacionais reconhecem danos relativamente similares associados a “relações de vida” ou outros conceitos análogos ou complementares.<sup>454</sup>

286. A este respeito, o senhor Danilo Furlan explicou a abrupta mudança na vida de Sebastián Furlan da seguinte forma:

[a]s mudanças na vida de Sebastián por sua falta de reabilitação oportuna e assistência integral foram dramaticamente totais. Passou de ser um bom aluno a ser o último, onde infelizmente lhe permitiam estar na sala de aula como ouvinte. Passou de ser um jogador da equipe juvenil de basquete do Clube Ciudadela Norte a ser uma pessoa que apenas podia caminhar. Passou de falar rápido a apenas balbuciar. Para quem não o conhecia, a primeira impressão era de estar bêbado, por isso nem sequer podia atender o telefone. Passou de ter amigos e companheiros a ficar afastado, discriminado e absolutamente sozinho e sem nenhuma relação social. Passou de ter uma extraordinária agilidade em karatê, basquete, natação e outros esportes a apenas ser uma sombra do que foi. Passou de ser convidado a todos os aniversários de vizinhos e amigos a ser marginalizado e apenas comparecer aos aniversários quando era o seu ou o de seu irmão. Passou de ser livre e independente a estar limitado, controlado, medicado e dependente. Passou de ter uma tremenda vontade de viver a tentar se matar em duas oportunidades. Passou de ter uma família numerosa a que ninguém se importe com ele porque não era socialmente confiável.<sup>455</sup>

287. Sem dúvida, o projeto de vida de Sebastián Furlan foi gravemente afetado. Tendo em conta estas dificuldades que uma criança portadora de deficiência devia enfrentar em relação a suas próprias limitações e as possíveis dificuldades de integração, principalmente no âmbito social e escolar, a prova pericial ressaltou que Sebastián Furlan deveria ter recebido assistência especializada. Com efeito, a perita Rodríguez afirmou que:

Uma psicopedagoga deveria ter intervindo para supervisionar os aspectos da aprendizagem e sociais com seus pares no colégio. Não há relatórios da escola, tampouco sabemos se houve um funcionário escolar que tivesse intervindo. A equipe escolar e a equipe de saúde deveriam ter trabalhado juntos já que falamos de um menino que terminou um ano letivo em estado de saúde e começou o ano seguinte em situação de deficiência.<sup>456</sup>

288. Além disso, tendo em conta que a falta de uma devida reabilitação teve um impacto negativo nas diversas esferas sociais, laborais e educativas da Sebastián Furlan (pars. 197 a 203 *supra*), a Corte considera necessário que lhe seja oferecido acesso a serviços e programas de habilitação e reabilitação, que se baseiem em uma avaliação multidisciplinar das necessidades e capacidades da pessoa.<sup>457</sup> Isso, tomando em consideração o

449. Cf. *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 1998. Série C Nº 42, par. 147.

450. Cf. *Caso Tibi Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 7 de setembro de 2004. Série C Nº 114, par. 245.

451. Cf. *Caso Loayza Tamayo Vs. Peru. Reparaciones e Custas*, par. 150.

452. Cf. *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 3 de dezembro de 2001. Série C Nº 88, par. 80, e *Caso Valle Jaramillo e outros Vs. Colômbia*, pars. 227 a 231.

453. Cf. *Caso do Massacre de Las Dos Erres Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2009. Série C Nº 211, pars. 284 e 293, e *Caso Mejía Idrovo Vs. Equador*, par. 134.

454. Cf. Conselho de Estado da Colômbia: Sala do Contencioso Administrativo, Terceira Seção, Sentença de 19 de julho de 2000, Rad. 11.842 e Sala do Contencioso Administrativo, Terceira Seção, Sentença de 14 de setembro de 2011, Rad. 38.222. Além disso, ver: Sentenças da Corte Suprema de Justiça da Colômbia, Sala de Cassação Civil, Sentença de 13 de maio de 2008 e Sala de Cassação Penal, Sentença de 25 de agosto de 2010.

455. Declaração de Danilo Furlan perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo II, folhas 692 e 693). Por sua vez, a testemunha Violeta Jano também realizou suas considerações sobre o ponto, ao manifestar que “[a] vida de Sebastián nunca foi a mesma. Como não podia caminhar nem falar bem, já não pôde fazer esportes nem nada. Além disso perdeu todos seus amigos porque era difícil estar com Sebastián. Fazia coisas fora de lugar e estava todo o tempo em perigo”. Declaração de Violeta Jano perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo II, folha 738).

456. Declaração por *affidavit* da médica Estela del Carmen Rodríguez de 10 de fevereiro de 2012 (expediente de mérito, tomo II, folha 760). Além disso, o perito Alejandro Morlacchetti manifestou que “as obrigações do Estado com respeito às pessoas portadoras de deficiência são de prestar, possibilitar e habilitar instâncias educativas onde essa pessoa, segundo seu grau de deficiência, se integre ao sistema escolar [...] para que esteja o mais próximo possível e o menos excluído possível do sistema educativo existente”. Declaração do perito Alejandro Morlacchetti em audiência pública.

457. Cf. Artigo 26 da CDPD.

modelo social para abordar a deficiência (pars. 133 a 135 *supra*), porquanto oferece um enfoque mais amplo de medidas de reabilitação para as pessoas portadoras de deficiência. Portanto, o Tribunal ordena ao Estado argentino a conformação de um grupo interdisciplinar, o qual, tendo em conta a opinião de Sebastián Furlan, determinará as medidas de proteção e de assistência que seriam mais apropriadas para sua inclusão social, educativa, vocacional e laboral. Igualmente, na determinação destas medidas, deverá ter-se em conta a assistência necessária para facilitar a implementação das mesmas, de modo que de maneira consensuada, deverão ser postas em prática, entre outras medidas, a atenção em domicílio ou em locais próximos de sua residência. O Estado deverá informar anualmente sobre a implementação desta medida por um período de três anos, uma vez iniciada a implementação deste mecanismo.

### *B.2) Medidas de satisfação*

289. Os representantes solicitaram “a publicação da Sentença em três jornais de grande circulação na [Argentina]”. O Estado não apresentou argumentos a respeito.
290. A Corte dispõe, como o ordenou em outros casos,<sup>458</sup> que o Estado publique, no prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença: a) o resumo oficial da presente Sentença elaborado pela Corte, por uma única vez, no Diário Oficial; b) o resumo oficial da presente Sentença elaborado pela Corte, por uma única vez, em um jornal de ampla circulação nacional, e c) a presente Sentença em sua íntegra, disponível por um período de um ano, em um sítio *web* oficial.

### *B.3) Garantias de não repetição*

#### *B.3.1) Acesso à informação em saúde e previdência social*

#### *Alegações das partes e da Comissão*

291. Os representantes solicitaram a regulamentação da Lei Nacional de Saúde Mental (Lei 26.657) de 25 de novembro de 2010, considerando que “[o]s avanços em matéria de direitos que a mencionada lei propõe são hoje em dia uma mera promessa”.
292. O Estado argumentou que “ratificou a Convenção sobre os Direitos de Pessoas Portadoras de Deficiência no ano 2008 e que desde então se encontra realizando um processo de adequação das normas internas e práticas dirigidas a dar cumprimento ao estabelecido neste tratado”. Em particular, o Estado fez menção às Leis nº 22.431 e 24.901, “nas quais se institui o uso do certificado único de deficiência e se estabelece o sistema de prestações básicas em habilitação e reabilitação integral a favor das pessoas portadoras de deficiência”. Com respeito à Lei nº 22.431, o Estado afirmou que esta Lei “cria um sistema de proteção integral das pessoas com deficiência voltado a assegurar a elas atenção médica, educação e previdência social, assim como a conceder-lhes as facilidades e estímulos que permitam na medida do possível neutralizar a desvantagem que a deficiência lhes provoca”. Assegurou que esta Lei cria o mecanismo do certificado único de deficiência, o qual concede “o acesso gratuito ao transporte público [...] em trens, metrô, ônibus e vans, o direito de livre trânsito e estacionamento [...] e outros benefícios [...] como: pensões familiares, isenção de impostos [...], turismo [e] acesso a 100% da cobertura em medicação e tratamento do diagnóstico presente em seu certificado”. Com relação à Lei 24.901, o Estado assinalou que “prevê uma série de benefícios básicos [tais como] ações de reabilitação [...], medidas terapêuticas educativas [...], medidas educativas e assistenciais”, e oferece “a cobertura de serviços específicos, sistemas alternativos ao grupo familiar e medidas complementares encarregadas de obras sociais”.
293. Além disso, o Estado afirmou que “a saúde pública, gratuita e universal foi e é um dos pilares históricos e básicos da política pública do Estado argentino, em cumprimento de padrões internacionais na matéria, sem precedentes na região”. Assinalou que “além dos benefícios que oferece a saúde pública, existe um *plus* de garantia para as pessoas que tenham uma incapacidade laboral e não tenham parentes com obrigação de dar-lhes a cota alimentar, ou que não estejam em condições de sufragá-las”, a qual se encontra “coberta pelo Programa Federal “Incluir Saúde”[, o qual] oferece assistência médica, psiquiátrica e de outras disciplinas especializadas”.

458. Cf. *Caso Cantoral Benavides Vs. Peru. Exceções Preliminares*. Sentença de 3 de setembro de 1998. Série C Nº 40, par. 79, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 307.

*Considerações da Corte*

294. A Corte já constatou o impacto produzido no direito à integridade de Sebastián Furlan pela falta de acesso a uma reabilitação oportuna que lhe teria oferecido melhores opções de vida (pars. 197 a 203 *supra*). Tendo em consideração que o Estado conta com um marco legal que poderia impedir que situações como as do presente caso se repitam, o Tribunal considera importante implementar a obrigação de transparência ativa em relação à atenção de saúde e previdência social a que têm direito as pessoas portadoras de deficiência na Argentina. Isso impõe ao Estado a obrigação de fornecer ao público a máxima quantidade de informação de maneira informal, entre outros, a respeito da informação que se requer para o acesso a estas medidas. Esta informação deve ser completa, compreensível, em uma linguagem acessível e estar atualizada. Além disso, dado que setores importantes da população não possuem acesso às novas tecnologias e, contudo, muitos de seus direitos podem depender de que conheçam a informação sobre como fazê-los efetivos, o Estado deve encontrar formas eficazes para realizar a obrigação de transparência ativa nestas circunstâncias.<sup>459</sup>
295. Consequentemente, a Corte considera que, no âmbito da implementação das leis argentinas que regulamentam o acesso a serviços de saúde e de previdência social, o Estado deverá adotar as medidas necessárias para assegurar que no momento em que uma pessoa é diagnosticada com graves problemas ou seqüelas relacionadas com deficiência, seja entregue à pessoa ou seu grupo familiar uma carta de direitos que resuma de maneira sintética, clara e acessível os benefícios contemplados nas mencionadas normas, os padrões sobre proteção das pessoas portadoras de deficiência mental estabelecidos nesta Sentença e as políticas públicas análogas, assim como as instituições que podem prestar ajuda para exigir o cumprimento de seus direitos. O Estado deverá informar anualmente sobre a implementação desta medida por um período de três anos uma vez que se inicie a implementação deste mecanismo.

*B.3.2) Reformas legais ao procedimento civil e à execução de sentenças em casos que envolvam menores de idade e pessoas portadoras de deficiência*

*Alegações das partes*

296. Os representantes solicitaram, como garantias de não repetição, reformas legislativas ao procedimento civil e ao regime jurídico de execução de sentenças. Quanto ao procedimento civil, solicitaram uma “reformulação dos esquemas de procedimento civil, preponderantemente escritos e formais, que impactam no tempo do processo, na dispersão de atos, e na falta de contato direto e pessoal do juiz com as partes”. Consideraram que uma reforma deveria ao menos ter em conta: “a) a estrutura do litígio por audiências, b) a preponderância dos princípios de imediação e concentração, c) a intensificação dos deveres do juiz como guardião de direitos e garantias e sistemas de controle do cumprimento desse papel, d) o fortalecimento das funções de saneamento, e e) o trabalho interdisciplinar para abordar os casos de pessoas em situação de vulnerabilidade”. Como reformas necessárias para “todos os casos, mas de maneira especial [a respeito das] pessoas menores de idade e/ou com algum tipo de deficiência”, mencionaram as seguintes modificações: i) um “processo com audiências quando o objeto do processo seja o interesse de uma criança, adolescente ou pessoa com deficiência”; ii) que “os juízes devam comparecer de forma obrigatória às audiências”; iii) que “[e]m julgamentos [que envolvam] crianças, adolescentes e incapazes, quando for necessário, o juiz dev[e] tomar medidas de prevenção de danos e de proteção”; iv) que “[o]s processos devem ser mais breves [em casos nos quais] estejam em jogo medidas de proteção, reabilitação e indenização a crianças, adolescentes e/ou incapazes”; v) que “[o]s menores de idade e incapazes devem ser ouvidos pessoalmente pelo juiz em audiência”; vi) que “[s]e dev[e] estabelecer [...] o direito a pedir medidas cautelares de proteção de menores de idade e incapazes”, e vii) que “se dev[e] estabelecer um procedimento de execução de sentenças que seja rápido, tendo especial atenção [a] casos [relacionados com] algum direito social como o direito à saúde e/ou à previdência social”. Por outro lado, solicitaram uma modificação do recurso extraordinário federal, previsto no artigo 280 do CPCCN, para que “se estabeleça um prazo legal no qual a Corte Suprema deve se pronunciar após a interposição do recurso”.
297. Quanto ao regime normativo sobre execução de sentenças, os representantes pediram “[a] reformulação da

459. *Mutatis mutandi, Caso Claude Reyes e outros Vs. Chile. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C Nº 151, par. 79. Além disso, o alcance desta obrigação se detalha na resolução da Comissão Jurídica Interamericana sobre os “Princípios sobre o Direito de Acesso à Informação”, que estabelece que, “[o]s órgãos públicos devem difundir informação sobre suas funções e atividades —incluindo sua política, oportunidades de consultas, atividades que afetam o público, orçamentos, subsídios, benefícios e contratos— de forma rotineira e proativa, mesmo em ausência de uma petição específica, e de maneira que se assegure que a informação seja acessível e compreensível”. Comissão Jurídica Interamericana. “Princípios sobre o direito de acesso à informação”, 73º período ordinário de sessões, 7 de agosto de 2008, OEA/Ser. Q CJI/RES.147 (LXXIII-O/08), resolutivo quarto.

legislação que impõe o meio de pagamento deferido na execução das sentenças contra o Estado, de maneira tal que sejam excetuados expressamente todos os casos nos quais a parte autora sofra de deficiências ou de afetações à saúde que lhe exijam passar por tratamentos médicos ou receber atenção especial”. Solicitaram a modificação da Lei 25.344 para que “se determine por via legal as situações e casos especiais que devem ser excluídos da consolidação pelos juízes no momento de proferir sentença”, e se estabeleça “algum tipo de sistema que dê preferência ao pagamento dos casos nos quais se verifica uma situação de afetação ao direito à saúde e/ou previdência social”.

298. Com respeito à solicitação dos representantes de ordenar reformas legislativas ao procedimento civil, o Estado a considerou “absolutamente vaga, ampla e confusa”, e afirmou que “o Código Processual Civil e Comercial da Nação [...] foi reformado no ano 2001 [...] de acordo com os padrões internacionais na matéria e com as vagas pretensões que as supostas vítimas propõem”. Sinalizou que os artigos 34 e 36 do CPCCN prevêm que “os juízes atuem de maneira pessoal nos processos e que possam solicitar assessoramento multidisciplinar através da atuação dos peritos”.
299. Em relação ao pedido de reformas legislativas ao regime de execução de sentenças, o Estado argumentou que “a legislação sobre política econômica se encontra fora da órbita da competência” da Corte em razão da reserva do Estado feita a respeito do artigo 21 da Convenção. Ademais, afirmou que “o sistema de execução de sentenças previsto na Lei 23.928 foi modificado pela Lei 25.344, que em seu artigo 18 dispõe que o Poder Executivo Nacional poderá dispor a exclusão do sistema de consolidação de títulos ‘quando existirem circunstâncias excepcionais vinculadas a situações de desamparo e indigência nos casos em que a obrigação tiver caráter alimentar”’.

#### *Considerações da Corte*

300. A Corte recorda que o artigo 2 da Convenção obriga os Estados Parte a adotar, em conformidade com seus procedimentos constitucionais e as disposições da Convenção, as medidas legislativas ou de outro caráter que forem necessárias para fazer efetivos os direitos e liberdades protegidos pela Convenção.<sup>460</sup> Isto quer dizer que os Estados não apenas têm a obrigação positiva de adotar as medidas legislativas necessárias para garantir o exercício dos direitos nela consagrados, mas que também devem evitar promulgar leis que impeçam o livre exercício destes direitos, e evitar que se suprimam ou modifiquem as leis que os protegem.<sup>461</sup> Portanto, a Corte recorda que no âmbito das obrigações derivadas dos artigos 1.1 e 2 da Convenção, e segundo os padrões desenvolvidos na presente Sentença (pars. 125 a 139 *supra*), os Estados devem adotar medidas para reduzir as limitações ou barreiras e para dar o tratamento preferencial apropriado às pessoas portadoras de deficiência, a fim de alcançar os objetivos de plena participação e igualdade dentro da sociedade para todas elas.
301. No presente caso, a Corte se limitou a examinar a duração do processo judicial e sua execução. O Tribunal não analisou a compatibilidade de uma determinada norma com a Convenção Americana, e isso não foi matéria deste caso. Além disso, os representantes não apresentaram elementos suficientes que permitam inferir que as violações declaradas no presente caso tenham sido derivadas de um problema das leis em si mesmas. Outras reformas propostas se relacionam com questões fundamentais e intrínsecas da regulamentação do processo civil argentino. Os representantes não apresentaram maior informação que permita à Corte concluir que a regulamentação do processo civil argentino, como está desenhado legalmente, sofra de deficiências normativas em relação às controvérsias do presente caso. Portanto, a Corte se abstém de ordenar as reformas legislativas solicitadas pelos representantes sobre a modificação do CPCCN.
302. De outro lado, conforme estabeleceu em sua jurisprudência, este Tribunal recorda que é consciente de que as autoridades internas estão sujeitas ao império da lei e, por isso, estão obrigadas a aplicar as disposições vigentes no ordenamento jurídico.<sup>462</sup> Mas quando um Estado é Parte de um tratado internacional como a Convenção Americana, todos os seus órgãos, inclusive seus juízes e demais órgãos vinculados à administração de justiça, também estão submetidos àquele, o que lhes obriga a velar para que os efeitos das disposições da Convenção não se vejam enfraquecidos pela aplicação de normas contrárias a seu objeto e fim.

460. Cf. *Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Exceções Preliminares*. Sentença de 4 de dezembro de 1991. Série C Nº 12, par. 50, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 221.

461. Cf. *Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Exceções Preliminares*, par. 50, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 221.

462. Cf. *Caso Almonacid Arellano e outros vs. Chile. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de setembro de 2006. Série C Nº 154, par. 124, e *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C Nº 239, par. 281.

303. Os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça em todos os âmbitos têm a obrigação de exercer *ex officio* um “controle de convencionalidade” entre as normas internas e a Convenção Americana, no marco de suas respectivas competências e das regulamentações processuais correspondentes. Nesta tarefa, os juízes e órgãos vinculados à administração de justiça devem ter em conta não apenas o tratado, mas também a interpretação que do mesmo tem feito a Corte Interamericana, intérprete última da Convenção Americana.<sup>463</sup>
304. Assim, por exemplo, tribunais da mais alta hierarquia na região, tais como a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica,<sup>464</sup> o Tribunal Constitucional da Bolívia,<sup>465</sup> a Suprema Corte de Justiça da República Dominicana,<sup>466</sup> o Tribunal Constitucional do Peru,<sup>467</sup> a Corte Suprema de Justiça da Nação Argentina,<sup>468</sup> a Corte Constitucional da Colômbia,<sup>469</sup> a Suprema Corte da Nação do México<sup>470</sup> e a Corte Suprema do Panamá<sup>471</sup> se referiram e aplicaram o controle de convencionalidade tendo em conta interpretações efetuadas pela Corte Interamericana.
305. Como conclusão, com base no controle de convencionalidade, é necessário que as interpretações judiciais e administrativas e as garantias judiciais se apliquem adequando-se aos princípios estabelecidos na jurisprudência deste Tribunal no presente caso.<sup>471</sup> Isso é de particular relevância em relação ao indicado no presente caso a respeito da necessidade de ter em conta as situações de vulnerabilidade que possa enfrentar uma pessoa, especialmente quando se trate de menores de idade ou pessoas portadoras de deficiência, com o fim de que lhes seja garantido um tratamento preferencial no que tange à duração dos processos judiciais e no âmbito dos processos em que se ordene o pagamento de indenizações ordenadas judicialmente (pars. 204, 217 e 222 *supra*).

### *B.3.3) Capacitação de funcionários públicos e cooperação entre instituições estatais*

306. Como outras garantias de não repetição, os representantes solicitaram: i) a capacitação de funcionários públicos sobre os direitos das pessoas portadoras de deficiência; ii) a realização de campanhas de conscientização sobre os direitos das pessoas portadoras de deficiência; iii) a criação de medidas específicas para garantir o acesso à justiça, e iv) o fortalecimento da coordenação intra e interinstitucional entre a Comissão Nacional Assessora para a Integração de Pessoas Portadoras de Deficiência (doravante denominada “CONADIS”), os “promotores de saúde” e demais programas públicos, e o poder judiciário. A respeito dos cursos de capacitação, os representantes pediram “o estabelecimento de cursos de capacitação judicial a fim de que os juízes assumam compromissos reais sobre seus poderes de direção no processo [e] a capacitação de todos aqueles operadores governamentais que possam ter alguma ingerência no efetivo gozo dos direitos das pessoas portadoras de deficiência”. Com relação à “realização de campanhas de conscientização e difusão sobre os direitos que a normativa outorga às pessoas portadoras de deficiência e os tramites ou diligências necessários para ter acesso a eles”, solicitaram que “sejam adotadas medidas específicas para assegurar o acesso à justiça de pessoas vulneráveis regulamentando as obrigações dos entes públicos, em especial, da justiça, como agentes de informação e execução de mecanismos existentes sobre proteção e assistência jurídica e gratuita.” Requereram que sejam “adotadas as medidas necessárias para melhorar a coordenação[...] entre CONADIS, promotores de saúde e demais programas públicos e o [p]oder [j]udiciário a fim de favorecer o acesso à informação e o exercício dos direitos das pessoas portadoras de deficiência”.

463. Cf. *Caso Almonacid Arellano e outros*, par. 124, e *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*, par. 282.

464. Cf. Sentença de 9 de maio de 1995 emitida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da Costa Rica. Ação Inconstitucional. Voto 2313-95 (Expediente 0421-S-90), considerando VII.

465. Cf. Sentença proferida em 10 de maio de 2010 pelo Tribunal Constitucional da Bolívia (Expediente nº 2006-13381-27-RAC), seção III.3. Sobre “o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Fundamentos e efeitos das Sentenças emanadas da Corte Interamericana de Direitos Humanos”.

466. Cf. Resolução nº 1920-2003 emitida em 13 de novembro de 2003 pela Suprema Corte de Justiça da República Dominicana.

467. Cf. Sentença proferida em 21 de julho de 2006 pelo Tribunal Constitucional do Peru (Expediente nº 2730-2006-PA/TC), fundamento 12 e sentença 00007-2007-PI/TC proferida em 19 de junho de 2007 pelo Pleno do Tribunal Constitucional do Peru (Colegio de Advogados do Callao c. Congresso da República), fundamento 26.

468. Cf. Sentença proferida em 23 de dezembro de 2004 pela Corte Suprema de Justiça da Nação, República Argentina (Expediente 224. XXXIX). “*Espósito, Miguel Angel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por su defensa*”, considerando 6 e Sentença da Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina, *Mazzeo, Julio Lilo y otros, recurso de casación e inconstitucionalidad*. M. 2333. XLII. e outros de 13 de Julho de 2007, par. 20.

469. Cf. Sentença C-010/00 proferida em 19 de janeiro de 2000 pela Corte Constitucional da Colômbia, par. 6.

470. Cf. Pleno da Suprema Corte de Justiça da Nação do México, Expediente Vários 912/2010, decisão de 14 de julho de 2011.

471. Cf. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Mérito Reparaciones e Custas*. Sentença de 1º de setembro de 2011. Série C Nº 233, par. 228, e *Caso Atala Riffo e crianças Vs. Chile*, par. 284.

307. O Estado argumentou que “a[s] medida[s...] pretendida[s] pelos representantes [...] já se enc[ontram] contemplada[s] no ordenamento jurídico argentino”. Argumentou que “realiza de maneira regular capacitações através de diversos organismos públicos”, e “facilita e fortalece o acesso à justiça por parte das pessoas [com deficiência], como também impulsiona as atividades relacionadas com os programas jurídicos e sociais de atenção comunitária”. Afirmou que, na atualidade, estão vigentes diferentes campanhas “de difusão em meios de comunicação e na via pública sobre os direitos das pessoas portadoras de deficiência” através de organizações como a CONADIS e outros organismos. Por outro lado, assinalou que “a CONADIS tem responsabilidade em dar assessoria a particulares (pessoas portadoras de deficiência ou seus familiares), a [o]rganismos [g]overnamentais e não [g]overnamentais na matéria jurídica relativa à deficiência”.

### *Considerações da Corte*

308. O Tribunal toma nota das atividades desenvolvidas pelo Estado em matéria de capacitação a funcionários, campanhas de divulgação e cooperação interinstitucional, dirigidas a potencializar os serviços a favor das pessoas portadoras de deficiência. Não obstante isso, em consideração das violações que foram declaradas em detrimento de uma pessoa com deficiência, em relação à duração do processo (par. 204 *supra*) e à execução do mesmo (par. 219 *supra*), a Corte entende necessário que o Estado continue realizando os cursos de capacitação a funcionários dos poderes executivo e judiciário<sup>472</sup> e as campanhas informativas públicas em matéria de proteção dos direitos de pessoas portadoras de deficiência. Os programas de capacitação e formação devem refletir devidamente o princípio da plena participação e de igualdade,<sup>473</sup> e ser realizados em consulta com as organizações de pessoas portadoras de deficiência.<sup>474</sup> A Corte também aprecia que o Estado continue fortalecendo a cooperação entre instituições estatais e organizações não governamentais, com o objetivo de oferecer uma melhor atenção às pessoas portadoras de deficiência e seus familiares. Para isso, deve-se garantir que as organizações de pessoas portadoras de deficiência possam exercer um papel fundamental, a fim de assegurar que suas preocupações sejam devidamente consideradas e tratadas.<sup>475</sup>

## **C. Indenizações compensatórias**

### *C.1) Dano material*

#### *Alegações das partes e da Comissão*

309. Os representantes solicitaram que a Corte ordene, com base no critério de equidade, “o pagamento de US\$ 6.000 a favor de Danilo Furlan e de US\$ 3.000 a favor de Susana Fernández em função do dano emergente sofrido”, como consequência dos “gastos exigidos pela atenção médica de Sebastián, aqueles destinados à compra de medicamentos e de produtos farmacêuticos, a contratação do serviço de ambulância para a realização de diferentes exames, o custeio de tratamentos de reabilitação e de consultas a profissionais especializados no âmbito privado”, bem como “os gastos óbvios que os interessados tiveram que realizar para trasladar-se às sedes das autoridades jurisdicionais e administrativas onde tramitaram as atuações em suas diversas etapas”.

310. Como dano material a título de lucro cessante sofrido, os representantes pediram “o pagamento de \$ 920.400 [pesos argentinos] (US\$ 222.587) [a] favor de Sebastián Furlan”. Alegaram que no caso de Sebastián Furlan, “o Estado [...] omitiu-se de prestar [...] um tratamento oportuno e adequado de reabilitação, bem como assistência integral [para] sua situação de deficiência”, o que “implicou uma mudança substantiva em seu prospecto laboral, reduzindo notoriamente sua perspectiva de progresso”. Aludiram que “no caso de que as violações não tivessem ocorrido, Sebastián teria concluído seus estudos secundários com a idade de 19 anos [em] 1992”, e teria estado em condições de se incorporar ao mercado de trabalho a partir de 1993. Afirmaram que, tendo em conta a expectativa de vida atual para

472. Este aspecto também se relaciona com o disposto no artigo 13 da Convenção das Nações Unidas sobre Deficiência, a qual contempla, em relação ao acesso à justiça, que os Estados Partes “promoverão a capacitação apropriada daqueles que trabalham na área de administração da justiça, inclusive a polícia e os funcionários do sistema penitenciário”.

473. Cf. Artigo 19.2 das Normas para Equiparação de Oportunidades para Pessoas com Deficiência, resolução aprovada pela Assembleia Geral, Quadragésimo oitavo período de sessões, 4 de março de 1994, A/RES/48/96.

474. Cf. Artigo 19.3 das Normas para Equiparação de Oportunidades para Pessoas com Deficiência, resolução aprovada pela Assembleia Geral, Quadragésimo oitavo período de sessões, 4 de março de 1994, A/RES/48/96.

475. Cf. Artigo 18 das Normas para Equiparação de Oportunidades para Pessoas com Deficiência, resolução aprovada pela Assembleia Geral, Quadragésimo oitavo período de sessões, 4 de março de 1994, A/RES/48/96.



a população masculina na Argentina, “sua capacidade produtiva integral teria se estendido até o ano de 2048”. Portanto, calcularam a compensação por lucro cessante de acordo com a evolução do salário mínimo, vital e móvel na Argentina. A respeito de Danilo Furlan, indicaram que “a atividade laboral que realizava [...] não responde a uma relação de dependência, motivo pelo qual é difícil a incorporação de documentação que permita estabelecer de forma exata a renda mensal que recebia”. Alegaram que “a busca permanente de reabilitação para seu filho Sebastián, o insistente comparecimento aos órgãos de justiça e a organismos administrativos para obter um avanço progressivo no trâmite das distintas atuações e o acompanhamento de seu filho [...] dão conta de suas dificuldades para manter o nível de renda anterior ao acidente de Sebastián”. Ante “a necessidade de se dedicar exclusivamente à atenção e recuperação de seu filho [, o que] implicou o descuido forçado de sua atividade laboral”, solicitaram uma indenização por “perda de renda” de US\$ 70.000 (setenta mil dólares dos Estados Unidos da América).

311. O Estado solicitou que se “tome em conta os parâmetros e padrões internacionais determinados pe[la] jurisprudência constante [do Tribunal] e rechace as pretensões pecuniárias excessivas”. Argumentou a respeito das pretendidas reparações a favor de Sebastián que “[este] critério foi contemplado na Sentença interna” e que “as eventuais reparações não devem responder às consequências do acidente que já foram consideradas pelo sistema judiciário nacional”. Com respeito a Danilo Furlan, argumentou que “o montante pretendido [...] excede o determinado pela jurisprudência deste Tribunal” e que “não havia sido juntado o mínimo respaldo documental ou aritmético que permit[isse] chegar às cifras indicadas”.

#### *Considerações da Corte*

312. Como a Corte indicou anteriormente (pars. 197 a 203 *supra*), ao atrasar o pagamento da indenização em razão da demora do processo, a família Furlan não pôde pagar os tratamentos médicos necessários que teriam podido oferecer uma melhor qualidade de vida a Sebastián Furlan. A perita Rodríguez afirmou que “se houvesse sido implementado o tratamento sugerido e uma terapia neurocognitiva continuada no tempo, seguramente no presente seu funcionamento e qualidade de vida seriam melhores”.<sup>476</sup> Portanto, o dano alegado com relação ao lucro cessante sofrido por Sebastián Furlan, derivado de sua incapacidade para obter um trabalho estável por sua deficiência mental não tratada adequadamente, possui uma relação causal com a violação dos artigos 5, 8 e 25 da Convenção pela demora no processo judicial administrativo, na execução da sentença condenatória e na afetação à sua integridade psicológica.
313. O critério de equidade foi utilizado na jurisprudência desta Corte para a quantificação de danos imateriais,<sup>477</sup> dos danos materiais<sup>478</sup> e para determinar o lucro cessante.<sup>479</sup> Entretanto, ao usar este critério isso não significa que a Corte possa atuar arbitrariamente ao fixar os montantes indenizatórios.<sup>480</sup> Corresponde às partes precisar claramente a prova do dano sofrido bem como a relação específica da pretensão pecuniária com os fatos do caso e as violações que se alegam.
314. Portanto, ante a relação causal entre as violações determinadas, o dano alegado e que se trata de uma pessoa com deficiência, a Corte, tendo em conta as circunstâncias do presente caso, fixa em equidade a quantia de US\$ 120.000 (cento e vinte mil dólares dos Estados Unidos da América) para Sebastián Claus Furlan.
315. Com relação ao senhor Danilo Furlan, a Corte considera que a prolongada busca de uma indenização judicial e a atenção médica requerida a favor de seu filho o obrigaram a investir um tempo significativo, o que lhe impediu de se dedicar às atividades laborais necessárias para manter sua renda oriunda da compra e venda de automóveis usados. Por ter sofrido danos econômicos como consequência da necessidade de buscar assistência médica para seu filho, existe um nexos causal entre as violações declaradas no presente caso e as perdas a título de lucro cessante.
316. Os representantes anexaram documentação relacionada à atividade laboral do senhor Danilo Furlan.<sup>481</sup>

476. Cf. Declaração por *affidavit* da médica Estela del Carmen Rodríguez de 10 de fevereiro de 2012 (expediente de mérito, tomo II, folha 763).

477. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, par. 27, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 314.

478. Cf. *Caso Neira Alegria e outros Vs. Peru. Reparaciones e Custas*, Sentença de 19 de setembro de 1996. Série C No. par. 50, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 314.

479. Cf. *Caso Neira Alegria e outros Vs. Peru. Reparaciones e Custas*, par. 50, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 314.

480. Cf. *Caso Aloeboetoe e outros Vs. Suriname. Reparaciones e Custas*, par. 87, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 314.

481. Cf. Documentação sobre a atividade laboral de Danilo Furlan, incluindo recibos de compra e venda de automóveis e documentos

Entretanto, pelas características das atividades econômicas realizadas pelo senhor Danilo Furlan, esta prova não é suficiente para determinar com exatidão os danos a título de lucro cessante produzidos em seu prejuízo. Por isso, com base no critério de equidade, a Corte fixa como lucro cessante a soma de US\$ 30.000 (trinta mil dólares dos Estados Unidos da América). Adicionalmente, é razoável presumir que o senhor Danilo Furlan e a senhora Susana Fernández realizaram gastos para comparecer perante tribunais judiciais e instituições estatais com o objetivo de obter justiça e atenção médica para Sebastián Furlan. Portanto, com base no critério de equidade, a Corte fixa como indenização a título de dano emergente a soma de US\$ 6.000 (seis mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor de Danilo Furlan e de US\$ 3.000 (três mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor de Susana Fernández.

### C.2) Dano imaterial

#### Alegações das partes

317. Os representantes solicitaram uma indenização pelo dano imaterial resultado do “sofrimento emocional [que se manifestou] na ansiedade, angústia, incerteza, expectativa e frustração que um procedimento judicial de tantos anos de duração gera em qualquer pessoa”. A respeito dos familiares, alegaram “a desintegração familiar ocorrida desde o acidente de Sebastián”, bem como o divórcio dos pais e “o comprometimento da integridade psíquica e moral de cada um deles e também o impacto em suas relações sociais, laborais e [...] na dinâmica do grupo familiar que nunca pôde regressar às condições de vida existentes anteriores aos fatos”. Solicitaram a este Tribunal que ordene o pagamento de US\$ 150.000 (cento e cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor de Sebastián Furlan, US\$ 100.000 (cem mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor de Danilo Furlan, US\$ 70.000 (setenta mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor de Susana Fernández, e US\$ 50.000 (cinquenta mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor de Claudio Furlan e Sabina Furlan. Adicionalmente, pediram uma indenização de US\$ 70.000 (setenta mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor de Sebastián Furlan pelo suposto dano à “relação de vida”.
318. O Estado argumentou que essas “considerações já foram tomadas em conta pela Sentença do 9º Juízo Nacional Civil e Comercial Federal da Cidade de Buenos Aires, e confirmada pela I Sala da Câmara Nacional Civil e Comercial Federal ao referir-se ao dano psíquico”. Acrescentaram que se busca “duplicar o componente indenizatório por via desta demanda quando em verdade subjaz uma desconformidade com o montante decidido na esfera interna”. Ademais, argumentou que “os representantes [...] não apresentaram prova relacionada a Sabina Furlan nem ao fato de que sua decisão de viver no exterior tenha estado relacionada com as supostas violações”. Concluiu que “os montantes pretendidos [...] excedem os determinados pela jurisprudência deste Tribunal”.

#### Considerações da Corte

319. A jurisprudência internacional estabeleceu reiteradamente que a sentença pode constituir *per se* uma forma de reparação.<sup>482</sup> Não obstante isso, a Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano imaterial e estabeleceu que este “pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causados à vítima direta e a seus familiares, a deterioração de valores muito significativos para as pessoas, bem como as alterações, de caráter não pecuniário, nas condições de existência da vítima ou de sua família”.<sup>483</sup>
320. No presente caso, a Corte considera que o impacto produzido pela demora no processo judicial e sua execução não apenas provocaram sentimentos de angústia, ansiedade, incerteza e frustração, mas lhes afetou gravemente, desde sua infância, em seu desenvolvimento pessoal, familiar, social e laboral, privando-os da possibilidade de construir uma projeto de vida próprio, autônomo e independente.
321. Considerando as circunstâncias do presente caso, os sofrimentos que as violações cometidas causaram às vítimas (par. 265 e 269 *supra*), bem como a mudança nas condições de vida e as restantes consequências de ordem imaterial ou não pecuniária que estes últimos sofreram, a Corte considera pertinente fixar, em

relacionados às gestões próprias deste trabalho (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo VII, anexo XXVI, folhas 2829 a 3083).

482. Cf. *Caso El Amparo Vs. Venezuela. Reparaciones e Custas*. Sentença de 14 de setembro de 1996. Série C Nº 28, par. 35, e *Caso Diaz Peña Vs. Venezuela*, par. 166.

483. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*, par. 84, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 318.

equidade, a favor de Sebastián Claus Furlan a soma de US\$ 60.000 (sessenta mil dólares dos Estados Unidos da América) como compensação a título de indenização pelo dano imaterial. Ademais, a Corte ordena, como compensação a título de indenização pelo dano imaterial, em equidade, as somas de US\$ 30.000 (trinta mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor de Danilo Furlán, e de US\$ 15.000 (quinze mil dólares dos Estados Unidos da América), para cada um, a favor de Susana Fernández, Claudio Erwin Furlan e Sabina Eva Furlan.

#### D. Custas e gastos

322. Os representantes solicitaram à Corte que “ordene ao [E]stado da Argentina ressarcir os gastos e custas que as supostas vítimas e seus representantes realizaram, tanto nos procedimentos tramitados no âmbito [nacional] como perante a [...] Comissão”. Requereram que se “ordene ao Estado da Argentina o pagamento ao [senhor] Danilo Furlan de US\$ 3.500 (três mil e quinhentos dólares estadunidenses) a título de custas, com base no princípio de equidade”. O Estado afirmou que “na hipótese de que o presente caso não seja rechaçado, solicit[ou] subsidiariamente que sejam fixadas as custas e gastos sobre a base da equidade”.
323. Como a Corte já indicou em oportunidades anteriores, as custas e gastos estão incluídos dentro do conceito de reparação estabelecido no artigo 63.1 da Convenção Americana.<sup>484</sup> O Tribunal indicou que as pretensões das vítimas ou de seus representantes em matéria de custas e gastos, e as provas que as sustentam, devem ser apresentadas à Corte no primeiro momento processual concedido, isto é, no escrito de petições e argumentos, sem prejuízo de que tais pretensões sejam atualizadas em um momento posterior, conforme as novas custas e gastos incorridos em razão do procedimento.<sup>485</sup> Quanto ao reembolso das custas e gastos, corresponde à Corte apreciar prudentemente seu alcance, o qual compreende os gastos gerados perante as autoridades da jurisdição interna, bem como os gerados no curso do processo perante o Sistema Interamericano, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto e a natureza da jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos. Esta apreciação pode ser realizada com base no princípio de equidade e tomando em conta os gastos indicados pelas partes, sempre que seu *quantum* seja razoável.<sup>486</sup>
324. No presente caso, o Tribunal observa que não consta nos autos respaldo probatório preciso a respeito das custas e gastos nos quais incorreu o senhor Danilo Furlan durante o processo judicial interno e a tramitação do caso perante a Comissão. Entretanto, a Corte considera que tais trâmites necessariamente implicaram gastos pecuniários.
325. Por outro lado, a Corte esclarece que os gastos em que incorreu o senhor Danilo Furlan perante autoridades judiciais e outras instituições estatais na Argentina, já foram tomados em conta ao determinar a indenização por dano material (par. 316 *supra*). Tendo em conta as alegações apresentadas pelos representantes, as circunstâncias fáticas do caso e as condições pessoais do senhor Danilo Furlan, a Corte determina em equidade que o Estado deve entregar-lhe a quantia de US\$ 3.500 (três mil e quinhentos dólares dos Estados Unidos da América), a título de custas e gastos relacionados com a tramitação do caso perante a Comissão. Esta quantia deverá ser paga dentro do prazo de um ano a partir da notificação da presente Sentença. Igualmente, o Tribunal esclarece que no procedimento de supervisão do cumprimento da presente Sentença, poderá ordenar o reembolso às vítimas ou seus representantes, por parte do Estado, dos gastos razoáveis feitos nesta etapa processual.

#### E. Reembolso dos gastos ao Fundo de Assistência Jurídica de Vítimas

326. No ano de 2008, a Assembleia Geral da Organização dos Estados Americanos criou o Fundo de Assistência Jurídica do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, com o “objetivo [de] facilitar o acesso ao sistema interamericano de direitos humanos a aquelas pessoas que atualmente não possuem os recursos necessários para levar seu caso ao sistema”.<sup>487</sup> No presente caso foi concedida a ajuda econômica

484. Cf. *Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C. nº 39, par. 79, e *Caso Fornerón e filha Vs. Argentina. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de abril de 2012. Série C Nº 242, par. 198.

485. Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez. Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C Nº 170, par. 275, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 329.

486. Cf. *Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina*, par. 82, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 328.

487. AG/RES. 2426 (XXXVIII-O/08), Resolução adotada pela Assembleia Geral da OEA durante o XXXVIII Período Ordinário de Sessões da OEA, na quarta sessão plenária, celebrada em 3 de junho de 2008, “Criação do Fundo de Assistência Jurídica do Sistema Interamericano

necessária para: i) cobrir os gastos de formalização e envio de três declarações apresentadas mediante *affidavit*; ii) os gastos de viagem e estadia necessários para que os dois defensores interamericanos, Claudio Furlan, Gustavo Daniel Moreno e Laura Beatriz Subies comparecessem perante o Tribunal e pudessem prestar suas declarações durante a audiência pública, e iii) cobrir o pagamento do montante total dos gastos que foram demonstrados pelos defensores interamericanos.<sup>488</sup>

327. O Estado teve a oportunidade de apresentar suas observações sobre os gastos realizadas no presente caso, os quais chegaram à soma de USD\$ 13,547.87 (treze mil quinhentos e quarenta e sete dólares dos Estados Unidos da América e oitenta e sete centavos). O Estado não apresentou observações a respeito (par. 14 *supra*). Corresponde ao Tribunal, em aplicação do artigo 5 do Regulamento do Fundo, avaliar a procedência de ordenar ao Estado demandado o reembolso dos gastos realizados ao Fundo de Assistência Jurídica.
328. Em razão das violações declaradas na presente Sentença, a Corte ordena ao Estado o reembolso a este Fundo da quantia de USD\$ 13,547.87 (treze mil quinhentos e quarenta e sete dólares dos Estados Unidos da América e oitenta e sete centavos) a título dos gastos realizados já mencionados com ocasião da audiência pública e demais itens. Esta quantia deverá ser reintegrada no prazo de 90 dias, contados a partir da notificação da presente Decisão.

#### **F. Modalidades de cumprimento dos pagamentos ordenados**

329. O Estado deverá realizar o pagamento das indenizações a título de danos material e imaterial, bem como a parte correspondente às custas e gastos (pars. 316, 321 e 325 *supra*), diretamente às vítimas, ou em sua falta, a seus representantes legais, dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente Sentença, nos termos dos seguintes parágrafos.
330. Caso os beneficiários venham a falecer antes de que lhes seja entregue a indenização respectiva, esta se realizará diretamente a seus herdeiros, conforme o direito interno aplicável.
331. O Estado deve cumprir suas obrigações monetárias mediante o pagamento em dólares dos Estados Unidos da América ou em seu equivalente em pesos argentinos, utilizando para o respectivo cálculo o tipo de câmbio entre ambas as moedas que esteja vigente na bolsa de Nova York, Estados Unidos da América, no dia anterior ao pagamento.
332. Se por causas atribuíveis aos beneficiários das indenizações ou a seus herdeiros não for possível o pagamento das quantias determinadas dentro do prazo indicado, o Estado depositará estes montantes a seu favor em uma conta ou certificado de depósito em uma instituição financeira argentina solvente, em dólares estadunidenses, e nas condições financeiras mais favoráveis permitidas pela legislação e a prática bancárias. Se ao fim de 10 anos a indenização não for reclamada, as quantias serão devolvidas ao Estado com os juros acumulados.
333. As quantias ordenadas na presente Sentença como indenização e como reembolso de custas e gastos deverão ser entregues às pessoas indicadas de maneira integral, conforme o estabelecido nesta Decisão, sem reduções derivadas de eventuais encargos fiscais.
334. Caso o Estado incorra em mora, deverá pagar juros sobre a quantia devida correspondente ao juro bancário moratório na Argentina.

---

de *Direitos Humanos*”, ponto Resolutivo 2.a), e CP/RES. 963 (1728/09), Resolução adotada em 11 de novembro de 2009 pelo Conselho Permanente da OEA, “Regulamento para o Funcionamento do Fundo de Assistência Jurídica do Sistema Interamericano de Direitos Humanos”, artigo 1.1.

488. Os gastos demonstrados foram, entre outros: i) custo da avaliação cognitiva realizada no “Centro de Estudos de Memória e de Conduta INECO” assinado pelas Licenciadas María Roca e Carolina Zeballos; ii) gastos efetuados até o momento da apresentação do escrito de petições e argumentos: recepção via DHL do pen-drive contendo arquivos informáticos do expediente do caso; iii) comprovante de pagamento do envio via courier de diversos anexos integrantes do escrito de petições e argumentos; iv) honorários profissionais e gastos orçados pelo Escrivão Público Marcelo Plada para colher a prova por declaração perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) da perita Estela del Carmen Rodríguez, e v) reembolso do gasto correspondente a uma passagem Montevideo-Buenos Aires-Montevideo.

**XI**  
**Pontos Resolutivos**

335. Portanto,

**A CORTE**

**DECIDE,**

por unanimidade,

1. Rejeitar as exceções preliminares interpostas pelo Estado, nos termos dos parágrafos 23 a 30, 35 a 40 e 48 a 60 da presente Sentença.

**DECLARA,**

por unanimidade, que:

1. O Estado é responsável pela violação do artigo 8.1, em relação aos artigos 19 e 1.1 da Convenção Americana, por ter excedido o prazo razoável, em detrimento de Sebastián Claus Furlan, nos termos dos parágrafos 147 a 152, 156 a 159, 164 a 175, 179 a 190 e 194 a 205 da presente Sentença.
2. O Estado é responsável pela violação do direito à proteção judicial e do direito à propriedade privada, consagrados nos artigos 25.1, 25.2.c e 21, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Sebastián Claus Furlan, conforme o estabelecido nos parágrafos 209 a 223 desta Sentença.
3. O Estado é responsável pela violação do direito a ser ouvido, consagrado no artigo 8.1, em relação aos artigos 19 e 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Sebastián Claus Furlan, nos termos dos parágrafos 228 a 233 da presente Sentença.
4. O Estado é responsável pela falta de participação do Defensor Público de Menores, o que violou o direito às garantias judiciais estabelecido no artigo 8.1, em relação aos artigos 19 e 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Sebastián Claus Furlan, de acordo com o disposto nos parágrafos 237 a 243 desta Sentença.
5. O Estado é responsável pela violação do direito à integridade pessoal, consagrado no artigo 5.1, e do direito de acesso à justiça estabelecido nos artigos 8.1 e 25, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Danilo Furlan, Susana Fernández, Claudio Erwin Furlan e Sabina Eva Furlan, de acordo com o disposto nos parágrafos 249 a 265 desta Sentença.
6. O Estado é responsável pelo descumprimento da obrigação de garantir, sem discriminação, o direito de acesso à justiça e o direito à integridade pessoal, nos termos dos artigos 5.1, 8.1, 21, 25.1 e 25.2.c, em relação aos artigos 1.1 e 19 da Convenção Americana, em detrimento de Sebastián Claus Furlan, de acordo com o disposto nos parágrafos 267 a 269 desta Sentença.

**E DISPÕE**

por unanimidade, que:

1. Esta Sentença constitui *per se* uma forma de reparação.
2. O Estado deve oferecer a atenção médica e psicológica ou psiquiátrica gratuita e de forma imediata, adequada e efetiva, através de suas instituições públicas de saúde especializadas às vítimas que assim o solicitem, de acordo com o estabelecido nos parágrafos 282 e 284 da presente Sentença.
3. O Estado deve conformar um grupo interdisciplinar, o qual, tendo em conta a opinião de Sebastián Furlan, determinará as medidas de proteção e assistência que seriam mais apropriadas para sua inclusão social, educativa, vocacional e laboral, de acordo com o estabelecido nos parágrafos 285 e 288 da presente Sentença.
4. O Estado deve realizar as publicações indicadas no parágrafo 290 da presente Sentença, no prazo de seis meses contado a partir da notificação da mesma.
5. O Estado deve adotar as medidas necessárias para assegurar que no momento em que uma pessoa é diagnosticada com graves problemas ou seqüelas relacionadas com deficiência, seja entregue à pessoa ou a seu grupo familiar uma carta de direitos que resuma de forma sintética, clara e acessível os benefícios contemplados na legislação argentina, de acordo com o estabelecido nos parágrafos 294 e 295 da presente Sentença.

6. O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 316, 321 e 325 da presente Sentença, a título de indenizações por danos materiais e imateriais, e pelo reembolso de custas e gastos, nos termos dos referidos parágrafos, assim como reembolsar ao Fundo de Assistência Jurídica de Vítimas a quantia estabelecida no parágrafo 328 da presente Sentença.
7. O Estado deve, dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação desta Sentença, apresentar ao Tribunal um relatório sobre as medidas adotadas para seu cumprimento.
8. A Corte supervisionará o cumprimento íntegro desta Sentença, no exercício de suas atribuições e em cumprimento de seus deveres conforme a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e dará por concluído o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto na mesma.

A Juíza Margarette May Macaulay deu a conhecer à Corte seu Voto Concordante, o qual acompanha esta Sentença.

Redigida em espanhol e em inglês, fazendo fé o texto em espanhol, em San José, Costa Rica, em 31 de agosto de 2012.

Diego García-Sayán  
Presidente

Manuel E. Ventura Robles  
Rhadys Abreu Blondet

Margarette May Macaulay  
Alberto Pérez Pérez

Eduardo Vio Grossi

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

Comunique-se e execute-se,

Diego García-Sayán  
Presidente

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

## VOTO CONCORDANTE DA JUÍZA MARGARETTE MAY MACAULAY NO CASO FURLAN E FAMILIARES VS. ARGENTINA

1. Votei pela adoção desta sentença da Corte Interamericana de Direitos Humanos no *Caso Furlan e familiares Vs. Argentina*. Entretanto, quero apresentar neste voto concordante minha opinião sobre a possibilidade de resolver parte do conflito desde uma perspectiva que contempla a justiciabilidade direta dos direitos econômicos, sociais e culturais sob o alcance do artigo 26 da Convenção Americana. Apesar de estar de acordo com a decisão da Corte, desejo analisar o tema da obrigação de respeitar e garantir o direito à saúde e à previdência social, com o fim de contribuir às futuras discussões que a Corte terá em relação a este tema.
  2. O capítulo III da Convenção Americana se denomina “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”. Este capítulo inclui o artigo 26 como sua única cláusula, chamada “Desenvolvimento Progressivo”:
 

Os Estados Partes comprometem-se a adotar providências, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.
3. A jurisprudência da Corte estabeleceu critérios específicos que lhe permitem chegar a um entendimento do alcance da referência feita pelo artigo 26 às normas “incluídas na Carta da Organização dos Estados Americanos, reformada pelo Protocolo de Buenos Aires.” De fato, no Parecer Consultivo sobre o alcance da Declaração Americana, a Corte assinalou que os “Estados Membros entenderam que a Declaração” Americana dos Direitos e Deveres do Homem “contém e define aqueles direitos humanos essenciais aos que a Carta se refere, de maneira que não se pode interpretar e aplicar a Carta da Organização em matéria de direitos humanos, sem integrar suas normas pertinentes com as correspondentes disposições da Declaração”.<sup>489</sup> Em relação ao presente caso, a Declaração Americana contém padrões sobre o direito à saúde e o direito à previdência social.<sup>490</sup>
4. Adicionalmente, a Declaração Americana indica no Artigo XI que toda pessoa tem o direito “a que sua saúde seja resguardada por medidas sanitárias e sociais relativas à alimentação, roupas, habitação e cuidados médicos correspondentes ao nível permitido pelos recursos públicos e os da coletividade”. O Artigo 45 da Carta da OEA requer que os Estados Membros “envid[em] seus maiores esforços [...] para o] [d]esenvolvimento de uma política eficiente de previdência social”. Adicionalmente, o Artigo XVI da Declaração Americana indica que “[t]oda pessoa tem direito à previdência social de modo a ficar protegida contra as conseqüências do desemprego, da velhice e da incapacidade que, provenientes de qualquer causa alheia à sua vontade, a impossibilitem física ou mentalmente de obter meios de subsistência”.
5. Por outro lado, a Corte mencionou as diferentes obrigações que se derivam destes direitos dentro do marco da Convenção Americana. A Corte especificou vários aspectos dos conceitos de progressividade e não-regressividade em temas de direitos sociais.<sup>491</sup> Adicionalmente, a Corte interpretou e indicou que além de regulamentar o desenvolvimento progressivo destes direitos, uma interpretação sistemática da Convenção Americana requer entender que as obrigações de respeito e de garantia se aplicam aos direitos econômicos, sociais e culturais. De fato, a Corte indicou que, “apesar de o artigo 26 se encontrar no capítulo III da Convenção, intitulado “Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, este artigo se localiza, também, na Parte I deste instrumento, intitulada “Deveres dos Estados e Direitos Protegidos” e, deste modo, está sujeito às obrigações gerais incluídas nos artigos 1.1 e 2”.<sup>492</sup> Nesse sentido, a obrigação estabelecida no artigo 26 funciona como uma norma especial em relação à norma geral contemplada no artigo 2 sobre a adoção de disposições de direito interno.
6. No presente caso há leis e regulamentos mediante os quais se estabeleceu o acesso a vários benefícios relacionados com o direito à saúde e o direito à previdência social. Entretanto, as partes alegaram supostos obstáculos no acesso a estes benefícios. A este respeito, em minha opinião o problema não é uma discussão sobre a realização progressiva ou a regressão destes direitos, mas em verdade gira em torno do dever de garanti-los. Portanto, seria útil basear-se nas fontes que permitem uma interpretação do conteúdo desta obrigação de garantir o direito à saúde e à previdência social. Geralmente, estas fontes especificam a maneira nas quais o

489. *Interpretação da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem no marco do Artigo 64 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-10/89 de 14 de julho de 1989. Série A N° 10, para. 39.

490. Artigo 34 j) da Carta da OEA, que inclui dentro de suas metas de alcançar o desenvolvimento integral a “[d]efesa do potencial humano mediante extensão e aplicação dos modernos conhecimentos da ciência médica”.

491. *Caso Acevedo Buendía e outros (“Demitidos e aposentados da Controladoria”) Vs. Peru. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1° de julho de 2009. Série C N° 198, pars. 102 e 103.

492. *Caso Acevedo Buendía e outros (“Demitidos e aposentados da Controladoria”) Vs. Peru*, par. 100.

Estado deve garantir o uso efetivo dos direitos sociais e a obrigação de adotar medidas para remover qualquer potencial obstáculo ao gozo destes direitos.<sup>493</sup>

7. Para determinar estas fontes, deve-se aplicar o princípio *pro pessoa* e considerar que, de acordo ao conteúdo do artigo 29(b) do Pacto de San José, as disposições da Convenção Americana não podem ser interpretadas de uma maneira que “limit[e] o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados”.<sup>494</sup> Portanto, com o objetivo de dar conteúdo a ambos os direitos, é necessário fazer referência a tratados tais como o Pacto de San Salvador, o Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>495</sup> e aqueles especificados pela entidade encarregada de sua interpretação, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais.
8. Considerando que o Protocolo de San Salvador poderia ser utilizado para a interpretação do alcance das disposições da Convenção Americana, em minha opinião é necessário estabelecer os detalhes específicos. Ainda que o Protocolo de San Salvador estabeleça que entre os direitos sociais nele consagrados apenas o direito à educação e certos direitos sindicais serão justiciáveis (protegidos) (artigo 19), este Protocolo não estabelece nenhuma disposição cuja intenção seja limitar o alcance da Convenção Americana. Deste modo, ao interpretar a Convenção, deve-se realizar uma interpretação sistemática de ambos os tratados, tomando em conta seu propósito. Ademais, a Convenção de Viena exige uma interpretação de boa fé dos termos do artigo 26, tal e como se realizou anteriormente para determinar o alcance da remissão textual feita ao artigo mencionado anteriormente da Carta da OEA e sua relação com os artigos 1.1 e 2 da Convenção. Esta interpretação de boa fé requer o reconhecimento de que a Convenção Americana não estabelece distinções ao indicar que sua jurisdição cobre todos os direitos estabelecidos entre os artigos 3 e 26 da Convenção. Além disso, o artigo 4 do Protocolo de San Salvador estabelece que nenhum direito reconhecido ou vigente em um Estado pode ser restringido ou infringido em virtude dos instrumentos internacionais, com a desculpa de que o Protocolo mencionado anteriormente não o reconhece ou o reconhece em menor grau. Finalmente, a Convenção de Viena declara que uma interpretação não deveria derivar em um resultado manifestamente absurdo ou irracional. Nesse sentido, a conclusão de que o Protocolo de San Salvador limita o alcance da Convenção, derivaria na absurda consideração de que a Convenção Americana poderia ter certos efeitos entre os Estados Partes do Protocolo de San Salvador, e por sua vez ter outro efeito distinto para os Estados que não são partes neste Protocolo.<sup>496</sup>
9. Também gostaria de enfatizar que é necessário que a Corte, como intérprete autorizada da Convenção, atualize o sentido normativo do artigo 26. Minha opinião é de que o que importa não é a intenção subjetiva dos delegados dos Estados no momento da Conferência de San José ou durante a discussão do Protocolo de San Salvador, mas a intenção objetiva do texto da Convenção Americana, tomando em conta que o dever do intérprete é atualizar o sentido normativo do instrumento internacional. Além disso, usando uma interpretação histórica, baseada na intenção hipotética que se teria tido com respeito à Convenção Americana por parte dos delegados que adotaram o Protocolo de San Salvador, não se pode desacreditar o conteúdo explícito desta Convenção Americana.
10. Por outro lado, as regras de interpretação da Convenção de Viena também estão sujeitas a interpretação. A “intenção do Estado” é um aspecto suscetível de interpretação. Daí a importância de harmonizar a regra do sentido literal com as outras regras relacionadas ao contexto, objeto e propósito do tratado, além dos trabalhos preparatórios. No caso *Campo Algodoeiro*, a Corte desenvolveu uma visão mais integral dos meios de interpretação considerados na Convenção de Viena.<sup>497</sup> Isto é da maior importância, tendo em conta que procede interpretar uma convenção como a Convenção Americana, que tem já mais de 40 anos em vigência, e um protocolo, como o Protocolo de San Salvador, adotado há mais de 20 anos, com o fim de dar pleno efeito aos direitos reconhecidos no mesmo.
11. No presente caso, como se mencionou anteriormente, poderia dar-se a entender que ainda que o Estado tenha se referido à existência de leis e políticas que poderiam ter permitido a Sebastián Furlan ter acesso a sistemas de previdência social e a serviços gratuitos de saúde pública, não há informação sobre as regulamentações

493. Este é o alcance geral da obrigação de respeitar todos os direitos humanos. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez v. Honduras*. Mérito. Sentença de 29 de Julho de 1988. Série C Nº 4.

494. *O Registro Profissional Obrigatório de Jornalistas (Arts. 13 e 29 Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-5/85 de 13 de novembro de 1985. Série A Nº 5, par. 52.

495. Aprovado pela Argentina por meio da Lei 23.313, ratificada em 8 de agosto de 1986.

496. Apenas 15 Estados ratificaram o Protocolo de San Salvador. Fonte: <http://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos4.htm>.

497. Corte IDH, *Caso González e outras (“Campo Algodoeiro”) Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C Nº 205.



e evidência específica que desminta os problemas de acessibilidade enfrentados por Sebastián Furlan, nem mesmo tendo em conta o comportamento de Danilo Furlan considerado como irracional nestas ocasiões em que ele e sua família não compareceram perante as autoridades de saúde. Entende-se claramente que várias das obrigações do Estado, estabelecidas pelo Direito Internacional e também na esfera interna, foram assumidas de maneira desproporcional pelo grupo familiar de Sebastián Furlan, cujos membros não tiveram suficientes recursos econômicos para administrar a deficiência mental da vítima.

12. As omissões e deficiências na atenção médica fornecida pelos hospitais e a falta de orientação adicional por parte das distintas instituições do Estado envolvidas neste caso, particularmente no início, logo depois do acidente, obstaculizaram o acesso aos benefícios de previdência social e a um tratamento oportuno, real, permanente, integral e adequadamente supervisionado, o que teria prevenido ou diminuído a deterioração da saúde física e mental de Sebastián Furlan. Estes obstáculos de alguma forma estão relacionados à evidente situação de vulnerabilidade de Sebastián Furlan naquele momento, o que resultou em várias tentativas de suicídio e em um ato de agressão contra sua avó.
13. Ademais, estas omissões e insuficiências limitaram a possibilidade de alcançar uma reabilitação, o que provavelmente teria gerado atitudes mais positivas em Sebastián Furlan sobre sua deficiência, o alcance do maior grau de integração possível, autonomia e o fortalecimento de suas capacidades com atributos positivos em sua personalidade. Igualmente, alguns dos planos de bem estar nos quais o Estado baseou sua defesa foram oferecidos em instituições localizadas a distâncias substantivas da residência da família Furlan, o que demonstrou os sérios problemas de acessibilidade e de disponibilidade dos tratamentos considerados necessários em sua situação.
14. Apesar de que Sebastián Furlan pôde ter recebido acesso a um plano de saúde e de previdência social com distintos benefícios relacionados, este acesso não ocorreu dentro de um prazo razoável posterior ao acidente. Isto se deve, em parte, à falta de apoio por parte do Defensor Público de Menores e porque ele não recebeu, no momento adequado, a compensação que poderia ter contribuído a propiciar o cuidado integral que requeria.
15. Finalmente, no presente caso, as consequências das violações cometidas em relação ao direito à saúde e ao direito à previdência social tiveram um efeito negativo na integridade física, emocional e mental de Sebastián Furlan. Assim mesmo, estas violações se explicam pela falta de maior diligência na adoção de medidas especiais de proteção requeridas pelo princípio de não discriminação neste tipo de casos. Deste modo, em minha opinião, poderia dizer-se que o Estado violou o artigo 26, em relação aos artigos 5 e 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Sebastián Furlan.

Margarette May Macaulay  
Juíza

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

**CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**  
**CASO ARTAVIA MURILLO E OUTROS (“FECUNDAÇÃO *IN VITRO*”) VS. COSTA RICA**

**SENTENÇA DE 28 DE NOVEMBRO DE 2012**  
**(Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)**

No Caso *Artavia Murillo e outros* (“*Fecundação in vitro*”),

a Corte Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Corte Interamericana”, “a Corte” ou “o Tribunal”), integrada pelos seguintes juízes:<sup>1</sup>

Diego García-Sayán, Presidente;

Leonardo A. Franco, Juiz;

Margarette May Macaulay, Juíza;

Rhadys Abreu Blondet, Juíza;

Alberto Pérez Pérez, Juiz, e

Eduardo Vio Grossi, Juiz;

presentes ademais,

Pablo Saavedra Alessandri, Secretário, e

Emilia Segares Rodríguez, Secretária Adjunta,

de acordo com os artigos 62.3 e 63.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (doravante denominada “a Convenção” ou “a Convenção Americana”) e os artigos 31, 32, 42, 65 e 67 do Regulamento da Corte<sup>2</sup> (doravante denominado “o Regulamento”), profere a presente Sentença que se estrutura na seguinte ordem:

---

1. Em conformidade com o artigo 19.1 do Regulamento da Corte Interamericana aplicável ao presente caso (nota 3 *infra*), que estabelece que “[n]os casos a que se refere o artigo 44 da Convenção Americana, os Juízes não poderão participar do seu conhecimento e deliberação, quando sejam nacionais do Estado demandado”, o Vice-Presidente da Corte, Juiz Manuel E. Ventura Robles, de nacionalidade costarriquenha, não participou na tramitação do presente caso nem na deliberação e assinatura desta Sentença.

2. Regulamento da Corte aprovado pelo Tribunal em seu LXXXV Período Ordinário de Sessões, realizado de 16 a 28 de novembro de 2009, o qual, em conformidade com seu artigo 78, entrou em vigor em 1º de janeiro de 2010.

**Tabela de Conteúdo**

	<b>Página</b>
<b>I INTRODUÇÃO DA CAUSA E OBJETO DA CONTROVÉRSIA</b>	<b>636</b>
<b>II PROCEDIMENTO PERANTE A CORTE</b>	<b>636</b>
<b>III EXCEÇÕES PRELIMINARES</b>	<b>639</b>
<b>A) Falta de esgotamento dos recursos internos</b>	<b>639</b>
<b>B) Extemporaneidade da petição apresentada por Karen Espinoza e Héctor Jiménez Acuña</b>	<b>642</b>
<b>C) Incompetência da Corte para conhecer “fatos novos não incluídos” nos “fatos da demanda”</b>	<b>643</b>
<b>IV COMPETÊNCIA</b>	<b>644</b>
<b>V PROVA</b>	<b>644</b>
<b>A) Prova documental, testemunhal e pericial</b>	<b>644</b>
<b>B) Admissibilidade da prova</b>	<b>645</b>
B.1) Admissibilidade da prova documental	645
B.2) Admissibilidade das declarações de supostas vítimas, e da prova testemunhal e pericial	646
<b>VI FATOS</b>	<b>648</b>
<b>A) Técnicas de Reprodução Assistida e Fecundação <i>in Vitro</i></b>	<b>648</b>
<b>B) O Decreto Executivo</b>	<b>649</b>
<b>C) Sentença da Sala Constitucional de 15 de março de 2000</b>	<b>650</b>
<b>D) Recursos interpostos por Ileana Henchoz e Karen Espinoza</b>	<b>652</b>
<b>E) Projetos de lei</b>	<b>653</b>
<b>F) Situação particular das supostas vítimas</b>	<b>654</b>
F.1) Grettel Artavia Murillo e Miguel Mejías Carballo	654
F.2) Ileana Henchoz Bolaños e Miguel Yamuni Zeledón	655
F.3) Oriéster Rojas e Julieta González	656
F.4) Víktor Sanabria León e Claudia Carro Maklouf	657
F.5) Geovanni Vega e Joaquinita Arroyo	658
F.6) Karen Espinoza e Héctor Jiménez	659
F.7) Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano e María del Socorro Calderón Porras	659
F.8) Enrique Acuña Cartín e Ana Cristina Castillo León	660
F.9) Andrea Bianchi Bruna e Germán Moreno Valencia	660
<b>VII CONSIDERAÇÃO PRÉVIA SOBRE O OBJETO DO PRESENTE CASO</b>	<b>661</b>
<b>VIII DIREITO À VIDA PRIVADA E FAMILIAR E DIREITO À INTEGRIDADE PESSOAL, EM RELAÇÃO À AUTONOMIA PESSOAL, À SAÚDE SEXUAL E REPRODUTIVA, AO DIREITO A GOZAR DOS BENEFÍCIOS DO PROGRESSO CIENTÍFICO E TECNOLÓGICO E AO PRINCÍPIO DE NÃO DISCRIMINAÇÃO</b>	<b>663</b>
<b>A) Alcance dos direitos à integridade pessoal, à liberdade pessoal e à vida privada e familiar no presente caso</b>	<b>663</b>
<b>B) Efeitos da proibição absoluta da FIV</b>	<b>667</b>
<b>C) Interpretação do artigo 4.1 da Convenção Americana para o presente caso</b>	<b>670</b>
C.1) Interpretação de acordo com o sentido comum dos termos	672
C.2) Interpretação sistemática e histórica	676
C.2.a) Sistema Interamericano de Direitos Humanos	676
C.2.b) Sistema Universal de Direitos Humanos	681
C.2.c) Sistema Europeu de Direitos Humanos	682
C.2.d) Sistema Africano de Direitos Humanos	684
C.2.e) Conclusão sobre a interpretação sistemática	686
C.3) Interpretação evolutiva	686
C.3.a) O <i>status</i> jurídico do embrião	686

C.3.b) Regulamentações e práticas sobre a FIV no direito comparado	688
C.4) O princípio de interpretação mais favorável e o objeto e fim do tratado	689
C.5) Conclusão da interpretação do artigo 4.1	691
<b>D) Proporcionalidade da medida de proibição</b>	<b>691</b>
D.1) Severidade da limitação dos direitos envolvidos no presente caso	693
D.2) Severidade da interferência como consequência da discriminação indireta pelo impacto desproporcional em relação à incapacidade, gênero e situação econômica	695
D.2.a) Discriminação indireta em relação à condição de incapacidade	696
D.2.b) Discriminação indireta em relação ao gênero	698
D.2.c) Discriminação indireta em relação à situação econômica	699
D.3) Controvérsia sobre a alegada perda embrionária	700
D.4) Conclusão sobre o balanço entre a severidade da interferência e o impacto na finalidade pretendida	702
<b>E) Conclusão final sobre o mérito do caso</b>	<b>702</b>
<b>IX REPARAÇÕES</b>	<b>702</b>
<b>A) Parte Lesada</b>	<b>703</b>
<b>B) Medidas de reabilitação, satisfação e garantias de não repetição</b>	<b>703</b>
B.1) Medidas de reabilitação psicológica	703
B.2) Medidas de satisfação: publicação da Sentença	704
B.3) Garantias de não repetição	704
B.3.1) Medidas estatais que não impeçam a prática da FIV	704
B.3.2) Campanha sobre direitos das pessoas com incapacidade reprodutiva	706
B.3.3) Outras medidas solicitadas	706
<b>C) Indenização compensatória por dano material e imaterial</b>	<b>706</b>
C.1) Dano material	706
C.2) Dano imaterial	708
<b>D) Custas e gastos</b>	<b>710</b>
<b>E) Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados</b>	<b>712</b>
<b>X PONTOS RESOLUTIVOS</b>	<b>712</b>
<b>VOTO CONCORDANTE DO JUIZ DIEGO GARCÍA-SAYÁN</b>	<b>714</b>
<b>VOTO DISSIDENTE DO JUIZ EDUARDO VIO GROSSI</b>	<b>717</b>

I

**Introdução da Causa e Objeto da Controvérsia**

1. Em 29 de julho de 2011, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos (doravante denominada “a Comissão Interamericana” ou “a Comissão”) apresentou à jurisdição da Corte Interamericana o escrito de submissão do caso 12.361, em conformidade com os artigos 51 e 61 da Convenção, contra o Estado da Costa Rica (doravante “o Estado” ou “Costa Rica”). A petição inicial foi apresentada perante a Comissão Interamericana em 19 de janeiro de 2001, pelo senhor Gerardo Trejos Salas. Em 11 de março de 2004, a Comissão Interamericana aprovou o Relatório de Admissibilidade nº 25/04.<sup>3</sup> Em 14 de julho de 2010, a Comissão aprovou o Relatório de Mérito 85/10,<sup>4</sup> em conformidade com o artigo 50 da Convenção Americana (doravante denominado também “o Relatório de Mérito” ou “o Relatório nº 85/10”), no qual realizou uma série de recomendações ao Estado. Depois de conceder três extensões de prazo ao Estado para o cumprimento destas recomendações, a Comissão decidiu apresentar o caso à Corte. A Comissão designou como delegados o Comissário Rodrigo Escobar Gil e o então Secretário Executivo Santiago A. Canton, e designou como assessoras jurídicas as senhoras Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta, e Silvia Serrano Guzmán, Isabel Madariaga, Fiorella Melzi e Rosa Celorio.
2. A Comissão afirmou que o caso se refere a alegadas violações de direitos humanos que haveriam ocorrido como consequência da suposta proibição geral de realizar a Fecundação *in vitro* (doravante denominada “FIV”), que havia estado vigente na Costa Rica desde o ano de 2000, depois de uma decisão proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça (doravante denominada “Sala Constitucional”) deste país. Entre outros aspectos, foi alegado que esta proibição absoluta constituiu uma ingerência arbitrária nos direitos à vida privada e familiar e a formar uma família. Além disso, alegou-se que a proibição constituiu uma violação do direito à igualdade das vítimas, já que o Estado lhes impediu o acesso a um tratamento que lhes teria permitido superar sua situação de desvantagem em relação à possibilidade de ter filhas ou filhos biológicos. Além disso, este impedimento teria produzido um impacto desproporcional nas mulheres.
3. A Comissão solicitou à Corte que declarasse a responsabilidade internacional do Estado pela violação dos artigos 11.2, 17.2 e 24 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 deste instrumento, em detrimento de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma e Oriéster Rojas Carranza.

II

**Procedimento perante a corte**

4. Em 29 de agosto e em 14 de setembro de 2011, o senhor Boris Molina Acevedo enviou à Corte as procurações de representação de 12 supostas vítimas.<sup>5</sup>
5. Em 31 de agosto de 2011, o senhor Trejos Salas enviou à Corte as procurações de representação de seis supostas vítimas.<sup>6</sup>
6. A submissão do caso foi notificada ao Estado e aos representantes em 18 de outubro de 2011. Tendo em consideração que os representantes das supostas vítimas não chegaram a um acordo sobre a designação de um interveniente comum, o Presidente da Corte, em aplicação do artigo 25.2 do Regulamento da Corte, dispôs a designação dos senhores Molina Acevedo e Trejos Salas como intervenientes comuns com participação autônoma.

3. Neste Relatório a Comissão Interamericana declarou admissível a petição em relação à suposta violação dos artigos 11, 17 e 24 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 deste tratado. Cf. Relatório de Admissibilidade nº 25/04, Caso 12.361, Ana Victoria Sánchez Villalobos e outros, Costa Rica, 11 de março de 2004 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos do representante Gerardo Trejos, tomo I, anexo 2, folhas 3900 a 3914). Neste relatório a Comissão declarou “inadmissível a denúncia em relação às empresas Costa Rica Ultrassonografía S.A. e Instituto Costarricense de Fertilidade”.

4. Relatório de Mérito nº 85/10, Caso 12.361, Grettel Artavia Murillo e outros, Costa Rica, 14 de julho de 2010 (expediente de mérito, folhas 7 a 37).

5. Supostas vítimas: Ileana Henchoz Bolaños, Joaquinita Arroyo Fonseca, Julieta González Ledezma, Karen Espinoza Vindas, Enrique Acuña Cartín, Carlos E. Vargas Solórzano, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Geovanni Antonio Vega Cordero, Oriéster Rojas Carranza, Héctor Jiménez Acuña, Víctor Hugo Sanabria León, e María del Socorro Calderón Porras.

6. Supostas vítimas: Germán Alberto Moreno Valencia, Miguel Gerardo Mejías Carballo, Grettel Artavia Murillo, Ana Cristina Castillo León, Claudia Carro Macklouf, e Andrea Bianchi Bruna.

7. Em 19 de dezembro de 2011, os intervenientes comuns apresentaram à Corte seus respectivos escritos de petições, argumentos e provas (doravante denominado “escrito de petições e argumentos”), em conformidade com o artigo 40 do Regulamento do Tribunal. Os intervenientes comuns coincidiram em geral com o alegado pela Comissão. O representante Molina alegou a violação dos artigos 17.2, 11.2 e 24 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma, em detrimento das supostas vítimas que representa. O representante Trejos Salas alegou a violação dos artigos 4.1, 5.1, 7, 11.2, 17.2 e 24 da Convenção Americana, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma, em detrimento das supostas vítimas que representa.
8. Em 30 de abril de 2012, a Costa Rica apresentou à Corte seu escrito de exceções preliminares, contestação ao escrito de submissão do caso e de observações ao escrito de petições e argumentos (doravante denominado “escrito de contestação”). Neste escrito, o Estado apresentou duas exceções preliminares e alegou a inexistência de violações de direitos humanos no presente caso. O Estado designou como Agente Ana Lorena Brenes Esquivel, Procuradora Geral da República e, como co-Agente, Magda Inés Rojas Chaves, Procuradora Geral Adjunta da República.
9. Em 8 de maio de 2012, Huberth May Cantillano comunicou que as supostas vítimas representadas por Gerardo Trejos Salas o haviam designado como novo representante, em razão do falecimento do senhor Trejos. Além disso, anexou as respectivas procurações.
10. Em 22 e 21 de junho de 2012, a Comissão Interamericana e os intervenientes comuns apresentaram, respectivamente, suas observações às exceções preliminares interpostas pelo Estado (par. 8 *supra*).
11. Por meio da Resolução de 6 de agosto de 2012,<sup>7</sup> o Presidente da Corte ordenou receber as declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) de dois declarantes a título informativo, quatro supostas vítimas e sete peritos, as quais foram apresentadas em 24 de agosto de 2012. Além disso, por meio desta Resolução, o Presidente convocou as partes a uma audiência pública (par. 12 *infra*).
12. A audiência pública foi realizada nos dias 5 e 6 de setembro de 2012, durante o 96º Período Ordinário de Sessões da Corte, realizado na sede do Tribunal.<sup>8</sup> Na audiência foram recebidas as declarações de duas supostas vítimas e de quatro peritos, bem como as observações e alegações finais orais da Comissão Interamericana, dos representantes e do Estado. Durante a referida audiência, o Tribunal requereu às partes e à Comissão que apresentassem determinada documentação e prova para melhor decidir.
13. Por outro lado, o Tribunal recebeu 49 escritos em qualidade de *amicus curiae*, apresentados por: 1) Mónica Arango Olaya, Diretora Regional para a América Latina e o Caribe do Centro de Direitos Reprodutivos, e María Alejandra Cárdenas Cerón, Assessora Jurídica deste Centro; 2) Marcela Leandro Ulloa, do Grupo a Favor do *In Vitro*; 3) Filomena Gallo, Nicolò Paoletti e Claudia Sartori, representantes da Associação *Luca Coscioni per la libertà di ricerca scientifica* e do *Partito Radicale Nonviolento Transnazionale e Transpartito*; 4) Natalia Lopez Moratalla, Presidente da Associação Espanhola de Bioética e Ética Médica; 5) Lilian Sepúlveda, Mónica Arango, Rebecca J. Cook e Bernard M. Dickens;<sup>9</sup> 6) *Equal Rights Trust e Human Rights Clinic of the University of Texas School of Law*;<sup>10</sup> 7) *International Human Rights Clinic of Santa Clara University Law School*;<sup>11</sup> 8) Viviana Bohórquez Monsalve, Beatriz Galli, Alma Luz Beltrán y Puga, Álvaro Herrero, Gastón Chillier, Lourdes Bascary e Agustina

7. Cf. *Caso Artavia Murillo e outros (“Fecundação In Vitro”) Vs. Costa Rica*. Resolução do Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos de 6 de agosto de 2012. Disponível em: [http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/artavia\\_06\\_08\\_12.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/artavia_06_08_12.pdf).

8. A esta audiência compareceram: a) pela Comissão Interamericana: Tracy Robinson, Comissária, Emilio Álvarez-Icaza, Secretário Executivo, Elizabeth Abi-Mershed, Secretária Executiva Adjunta, e Silvia Serrano Guzmán, Assessora; b) pela representação de Huberth May Cantillano: Huberth May Cantillano, representante das supostas vítimas e Antonio Trejos Mazariegos, advogado; c) pela representação de Boris Molina Acevedo: Boris Molina Acevedo, representante das supostas vítimas, William Vega Murillo, advogado, Alicia Neuburger, María Lorna Ballesterero Muñoz, Alejandro Villalobos Castro, Alejandra Cárdenas Cerón, Carlos Valerio Monge, Boris Molina Mathiew, Mauricio Hernández Pacheco, e Angela Rebeca Martínez Ortiz; e d) pelo Estado da Costa Rica: Ana Lorena Brenes Esquivel, Procuradora Geral da República, Agente do Estado da Costa Rica, Magda Inés Rojas Chaves, Agente do Estado da Costa Rica, Alonso Ernesto Moya, Silvia Patiño Cruz, Ana Gabriela Richmond Solís, Grettel Rodríguez Fernández, e Jorge Oviedo Álvarez, funcionários da Procuradoria Geral da República.

9. Lilian Sepúlveda é Diretora do Centro de Direitos Reprodutivos, Mónica Arango Olaya é Diretora Regional para a América Latina e o Caribe deste centro. Rebecca J. Cook e Bernard M. Dickens são co-diretores do *The International Reproductive and Sexual Health Law Programme of the University of Toronto, Faculty of Law*.

10. O escrito foi assinado por Ariel E. Dulitzky, Professor da *University of Texas Law School* e Diretor da *Human Rights Clinic* nesta faculdade.

11. O escrito foi apresentado por Francisco J. Rivera Juaristi, Diretor e Advogado Supervisor da *International Human Rights Clinic of Santa Clara University Law School*; Britton Schwartz, Advogada Supervisora desta clínica e Amanda Snyder, Bernadette Valdellon e Sophia Areias, estudantes desta clínica.

Ramón Michel;<sup>12</sup> 9) Ricardo Tapia, Rodolfo Vásquez e Pedro Morais;<sup>13</sup> 10) Alejandro Leal Esquivel, Coordenador da Seção de Genética e Biotecnologia na Escola de Biologia da Universidade da Costa Rica; 11) Rita Gabriela Chaves Casanova, Deputada da Assembleia Legislativa da Costa Rica; 12) Alexandra Loría Beeche; 13) Claudio Grossman, Decano da *American University Washington College of Law* e Macarena Sáez Torres, *Faculty Director* do *Impact Litigation Project* da *American University Washington College of Law*; 14) Jon O'Brien, Presidente da *Catholics for Choice* e Sara Morello, Vice-Presidente Executiva desta organização; 15) Carlos Polo Samaniego, Diretor do Escritório para a América Latina do *Population Research Institute*; 16) Reynaldo Bustamperante Alarcón, Presidente do Instituto Solidariedade e Direitos Humanos; 17) Hernán Collado Martínez; 18) Carmen Muñoz Quesada, Rita Maxera Herrera, Cristian Gómez, Seidy Salas, e Ivania Solano;<sup>14</sup> 19) Enrique Pedro Haba, Professor da Universidade da Costa Rica; 20) Organização de Litígio Estratégico de Direitos Humanos Litiga OLE;<sup>15</sup> 21) Susie Talbot, Advogada do *Center for the Legal Protection of Human Rights INTERIGHTS* e Helen Duffy, Conselheira Principal do *INTERIGHTS*; 22) Andrea Acosta Gamboa, Professora da Universidade da Costa Rica; 23) Andrea Parra, Natalia Acevedo Guerrero, Matías González Gil e Sebastián Rodríguez Alarcón;<sup>16</sup> 24) Leah Hoctor, Assessora Jurídica da Comissão Internacional de Juristas; 25) Margarita Salas Guzmán, Presidente da Coletividade pelo Direito a Decidir e Larissa Arroyo Navarrete, Advogada da Coletividade pelo Direito a Decidir; 26) Caio Fabio Varela, Marcelo Ernesto Ferreyra, Rosa Posa, Bruna Andrade Irineu e Mario Pecheny;<sup>17</sup> 27) María del Pilar Vásquez Calva, Coordenadora de Relação Governamental da Associação Vida e Família A.C, México; 28) Rede Latino-Americana de Reprodução Assistida e Ian Cooke, Professor Emérito da Universidade de Sheffield; 29) Priscilla Smith, *Senior Fellow* do Programa para o estudo da Justiça Reprodutiva da Sociedade da Informação (*Information Society Project ISP*) da Universidade de Yale e Genevieve E. Scott, Professora Visitante do ISP; 30) Rede Latino-Americana de Reprodução Assistida e Santiago Munné, Presidente da *Reprogenetics*; 31) Centro de Estudos de Direito, Justiça e Sociedade;<sup>18</sup> 32) José Tomás Guevara Calderón; 33) Carlos Santamaría Quesada, Chefe da Divisão de Diagnóstico Molecular no Laboratório Clínico do Hospital Nacional das Crianças; 34) Cesare P.R. Romano, Professor de Direito, Joseph W. Ford, Fellow e co-Diretor do Projeto sobre Cortes e Tribunais Internacionais (PICT) na *Loyola Law School*, Los Angeles;<sup>19</sup> 35) Defensoria dos Habitantes;<sup>20</sup> 36) Hernán Gullco e Martín Hevia, professores da Escola de Direito da Universidade *Torcuatto Di Tella*; 37) Alejandra Huerta Zepeda, catedrática do Instituto de Pesquisas Biomédicas (IIB) da Universidade Nacional Autônoma do México, e José María Soberanes Diez, professor da Universidade Pan-Americana do México; 38) Associação de Médicos pelos

12. Viviana Bohórquez Monsalve, membro da Mesa pela Vida e pela Saúde das Mulheres; Beatriz Galli, membro da IPAS; Alma Beltrán y Puga, Coordenadora Jurídica do Grupo de Informação de Reprodução Escolhida GIRE; Álvaro Herrero, Diretor Executivo da Associação pelos Direitos Civis; Gastón Chillier, Diretor Executivo do Centro de Estudos Legais e Sociais CELS, Lourdes Bascary, membro do Centro de Estudos Legais e Sociais e Agustina Ramón Michel, Bolsista da Área da Saúde do CEDES.

13. Ricardo Tapia é o Presidente do Colégio de Bioética A.C. (México). Rodolfo Vásquez é o Vice-Presidente deste colégio. Pedro Morales, Secretário Executivo deste colégio.

14. Carmen Muñoz Quesada, Deputada da Assembleia Legislativa da Costa Rica; Rita Maxera Herrera, assessora parlamentar e Ivania Solano, advogada. Cristian Gómez pertence à Associação Demográfica Costarrriquenha. Seidy Salas pertence à Coletividade pelo Direito a Decidir.

15. O escrito foi apresentado por Graciela Rodríguez Manzo, Diretora Geral da Litiga OLE; Geraldina González de la Vega, Colaboradora da Litiga OLE; Adriana Muro Polo, Advogada da Litiga OLE; Marisol Aguilar Contreras, Advogada da Litiga OLE.

16. Andrea Parra, Diretora do Programa de Ação pela Igualdade e pela Inclusão Social (PAIS) da Faculdade de Direito da Universidade de los Andes, Colômbia e Natalia Acevedo Guerrero, Matías González Gil e Sebastián Rodríguez Alarcón, estudantes do PAIS.

17. Caio Fabio Varela, Defensor de Direitos Humanos, Marcelo Ernesto Ferreyra, em representação da Heartland Alliance e da Coalização de Lésbicas, Gays, Bissexuais, Transgêneros, Transexuais, Travestis e Intersexuais (LGBTTTI) na América Latina e no Caribe e da Campanha por uma Convenção Interamericana de Direitos Sexuais e Direitos Reprodutivos, Rosa Posa, em representação de AKAHATA, Bruna Andrade Irineu e Mario Pecheny.

18. O escrito foi apresentado por Rodrigo Uprimny Yepes, Diretor do Centro de Estudos de Direito, Justiça e Sociedade (Dejusticia) e Diana Esther Guzmán, Paola Molano, Annika Dalén e Paula Rangel Garzón, Pesquisadoras do Dejusticia.

19. O escrito foi apresentado por esta clínica em colaboração com onze acadêmicos e profissionais de direitos humanos e Direito Internacional que também assinaram o *amicus*: Roger S. Clark, Professor Titular de Direito da Faculdade de Direito Rutgers, Camden, Nova Jersey; Lindsey Raub Kantawee, Esq. Associada de Clifford Chance, Escritório de Advogados; Yvonne Donders, Professora de Direitos Humanos Internacionais e Diversidade Cultural e Diretora Executiva do Centro para o Direito Internacional de Amsterdam, Faculdade de Direito da Universidade de Amsterdam; Ellen Hey, Professora de Direito Internacional Público da Faculdade de Direito da Universidade Erasmus de Rotterdam; Jessica M. Almqvist, Professora de Direito Internacional Público da Universidade Autônoma de Madrid, Faculdade de Direito; Freya Baetens, Professor Assistente de Direito Internacional Público do *Grotius Centre for International Legal Studies* da Faculdade de Direito da Universidade de Leiden; Konstantinos D. Magliveras, Professor Associado do Departamento de Estudos Mediterrâneos da Universidade do Egeu de Rodas; Belén Olmos Giupponi, Professor Associado de Direito Internacional da Universidade Rei Juan Carlos de Madrid; Miguel Angel Ramiro Avilés, Professor Titular na Área de Filosofia do Direito da Universidade Carlos III de Madrid e Diretor do Mestrado em Direitos Fundamentais e Codiretor do Mestrado em Direitos Humanos e Democratização da Universidade Externado da Colômbia; Margherita Salvadori, Professora Associada da Faculdade de Direito da Universidade de Turim, e Jaume Saura, Professor Titular de Direito Internacional na Universidade de Barcelona e Presidente do Instituto dos Direitos Humanos em Catalunha.

20. O escrito foi apresentado pela Defensoria dos Habitantes da República da Costa Rica e foi assinado por Ofelia Taitelbaum Yoselewich, Defensora dos Habitantes da República da Costa Rica.

Direitos Humanos (AMEDEH);<sup>21</sup> 39) Federação Latino-Americana de Obstetrícia e Ginecologia;<sup>22</sup> 40) Carlo Casini, Antonio G. Spagnolo, Marina Casini, Joseph Meaney, Nikolas T. Nikas e Rafael Santa María D'Angelo;<sup>23</sup> 41) Rafael Nieto Navia, Jane Adolphe, Richard Stith e Ligia M. de Jesus;<sup>24</sup> 42) Hugo Martín Calienes Bedoya, Patricia Campos Olazábal, Rosa de Jesús Sánchez Barragán, Sergio Castro Guerrero, e Perantero Enrique Yacarini Martínez;<sup>25</sup> 43) Julian Domingo Zarzosa; 44) Kharla Zúñiga Vallejos do *Berit Institute for the Family* de Lima; 45) Guadalupe Valdez Santos, Presidente da Associação Civil Pró-Mulher e Direitos Humanos, e 46) Piero A. Tozzi, Stefano Gennarini, William L. Saunders e Álvaro Paúl.<sup>26</sup>

14. Em 26 e 28 de setembro de 2012 e em 24 de outubro de 2012, o senhor Hany Fahmy, *The Human Rights Centre of the United Nations Mandated University for Peace* (Universidade para a Paz) e a senhora Olga Cristina Redondo Alvarado, psicanalista, enviaram, respectivamente, escritos de *amicus curiae*. Em vista de que a audiência pública foi realizada nos dias 5 e 6 de setembro de 2012 e, em consequência, o prazo para o envio de *amicus curiae* venceu em 21 de setembro de 2012, seguindo instruções do Presidente da Corte, foi informado que estes escritos não podiam ser considerados pelo Tribunal nem incorporados aos autos do caso.
15. A Corte observa que os *amicus curiae* interpostos por *Equal Rights Trust* e pela Clínica de Direitos Humanos da Universidade de Texas, *INTERIGHTS*, e o apresentado conjuntamente por Caio Fabio Varela, Marcelo Ferreyra, Rosa Posa, Bruna Andrade e Mario Pecheny foram apresentados no prazo estabelecido no artigo 44 do Regulamento, mas em um idioma que não correspondia ao idioma oficial do presente caso. Posteriormente, as traduções ao espanhol foram enviadas 5, 7 e 34 dias depois do prazo. De acordo com o disposto no artigo 28.1 do Regulamento do Tribunal, a Corte considera que, em razão de que a versão em espanhol de dois destes *amicus curiae* foi apresentada dentro do período de 21 dias disposto para acompanhar os originais ou a totalidade dos anexos, tais escritos são admissíveis. Em razão de que a versão em espanhol do escrito de Caio Fabio Varela e outras pessoas foi apresentada com 34 dias de atraso, foi declarado inadmissível.
16. Em 4, 5 e 6 de outubro de 2012, os representantes e o Estado enviaram suas alegações finais escritas e a Comissão Interamericana apresentou suas observações finais escritas ao presente caso. Tais escritos foram transmitidos às partes, a quem foi dada oportunidade até 17 de outubro de 2012 para que apresentassem as observações que considerassem pertinentes em relação à informação fornecida como resposta às perguntas da Corte. O representante Molina apresentou suas observações. A Comissão Interamericana manifestou que não tinha observações a formular. O representante May e o Estado não apresentaram observações.

### III

#### Exceções Preliminares

17. O Estado apresentou três “exceções preliminares”: a falta de esgotamento de recursos internos, a extemporaneidade da petição apresentada por Karen Espinoza e Héctor Jiménez, e a incompetência da Corte Interamericana para conhecer de fatos supervenientes à apresentação da petição.

##### A) Falta de esgotamento dos recursos internos

18. O Estado alegou que não “renunciou à interposição” de exceções. Afirmou que a Sala Constitucional “declarou inconstitucional um determinado tipo de fertilização *in vitro*” e precisou que, “se a técnica avançar ao ponto de permitir a realização da mesma sem perda de embriões, é possível aplicá-la”. Em consequência, o Estado

21. O escrito foi apresentado pela Associação de Médicos pelos Direitos Humanos (AMEDEH). O escrito foi assinado por Carlos María Parellada Cuadrado, Presidente, e Juan Pablo Zaldaña Figueroa, Vice-Presidente desta associação.

22. O escrito foi apresentado pela Federação Latino-Americana de Obstetrícia e Ginecologia. A nota foi assinada por Ivonne Díaz Yamal, Luis Távora Orozco, Diretor Executivo, e Pio Iván Gómez Sánchez, Coordenador do Comitê de Direitos Sexuais e Reprodutivos desta federação.

23. Carlo Casini, Magistrado, Deputado do Movimento Italiano pela Vida no Parlamento Europeu e Presidente da Comissão de Assuntos Constitucionais do Parlamento Europeu; Antonio G. Spagnolo, Diretor do Instituto de Bioética da Universidade Católica do Sagrado Coração de Roma; Marina Casini, Professora Agregada de Bioética no Instituto de Bioética da Universidade Católica do Sagrado Coração de Roma; Joseph Meaney, Diretor de Coordenação Internacional de Vida Humana Internacional; Nikolas T. Nikas, Presidente e Conselheiro Geral do Fundo de Defesa da Bioética (BD), e Rafael Santa María D'Angelo, Advogado, Presidente da Associação Civil Cresce Família (CreceFam).

24. Rafael Nieto Navia, Professor da Universidade Javeriana de Bogotá; Jane Adolphe, Catedrática, *Ave Maria School of Law*; Richard Stith, Catedrático, *Valparaíso School of Law* e Ligia M. de Jesús, Professora, *Ave Maria School of Law*.

25. Hugo Calienes Bedoya, Reitor e Diretor do Instituto de Bioética da Reitoria da Universidade Católica Santo Toribio de Mogrovejo (USAT); Patricia Campos Olazábal, Decana da Faculdade de Medicina da USAT, e por Rosa de Jesús Sánchez Barragán, Sergio Castro Guerrero, e Antero Enrique Yacarini Martínez, membros do Instituto de Bioética da USAT.

26. Piero A. Tozzi, do *Alliance Defend Fund*; Stefano Gennarini, do *Center for Legal Studies at C-Fam*; William L. Saunders de *Americans United for Life*, e Álvaro Paúl.



afirmou que “os peticionários podiam acudir tanto à jurisdição constitucional como à jurisdição contenciosa administrativa, a fim de que fosse discutida a possibilidade de que os serviços de saúde atendessem sua condição de infertilidade”, incluindo a possibilidade de “uma determinada técnica de fertilização *in vitro* [...] dentro dos pressupostos dados pela Sala Constitucional”. O Estado afirmou que, no âmbito da jurisdição constitucional, “a existência da sentença” não “impede que a Sala Constitucional volte a conhecer do assunto por via da ação de inconstitucionalidade” em razão de que a Lei da Jurisdição Constitucional afirma que as decisões desta Sala “não são vinculantes para a própria Sala, [a qual] poderia revisar o tema novamente”. Acrescentou que “a existência da decisão da Sala Constitucional não impedia que existisse um pronunciamento por parte da própria Sala”, por “via do amparo constitucional ou por parte dos Tribunais Contencioso-Administrativos”. Acrescentou que as supostas vítimas “poderiam haver pedido às autoridades administrativas que, respeitando a decisão da Sala Constitucional, fosse oferecida uma reparação para sua situação de infertilidade” ou “fosse criada uma nova regulamentação” da FIV, “de acordo com os parâmetros estabelecidos pela decisão do Tribunal Constitucional”. “Se as autoridades administrativas se negassem a oferecer o atendimento requerido”, procedia a apresentação de um recurso de amparo (mandado de segurança). Entretanto “nenhum dos casais apresentou” este recurso.

19. Adicionalmente, o Estado alegou que “diante da negativa das autoridades administrativas, as supostas vítimas poderiam interpor um processo contencioso-administrativo”, entretanto, nenhuma o apresentou antes de iniciar o trâmite perante a Comissão. Acrescentou que os recursos internos eram “eficientes” e “prova disso é que uma das supostas vítimas compareceu ao Tribunal Contencioso-Administrativo, com posterioridade à interposição da petição perante a Comissão”.
20. A Comissão afirmou que no procedimento anterior ao Relatório de Admissibilidade, o Estado se limitou a “apresentar a possibilidade de que as [supostas] vítimas interpusessem uma ação de amparo”. Manifestou que o Estado “não detalhou a sustentação legal dessa possibilidade nem explicou de que maneira, através de um amparo (mandado de segurança), era possível eliminar os efeitos de uma decisão abstrata de inconstitucionalidade [...] regulamentada como irrecurável”. Afirmou que o Estado “não cumpriu o ônus da prova que lhe correspondia para explicar as razões pelas quais o recurso de amparo poderia ser efetivo”.
21. O representante May manifestou que, no trâmite perante a Comissão “o Estado afirmou que renunciava expressamente o privilégio de interpor exceções prévias”, renúncia que “uma vez interposta é irrevogável e irreversível”. Alegou que o recurso interno adequado “deve ser de acordo com o fim”, isto é, deve ser capaz de satisfazer as pretensões e interesses em jogo, e sendo o objeto fundamental das vítimas a anulação da sentença da Sala Constitucional e a reabilitação da FIV, “não existe nenhuma reparação jurisdicional interna que permita cumprir tal objetivo”. O representante Molina afirmou que o Estado “não comprov[ou] a idoneidade dos recursos indicados”. Por outro lado, ressaltou que “a decisão da Sala Constitucional é uma Sentença contra a qual não procede nenhum recurso e cujos efeitos são *erga omnes*”. Alegou que o recurso iniciado pela senhora Ileana Hénchoz foi rejeitado.

#### *Considerações da Corte*

22. O artigo 46.1.a) da Convenção Americana dispõe que para determinar a admissibilidade de uma petição ou comunicação apresentada perante a Comissão Interamericana, em conformidade com os artigos 44 ou 45 da Convenção, é necessário que tenham sido interpostos e esgotados os recursos da jurisdição interna, segundo os princípios do Direito Internacional geralmente reconhecidos.<sup>27</sup> A Corte recorda que a regra do prévio esgotamento dos recursos internos está concebida em interesse do Estado, pois busca dispensá-lo de responder perante um órgão internacional por atos que lhe sejam atribuídos, antes de haver tido a oportunidade de repará-los com seus próprios meios.<sup>28</sup> O anterior significa que esses recursos não somente devem existir formalmente, mas também devem ser adequados e efetivos, como resulta das exceções contempladas no artigo 46.2 da Convenção.<sup>29</sup>
23. Além disso, esta Corte argumentou de maneira consistente que uma objeção ao exercício da jurisdição da Corte baseada na suposta falta de esgotamento dos recursos internos deve ser apresentada no momento processual oportuno,<sup>30</sup> isto é, durante a admissibilidade do procedimento perante a Comissão.<sup>31</sup> Ao alegar a falta de

27. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Exceções Preliminares*. Sentença de 26 de junho de 1987. Série C Nº 1, par. 85, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2012. Série C Nº 246, par. 23.

28. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*. Sentença de 29 de julho de 1988. Série C Nº 4, par. 61, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 23.

29. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*, par. 63, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 23.

30. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Exceções Preliminares*, par. 88, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 24.

31. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras, Exceções Preliminares*, par. 88, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 24.

esgotamento dos recursos internos, corresponde ao Estado indicar nessa devida oportunidade os recursos que devem se esgotar e sua efetividade. A esse respeito, o Tribunal reitera que não é tarefa da Corte, nem da Comissão, identificar *ex officio* quais são os recursos internos pendentes de esgotamento. O Tribunal ressalta que não compete aos órgãos internacionais corrigir a falta de precisão das alegações do Estado.<sup>32</sup>

24. A Corte observa que, em primeiro lugar, procede determinar se esta exceção coincide com as alegações apresentadas pelo Estado antes da emissão do Relatório de Admissibilidade, ou seja, no momento processual oportuno para apresentar esta exceção. A esse respeito, em 23 de janeiro de 2004, o Estado somente apresentou um escrito em relação a este tema, no qual afirmou que uma das vítimas “poderia haver recorrido ao amparo”.<sup>33</sup> O escrito no qual o Estado analisou a possível idoneidade da jurisdição contenciosa administrativa para resolver o presente caso foi apresentado em 2008,<sup>34</sup> quatro anos depois de emitido o Relatório de Admissibilidade. Em consequência, a Corte considera que os argumentos apresentados em relação à necessidade de esgotar procedimentos contenciosos administrativos ou demandar a omissão na regulamentação do procedimento da FIV segundo os parâmetros estabelecidos pela Sala Constitucional, são extemporâneos e a análise se concentrará nas alegações sobre o recurso de amparo (mandado de segurança).
25. Em relação ao esgotamento do recurso de amparo, o Estado apresenta dois argumentos diferentes. O primeiro, em relação aos alcances que o Estado atribui à decisão adotada pela Sala Constitucional no presente caso. O Estado considera que esta decisão não implicou uma proibição da FIV, mas de uma modalidade deste procedimento, razão pela qual é alegada a existência de outras possibilidades que as supostas vítimas teriam para enfrentar sua infertilidade e, se fosse o caso, esgotar o recurso de amparo diante da negação destas alternativas. A Corte considera que este é um assunto de mérito que será resolvido oportunamente ao determinar se a decisão da Sala Constitucional constituiu uma limitação aos direitos das supostas vítimas (pars. 160 e 161 *infra*). A esse respeito, a Corte afirmou que as exceções preliminares são atos que buscam impedir a análise do mérito de um assunto questionado, por meio da objeção da admissibilidade de um caso ou da competência do Tribunal para conhecer de um determinado caso ou de algum de seus aspectos, seja em razão da pessoa, matéria, tempo ou lugar, sempre que estes argumentos tenham o caráter de preliminares.<sup>35</sup> Em vista de que este primeiro argumento do Estado não pode ser revisado sem analisar previamente o mérito do caso, não pode ser analisado no contexto desta exceção preliminar.<sup>36</sup>
26. Em segundo lugar, o Estado alega que um recurso de amparo poderia haver dado uma nova oportunidade à Sala Constitucional de avaliar a possível violação de direitos no presente caso. A esse respeito, a Corte observa que é um fato incontroverso que existe uma decisão definitiva e vinculante da mais alta instância judiciária da Costa Rica em matéria constitucional, que declarou a inconstitucionalidade da prática da fecundação *in vitro*, tal como se regulamentava naquele momento. Tal como se analisará com mais detalhe posteriormente (par. 135 *infra*), o objeto do presente caso é determinar se esta decisão da Sala Constitucional comprometeu a responsabilidade internacional do Estado. Em consequência, a questão do esgotamento de recursos está relacionada aos recursos existentes contra a sentença de inconstitucionalidade. A esse respeito, a Corte observa que, em conformidade com o artigo 11 da Lei de Jurisdição Constitucional da Costa Rica, as sentenças, autos ou providências da Sala Constitucional são irrecorríveis.<sup>37</sup> Além disso, na Costa Rica o controle de constitucionalidade é concentrado,<sup>38</sup> de tal forma que esta sala é a que conhece de todos os amparos (mandados de segurança) que são apresentados no país.
27. Tendo em consideração o anterior, o Tribunal considera que interpor um recurso de amparo não era idôneo

32. Cf. *Caso Reverón Trujillo*, par. 23, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 25. Ver também: T.E.D.H., *Case of Bozano Vs. France*, Sentença de 18 de dezembro de 1986, par. 46.

33. Escrito número 03-AM-03 apresentado perante a Comissão Interamericana em 23 de janeiro de 2004 pelo Ministro das Relações Exteriores da Costa Rica (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo III, folha 1056 e 1058).

34. Escrito número DJO-486-08 de 17 de novembro de 2008 (expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo V, folha 2276).

35. Cf. *Caso Las Palmeras Vs. Colômbia. Exceções Preliminares*. Sentença de 4 de fevereiro de 2000. Série C Nº 67, par. 34, e *Caso Vélez Restrepo e Familiares Vs. Colômbia. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 3 de setembro de 2012. Série C Nº 248, par. 30.

36. Em sentido similar, Cf. *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 6 de agosto de 2008. Série C Nº 184, par. 39, e *Caso Vélez Restrepo e Familiares Vs. Colômbia*, par. 30.

37. Lei da Jurisdição Constitucional, Lei nº 7.135 de 11 de outubro de 1989. O artigo 4 desta lei estabelece que “a jurisdição constitucional é exercida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça”. O segundo parágrafo do artigo 11 dispõe que “Não haverá recurso contra as sentenças, autos ou providências da jurisdição constitucional”. Cf. Expediente de anexos ao Relatório de Mérito, tomo I, anexo 1, folhas 42 e 44.

38. O artigo 2 da Lei da Jurisdição Constitucional (Lei 7.135 de 11 de outubro de 1989) consagra um controle concentrado de constitucionalidade exercido pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, sendo este o único órgão competente para decidir sobre o recurso de amparo e a constitucionalidade de normas de qualquer natureza.

para reparar a situação das supostas vítimas, em vista de que o mais alto tribunal na jurisdição constitucional havia emitido sua decisão final em relação aos problemas jurídicos centrais que devem ser resolvidos no presente caso sobre os alcances da proteção da vida pré-natal (par. 162 *infra*). Em razão de que a Sala Constitucional conhece de todos os recursos de amparo que são interpostos na Costa Rica, essa mesma Sala haveria tido que avaliar o eventual recurso de amparo que as supostas vítimas viriam a interpor. Além disso, as supostas vítimas pretendiam receber o tratamento médico da FIV no contexto da regulamentação prevista no Decreto Executivo. Diante da declaração de inconstitucionalidade do decreto em seu conjunto, a possibilidade de ter acesso à FIV sob as condições estabelecidas pela Sala Constitucional é substancialmente diferente dos interesses e pretensões das supostas vítimas. Portanto, nas circunstâncias específicas do presente caso, a Corte não considera razoável exigir que as supostas vítimas tenham de continuar esgotando recursos de amparo se a mais alta instância judiciária em matéria constitucional havia se pronunciado sobre os aspectos específicos que as supostas vítimas controvertem. Portanto, a função deste recurso no ordenamento jurídico interno não era idônea para proteger a situação jurídica infringida e, em consequência, não podia ser considerado como um recurso interno que deveria ser esgotado.<sup>39</sup>

28. Por todo o exposto, a Corte rejeita a exceção preliminar interposta pelo Estado.

### **B) Extemporaneidade da petição apresentada por Karen Espinoza e Héctor Jiménez Acuña**

29. O Estado alegou perante a Comissão Interamericana que a petição apresentada por Karen Espinoza e Héctor Jiménez “era extemporânea, pois havia sido apresentada fora do prazo de seis meses estabelecido pelo artigo 46.1.b da Convenção Americana”. Manifestou que estas supostas vítimas “não podem ser consideradas incluídas na petição de 19 de janeiro de 2001, em razão de que, naquele momento, não sabiam de sua condição” de infertilidade, em vista de que a senhora Espinoza ficou sabendo de sua infertilidade em julho de 2002. Alegou que “se se considerar que o escrito de 2 de outubro de 2003 introduz pela primeira vez” a denúncia destas supostas vítimas, “é claro que desde o momento em que ela conhece sua condição—julho de 2002 – até outubro de 2003, transcorreram amplamente os seis meses” que a Convenção estabelece como prazo para apresentar a denúncia. Acrescentou que o “problema que se apresenta com esta petição é a demora da Comissão em analisar a admissibilidade do pedido apresentado, trâmite que demorou aproximadamente três anos (de janeiro de 2001 a março de 2004), razão pela qual foram incluídos peticionários que, em suas próprias palavras, não poderiam ser incorporados à petição original pois nem sequer haviam sido declarados como inférteis até aquele momento”. Afirmou que em outro Relatório de Admissibilidade “a própria Comissão advertiu que a fim de determinar o prazo para apresentar a petição nos casos da [FIV], deve-se levar em consideração a data a partir da qual a pessoa foi declarada infértil”. Acrescentou que a suposta vítima “foi diagnosticada com infertilidade no ano de 2002 e que a técnica da FIV lhe foi sugerida no ano de 2004, o que produz o paradoxo de que quando se apresentou perante este Tribunal como suposta vítima, nem sequer havia pensado na FIV como técnica que lhe fosse aplicável”. Em consequência, quando foram incorporados como peticionários neste processo, “já havia transcorrido o prazo de seis meses, razão pela qual sua petição deve ser considerada extemporânea”.

30. A Comissão afirmou que “a grande maioria dos argumentos apresentados pelo Estado [...] não foram apresentados perante a Comissão” e “difere substancialmente do afirmado pelo Estado na etapa de admissibilidade”, que é precisamente a etapa na qual a Comissão “se pronuncia sobre este requisito [dos seis meses] à luz da informação oferecida pelas partes”. Manifestou que “o fato de que um peticionário no momento de apresentar a denúncia inicial omita algum requisito em particular e que este requisito seja retificado com posterioridade, não converte em extemporânea a apresentação da denúncia”.

31. O representante Molina Acevedo afirmou que “saber ou não da infertilidade de um casal no momento da promulgação da Sentença da Sala Constitucional não fecha as portas para que qualquer pessoa, até o dia de hoje, tenha a limitação dos seis meses estabelecidos na Convenção Americana”. Entretanto, alegou que no presente caso “o que determina a condição para ser suposta vítima, não é se estas pessoas estavam sendo tratadas por determinados médicos no ano de 2001, mas se estas estavam conscientes de sua possível e logo comprovada infertilidade” e que, além disso, sua única forma de procriar fosse através do método da FIV. Posteriormente, o representante afirmou que “havia hostilidade em relação à condição de quem podia estar na lista confidencial das supostas vítimas neste caso”.

39. Em sentido similar, *Cf. Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 2 de julho de 2004. Série C Nº 107, par. 85.

*Considerações da Corte*

32. O artigo 46.1.b da Convenção afirma o seguinte:

Para que uma petição ou comunicação apresentada de acordo com os artigos 44 ou 45 seja admitida pela Comissão, será necessário: [...]

b. que seja apresentada dentro do prazo de seis meses, a partir da data em que o presumido prejudicado em seus direitos **tenha sido notificado** da decisão definitiva (Sem grifo no original)

33. No presente caso, a petição inicial foi apresentada em 19 de janeiro de 2001. Naquele momento, o então representante legal das vítimas não havia feito uma determinação específica e individualizada das supostas vítimas. A inclusão da senhora Espinoza e do senhor Jiménez ocorreu através de um escrito apresentado em 10 de outubro de 2003. No processo perante a Corte, foi informado que a senhora Espinoza ficou sabendo de sua infertilidade em julho de 2002.<sup>40</sup>

34. Em 16 de janeiro de 2004, o Estado apresentou um escrito no qual solicitou à Comissão que declarasse a inadmissibilidade da petição em relação à senhora Espinoza “pela extemporaneidade” de sua reivindicação, “por ter sido apresentada depois de 6 meses a partir de que a suposta lesada em seus direitos foi comunicada da decisão” da Sala Constitucional.<sup>41</sup>

35. A Corte considera que as circunstâncias específicas do presente caso exigem uma interpretação do requisito dos seis meses estabelecido no artigo 46.1.b. O Tribunal tem em consideração que o fenômeno da infertilidade gera diversas reações que não podem ser associadas a uma regra rígida sobre os cursos de ação que uma pessoa necessariamente deva seguir. Um casal pode levar meses ou anos em decidir se recorre a uma determinada técnica de reprodução assistida ou a outras alternativas. Por estas razões, o critério do momento no qual a suposta vítima conhece sua situação de infertilidade é um critério limitado nas circunstâncias do presente caso, onde não é possível gerar nas supostas vítimas uma responsabilidade de tomar uma decisão de apresentar uma petição perante o Sistema Interamericano em um determinado período de tempo. Em sentido similar, o Tribunal Europeu afirmou que a regra dos seis meses é autônoma e deve ser aplicada de acordo com os fatos do caso específico a fim de que seja assegurado o exercício efetivo do direito a apresentar uma petição individual.<sup>42</sup>

36. Portanto, a Corte considera que, no presente caso, não encontra elementos para se afastar da decisão de admissibilidade adotada pela Comissão Interamericana, já que: a) continua em vigor a Sentença proferida pela mais alta instância da jurisdição constitucional, b) as vítimas não tinham por que ter conhecimento de sua situação de infertilidade no momento em que foi proferida esta Sentença, e c) a petição foi interposta no ano seguinte ao momento de conhecer que esta Sentença impediria o acesso à FIV.

37. Por todo o exposto, a Corte rejeita a exceção preliminar interposta pelo Estado.

### **C) Incompetência da Corte para conhecer “fatos novos não incluídos” nos “fatos da demanda”**

38. O Estado alegou que “ambos os representantes incluíram em seus escritos de petições a responsabilidade do Estado em relação à exposição nos meios de imprensa da situação das supostas vítimas, como resultado da divulgação que os meios de imprensa efetuaram tanto no procedimento perante a Comissão como perante esta Corte”. Além disso, o Estado argumentou que “nenhum dos fatos denunciados pelos representantes [sobre estas matérias] está incluído dentro dos fatos alegados pela Comissão e tampouco podem ser considerados como derivados dos fatos principais ou supervenientes dos mesmos”. Portanto, solicitou a esta Corte que “declare inadmissível as petições das supostas vítimas relacionadas com fatos não incluídos pela Comissão na demanda apresentada”.

39. O representante Molina afirmou que, “como os fatos objetados pelo Estado são fatos supervenientes e têm um nexos causal direto com o fato gerador das violações de direitos humanos do presente caso, é perfeitamente conforme com o procedimento” o fato de “que os mesmos tenham sido apresentados” a consideração da Corte. O representante May alegou que não se trata de “fatos novos”, “são situações que se inscrevem todas no cenário

40. Epícrise (diagnóstico médico) da senhora Karen Espinoza Vindas (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos de Boris Molina, anexo XIV, folha 5477).

41. Escrito n° 03-AM-03 de 16 de janeiro de 2004.

42. “The six-month rule is autonomous and must be construed and applied according to the facts of each individual case, so as to ensure the effective exercise of the right to individual petition”. No Tribunal Europeu, ver T.E.D.H., casos Sabri Günes v. Turkey, Grande Câmara, (n° 27396/06) Sentença de 29 de junho de 2012; Büyükdağ v. Turkey (n° 28340/95), Sentença de 6 Abril de 2000; Fernández-Molina González and 369 Others v. Spain (n° 64359/01), Sentença de 8 de outubro de 2002; e Zakrzewska v. Poland, (n° 49927/06), par. 55, Sentença de 16 de dezembro de 2008.

factual da proibição” da FIV, ou seja, “todas as condutas, situações pessoais, vivências, atos e atuações, e eventos desencadeados no âmbito da vida das vítimas com motivo e por motivo da proibição”. Acrescentou que o pertinente deve ser resolvido no mérito do caso.

#### *Considerações da Corte*

40. Tal como foi afirmado, as exceções preliminares são atos que buscam impedir a análise do mérito de um assunto questionado, por meio da objeção da admissibilidade de um caso ou da competência do Tribunal para conhecer de um determinado caso ou de algum de seus aspectos, seja em razão da pessoa, matéria, tempo ou lugar, sempre que estas abordagens tenham o caráter de preliminares.<sup>43</sup> Se estas abordagens não puderam ser revisadas sem analisar previamente o mérito de um caso, não podem ser analisadas por meio de uma exceção preliminar.<sup>44</sup> No presente caso, a Corte considera que não corresponde se pronunciar de forma preliminar sobre o contexto fático do caso, já que esta análise corresponde ao mérito do caso (par. 133 *infra*). Além disso, as alegações apresentadas pelo Estado ao interpor a exceção preliminar serão levadas em consideração ao estabelecer os fatos que este Tribunal considera como provados e determinar se o Estado é internacionalmente responsável pelas alegadas violações aos direitos convencionais, bem como ao precisar o tipo de danos que eventualmente poderiam ser causados às supostas vítimas. Em razão do exposto, a Corte rejeita a exceção preliminar interposta pelo Estado.

### IV Competência

41. A Corte Interamericana é competente para conhecer do presente caso, nos termos do artigo 62.3 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, já que a Costa Rica é Estado Parte da Convenção desde 8 de abril de 1970 e reconheceu a competência contenciosa do Tribunal em 2 de julho de 1980.

### V Prova

42. Com base no estabelecido nos artigos 46, 47, 50, 51 e 57 do Regulamento, bem como em sua jurisprudência em relação à prova e sua apreciação,<sup>45</sup> a Corte examinará e apreciará os elementos probatórios documentais enviados pela Comissão e pelas partes em diversas oportunidades processuais, as declarações das supostas vítimas e testemunhas e os pareceres periciais prestados por meio da declaração juramentada perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) e na audiência pública perante a Corte, bem como as provas para melhor resolver solicitadas pelo Tribunal (par. 11 *supra*). Para isso, o Tribunal se aterá aos princípios da crítica sã, dentro do marco normativo correspondente.<sup>46</sup>

#### **A) Prova documental, testemunhal e pericial**

43. O Tribunal recebeu diversos documentos apresentados como prova por parte da Comissão Interamericana, dos representantes e do Estado, anexados a seus escritos principais. Além disso, a Corte recebeu as declarações prestadas perante agente dotado de fé pública (*affidavit*) pelos declarantes a título informativo: Gerardo Escalante Lopez y Delia Ribas Valdés; supostas vítimas: Andrea Regina Bianchi Bruna, Ana Cristina Castillo León, Claudia María Carro Maklouf, Victor Hugo Sanabria León, e peritos: Andrea Mesén Fainardi, Antonio Marlasca López, Alicia Neuburger, Maureen Condic, Martha Garza e Paul Hunt. Em relação à prova apresentada em audiência pública, a Corte recebeu as declarações das supostas vítimas Miguel Mejías e Ileana Henchoz, e dos peritos Fernando Zegers, Anthony Caruso, Paola Bergallo e Marco Gerardo Monroy Cabra.<sup>47</sup>

43. Cf. *Caso Las Palmeras Vs. Colômbia. Exceções Preliminares*, par. 34, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de fevereiro de 2012. Série C N° 240, par. 39.

44. Cf. *Caso Castañeda Gutman Vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*, par. 39, e *Caso González Medina e familiares Vs. República Dominicana. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*, par. 39.

45. Cf. *Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Mérito*. Sentença de 8 de março de 1998. Série C N° 37, pars. 69 a 76, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador. Mérito e reparações*. Sentença de 27 de junho de 2012. Série C N° 245, par. 31.

46. Cf. *Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala*, par. 76, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 31.

47. Os objetos de todas estas declarações estão estabelecidos na Resolução do Presidente da Corte de 6 de agosto de 2012. Disponível em:

44. O representante Molina informou à Corte que apresentou um recurso de amparo (mandado de segurança) “contra os médicos que trataram quatro das [supostas] vítimas, porque [estes médicos teriam] alega[do], em dois desses casos, que as ex-esposas de [seus] representados proibiram expressamente” que eles entregassem ao representante Molina “cópia do prontuário médico que originou as consultas sobre a infertilidade”. A esse respeito, o representante afirmou que esta situação o deixou “em clara vulnerabilidade” e que, por isso, recorreu “às vias judiciais internas para tentar ter acesso à informação solicitada para apresentar como prova” perante a Corte. O representante informou que este amparo (mandado de segurança) foi negado. O representante expressou que o anterior era “uma clara violação processual e da boa fé que deve imperar em todo litígio, pois haveriam flagelado o “conjunto de evidências” sabendo que, para os propósitos do presente processo, o prontuário médico guarda informação importante que, embora seja certo que pode ser suprida por outro tipo de prova, não pode ser ocultada se uma das partes teve acesso a ela, pois sua obrigação é compartilhá-la”.
45. O representante solicitou “um prazo adicional” para se referir “e fazer qualquer observação, como parte do escrito de petições, argumentos e provas, acerca da prova que apresentaram as senhoras Ana Cristina Castillo León e Claudia Carro Macklouf, ex-esposas dos senhores Enrique Acuña Cartín e Víktor Hugo Sanabria León”, na medida em que “por haver oferecido os prontuários médicos do caso, estariam fazendo uso dessa prova em clara violação do princípio do conjunto de evidências” e “da boa fé no litígio”. O representante solicitou à Corte “que avalie a possibilidade de solicitar ao Estado que, pelas vias que correspondam, obrigue os Doutores Gerardo Escalante López e Delia María Ribas Valdéz” a “entregar cópia do prontuário médico dos senhores mencionados e dos senhores María del Socorro Calderón Porras e Carlos Vargas Solórzano, a quem sem nenhum motivo, até a presente data, foi entregue cópia do prontuário médico”. A esse respeito, o Presidente tomou nota destas petições e afirmou que, caso considere que esta prova deva ser requerida para resolver o objeto do presente caso, será solicitada no momento que for considerado oportuno. A Corte considera que esta informação não é indispensável para resolver o presente caso.

## **B) Admissibilidade da prova**

### *B.1) Admissibilidade da prova documental*

46. No presente caso, como em outros, o Tribunal concede valor probatório aos documentos apresentados oportunamente pelas partes e pela Comissão que não foram controvertidos nem objetados, nem cuja autenticidade foi colocada em dúvida.<sup>48</sup> Os documentos pedidos pelo Tribunal como prova para melhor decidir (par. 11 *supra*) são incorporados ao acervo probatório, em aplicação do disposto no artigo 58 do Regulamento.
47. O Tribunal decide admitir os documentos que se encontrem completos ou que, pelo menos, permitam constatar sua fonte e data de publicação, e os apreciará levando em consideração o conjunto do acervo probatório, as alegações do Estado e as regras da crítica sã.<sup>49</sup>
48. Igualmente, com relação a alguns documentos apresentados pelas partes e pela Comissão por meio de links da Internet, o Tribunal estabeleceu que se uma parte proporciona ao menos o link direto do documento que cita como prova e é possível ter acesso a este, não se vê impactada a segurança jurídica nem o equilíbrio processual, porque é imediatamente localizável pelo Tribunal e pelas outras partes.<sup>50</sup> Neste caso, não houve oposição ou observações das outras partes ou da Comissão sobre o conteúdo e autenticidade de tais documentos.
49. Por outro lado, em consideração de que os representantes enviaram, juntamente com suas alegações finais escritas, comprovantes de gastos de litígio relacionados a este caso, somente considerará aqueles que se refiram a petições de custas e gastos realizados por ocasião do procedimento perante esta Corte, com posterioridade à data de apresentação do escrito de petições e argumentos.
50. O Estado solicitou que sejam rejeitados “os relatórios psicológicos que oferece” o representante Molina “para demonstrar o suposto dano produzido pelo Estado”. Afirmou que estes relatórios não analisam “qual é o suposto impacto da proibição” da FIV nas supostas vítimas, “mas se limitam a indicar as perturbações produto de seu estado de infertilidade”, o que “não é consequência de nenhuma atuação ou omissão do Estado”. Acrescentou

[http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/artavia\\_06\\_08\\_12.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/asuntos/artavia_06_08_12.pdf) Por meio de comunicação de 9 de agosto de 2012 a Comissão desistiu da declaração da senhora Florencia Luna.

48. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*, par. 140, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 35.

49. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Mérito*, par. 146, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 36.

50. Cf. *Caso Escué Zapata Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2007. Série C Nº 165, par. 26, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 37.

que os relatórios “parecem mencionar os efeitos” que a FIV “causou nas mulheres, o que longe de falar bem da técnica, demonstra as graves perturbações que sofrem as mulheres que se submetem a este procedimento”, o que “não pode ser atribuível ao Estado, nem tampouco se pode pretender uma indenização por este motivo”. Finalmente, afirmou que “os relatórios psicológicos parecem evidenciar o critério das supostas vítimas e não o critério objetivo dos psicólogos”. Em sentido similar, o Estado solicitou a rejeição das “certidões psicológicas emitidas pela Dra. Andrea Meses Fernardi nos casos de Ana Cristina Castillo León e Claudia María Carro Maklouk”, as quais foram apresentadas pelo representante May, em vista de que se limitam “a analisar o impacto que a infertilidade teve nas supostas vítimas”.

51. Além disso, o Estado solicitou que sejam rejeitados os “registros econômicos” das supostas vítimas que foram apresentados pelo representante Molina e que incluem “extratos bancários” e “certidões de renda” a partir dos quais “se pretende conseguir uma indenização do Estado”. O Estado alegou que desta documentação “não se extrai nenhuma forma de demonstrar os gastos em que as supostas vítimas dizem haver incorrido e, pelo contrário, contêm simples números sem nenhuma identificação que tenha relação” com o processo. Acrescentou que “tampouco se explica a importância dos dados bancários e de renda para a resolução” do caso.
52. Quanto às observações do Estado em relação a esta prova documental, o Tribunal entende que estas não impugnam sua admissibilidade, mas apontam a questionar o peso probatório da mesma. Em consequência, não gera problema quanto à admissibilidade desta prova e esta será apreciada conjuntamente com o restante do acervo probatório, tendo em consideração as observações do Estado e em conformidade com as regras da crítica sã.

*B.2) Admissibilidade das declarações de supostas vítimas, e da prova testemunhal e pericial*

53. Em relação às declarações das supostas vítimas, das testemunhas e dos pareceres apresentados na audiência pública e por meio das declarações juramentadas, a Corte os considera pertinentes somente na medida em que se ajustem ao objeto definido pelo Presidente do Tribunal na Resolução por meio da qual se ordenou recebê-los (pars. 11 *supra*). Estas serão apreciadas no capítulo que corresponda, em conjunto com os demais elementos do acervo probatório e levando em consideração as observações formuladas pelas partes.<sup>51</sup>
54. Em conformidade com a jurisprudência desta Corte, as declarações das supostas vítimas não podem ser apreciadas isoladamente, mas dentro do conjunto das provas do processo, já que são úteis na medida em que podem proporcionar maior informação sobre as alegadas violações e suas consequências.<sup>52</sup> Com base no anterior, o Tribunal admite estas declarações (pars. 11 *supra*), cuja apreciação será feita com base nos critérios indicados.
55. Por outro lado, em relação às declarações perante agente dotado de fé pública, o Estado solicitou a inadmissibilidade das declarações de Paul Hunt, Antonio Marlasca, Gerardo Escalante e Delia Ribas. Além disso, realizou observações de mérito sobre algumas declarações.
56. Em relação aos temas de admissibilidade, o Estado afirmou que as declarações de Antonio Marlasca e Paul Hunt não se referiram às perguntas apresentadas pelo Estado, o que afeta o dever de cooperação processual, o princípio da boa fé, o princípio do contraditório e o direito à defesa. A Corte reitera que o fato de que se encontre contemplado no Regulamento a possibilidade de que as partes possam formular perguntas por escrito aos declarantes propostos pela contraparte e, se for o caso, pela Comissão, impõe o dever correlato da parte que ofereceu a declaração de coordenar e realizar as diligências necessárias para que as perguntas sejam transmitidas aos declarantes e as respectivas respostas incluídas. Em certas circunstâncias, não contestar diversas perguntas pode ser incompatível com o dever de cooperação processual e com o princípio da boa fé que rege no procedimento internacional.<sup>53</sup> Sem prejuízo disso, o Tribunal considera que a não apresentação de respostas às perguntas da contraparte não afeta a admissibilidade de uma declaração e é um aspecto que, segundo os alcances do silêncio de um declarante, poderia chegar a impactar no peso probatório que pode alcançar uma perícia, aspecto que corresponde apreciar no mérito do caso.
57. O Estado afirmou que “a não apresentação” da tradução da declaração de Paul Hunt ao espanhol dentro do prazo “viola o dever de cooperação processual e boa fé que deve imperar no processo internacional”. O Estado afirmou que “cumpru em apresentar duas traduções no mesmo prazo concedido à Comissão, o que evidentemente

51. Cf. *Caso Loayza Tamaio Vs. Peru. Mérito*. Sentença de 17 de setembro de 1997. Série C N° 33, par. 43, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 43.

52. Cf. *Caso Loayza Tamaio Vs. Peru. Mérito*, par. 43, e *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de junho de 2012. Série C N° 244, par. 27.

53. *Caso Díaz Peña Vs. Venezuela*, par. 33, e *Caso Uzcátegui e outros Vs. Venezuela. Mérito e Reparações*. Sentença de 3 de setembro de 2012, Série C N° 249, par. 29.

implicou uma redução do tempo efetivo para a elaboração do parecer”, o que lhes “coloca em uma situação de desigualdade processual ao diminuir também o tempo [...] concedido [...] para apresentar as respectivas observações “. A esse respeito, a Corte observa que a versão em inglês do parecer foi apresentada dentro do prazo e que a demora no envio da versão em espanhol foi de sete dias. O Tribunal leva em consideração que no procedimento perante a Comissão as partes apresentaram diversa informação e prova em inglês sem que existisse tradução da mesma, o que não mereceu objeção das partes e, também, evidencia que no procedimento foram adotadas medidas para garantir em devida forma o equilíbrio processual entre as partes. Além disso, perante a Corte foram concedidos diversos prazos à Comissão e às partes para o envio de traduções ao espanhol de alguns documentos que foram apresentados em inglês. Estes aspectos permitem concluir que a falta de tradução oportuna desta declaração não gerou um prejuízo desproporcional para o Estado ou para os representantes que pudesse justificar sua inadmissibilidade.

58. O Estado solicitou à Corte que rejeite a perícia prestada por Antonio Marlasca, em vista de que “deveria ter comparecido perante agente dotado de fé pública”, “e não como ocorreu neste caso, onde claramente se observa do documento apresentado que não existiu tal comparecimento, pois o notário público afirma que se limita a transcrever o parecer já oferecido previamente”. A esse respeito, a Corte afirmou, em relação ao recebimento e apreciação da prova, que os procedimentos seguidos perante si não estão sujeitos às mesmas formalidades que as atuações judiciais internas, e que a incorporação de determinados elementos ao acervo probatório deve ser efetuada prestando particular atenção às circunstâncias do caso concreto.<sup>54</sup> Além disso, o Tribunal admitiu em outras oportunidades declarações juramentadas que não foram oferecidas perante agente dotado de fé pública, quando não é impactada a segurança jurídica e o equilíbrio processual entre as partes,<sup>55</sup> o que é respeitado e garantido neste caso.
59. O Estado objetou a admissibilidade das declarações a título informativo de Gerardo Escalante e Delia Ribas, e a declaração de Alicia Neuburger, porque supostamente haveriam se referido a questões que não estariam previstas no objeto de suas declarações. A Corte reitera que somente considerará as declarações prestadas perante agente dotado de fé pública na medida em que se enquadrem no objeto previsto na Resolução proferida pelo Presidente.
60. Em relação aos temas do mérito, o Estado afirmou os seguintes aspectos: i) Paul Hunt “carece da análise de balanço de interesses que é indispensável para determinar a existência de um impacto desproporcional”; ii) a perícia de Alicia Neuburger “não é uma prova útil para demonstrar a relação de causalidade entre as supostas ações violatórias de direitos” e “os danos que supostamente tiveram as supostas vítimas”, e “parte de um conjunto de fatos que não foram demonstrados neste processo”; iii) “o senhor Marlasca falha em sua tentativa de querer estabelecer uma distinção que possa ser considerada como racional ou objetiva entre o que é uma vida humana e uma pessoa humana”; iv) “a declaração [de Andrea Mesén] está prestada de uma forma tão geral que a faz inviável para justificar, muito menos demonstrar, um suposto dano imaterial nas supostas vítimas”; v) Gerardo Escalante “limita a natureza e o conteúdo da declaração à forma em que era realizada a FIV na Costa Rica no momento em que ele a realizava, razão pela qual não poderia fazer avaliações nem prestar opiniões sobre a técnica da fecundação *in vitro* em geral, nem sobre a regulamentação internacional”; e vi) em relação a Delia Ribas: “refere a todo momento ao termo “pré-embrião”, utilizando-o como ponto de partida para justificar o tratamento que o embrião recebe desde sua concepção (ou fecundação) até momentos antes de ser transferido ao útero materno [...] e, portanto, não é aceitável pretender fundamentar sua manipulação apoiando-se neste conceito, já que está cientificamente demonstrado que desde esta etapa inicial existe um organismo pleno e completo”; além disso, alegou que “não é corret[o] [...] justificar a prática da técnica da FIV como um tratamento a uma doença que permite aos ‘pacientes’ ter ‘uma melhoria de sua saúde’”; “advoga em seu documento pela prática da criopreservação – ou congelamento dos embriões –, o que é incompatível com o direito à vida e à dignidade humana”, e que “não contesta a segunda questão que oportunamente lhe foi perguntada”.
61. Quanto a estas observações do Estado em relação às perícias, o Tribunal entende que estas não impugnam sua admissibilidade, mas apontam a questionar o peso probatório das mesmas. A Corte considerará o conteúdo destas perícias na medida em que se ajustem ao objeto para o qual foram convocadas (par. 11 *supra*). Com base no anteriormente exposto, o Tribunal admite as perícias apresentadas e as apreciará conjuntamente com o resto do acervo probatório, tendo em consideração as observações do Estado e em conformidade com as regras da crítica sã.

54. *Caso das Irmãs Serrano Cruz Vs. El Salvador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de março de 2005. Série C Nº 120, par. 33.

55. *Cf. Caso do Presídio Miguel Castro Castro*, par. 189; *Caso Servellón García e outros*, par. 46; e *Caso Claude Reyes e outros*. Sentença de 19 de setembro de 2006. Série C Nº 151, par. 51.



## VI Fatos

### A) Técnicas de Reprodução Assistida e Fecundação *in Vitro*

62. A infertilidade pode ser definida como a impossibilidade de alcançar uma gravidez clínica depois de haver mantido relações sexuais sem proteção durante 12 meses ou mais.<sup>56</sup> As causas mais comuns de infertilidade são, entre outras, danos nas trompas de Falópio, aderências tubo-ovarianas, fatores masculinos (por exemplo, baixo nível de esperma), endometrioses, fatores imunológicos ou pobre reserva ovariana.<sup>57</sup> Considera-se que a incidência da infertilidade afete a aproximadamente 10% das mulheres em idade reprodutiva.<sup>58</sup>
63. As técnicas ou procedimentos de reprodução assistida são um grupo de diferentes tratamentos médicos que são utilizados para ajudar as pessoas e casais inférteis a conseguir uma gravidez, os quais incluem “a manipulação, tanto de ovócitos como de espermatozoides, ou embriões [...] para o estabelecimento de uma gravidez”.<sup>59</sup> Entre estas técnicas se encontram a FIV, a transferência de embriões, a transferência intratubária de gametas, a transferência intratubária de zigotos, a transferência intratubária de embriões, a criopreservação de ovócitos e embriões, a doação de ovócitos e embriões, e a maternidade de substituição.<sup>60</sup> As técnicas de reprodução assistida não incluem a inseminação assistida ou artificial.<sup>61</sup>
64. Por sua vez, a FIV é “um procedimento no qual os óvulos de uma mulher são removidos de seus ovários, e são então fertilizados com esperma em um procedimento de laboratório. Uma vez concluído isso, o óvulo fertilizado (embrião) é devolvido ao útero da mulher”.<sup>62</sup> Esta técnica é aplicada quando a infertilidade se deve à ausência ou bloqueio das trompas de Falópio da mulher, ou seja, quando um óvulo não pode passar para as trompas de Falópio para ser fertilizado e posteriormente implantado no útero,<sup>63</sup> ou em casos onde a infertilidade recai no parceiro de sexo masculino,<sup>64</sup> bem como nos casos em que a causa da infertilidade é desconhecida. As fases durante a FIV são as seguintes:<sup>65</sup> i) indução à ovulação; ii) aspiração dos óvulos contidos nos ovários; iii) inseminação de óvulos com espermatozoides; iv) observação do processo de fecundação e incubação dos embriões, e v) transferência embrionária ao útero materno.
65. Sobre o desenvolvimento embrionário na FIV, existem cinco etapas deste desenvolvimento que duram um total de cinco dias. Em primeiro lugar, os óvulos maduros são selecionados e são fecundados, de modo que se permita o desenvolvimento do zigoto. Nas primeiras 26 horas de desenvolvimento, o zigoto se divide em duas células, as quais posteriormente se dividem em quatro células no dia dois, e finalmente volta a se dividir para formar oito células no dia três. No dia quatro, fala-se de Mórula e, do dia quatro ao dia cinco, o embrião chega a seu estado de Blastocisto. Os embriões podem permanecer em cultivo por até cinco dias antes de serem transferidos ao útero da mulher.<sup>66</sup> Portanto, o embrião pode ser transferido desde o dia dois até o dia cinco. Dependendo da

56. Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2818); Declaração perante agente dotado de fé pública da perita Garza (expediente de mérito, tomo V, folha 2558); Declaração prestada pelo perito Caruso perante a Corte Interamericana na audiência pública realizada no presente caso, e Declaração da declarante a título informativo Ribas (expediente de mérito, tomo V, folha 2241).

57. Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2828). Como explicou o perito Zegers-Hochschild, segundo a Organização Mundial da Saúde, a infertilidade constitui uma doença do sistema reprodutivo (expediente de mérito, tomo VI, folha 2818).

58. Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2820).

59. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2821).

60. Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2820).

61. Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2820).

62. Declaração perante agente dotado de fé pública da perita Garza (expediente de mérito, tomo V, folha 2559).

63. A esse respeito, o perito Zegers-Hochschild afirmou que “a fecundação não pode ocorrer; se não existe trompa de Falópio, o desenvolvimento embrionário não pode ocorrer, se os espermatozoides depositados na vagina não têm a capacidade de chegar à trompa não há fecundação, o mesmo se os espermatozoides chegam, mas não são capazes de fecundar”. Declaração prestada pelo perito Zegers-Hochschild perante a Corte Interamericana na audiência pública realizada no presente caso. Também, Resumo escrito da perícia prestada por Anthony Caruso na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2937.210), e Declaração da declarante Ribas (expediente de mérito, tomo V, folha 2243).

64. Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Anthony Caruso na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2937.214).

65. Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folhas 2825 a 2830); Declaração perante agente dotado de fé pública da perita Garza (expediente de mérito, tomo V, folha 2559), e Declaração da declarante a título informativo Ribas (expediente de mérito, tomo V, folhas 2245 a 2248).

66. Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (Expediente de mérito, tomo

caracterização morfológica e da dinâmica da divisão celular, é tomada a decisão em relação a quando transferir o embrião.<sup>67</sup> A transferência embrionária pode ser diretamente ao útero ou às trompas de Falópio. Aos 12 dias da transferência embrionária, sabe-se se a mulher ficou grávida através de marcadores.<sup>68</sup>

66. O primeiro nascimento de um bebê produto da FIV ocorreu na Inglaterra, em 1978.<sup>69</sup> Na América Latina, o nascimento do primeiro bebê produto da FIV e da transferência embrionária foi reportado em 1984, na Argentina.<sup>70</sup> Desde que foi relatado o nascimento da primeira pessoa como resultado de Técnicas de Reprodução Assistida (doravante denominada “TRA”), “cinco milhões de pessoas nasceram no mundo graças aos avanços desta [tecnologia]”.<sup>71</sup> Além disso, “[a]nualmente, são realizados milhões de procedimentos de TRA. As estimativas para 2008 compreendem 1.600.000 tratamentos que deram origem a 400.000 pessoas nascidas entre 2008 e setembro de 2009” no mundo.<sup>72</sup> Na América Latina “se considera que, entre 1990 e 2010, 150.000 pessoas nasceram” de acordo com o Registro Latino-Americano de Reprodução Assistida.<sup>73</sup>

67. Da prova disponível nos autos, a Costa Rica é o único Estado no mundo que proíbe de maneira expressa a FIV.<sup>74</sup>

## B) O Decreto Executivo

68. Na Costa Rica, o Decreto Executivo n° 24029-S, de 3 de fevereiro de 1995, emitido pelo Ministério de Saúde, autorizava a prática da FIV para casais conjugais e regulamentava sua execução. Em seu artigo 1°, o Decreto Executivo regulamentava a realização de técnicas de reprodução assistida entre cônjuges, e estabelecia regras para sua realização.<sup>75</sup> No artigo 2° eram definidas as técnicas de reprodução assistida como “todas aquelas técnicas artificiais nas quais a união do óvulo e do espermatozoide é conseguida por meio de uma forma de manipulação direta das células germinais em laboratório”.<sup>76</sup>

69. As normas do Decreto Executivo n° 24029-S que regulamentavam especificamente a técnica da FIV questionada no recurso de inconstitucionalidade, eram as seguintes:<sup>77</sup>

Artigo 9.- Em casos de fertilização *in vitro*, fica absolutamente proibida a fertilização de mais de seis óvulos da paciente por ciclo de tratamento.

Artigo 10.- Todos os óvulos fertilizados em um ciclo de tratamento deverão ser transferidos à cavidade uterina da paciente, ficando absolutamente proibido descartar ou eliminar embriões, ou preservá-los para transferência em ciclos subsequentes da mesma paciente ou de outras pacientes.

Artigo 11.- São absolutamente proibidas as manobras de manipulação do código genético do embrião, bem como toda forma de experimentação sobre o mesmo.

Artigo 12.- É absolutamente proibido comercializar células germinais – óvulos e espermatozoides – para serem destinados a tratamento de pacientes em técnicas de reprodução assistida, sejam estas homólogas ou heterólogas.

VI, folhas 2828 a 2829).

67. Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (Expediente de mérito, tomo VI, folhas 2828 a 2829).

68. Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (Expediente de mérito, tomo VI, folhas 2829 a 2830).

69. Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2821), e Declaração da declarante a título informativo Ribas (expediente de mérito, tomo V, folha 2242).

70. Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2822).

71. Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, Tomo VI, folhas 2821 a 2822).

72. Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, Tomo VI, folhas 2821 a 2822).

73. Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, Tomo VI, folha 2822).

74. O Perito Zegers-Hochschild explicou que “[a]s TRA são usadas no mundo inteiro. Isto inclui todos os países da Europa, Oceania, Ásia e Oriente Médio, assim como os países que contam com a tecnologia na África. Em relação às Américas, as TRA são realizadas em todos os países que contam com esta tecnologia, com exceção da Costa Rica. Assim é razoável concluir que a Costa Rica é o único país no mundo que [proíbe] a TRA”. Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, Tomo VI, folha 2821).

75. Sentença n° 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente n° 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 85).

76. Sentença n° 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente n° 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 85).

77. Sentença n° 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente n° 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folhas 85 e 86).

Artigo 13.- O descumprimento das disposições aqui estabelecidas faculta o Ministério de Saúde a cancelar a autorização sanitária de funcionamento e a certificação concedida ao estabelecimento no qual foi cometida a infração, devendo ser enviado o assunto de forma imediata ao Ministério Público e ao Colégio Profissional respectivo, para estabelecer as sanções correspondentes.

70. A FIV foi realizada na Costa Rica entre 1995 e 2000<sup>78</sup> pela entidade privada denominada “Instituto Costarriquenho de Infertilidade”.<sup>79</sup> Nesse período nasceram 15 costarriquenhos.<sup>80</sup> A técnica foi declarada inconstitucional pela Sala Constitucional da Costa Rica em 15 de março de 2000.

### C) Sentença da Sala Constitucional de 15 de março de 2000

71. Em conformidade com o artigo 75 da Lei da Jurisdição Constitucional,<sup>81</sup> qualquer cidadão pode interpor a ação de inconstitucionalidade contra uma norma “quando, em virtude da natureza do assunto, não exista lesão individual e direta, ou se trate da defesa de interesses difusos ou que concernem à coletividade em seu conjunto”. Baseando-se nesta norma, em 7 de abril de 1995, o senhor Hermes Navarro del Valle apresentou uma ação de inconstitucionalidade contra o Decreto Executivo que regulamentava a FIV na Costa Rica, utilizando diversas alegações sobre violação do direito à vida.<sup>82</sup> O solicitante requereu que: i) o Decreto fosse declarado inconstitucional por violar o direito à vida; ii) fosse declarada inconstitucional a prática da fecundação *in vitro*, e iii) “sejam instruídas as autoridades públicas a manter um controle minucioso da prática médica, para que estes atos não voltem a ocorrer”. Entre os argumentos alegados na ação de constitucionalidade se encontram os seguintes: i) “a porcentagem de malformações em geral foi maior que o registrado na fecundação natural”; ii) “a prática generalizada [da FIV] viola a vida humana [e] em razão das características privadas e isoladas [...] em que ocorre esta inseminação, qualquer regulamentação seria de difícil implementação e de difícil controle pelo Estado”; iii) “[a] vida humana se inicia desde o momento da fecundação, portanto, qualquer eliminação ou destruição de concebidos—voluntária ou derivada da imperícia do médico ou da inexistência da técnica utilizada—resultaria em uma evidente violação ao direito à vida contido” na Constituição costarriquenha; iv) foi feita referência à Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e à Convenção sobre os Direitos da Criança; v) foi argumentado que “a fecundação *in vitro* [é] um negócio[, ...] não cura [...] uma doença[, ] nem [é] um tratamento de emergência para salvar uma vida”, e vi) “é tão violatório eliminar concebidos[, ] ou seja crianças[, ] jogando-os no lixo, como eliminá-los de forma deliberada devido à falta de técnica no processo, pretendendo jogar uma espécie de ‘roleta russa’ com as seis crianças introduzidas na mãe”.

72. Em 15 de março de 2000, a Sala Constitucional da Corte Suprema proferiu sentença,<sup>83</sup> por meio da qual declarou “procedente a ação [e] anulou, por ser inconstitucional, [...] o Decreto Executivo n° 24029-S”.<sup>84</sup> As razões discutidas pela Sala Constitucional para motivar sua decisão foram, em primeiro lugar, a “infração do princípio de reserva legal”, segundo o qual “somente por meio de lei formal, emanada do Poder Legislativo pelo procedimento previsto na Constituição para a promulgação das leis, é possível regulamentar e, se for caso, restringir os direitos e liberdades fundamentais”. Em conformidade com o anterior, a Sala concluiu que o Decreto Executivo regulamentava o “direito à vida e à dignidade do ser humano”, razão pela qual “[a] regulamentação destes direitos pelo Poder Executivo [era] incompatível com o Direito da Constituição”.

78. “Em 14 de outubro de 1995, nasc[eu] o primeiro menino produto da” fecundação *in vitro*. Cf. Declaração da declarante a título informativo Escalante (expediente de mérito, tomo V, folha 2388). Além disso, notas de imprensa do Diário *La Nación* de 15 de outubro de 1995, intituladas “*Nació Esteban*” e “*Esteban, alianza fecunda*” (expediente de mérito, tomo I, folha 587.40).

79. Cf. Declaração da declarante a título informativo Ribas: “Na Costa Rica a fertilização *in vitro* foi iniciada por nosso grupo em setembro de 1994. [...] Nossos resultados correspondentes aos anos de 1994 a 1996 foram publicados na Ata Médica Costarriquenha [...]. Como éramos o único centro no país, decidimos submeter nossos esforços ao escrutínio da Rede Latino-Americana de Reprodução Assistida, da qual fomos membros desde sua criação até a decisão correspondente à proibição da técnica” (expediente de mérito, tomo V, folhas 2242 e 2248).

80. O declarante a título informativo Escalante informou que “[e]ntre os meses de setembro de [19]94 e março de 2000, foram tratados 121 casais aos quais foram realizados 149 ciclos de Fertilização *in vitro* completos[, os quais c]hegaram ao final da gravidez e nasceram 15 neonatos” (expediente de mérito, tomo V, folha 2392).

81. O artigo 75 estipula que “[p]ara interpor a ação de inconstitucionalidade é necessário que exista um assunto pendente de resolver perante os tribunais, inclusive de *habeas corpus* ou de amparo, ou no procedimento para esgotar a via administrativa, em que seja invocada essa inconstitucionalidade como meio razoável de amparar o direito ou interesse que é considerado lesado. Não será necessário o caso prévio pendente de resolução quando pela natureza do assunto não exista lesão individual e direta, ou se trate da defesa de interesses difusos ou que concernem à coletividade em seu conjunto”.

82. Ação de inconstitucionalidade apresentada em 7 de abril de 1995 (expediente de anexos à contestação, tomo VII, folhas 10455, 10456, 10458, 10464, 10465 e 10466).

83. Sentença n° 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente n° 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folhas 76 a 96).

84. Sentença n° 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente n° 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folhas 95).

73. Por outro lado, ao considerar que era aplicável o artigo 4.1 da Convenção Americana, a Sala Constitucional afirmou o seguinte:

A pergunta, ‘quando começa a vida humana?’ tem importância transcendental no assunto que aqui é discutido, pois deve se definir desde quando o ser humano é sujeito de proteção jurídica em nosso ordenamento. Existem divergências entre os especialistas. Alguns consideram que os embriões humanos são entidades que se encontram em um estado de desenvolvimento no qual não possuem mais que um simples potencial de vida. [...] Afirmando que, antes da fixação do pré-embrião este se compõe de células não diferentes, e que essa diferença celular não acontece senão depois de que se fixou na parede uterina e depois do aparecimento da linha primitiva—primeiro esboço do sistema nervoso—; a partir desse momento se formam os sistemas de órgãos e os órgãos. [...] Ao contrário, outros afirmam que todo ser humano tem um começo único que se produz no mesmo momento da fecundação. Definem o embrião como a forma original do ser ou a forma mais jovem de um ser e opinam que não existe o termo pré-embrião, pois antes do embrião, no estágio precedente, há um espermatozoide e um óvulo. Quando o espermatozoide fecunda o óvulo essa entidade se converte em um zigoto e, portanto, em um embrião. A mais importante característica desta célula é que tudo o que será permitido evoluir para o indivíduo já se encontra em seu lugar; toda a informação necessária e suficiente para definir as características de um novo ser humano aparecem reunidas no encontro dos vinte e três cromossomos do espermatozoide e dos vinte e três cromossomos do ovócito. [...] Ao descrever a segmentação das células que se produz imediatamente depois da fecundação, indica-se que no estágio de três células existe um minúsculo ser humano e a partir dessa fase todo indivíduo é único, rigorosamente diferente de qualquer outro. Em resumo, uma vez que foi concebida, uma pessoa é uma pessoa e estamos diante de um ser vivo, com direito a ser protegido pelo ordenamento jurídico.<sup>85</sup> (Sem grifo no original)

74. Além disso, a Sala Constitucional determinou que as práticas de FIV “atentam claramente contra a vida e a dignidade do ser humano”.<sup>86</sup> Para sua fundamentação, a Sala Constitucional afirmou que: i) “[o] ser humano é titular de um direito a não ser privado de sua vida nem a sofrer ataques ilegítimos por parte do Estado ou de particulares, mas não somente isso: o poder público e a sociedade civil devem ajudá-lo a se defender dos perigos para sua vida”; ii) “uma vez que foi concebida, uma pessoa é uma pessoa e estamos diante de um ser vivo, com direito a ser protegido pelo ordenamento jurídico”, e iii) “como o direito [à vida] se declara a favor de todos, sem exceção, deve-se proteger tanto no ser já nascido como no por nascer”.<sup>87</sup>

75. Por outro lado, a Sala Constitucional manifestou que “[a] normativa internacional [...] estabelece princípios de orientação sólidos em relação ao tema da vida humana”,<sup>88</sup> para o que citou o artigo I da Declaração Americana, o artigo 3 da Declaração Universal dos Direitos Humanos, o artigo 6 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos e o artigo 4 da Convenção Americana. Em relação ao artigo 4 da Convenção, a Sala considerou que “[e]ste instrumento internacional dá um passo decisivo, pois tutela o direito [à vida] a partir do momento da concepção[, ademais] proíbe contundentemente impor a pena de morte a uma mulher em estado de gravidez, o que constitui uma proteção direta e, portanto, um reconhecimento pleno da personalidade jurídica e real do não nascido e de seus direitos”.<sup>89</sup> Além disso, a Sala fez referência ao artigo 6 da Convenção sobre os Direitos da Criança. Sobre este ponto, a Sala concluiu que “[a]s normas citadas impõem a obrigação de proteger o embrião contra os abusos a que pode ser submetido em um laboratório e, em especial, do mais grave deles, aquele capaz de eliminar a existência”.<sup>90</sup>

76. Finalmente, a Sala concluiu:

O embrião humano é pessoa desde o momento da concepção, de modo que não pode ser tratado como objeto, para fins de pesquisa, ser submetido a processos de seleção, conservado em congelamento, e o que é fundamental para a Sala, não é legítimo constitucionalmente que seja exposto a um risco desproporcional de morte. [...] A objeção principal da sala é que a aplicação da técnica significa uma elevada perda de embriões, que não se pode justificar no fato de que o seu objetivo é conseguir um

85. Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folhas 88 e 89).

86. Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 94).

87. Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folhas 88, 90).

88. Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 90).

89. Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 91).

90. Sentença nº 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente nº 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 92).

ser humano, dotar de um filho um casal que de outra forma não poderia tê-lo. O essencial é que os embriões, cuja vida se procura primeiro e depois se frustra, são seres humanos e o ordenamento constitucional não admite nenhuma distinção entre eles. Não é válido tampouco o argumento de que em circunstâncias naturais também há embriões que não chegam a se implantar ou que, ainda que consigam a implantação, não chegam a se desenvolver até o nascimento, simplesmente pelo fato de que a aplicação da [FIV] implica uma manipulação consciente, voluntária das células reprodutoras femininas e masculinas com o objetivo de procurar uma nova vida humana, na qual se propicia uma situação em que, de antemão, sabe-se que a vida humana, em uma porcentagem considerável dos casos, não tem possibilidade de continuar. Segundo a Sala pôde constatar, a aplicação da Técnica de Fecundação *in Vitro* e Transferência Embrionária, na forma em que se desenvolve na atualidade, atenta contra a vida humana. Este Tribunal sabe que os avanços da ciência e da biotecnologia são tão vertiginosos que a técnica poderia chegar a ser melhorada de tal maneira que os reparos indicados aqui desapareçam. Entretanto, as condições nas quais se aplica atualmente levam a concluir que qualquer eliminação ou destruição de concebidos – voluntária ou derivada da imperícia de quem executa a técnica ou da inexatidão desta – viola seu direito à vida, visto que a técnica não é conforme com o Direito da Constituição e, por isso, o regulamento questionado é inconstitucional por infração ao artigo 21 da Constituição Política e 4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Em razão de que a técnica, considerada em si mesma, contravém o direito à vida, deve-se deixar constância expressa de que, nem sequer por norma de ordem legal é possível autorizar legitimamente sua aplicação, ao menos, insiste-se, enquanto seu desenvolvimento científico permaneça no atual estado e signifique o dano consciente de vidas humanas.<sup>91</sup> (Sem grifo no original).

77. Os magistrados Arguedas Ramírez e Calzada Miranda apresentaram conjuntamente seu voto dissidente à sentença.<sup>92</sup> Neste voto, os magistrados consideraram que a FIV “não é incompatível com o direito à vida nem com a dignidade humana mas, ao contrário, constitui um instrumento que a ciência e a técnica concederam ao ser humano para favorecê-la, já que a infertilidade [...] deve ser vista como a consequência de um estado genuíno de enfermidade”.<sup>93</sup> Igualmente, manifestaram que as “[t]écnicas de [r]eprodução [a]ssistida [...] são oferecidas como um meio para exercer o legítimo exercício do direito à reprodução humana, o qual, ainda que não esteja expressamente reconhecido [na] Constituição Política, deriva-se do direito à liberdade e à autodeterminação, os direitos à intimidade pessoal e familiar e à liberdade para fundar uma família”.<sup>94</sup>

#### D) Recursos interpostos por Ileana Henchoz e Karen Espinoza

78. Em 30 de maio de 2008, a senhora Henchoz interpôs uma ação de inconstitucionalidade contra a sentença da Sala Constitucional de 15 de março de 2000, a qual foi rejeitada categoricamente.<sup>95</sup> Nesta decisão, a Sala considerou que sua jurisprudência é vinculante “*erga omnes*, salvo para si mesma, de maneira que o critério vertido nel[a] pode ser modificad[o] quando existam motivos para isso ou razões de ordem pública”.<sup>96</sup>
79. Posteriormente, a senhora Henchoz interpôs uma demanda judicial contra a Caixa Costarricense de Previdência Social, com a finalidade de que lhe fosse permitido realizar a FIV. A Caixa alegou a impossibilidade de realizar este procedimento em razão da Sentença de 15 de março de 2000.<sup>97</sup> Por meio da sentença de 14 de outubro de 2008, o Tribunal Superior Contencioso e Civil de Fazenda concluiu que a FIV como mecanismo de reprodução assistida, não estava proibida na Costa Rica enquanto não incorresse nos vícios indicados pela Sala Constitucional, “em especial porque o desenvolvimento atual deste procedimento médico possibilita, em um ciclo reprodutivo feminino, a fecundação de um só óvulo para sua posterior transferência ao útero da mãe”.<sup>98</sup>

91. Sentença n° 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente n° 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folhas 94 e 95).

92. Voto Dissidente de 15 de março de 2000 dos magistrados Arguedas Ramírez e Calzada Miranda (expediente de anexos à contestação, tomo IX, folhas 10994 a 10996).

93. Voto Dissidente de 15 de março de 2000 dos magistrados Arguedas Ramírez e Calzada Miranda (expediente de anexos à contestação, tomo IX, folhas 10994).

94. Voto Dissidente de 15 de março de 2000 dos magistrados Arguedas Ramírez e Calzada Miranda (expediente de anexos à contestação, tomo IX, folhas 10994).

95. Cf. Decisão n° 2008009578. Ação de inconstitucionalidade promovida por Ileana Henchoz Bolaños de 11 de junho de 2008 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, anexo XXVIII, folhas 5842).

96. Sentença da Sala Constitucional 2005-10602, 16 de agosto de 2005 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, anexo XXVIII, folhas 5842).

97. Sentença n° 835-2008, proferida pela Quinta Câmara do Tribunal Contencioso Administrativo e Civil de Fazenda no Processo de Conhecimento interposto por Ileana Henchoz Bolaños contra a Caixa Costarricense de Previdência Social, Expediente n° 08-00178-1027-CA de 14 de outubro de 2008 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVIII, folhas 5845 a 5872).

98. Sentença n° 835-2008, proferida pela Quinta Câmara do Tribunal Contencioso Administrativo e Civil de Fazenda no Processo de Conhecimento interposto por Ileana Henchoz Bolaños contra a Caixa Costarricense de Previdência Social, Expediente n° 08-00178-1027-CA de 14 de outubro de 2008 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, anexo XXVIII, folha 5859).

80. O Tribunal Superior Contencioso e Civil de Fazenda ordenou à Caixa Costarriquenha de Previdência Social elaborar um diagnóstico e realizar os exames médicos correspondentes a fim de determinar a viabilidade para realizar os métodos de reprodução assistida, incluindo a FIV, na senhora Henchoz.<sup>99</sup> Além disso, afirmou que este procedimento seria realizado respeitando as diretrizes proferidas pela Sala Constitucional, a partir do desenvolvimento atual da técnica, “de maneira que não e[ra] válida a fecundação de mais de um óvulo por ciclo reprodutivo da paciente para sua transferência, nem e[ra] possível a fecundação de dois ou mais óvulos nesse mesmo ciclo reprodutivo e, muito menos, a seleção de um embrião dentre vários, sua destruição, descarte, congelamento ou experimentação em relação a algum deles”.<sup>100</sup>
81. A Caixa Costarriquenha de Previdência Social apelou da sentença proferida pelo Tribunal Superior e, em 7 de maio de 2009, os magistrados da Primeira Sala da Corte Suprema de Justiça anularam esta decisão e declararam improcedente a demanda.<sup>101</sup> A Primeira Sala afirmou que “ficou demonstrado [...] que a técnica da fertilização *in vitro* seria contra-indicada para a demandante em razão de sua idade, pois aos 48 anos já perdeu sua capacidade reprodutiva com seus próprios óvulos, o que torna extraordinariamente improvável e remota uma gravidez de maneira assistida”, somada ao fato de que a demandante, “depois da sentença impugnada, manifestou através de distintos meios de comunicação coletiva que não se submeteria à técnica da fertilização *in vitro* em razão de sua idade”.<sup>102</sup>
82. Por outro lado, em 6 de janeiro de 2005, a Defensoria dos Habitantes emitiu o ofício n° 00117-2005-DHR, motivado por uma denúncia interposta pela senhora Espinoza, no qual afirmou que, depois de haver comparecido a um Hospital parte da Caixa Costarriquenha de Previdência Social, este lhe haveria negado a possibilidade de um tratamento de fertilidade argumentando a ausência de programas para tais efeitos<sup>103</sup> e não lhe haveria sido entregue um medicamento denominado “menotropina”, o qual havia sido dado em outras oportunidades à paciente.<sup>104</sup> No mencionado ofício, a Defensoria emitiu uma série de recomendações, a saber:

[o estabelecimento de] um programa especial para o tratamento da infertilidade e esterilidade de todos os casais e mulheres que vivam esta situação, que desejem exercer seu direito de maternidade e paternidade e não tenham os recursos econômicos para optar por um serviço, atendimento e tratamentos médicos privados.<sup>105</sup>

83. Além disso, a Defensoria recomendou a melhora da prestação do serviço e atendimento médico naqueles campos nos quais se requer um tratamento e acompanhamento médico como é o caso da infertilidade e, finalmente, o estabelecimento de diretrizes claras em matéria de medicamentos sanitários.<sup>106</sup>

### E) Projetos de lei

84. A Corte observa que, no contexto de uma tentativa de cumprir as recomendações efetuadas pela Comissão Interamericana (par. 1 *supra*), no ano de 2010 foi apresentado um projeto de lei na Assembleia Legislativa para regulamentar a FIV.<sup>107</sup> Entre outros elementos, o projeto partia da proteção de todos os direitos da pessoa humana a partir da fecundação<sup>108</sup> e estabelecia que a FIV podia ser realizada “com a condição de que todos os óvulos

99. Sentença n° 835-2008, proferida pela Quinta Câmara do Tribunal Contencioso Administrativo e Civil de Fazenda no Processo de Conhecimento interposto por Ileana Henchoz Bolaños contra a Caixa Costarriquenha de Previdência Social, Expediente n° 08-00178-1027-CA de 14 de outubro de 2008 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, anexo XXVIII, folha 5871).

100. Sentença n° 835-2008, proferida pela Quinta Câmara do Tribunal Contencioso Administrativo e Civil de Fazenda no Processo de Conhecimento interposto por Ileana Henchoz Bolaños contra a Caixa Costarriquenha de Previdência Social, Expediente n° 08-00178-1027-CA de 14 de outubro de 2008 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, anexo XXVIII, folha 5872).

101. Primeira Sala da Corte Suprema de Justiça, sentença de 7 de maio de 2009, Exp. 08-000178-1027-CA, Res. 000465-F-S1-2009 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVIII, folhas 5873 a 5879).

102. Primeira Sala da Corte Suprema de Justiça, sentença de 7 de maio de 2009, Exp. 08-000178-1027-CA, Res. 000465-F-S1-2009, enviada pelo Estado por meio da comunicação de 22 de janeiro de 2010 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo V, anexo XXVIII, folhas 5873 a 5879).

103. Cf. Ofício n° 00117-2005-DHR da Defensoria dos Habitantes de 6 de janeiro de 2005 (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XV, folhas 5556 a 5562).

104. Cf. Receita do medicamento “Menotropina” (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XV, folha 5520).

105. Cf. Ofício n° 00117-2005-DHR da Defensoria dos Habitantes de 6 de janeiro de 2005 (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XV, folha 5561).

106. Cf. Ofício n° 00117-2005-DHR da Defensoria dos Habitantes de 6 de janeiro de 2005 (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XV, folha 5561).

107. Cf. Projeto de Lei sobre Fecundação In Vitro e Transferência Embrionária, Expediente 17.900, 22 de outubro de 2010 (expediente de anexos à contestação, tomo IX, folhas 11055 a 11068).

108. Cf. artigo 6 do Projeto de Lei sobre Fecundação In Vitro e Transferência Embrionária, Expediente 17.900, 22 de outubro de 2010 (expediente de anexos à contestação, tomo IX, folhas 11055 a 11068).

fertilizados em um ciclo de tratamento sejam transferidos à mesma mulher que os produziu”.<sup>109</sup> Igualmente, era proibida “a redução ou destruição de embriões”.<sup>110</sup> Além disso, o projeto de lei previa que “[q]uem, na aplicação da técnica da [FIV], destrua ou reduza, ou de qualquer modo mate um ou mais embriões humanos, será punido com prisão de um a seis anos”.<sup>111</sup> A Corte observa que o projeto de lei não foi aprovado.<sup>112</sup> Por sua vez, a Organização Pan-Americana da Saúde (OPS) se pronunciou de forma crítica contra o projeto e ressaltou os “riscos de gravidezes múltiplas que podem ocorrer quando todos os óvulos fertilizados em um ciclo de tratamento são transferidos à mesma mulher que os produz, o que, por sua vez, incrementa o risco do aborto espontâneo, complicações obstétricas, nascimentos prematuros e morbidade neonatal”.<sup>113</sup> A OPS afirmou que “[t]ransferir a uma mulher todos os embriões produzidos em cada ciclo de um tratamento de [FIV], inclusive aqueles embriões que têm defeitos, pode colocar em perigo o direito à vida da mulher e inclusive ocasionar a realização de um aborto terapêutico, o que por sua vez afeta negativamente o gozo do direito à saúde e de outros direitos humanos relacionados que foram reconhecidos pelos Estados da OPS”.<sup>114</sup>

## F) Situação particular das supostas vítimas

### F.1) *Grettel Artavia Murillo e Miguel Mejías Carballo*

85. A senhora Grettel Artavia Murillo casou-se com o senhor Miguel Mejías Carballo em 13 de dezembro de 1993.<sup>115</sup> À raiz de um acidente de trabalho ocorrido em 1985, o senhor Mejías ficou paraplégico permanentemente com 19 anos de idade,<sup>116</sup> razão pela qual decidiram buscar ajuda médica.
86. A médica responsável diagnosticou a impossibilidade de o casal para procriar naturalmente, visto que era impossível chegar a uma gravidez sem assistência médica. Tendo em consideração o anterior, foram realizadas oito inseminações artificiais.<sup>117</sup> Para custear os gastos das inseminações, o casal solicitou créditos fiduciários e hipotecários e hipotecou sua casa, além de vender alguns de seus pertences.<sup>118</sup> Entretanto, as inseminações artificiais não deram resultado.<sup>119</sup>
87. Em fevereiro de 2000, a médica responsável informou ao casal que a última alternativa a seguir no tratamento contra a infertilidade seria realizar uma FIV. Um mês depois, em 15 de março de 2000, a Sala Constitucional da Costa Rica proferiu a sentença que proibiu a prática no país.<sup>120</sup> O casal não tinha os recursos econômicos para viajar ao exterior para realizar o tratamento.<sup>121</sup>

109. Cf. artigo 8 do Projeto de Lei sobre Fecundação In Vitro e Transferência Embrionária, Expediente 17.900, 22 de outubro de 2010 (expediente de anexos à contestação, tomo IX, folha 11064).

110. Cf. artigo 8 do Projeto de Lei sobre Fecundação In Vitro e Transferência Embrionária, Expediente 17.900, 22 de outubro de 2010 (expediente de anexos à contestação, tomo IX, folha 11064).

111. Cf. artigo 19 do Projeto de Lei sobre Fecundação In Vitro e Transferência Embrionária, Expediente 17.900, 22 de outubro de 2010 (expediente de anexos à contestação, tomo IX, folha 11067).

112. Cf. Contestação da demanda pelo Estado (expediente de contestação, tomo III, folha 1007).

113. Organização Pan-Americana da Saúde, Opinião técnica da Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde (OPS/OMS) em relação ao conteúdo do Projeto de Lei da Costa Rica sobre Fecundação In Vitro e Transferência Embrionária no contexto do direito humano à saúde (expediente de anexos ao relatório, tomo II, folha 835).

114. Organização Pan-Americana da Saúde, Opinião técnica da Organização Pan-Americana da Saúde/Organização Mundial da Saúde (OPS/OMS) em relação ao conteúdo do Projeto de Lei da Costa Rica sobre Fecundação In Vitro e Transferência Embrionária no contexto do direito humano à saúde, folha 835.

115. Cf. Certidão do Registro Civil de 14 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo I, folha 4074).

116. O senhor Mejías afirmou que “um aterro desmoronou ao lado da construção e [o] enterrou, e quando conseguiram tirá[-lo] [ele] já tinha uma paraplegia completa a nível de 10 de 12 e lhe indicaram que já não podia voltar a andar, em razão de que havia sofrido uma lesão medular”. Declaração do senhor Miguel Mejías Carballo prestada na audiência pública realizada no presente caso.

117. Escrito da senhora Artavia e do senhor Mejías de 19 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4075).

118. A esse respeito, a senhora Artavia afirmou que “para custear os gastos [seu] ex-esposo nesse momento teve que proceder a créditos fiduciários e hipotecários, os quais à data não pôde quitar em sua totalidade”. Escrito da senhora Artavia e do senhor Mejías de 19 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4075). Além disso, o senhor Mejías declarou que “já havia hipotecado [sua] casa, gastado todas as poupanças que [ele] tinha para poder [eles] realizar a fertilização in vitro na Costa Rica”. Declaração do senhor Miguel Mejías Carballo prestada em audiência pública realizada no presente caso.

119. Escrito da senhora Artavia e do senhor Mejías de 19 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4075). Igualmente, o senhor Mejías afirmou que fizeram todas as inseminações, mas “não resultou porque [a esposa] tinha um problema de útero”. Declaração do senhor Miguel Mejías Carballo prestada em audiência pública realizada no presente caso.

120. O senhor Mejías declarou que quando sua esposa foi operada para resolver o problema que tinha no útero, e quando já “estava bem para ser feita uma técnica de fertilização *In Vitro*, e [eles] felizes e contentes, foi quando os proibiram, e até o momento não pud[eram]”. Declaração do senhor Miguel Mejías Carballo prestada em audiência pública realizada no presente caso.

121. Sobre este ponto, a senhora Artavia afirmou que desde o momento da sentença que proibiu a prática da FIV eles vinham desesperados e com frustrações “associados à impossibilidade de ir ao exterior para realizar [...] o tratamento por falta de dinheiro”. Escrito da senhora Artavia e do senhor Mejías de 19 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4076). Declaração do senhor Miguel Mejías Carballo prestada em audiência pública realizada no presente caso.

88. Em 10 de março de 2011, o casal se divorciou, sendo umas das razões a impossibilidade de terem filhos biológicos.<sup>122</sup>

*F.2) Ileana Henchoz Bolaños e Miguel Yamuni Zeledón*

89. Os senhores Miguel Antonio Yamuni Zeledón e Ileana Henchoz Bolaños se casaram em 22 de fevereiro de 1992.<sup>123</sup> Dentro de seu núcleo familiar estava a filha do primeiro casamento da senhora Henchoz.<sup>124</sup>

90. Em 1994 decidiram ter filhos. A partir de 1994, o casal realizou 16 inseminações artificiais sem resultados.<sup>125</sup> Depois de realizar outras três inseminações artificiais com outro médico e de realizar outros exames, em 1999 foi diagnosticado que a única maneira através da qual poderiam ter filhos seria a FIV.<sup>126</sup> Para isso, o casal realizou uma série de exames de laboratório.<sup>127</sup> Depois disso, o médico responsável manifestou que “exist[ia] um fator masculino subótimo e realizou um ciclo de inseminação intrauterina com capacitação espermática sem resultados”.<sup>128</sup>

91. No ano de 1999 foram realizados vários procedimentos e exames médicos na senhora Henchoz, como, por exemplo, uma miomectomia, na qual foi removido um fibroma.<sup>129</sup> O médico responsável afirmou que “no mês de novembro daquele ano foi insemin[ada] novamente sem resultados”.<sup>130</sup> Em 7 de janeiro de 2000, foram receitados medicamentos à senhora Henchoz para estímulo ovariano.<sup>131</sup> Em 15 de fevereiro, a senhora Henchoz realizou dois exames de laboratório relativos a hormônios e uma ultrassonografia.<sup>132</sup>

92. Em 10 março de 2000, foi proferida a sentença da Sala Constitucional, razão pela qual o casal decidiu viajar à Espanha para continuar o tratamento.<sup>133</sup> Como passos prévios para a viagem, em abril daquele ano foram realizados vários exames médicos e receitados medicamentos.<sup>134</sup>

93. Entre os dias 18 e 28 de abril, o casal esteve na Espanha.<sup>135</sup> Em 21 de abril de 2000, foram feitos os trâmites

122. Escrito da senhora Artavia e do senhor Mejías de 19 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4077) e Certidão de divórcio de 10 de março de 2011 (expediente de anexos do Estado, tomo VIII, folhas 10269 a 10285).

123. Cf. Certidão do Registro Civil de 6 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXIX, folha 5902).

124. Declaração da senhora Ileana Henchoz Bolaños prestada na audiência pública realizada no presente caso.

125. Nesse sentido, a senhora Henchoz Bolaños afirmou que “uma doutora [lhes] recomendou que [lhes] fizesse[m] inseminações artificiais, [lhes] fiz[eram] aproximadamente 15, 16 inseminações artificiais, não v[iram] resultados tampouco, isso foi muito difícil porque foi muito tempo também”. Declaração da senhora Ileana Henchoz Bolaños prestada em audiência pública realizada no presente caso.

126. Declaração juramentada da senhora Ileana Henchoz Bolaños de 13 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXIX, folha 5885) e declaração juramentada do senhor Miguel Antonio Yamuni Zeledón de 13 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXIX, folha 5881).

127. Cf. Certidões do Laboratório Clínico “La California” de hematologia, resultado de urina, “anticorpos anti-espermatozoides”, histerossalpingografia, ultrassonografia transvaginal de junho de 1999 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5700 a 5703).

128. Declaração escrita de Gerardo Escalante López de 29 de agosto de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5827).

129. Cf. Certidão do Centro Médico de Diagnóstico “La California” de ultrassonografia vaginal e transvaginal de agosto e novembro de 1999 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5708, 5730 a 5733); certidões do Laboratório Clínico “La California” de exames de hormônios de 23 e 25 de novembro de 1999 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5738–5739 e 5742), e certidão em relação à miomectomia de 9 de setembro de 1999 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5789 e 5790).

130. Cf. Declaração escrita de Gerardo Escalante López de 29 de agosto de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5827).

131. Cf. Receita do Dr. Escalante para a senhora Henchoz Bolaños dos cinco medicamentos para estímulo ovariano de 1º de janeiro de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5744 e 5745).

132. Cf. Certidões do Laboratório Clínico “La California” de ultrassonografia transvaginal e de exames de hormônios de 15 de fevereiro de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5748 a 5750).

133. Declaração juramentada do senhor Miguel Antonio Yamuni Zeledón de 13 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXIX, folha 5881). Igualmente, a senhora Henchoz Bolaños afirmou que dado que a única maneira em que podiam ter filhos era por meio da FIV, “a única forma era saindo do país, pois a Costa Rica acabava de proibi-lo. O direito a ter filhos [lhes] foi retirado no ano 2000”. Declaração juramentada da senhora Ileana Henchoz Bolaños de 13 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXIX, folha 5885).

134. Cf. Certidão do Laboratório Clínico “La California” de exames de hormônios e ultrassonografia transvaginal de abril de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5753, 5756 a 5762), e receita do estimulante de hormônios do médico responsável de 10 de abril de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5754).

135. Cf. Certidão do Ministério de Governo e Polícia de Miguel Antonio Yamuni Zeledón e Ileana Henchoz Bolaños de saída em 17 de abril de 2000 e de entrada em 28 de abril de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5764 e 5767); nota do pagamento do Hotel “Renasa” em Valência de 24 de abril 2000, e Nota da FIV do Instituto Valenciano de Infertilidade (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5781).



e exames de laboratório necessários.<sup>136</sup> Em 23 de abril seguinte, implantaram dois embriões<sup>137</sup> na senhora Henchoz. O custo do tratamento na Espanha foi de 463.000 pesetas.<sup>138</sup>

94. Nos dias 2, 5, 8, 15 e 16 de maio de 2000, foram realizados sete exames de comportamento de hormônios para dar acompanhamento à gravidez da senhora Henchoz.<sup>139</sup> O médico afirmou que “foi realizado um processo de FIV no Instituto Valenciano de Infertilidade, em Valência, Espanha [e que s]e consegu[iu] gravidez bioquímica que se desvane[ceu] em alguns dias. Aborto bioquímico”.<sup>140</sup>
95. O casal decidiu viajar à Colômbia, de maneira que para esta primeira fase da FIV na senhora Henchoz foram realizados exames médicos.<sup>141</sup> O senhor Yamuni e a senhora Henchoz viajaram à Colômbia no dia 25 de novembro de 2000.<sup>142</sup> A FIV na Colômbia foi realizada entre 25 de novembro e 3 de dezembro de 2000.<sup>143</sup> Nos dias 5, 13, 14 e 22 de dezembro de 2000 foram realizados cinco exames de comportamento de hormônios na senhora Henchoz, para dar acompanhamento à possível gravidez,<sup>144</sup> e nos dias 19 e 27 do mesmo mês e ano, duas ultrassonografias.<sup>145</sup> Esta nova tentativa não alcançou resultados.<sup>146</sup> Em 27 de abril de 2001, um relatório de citogenética da seção de genética humana indicou que houve duas perdas.<sup>147</sup>

### F.3) Oriéster Rojas e Julieta González

96. O senhor Oriéster Rojas e a senhora Julieta González se casaram em 20 de julho de 1996.<sup>148</sup> Depois de transcorridos alguns meses e diante da falta de uma gravidez da senhora González, o senhor Rojas iniciou um tratamento com a Caixa Costarriquenha de Previdência Social. Entre 1997 e 1999, o senhor Rojas realizou um procedimento cirúrgico e vários exames médicos.<sup>149</sup>
97. Em 6 de fevereiro de 2001 foi iniciada a primeira fase de preparação da FIV na senhora González, razão pela qual foram emitidas duas receitas médicas, nas quais lhe foram prescritos os medicamentos conhecidos como puregon e lupron,<sup>150</sup> para poder realizar a FIV no Panamá. Em 3, 5, 9 e 12 de março de 2001, a senhora González começou o ciclo de indução à ovulação, um dos passos prévios para posteriormente ir ao Panamá para a realização da FIV.<sup>151</sup>
98. Entre 13 e 20 de março de 2001, o senhor Rojas e a senhora González estiveram no Panamá com o propósito de

136. Cf. Certidões de trâmites e exames de laboratório de 21 de abril de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5775 e 5776).

137. Cf. Certidão da transferência embrionária (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5773).

138. Cf. Nota do tratamento de 28 de abril de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5781).

139. Cf. Certidões do Laboratório Clínico “La California” de exames de hormônios de 2, 5, 8 e 15 de maio de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5782 a 5787).

140. Cf. Declaração escrita de Gerardo Escalante López de 29 de agosto de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5827).

141. Cf. Certidões do Laboratório Clínico “La California” de ultrassonografias transvaginais de 13, 20 e 23 de novembro de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5791 a 5794 e 5799 a 5802). Certidão do Laboratório Clínico “La California” de exame de hormônios de 15 de novembro de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5792).

142. Cf. Certidão do Ministério de Governo e Polícia de Miguel Antonio Yamuni Zeledón e Ileana Henchoz Bolaños de saída em 25 de novembro de 2000 e de entrada em 2 de dezembro de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5764 e 5767).

143. Cf. Certidão da FIV do Laboratório “Conceptum” de Bogotá, Colômbia de dezembro de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5804).

144. Cf. Certidões do Laboratório Clínico “La California” de exames de hormônios de 5, 13, 14 e 22 de dezembro de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5805 a 5807 e 5810).

145. Cf. Certidões do Laboratório Clínico “La California” de ultrassonografias transvaginais de 19 de dezembro de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folhas 5808-5809 e 5813-5814).

146. Declaração escrita de Gerardo Escalante López de 29 de agosto de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5827). Igualmente, a senhora Henchoz Bolaños afirmou que “fo[ram] à Colômbia, foi a mesma angústia, o mesmo não repouso, a mesma caixinha de cristal no avião. Volt[aram] aqui e, bem, não se originou um bebê”. Declaração da senhora Ileana Henchoz Bolaños prestada em audiência pública realizada no presente caso.

147. Cf. Relatório de resultados do laboratório de citogenética, seção de genética humana, INISA, Universidade da Costa Rica de 27 de abril de 2000 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXIX, folhas 5817 e 5818).

148. Cf. Certidão de casamento de Oriéster Rojas e Julieta Gonzalez (expediente de anexos à contestação, tomo VIII, folha 10247).

149. Cf. Prontuário médico do senhor Oriéster Rojas no Hospital México da Caixa Costarriquenha de Previdência Social, exames médicos, relatórios, registros médicos e receitas de agosto, outubro e dezembro de 1997, maio e julho de 1999 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folhas 4224 a 4234 4256, 4257 e 4258).

150. Cf. Prontuário médico da senhora Julieta González Rojas no Hospital México da Caixa Costarriquenha de Previdência Social (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folhas 4263-4264).

151. Cf. Prontuário médico da senhora Julieta González, Exames médicos e ultrassonografias de 3, 5, 9 e 12 de março de 2001 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folhas 4270 a 4281).

realizar um procedimento de FIV.<sup>152</sup> Foi realizado o procedimento da FIV com microinjeção espermática (ICSI) em razão do fator masculino severo.<sup>153</sup> Depois deste procedimento, foram receitados medicamentos.<sup>154</sup>

99. Depois de seu regresso do Panamá, a senhora González foi submetida novamente a provas de hormônios, por meio das quais se determinou que não havia gravidez.<sup>155</sup>

100. Em 23 de janeiro de 2002, a senhora González e o senhor Rojas promoveram um processo de adoção direta,<sup>156</sup> o qual foi autorizado.<sup>157</sup>

#### *F.4) Víktor Sanabria León e Claudia Carro Maklouf*

101. A senhora Claudia Carro Maklouf e o senhor Víktor Sanabria se casaram no dia 16 de abril de 1999. A senhora Carro tinha três filhos de seu primeiro casamento, enquanto o senhor Sanabria não tinha filhos de seu primeiro casamento.<sup>158</sup> Antes do casamento, o casal havia comparecido a consultas médicas e, em 21 de setembro de 1998, foi diagnosticado no senhor Sanabria “hipomotilidade espermática” e “viscosidade seminal aumentada”,<sup>159</sup> associadas a infertilidade masculina, patologia que se não fosse corrigida condicionava uma muito baixa porcentagem de conseguir uma gravidez natural.<sup>160</sup>

102. Por sua vez, na senhora Carro, depois de uma série de análises médicas, entre elas uma histerossalpingografia, foi diagnosticada uma lesão tubária, razão pela qual foi recomendado realizar uma FIV.<sup>161</sup> Em outubro do ano de 1998, foi operada com a finalidade de reparar a lesão tubária. Em dezembro de 1999, a senhora Carro foi submetida a uma primeira tentativa de FIV, a qual não teve resultados positivos. No início do ano de 2000, a senhora Carro voltou a ser intervinda cirurgicamente.<sup>162</sup>

103. À raiz da sentença da Sala Constitucional, o casal recorreu a realizar a FIV na Espanha, no Instituto Valenciano de Infertilidade (doravante denominado “IVI”), em Madri.<sup>163</sup>

104. O casal viajou à Espanha em outubro de 2001.<sup>164</sup> Em 22 de outubro de 2001, o IVI emitiu uma fatura de 413.000 pesetas espanholas, a título de “atuações profissionais ao paciente”.<sup>165</sup> A FIV realizada na Espanha não foi exitosa, visto que não houve gravidez.<sup>166</sup>

105. Em 10 de dezembro de 2002, o casal iniciou um processo de adoção e lhes foi entregue em custódia temporária

152. Cf. Recibos de pagamento do Hotel Roma de 13, 14, 15 e 16 de março de 2001 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folhas 4283-4285).

153. Cf. Certidão do médico responsável segundo a qual “foi realizado [na senhora Julieta González] o ICSI no Panamá, onde teve de permanecer por três dias antes de retornar ao país.” Certidão de 8 junho de 2001 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folha 4300).

154. Receitas emitidas pelo médico responsável (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folhas 4286; 4289; 4290); receitas emitidas na Clínica Hospital San Fernando (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folhas 4288 e 4290), e recibos de pagamento em diversas drogarias, março de 2001 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folha 4287, 4293).

155. Cf. Prontuário médico da senhora Julieta González, exame médico de 30 de março de 2001 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folha 4299).

156. Cf. Expediente de adoção do senhor Oriester Rojas e da senhora Julieta González, Notificação de início do processo de adoção (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folhas 4302).

157. Cf. Sentença n° 318, Expediente n° 02-000029-0673-FA-3 autorizando a adoção (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folhas 4498 a 4501).

158. Cf. Declaração juramentada de Claudia María Carro Maklouf “História de vida”.

159. Cf. Registro médico de Gerardo Escalante López de 12 de Agosto de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folha 4700).

160. Cf. Registro de Gerardo Escalante López de 14 de Novembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folha 4702).

161. Cf. Registro do Doutor Gerardo Escalante López de 29 de Agosto de 2011: “[...] com história de infertilidade por impermeabilidade tubária bilateral posterior a duas operações cesáreas efetuadas em seu primeiro casamento” (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4119).

162. Cf. Registro médico do Doutor Gerardo Escalante López de 29 de Agosto de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4119).

163. Para isso devia receber diariamente doses de LUPRON por via subcutânea. Cf. Registro médico do Doutor Gerardo Escalante López de 1° de outubro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folha 4688).

164. Cf. Comprovante de compra de passagem de avião de 20 de setembro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folha 4695).

165. Cf. Fatura de 413.000 pesetas espanholas emitida pelo IVI na data de 22 de outubro de 2001 em nome de Carro Maklouf, Claudia (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, folha 4690).

166. Cf. Perícia psiquiátrica: “[L]he implantam dois embriões e o resultado é negativo” (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4127).

uma menina.<sup>167</sup> A senhora Carro e o senhor Sanabria se separaram em novembro de 2003 e se divorciaram em 27 de janeiro de 2005.<sup>168</sup> Em 1º de dezembro de 2006, a menina foi entregue em adoção individual ao senhor Sanabria.<sup>169</sup> Em abril de 2009, a senhora Carro adotou um menino.<sup>170</sup>

*F.5) Geovanni Vega e Joaquinita Arroyo*

106. A senhora Joaquinita Arroyo e o senhor Geovanni Vega se casaram em 8 de dezembro de 1989.<sup>171</sup>
107. Aproximadamente em outubro de 1990, ao não ficar grávida, a senhora Vega iniciou um tratamento médico que implicou vários estudos.<sup>172</sup> Posteriormente a esse tratamento foram feitas 12 inseminações artificiais.<sup>173</sup> Além disso, o senhor Vega também realizou exames médicos.<sup>174</sup>
108. O casal recorreu a outro médico, foram feitos novos exames e a aplicação de outra série de procedimentos de inseminação artificial. Em algumas oportunidades foram realizadas até duas inseminações para um mesmo ciclo.<sup>175</sup>
109. Em 25 de outubro de 2000, foi realizada na senhora Arroyo uma laparoscopia com o propósito de determinar as causas do problema para conceber um filho.<sup>176</sup> Em 13 de outubro de 2001, o médico responsável catalogou o caso como de “causa desconhecida” e enviou o casal à Clínica Barraquer, na Colômbia, para realizar a FIV.<sup>177</sup>
110. A viagem do casal à Colômbia foi programada para aproximadamente 25 de outubro de 2001.<sup>178</sup> Esta viagem à Colômbia, onde seria realizada a segunda fase da FIV, não aconteceu. Novamente, o casal decidiu iniciar a preparação da FIV a ser realizada na Colômbia, entretanto, em 7 de março de 2002, a senhora Arroyo foi diagnosticada com “fibromas intramurais”.<sup>179</sup> Em 4 de abril de 2002, foi realizada uma miomatose uterina.<sup>180</sup> Em 15 de abril foi realizada uma biopsia.<sup>181</sup>
111. No ano de 2003, o casal adotou uma menina. No ano de 2006, a senhora Arroyo ficou grávida e deu à luz a uma menina em 25 de junho de 2007.<sup>182</sup>

167. Cf. Expediente de adoção, Autorização, pelo Patronato Nacional da Infância, Escritório de Adoções, do egresso da menina com os senhores Víktor Hugo Sanabria León e Claudia María Carro Maklouf na data de 19 de maio de 2003 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, folha 4776).

168. Cf. Registro Civil, Certidão de divórcio de 16 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4118).

169. Cf. Sentença judicial de aprovação do pedido de adoção individual por parte de Víktor Hugo Sanabria Leon de 1º de dezembro de 2006 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, folhas 4928 a 4932).

170. Cf. Perícia psiquiátrica: “No ano de 2009, [a senhora Claudia María Carro Maklouf] adot[ou] seu atual filho” (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4128).

171. Cf. Certidão de Registro Civil de 22 de março de 2012 (expediente de anexos do Estado, tomo VIII, folha 10251).

172. “Em fevereiro de 1991, começ[ou] com avaliações médicas para determinar por que razão não ficava grávida, passando por vários monitoramentos de ovulação, com tratamentos para estimular a ovulação”. Declaração juramentada da senhora Joaquinita Arroyo Fonseca (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, anexo XI, folha 5266). Cf. Certidão da Clínica de Ultrassonografia Paseo Colón, S.A. de anovulação de 15 de outubro de 1991 e receita de progesterona, 1 ml e Omifin por 5 dias (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folha 4990).

173. Declaração juramentada da senhora Joaquinita Arroyo Fonseca (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folhas 5266 e 5267). Cf. Certidões da Clínica de Ultrassonografia Paseo Colón, S.A. de ultrassonografia para acompanhamento folicular de 24 e 27 de março, e 7 de setembro de 1992 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folhas 4991, 4993, 4994 e 5267).

174. Cf. Certidão do Laboratório Clínico Doutor Valenciano, UCR de Espermograma de 23 de abril de 1992 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folha 4992). Certidão do Laboratório Clínico Doutor Valenciano, UCR de Espermograma de 29 de março de 1995 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folha 5003).

175. Nesse sentido, a senhora Joaquinita Arroyo afirmou que “inicia[ram] o protocolo de estudo que levou a novos monitoramentos de ovulação, ultrassonografias, um estudo radiológico de cavidade uterina e trompas”. Declaração juramentada da senhora Joaquinita Arroyo Fonseca (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, anexo XI, folha 5268), e Certidões do Centro Médico de Diagnóstico por Ultrassonografia “La California” de ultrassonografias vaginais de 18 de abril, 14 de maio, 5 de setembro de 1996 e 28 e 29 de outubro de 1997 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folhas 5010, 5011, 5014, 5016 e 5017).

176. Cf. Certidão de laparoscopia diagnóstica do Hospital México da Caixa Costarriquenha de Previdência Social (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folhas 5044 a 5046).

177. Cf. Parecer do médico responsável para referir o caso ao especialista da Clínica Barraquer na cidade de Bogotá, na Colômbia, de 13 de outubro de 2001 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folha 5050).

178. Declaração juramentada da senhora Joaquinita Arroyo Fonseca (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, anexo X, folhas 5271).

179. Cf. Certidão do Centro Médico de Diagnóstico “La California” de ultrassonografia transvaginal de 7 de março de 2002 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folha 5051).

180. Cf. Certidão da Associação Hospital Clínica Católica da Puríssima Concepção de miomatose uterina de 4 de abril de 2002 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folhas 5053 a 5082).

181. Cf. Certidão do Laboratório “Itopat S.A. de 15 de abril de 2002 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo III, anexo X, folha 5084).

182. Cf. Certidão de nascimento de Sofia Alejandra Vega Arroyo do Registro Civil de 6 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, anexo XI, folha 5316).

*F.6) Karen Espinoza e Héctor Jiménez*

112. A senhora Espinoza e o senhor Jiménez se casaram em 10 de fevereiro de 2001. No final do ano de 2001, o casal recorreu a um tratamento médico com o fim de buscar uma gravidez. No contexto deste tratamento, o casal realizou vários exames.<sup>183</sup> Em 23 de julho de 2002, foi feita uma laparoscopia na senhora Espinoza por um diagnóstico de endometriose, de infertilidade primária de sete anos de duração e impermeabilidade tubária.<sup>184</sup>
113. Entre agosto de 2002 e 2004, o casal continuou realizando exames médicos<sup>185</sup> e de laboratório.<sup>186</sup> Durante o ano de 2004 foram realizadas na senhora Espinoza três inseminações artificiais e uma laparoscopia, por meio da qual foi determinada “a presença de endometriose pélvica e anomalia anatômica por fator tubário de infertilidade primária” na paciente e, em consequência, “a critério médico, foi sugerido avançar à técnica de reprodução assistida [FIV] como método para poder conceber para ela e seu cônjuge”.<sup>187</sup>
114. Em 24 de janeiro de 2006, foi realizada na senhora Espinoza uma laparotomia exploradora por infertilidade e dor pélvica.<sup>188</sup> No ano de 2006, o médico responsável emitiu uma segunda opinião sobre recorrer à FIV. Em consequência, foram realizadas duas vezes a primeira fase da FIV na Costa Rica para ir à Colômbia. Entretanto, não houve resposta ovariana,<sup>189</sup> razão pela qual não continuou à seguinte fase da FIV.
115. Em 26 de outubro de 2007, o casal teve uma menina por gravidez natural.<sup>190</sup>

*F.7) Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano e María del Socorro Calderón Porras*

116. De seu primeiro casamento, a senhora María del Socorro Calderón teve dois filhos. Desde o ano de 1989 vive com o senhor Vargas e se casaram em 1995.<sup>191</sup>
117. Em 1994, um médico afirmou à senhora Calderón que outro médico lhe haveria cortado as trompas de Falópio.<sup>192</sup> Posteriormente, foram descobertos cistos nos seus ovários e lhe fizeram uma intervenção médica. Depois, diagnosticaram varicocele no senhor Vargas, o que levou a diversos exames a partir dos quais se concluiu que a única opção do casal para conceber seria a FIV.<sup>193</sup>
118. Após a sentença da Sala Constitucional de 15 de março de 2000, a médica lhes explicou a necessidade de utilização de medicamentos e a necessidade de viajar ao exterior para realizar a segunda fase da FIV.<sup>194</sup> O casal decidiu adotar um menino, mas não lhes foi entregue a guarda de nenhuma criança.<sup>195</sup>

183. Cf. Certidões de ultrassonografia ginecológico, mamografia, histerossalpingografia, espermograma e exames de sangue realizados em 2002 (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XIV, folhas 5462 a 5486).

184. Cf. Escrito da médica responsável (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XIV, folhas 5512).

185. Cf. Certidões de ultrassonografias transvaginais, exames de hormônios, entre outros, realizados em 2002 (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XIV, folhas 5487 a 5499).

186. Cf. Certidões de exames de laboratório de 16, 19, 20, 22 e 24 de março de 2004 (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XIV, folhas 5503 a 5509).

187. Cf. Escrito da médica responsável (expediente de anexos de argumentos e provas, tomo IV, anexo XIV, folhas 5512).

188. A este respeito, a senhora Karen Espinoza afirmou que “em 2004, foi determinado que t[eve] cistos de um tamanho considerável e no Hospital México [lhe] realiz[aram] uma cirurgia com risco de uma possível histerectomia”. Declaração juramentada da senhora Karen Espinoza Vindas (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, anexo XVI, folha 5567).

189. Declaração juramentada da senhora Karen Espinoza Vindas (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, anexo XVI, folha 5567).

190. Cf. Certidão de nascimento do Registro Civil de 6 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas tomo IV, anexo XVI, folha 5572).

191. Cf. Declaração juramentada de María Del Socorro Calderón Porras de 11 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5616) e certidão do registro civil de casamento de 6 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5631).

192. Cf. Declaração juramentada de María Del Socorro Calderón Porras de 11 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5616).

193. No senhor foi realizada uma varicolectomia, melhorando em 60% sua condição espermática, mas ainda sem chegar a parâmetros de normalidade. Tanto pelo fator tubário irreversível na paciente como pelo fator masculino existente em seu cônjuge, a única opção para conceber deste casal seria por fertilização in vitro. Cf. Registro médico da médica responsável de 16 de novembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5614).

194. Cf. Registro médico da Dra. Ribas de 16 de novembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5613).

195. Cf. Declaração juramentada de María Del Socorro Calderón Porras de 11 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5618).

*F.8) Enrique Acuña Cartín e Ana Cristina Castillo León*

119. Em 27 de setembro de 1988, o senhor Enrique Acuña Cartín se casou com a senhora Ana Cristina Castillo León.<sup>196</sup> Depois de quatro anos de casados começaram a tentar uma gravidez. No contexto dos exames realizados, em 1997 foi diagnosticada varicocele no senhor Acuña e determinado que o conteúdo espermático impossibilitaria a concepção natural, razão pela qual foi sugerido recorrer à FIV.<sup>197</sup>
120. Por sua vez, a senhora Castillo recorreu a vários médicos e a diagnosticaram com endometriose e útero retrovertido. Além disso, foi determinado que a senhora Castillo sofria de “retroflexão uterina em grau 3” e uma endometriose nas trompas de Falópio, razão pela qual foi operada para corrigir a “retroversão” e revisar suas trompas. Também foi submetida a tratamentos hormonais para suspender seu período menstrual por mais de um ano.<sup>198</sup>
121. Posteriormente, o casal realizou 11 inseminações artificiais.<sup>199</sup> Em março de 2000, a senhora Castillo cumpria um protocolo médico para controlar os males diagnosticados e estava à espera do resultado de uma última inseminação, que se não desse resultados positivos, teria como passo seguinte a realização de uma primeira FIV.<sup>200</sup>
122. Finalmente, o senhor Acuña e a senhora Castillo se divorciaram em 21 de março de 2007.<sup>201</sup>

*F.9) Andrea Bianchi Bruna e Germán Moreno Valencia*

123. A senhora Andrea Bianchi Bruna se casou em 15 de junho de 1996 com o senhor Germán Moreno Valencia.<sup>202</sup>
124. Após três anos de casamento e diante da impossibilidade de conseguir uma gravidez, o casal recorreu a tratamento médico. No contexto do tratamento, a senhora Bianchi realizou vários exames médicos, entre eles uma histerossalpingografia, os quais indicaram que sofria de endometriose.<sup>203</sup> Por esse motivo, a senhora Bianchi realizou uma primeira cirurgia, uma laparoscopia exploratória,<sup>204</sup> a qual indicou como resultado uma obstrução total de suas trompas de Falópio, de modo que o médico lhes afirmou que não havia possibilidade de gravidez que implicasse usar o trajeto das trompas de Falópio.<sup>205</sup>
125. Durante o ano de 2000, o casal realizou sem êxito três inseminações artificiais. Com posterioridade à sentença da Sala Constitucional de 15 de março, foi-lhes explicado que a única opção para conseguir uma gravidez seria viajar a outro país e, em junho de 2001, lhes foi recomendado viajar imediatamente à Colômbia pelo imprevisto do desenvolvimento dos folículos no ovário. O casal viajou a Bogotá, Colômbia, para iniciar os exames. Depois de várias avaliações médicas, foi realizada a FIV. Entretanto, o procedimento não produziu resultados positivos.<sup>206</sup> Em dezembro de 2001, o casal voltou a viajar à Colômbia onde foi realizada uma segunda FIV.<sup>207</sup> Em 17 de dezembro de 2001, a prova de gravidez deu positiva. A senhora Bianchi deu à luz a gêmeos em 11 de julho de 2002.<sup>208</sup>

196. Cf. Certidão do registrado civil de casamento de 6 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5678).

197. Cf. Declaração juramentada de Enrique Francisco Acuña Cartín de 7 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5671), e registro da médica responsável de 27 de outubro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4080).

198. Cf. Testemunho de Ana Cristina Castillo León (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4102).

199. Cf. Declaração juramentada de Enrique Francisco Acuña Cartín de 7 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5673).

200. Cf. Testemunho de Ana Cristina Castillo León (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4103).

201. Cf. Certidão do registro civil de divórcio de 21 de março de 2007 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4079).

202. Cf. Certidão do registro civil de casamento de 19 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4107).

203. Cf. Ampliação da perícia informativa da Doutora Delia Ribas (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, folha 2374).

204. Cf. Ampliação da perícia informativa da Doutora Delia Ribas; “foi recomendado realizar uma operação conhecida como laparoscopia para visualizar a condição e disposição dos órgãos pélvicos femininos” (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, folha 2374).

205. Cf. Testemunho de Andrea Bianchi Bruna e Germán Moreno Valencia de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4112).

206. Cf. Testemunho de Andrea Bianchi Bruna e Germán Moreno Valencia de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4113 a 4116).

207. Cf. Testemunho de Andrea Bianchi Bruna e Germán Moreno Valencia de dezembro de 2011; “em dezembro, havíamos juntado o necessário para a segunda tentativa [...]” (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4116).

208. Cf. Testemunho de Andrea Bianchi Bruna e Germán Moreno Valencia de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos

## VII

## Consideração Prévia sobre o objeto do presente caso

*Argumentos da Comissão e alegações das partes*

126. O representante Molina alegou que no presente caso “houve uma política consistente e sustentada por mais de 11 anos que se mantém continuada no Estado costarricense em relação à proibição da [FIV] e de qualquer outro método de reprodução assistida que impregn[ou] não somente as ações e omissões de todos os poderes do Estado, mas que se est[endeu] a propiciar na sociedade civil um repúdio a pessoas que sofrem este tipo de incapacidade reprodutiva”.<sup>209</sup> Por outro lado, argumentou que “depois da decisão, as vítimas experimentaram uma estigmatização social que minou sua honra e reputação social”. Nesse sentido, argumentou que “[a] divulgação da proibição da FIV nos meios de comunicação e a caracterização que alguns fizeram da infertilidade foi estigmatizadora para as [supostas] vítimas e seu entorno, e violou seus direitos à intimidade. [Além disso], alguns meios de comunicação, em suas campanhas contra a FIV, emitiram mensagens ofensivas e degradantes para os demandantes em geral, provocando danos em sua saúde mental”. Acrescentou que as supostas “vítimas do caso foram julgadas pela sociedade civil em virtude da falta de informação existente sobre o tema[ , razão pela qual] constantemente surgiam em diversos meios de comunicação certos juízos de valor dirigidos a menosprezar a luta dos casais com uma ampla gama de desqualificativos”.
127. Em relação à exposição pública das supostas vítimas, o representante May argumentou que “se mantém [...] o dano moral que se deriva da exposição pública, do público e dos meios de comunicação, da vida íntima das vítimas, pois é claro que, em última instância, isso foi provocado como uma consequência cuja causa última e decisiva é a sentença de Sala Constitucional”.
128. Sobre estas alegações apresentadas pelos representantes, o Estado apresentou uma exceção preliminar (par. 40 *supra*) em relação a que tais fatos não estão incluídos no escrito de submissão apresentado pela Comissão, nem são fatos supervenientes. Por outro lado, alegou que a FIV “não somente não soluciona os problemas de saúde das pessoas inférteis, principalmente das mulheres, mas aumenta os perigos para sua saúde[ , porquanto] as mulheres podem sofrer a síndrome de hiperestimulação ovariana, que, em alguns casos, pode provocar desequilíbrio eletrolítico, disfunção hepática e fenômenos trombolíticos que podem ser fatais. Outras complicações incluem sangramento, infecção e torção anexial, que podem por em risco a vida da mãe”.<sup>210</sup> Por outro lado, o Estado argumentou que “os efeitos psicológicos da [FIV] na mulher e no casal estão bem documentados”.<sup>211</sup> Além disso, o Estado alegou possíveis danos às crianças concebidas com assistência da FIV e „síndromes raras”.<sup>212</sup> O Estado asseverou que “outra problemática associada com a técnica da [FIV] e a hiperestimulação ovariana é a geração de gravidezes múltiplas, [as quais] são comuns na prática”, e as quais implicariam “um perigo para a saúde das mulheres”.<sup>213</sup>
129. Sobre a crioconservação de embriões, o Estado argumentou que, “para conseguir uma conservação adequada, [...] são utilizados crioprotetores, agentes químicos que [...] exercem certo grau de toxicidade sobre os embriões dependendo de sua concentração e do tempo em que foram expostos”. Ao mesmo tempo, “congelar e descongelar embriões pode provocar alterações em suas características morfológicas e na taxa de sobrevivência

---

e provas, tomo I, folha 4116).

209. A esse respeito, acrescentou que a suposta “política do Estado fica[va] demonstrada por várias e contínuas ações e omissões”, como por exemplo: i) “[a] proibição da Sala Constitucional de se praticar [...] a FIV”; ii) “[a] proibição da Sala a que o Poder Legislativo pudesse exercer sua função [de] legislar sobre a matéria”; iii) “[a] inatividade do Legislativo e do Executivo em relação aos métodos de reprodução assistida”; iv) “[u]ma queixa perante a defensoria dos habitantes”; v) “[u]m processo contencioso-administrativo”, e vi) “[u]ma ação de constitucionalidade contra a decisão da Sala”.

210. Assegurou que “[a] mortalidade relacionada com gravidezes por [FIV] [é] mais alta que a mortalidade materna na população geral[ , já que p]ode provocar complicações no parto e pré-eclâmpsia, assim como um aumento no risco de câncer de endométrio e tumores nos ovários”.

211. Afirmou que “dentro dos problemas de índole psicológica relatados em pacientes que se submetem à [FIV] se encontram, principalmente, a depressão, a ansiedade e o sofrimento não resolvido; e se acrescentam os problemas no relacionamento do casal, tanto em seu funcionamento sexual como em seu estilo de vida”.

212. Alegou que “em crianças concebidas com assistência da Técnica da [FIV], o risco é 2 vezes maior para defeitos septais do coração, 2,4 vezes para lábio leporino sem ou com palato fendido, 4,5 vezes maior para atresias de esôfago, 3,7 vezes maior para atresias anorretais, 9,8 vezes maior para anomalias gastrointestinais e 1,54 vezes maior para defeitos musculoesqueléticos, em relação a crianças concebidas naturalmente. Além disso [...] é mais frequente encontrar síndromes raras”. Por outro lado, afirmou que “outros estudos [...] demonstram que a [FIV] poderia estar associada a uma alteração das mudanças epigenéticas nos gametas [FIV] e, portanto, um efeito nos padrões globais de metilação e na regulação genética, e estas mudanças poderiam alterar a expressão genética a longo prazo”.

213. Argumentou que “se são comparadas as gravidezes múltiplas com as simples, os gêmeos e os trigêmeos são, respectivamente, quatro vezes e oito vezes mais propensos à morte perinatal e a um maior risco de apresentar incapacidades a longo prazo”. Afirmou que “uma alternativa para os partos múltiplos [...] consiste na prática denominada “redução embrionária”, técnica que “tem como objetivo provocar a morte seletiva dos embriões já implantados” considerando-a como uma forma de “aborto provocado” e, portanto, sujeita a sanções penais.

dos blastômeros, o que pode se traduzir em taxas de implantação mais baixas”. Finalmente, o Estado afirmou também que “a [FIV] acarreta uma série de dilemas e problemas legais igualmente profundos e complicados de resolver”. A esse respeito, apresentou as seguintes problemáticas: i) “não existe consenso [...] sobre o *status* jurídico dos embriões criogenizados e na regulamentação e na duração de sua conservação e de seu destino. Particularmente problemáticas são aquelas situações nas quais os progenitores [...] se separam ou divorciam”; ii) a separação de progenitores que congelaram seus embriões pode levar a se apresentar o tema da paternidade forçada [...] na hipótese de que um dos progenitores exija a implantação do embrião apesar de sua separação ou divórcio”; iii) “a [FIV] apresenta uma profunda problemática em relação à regulamentação da paternidade”, em particular o problema “dos direitos de paternidade do esposo da mulher que se submet[eu] a uma [FIV] heterogênea—com aporte de material genético de um homem distinto de seu marido ou companheiro”, em vista de que “um dos fatores essenciais para determinar a paternidade é a determinação do material genético”.<sup>214</sup>

### Considerações da Corte

130. A Comissão Interamericana concentrou o objeto do presente caso nos efeitos da sentença proferida pela Sala Constitucional. Entretanto, as partes apresentaram alegações em relação aos seguintes temas que excedem o analisado na sentença da Sala Constitucional, a saber: i) um suposto “contexto” alegado pelo representante Molina; ii) a alegada ingerência dos meios de comunicação e da sociedade na vida privada das supostas vítimas, e iii) alegações gerais sobre os problemas que a FIV poderia apresentar. Com o fim de determinar o objeto do presente caso, o Tribunal procederá a estabelecer se estas controvérsias se enquadram no anterior.
131. Em primeiro lugar, este Tribunal estabeleceu que o contexto fático do processo perante a Corte se encontra constituído pelos fatos contidos no Relatório de Mérito submetidos à consideração da Corte.<sup>215</sup> Em consequência, não é admissível que as partes aleguem novos fatos distintos dos contidos neste relatório, sem prejuízo de expor aqueles que permitam explicar, esclarecer ou rejeitar os que tenham sido mencionados no mesmo e tenham sido submetidos 1ª consideração da Corte.<sup>216</sup> A exceção a este princípio são os fatos que se qualificam como supervenientes, sempre que se encontrem ligados aos fatos do processo. Além disso, as supostas vítimas e seus representantes podem invocar a violação de outros direitos distintos aos compreendidos no Relatório de Mérito, sempre que se atenham aos fatos contidos neste documento, enquanto são as supostas vítimas as titulares de todos os direitos consagrados na Convenção.<sup>217</sup> Portanto, corresponde à Corte decidir em cada caso sobre a procedência de alegações relativas ao contexto fático em resguardo do equilíbrio processual das partes.<sup>218</sup>
132. A Corte nota que a Comissão não alegou o contexto mencionado pelo representante Molina. Entretanto, os fatos que o representante utiliza para alegar este contexto foram indicados pela Comissão Interamericana em seu Relatório de Mérito. A esse respeito, a Corte considera que o representante não apresentou suficiente informação e argumentação que permitisse enquadrar o presente caso em uma “política de Estado” contra a FIV e “de qualquer outro método de reprodução assistida” na Costa Rica. Portanto, o Tribunal considera que o presente caso não se encontra relacionado com a alegada “política de Estado” apresentada pelo representante Molina. Sem prejuízo disso, no que seja relevante, serão levados em consideração os fatos resenhados pelo representante na hora de realizar a análise de mérito.
133. Quanto às violações alegadas pelos dois representantes em relação à ingerência dos meios de comunicação ou da sociedade na vida privada das supostas vítimas e pelos quais o Estado apresentou uma exceção preliminar (par. 40 *supra*), a Corte observa que os fatos que justificam esta alegação não foram incluídos no

214. O Estado acrescentou que iv) outra área “onde não existe consenso é o tema dos direitos de maternidade da doadora de óvulos ou da mãe por substituição—suposto ao que haverá de recorrer caso a mulher estéril careça de útero”; v) sobre a “concepção *post humous*”, ou seja “quando a mulher solicita que lhe sejam implantados os embriões congelados de seu marido ou companheiro já falecido [...], a concepção ocorre depois da morte do portador do material genético” e isto “levanta uma questão sem resolver [...]: os direitos hereditários da criança nascida dessa concepção”, e vi) “a regulamentação do regime de responsabilidade civil das clínicas e médicos praticantes da [FIV é] um tema particularmente sensível nos casos em que os médicos confundiram o material genético e implantaram embriões alheios em uma mulher distinta”.

215. Cf. *Caso “Cinco Aposentados” Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C N° 98, par. 153, e *Caso Vélez Restrepo e familiares Vs. Colômbia*, par. 47.

216. Cf. *Caso “Cinco Aposentados” Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de fevereiro de 2003. Série C N° 98, par. 153, e *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de setembro de 2012 Série C N° 250, par. 52.

217. Cf. *Caso “Cinco Aposentados” Vs. Peru. Mérito, Reparações e Custas*, par. 153, e *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de setembro de 2012 Série C N° 250, par. 52.

218. Cf. *Caso do Massacre de Mapijipán Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C N° 134, par. 58, e *Caso Vélez Restrepo e familiares Vs. Colômbia*, par. 47.

Relatório de Mérito emitido pela Comissão, razão pela qual não serão considerados como parte do contexto fático do presente caso.

134. Finalmente, a Corte destaca que o Estado apresentou argumentos gerais relacionados aos supostos efeitos ou problemas que a FIV poderia produzir com relação: i) aos possíveis riscos que a prática poderia produzir na mulher; ii) alegadas perturbações psicológicas nos casais que recorrerem à técnica; iii) supostos riscos genéticos que se poderiam produzir nos embriões e nas crianças nascidas desse tratamento; iv) os alegados riscos de gravidezes múltiplas; iv) os supostos problemas que implicaria a crioconservação de embriões, e v) os possíveis dilemas e problemas legais que a aplicação da técnica poderia gerar.
135. A esse respeito, a Corte considera que, embora o Estado tenha apresentado prova e argumentos sobre o anteriormente resenhado, o Tribunal somente levará em consideração, para a análise de mérito no presente caso, aquelas provas e alegações relacionadas com os argumentos explicitamente utilizados na motivação da sentença da Sala Constitucional. Nesse sentido, e em razão do caráter subsidiário<sup>219</sup> do Sistema Interamericano, a Corte não é competente para resolver controvérsias que não foram consideradas pela Sala Constitucional para argumentar a sentença que declarou inconstitucional o Decreto Executivo n° 24029-S.

## VIII

### **Direito à Vida Privada e Familiar e Direito à Integridade Pessoal, em Relação à Autonomia Pessoal, à Saúde Sexual e Reprodutiva, ao Direito a Gozar dos Benefícios do Progresso Científico e Tecnológico e ao Princípio de Não Discriminação**

136. Neste capítulo será determinado, em primeiro lugar, o alcance dos direitos à vida privada e familiar e sua relação com outros direitos convencionais para resolver a controvérsia (A). Posteriormente serão analisados os efeitos da proibição da FIV (B). Em seguida interpretar-se-á o artigo 4.1 da Convenção Americana para o presente caso (C). Finalmente, será resolvida a suposta violação dos direitos convencionais das supostas vítimas à luz de um juízo de proporcionalidade (D).

#### **A) Alcance dos direitos à integridade pessoal,<sup>220</sup> à liberdade pessoal<sup>221</sup> e à vida privada e familiar<sup>222</sup> no presente caso**

##### *Argumentos da Comissão e alegações das partes*

137. A Comissão observou que “a decisão [...] de ter filhos biológicos [...] pertence à esfera mais íntima [da] vida privada e familiar[, e ...] a forma como se constrói esta decisão é parte da autonomia e da identidade de uma pessoa tanto em sua dimensão individual como de casal”. afirmou que “a vida em comum e a possibilidade de procriar é parte do direito a fundar uma família”. Considerou que “[a] utilização da [FIV] para combater a infertilidade também está estreitamente vinculada ao gozo dos benefícios do progresso científico”.
138. O representante Molina alegou que a decisão de “se o casal quer ou não ter descendentes se dá no âmbito privado”, e qualificou a infertilidade das supostas vítimas como “incapacidade pela qual haviam sido discriminadas para ter uma família”.

219. Cf. *Caso Acevedo Jaramillo e outros Vs. Peru. Interpretação da Sentença de Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2006. Série C N° 157, par. 66 e *Caso Cabrera García e Montiel Flores Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C N° 220, par. 16.

220. O artigo 5 da Convenção Americana (Direito à Integridade Pessoal), em sua parte pertinente, indica:

1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua integridade física, psíquica e moral. [...]

221. O artigo 7 da Convenção Americana (Direito à Liberdade Pessoal), em sua parte pertinente, indica:

1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

222. O artigo 11 da Convenção Americana (Proteção da Honra e da Dignidade), em sua parte pertinente, expressa: [...]

2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, na de sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação [...].

O artigo 17 da Convenção Americana (Proteção da Família), em sua parte pertinente, indica:

1. A família é o elemento natural e fundamental da sociedade e deve ser protegida pela sociedade e pelo Estado.

2. É reconhecido o direito do homem e da mulher de contraírem casamento e de fundarem uma família, se tiverem a idade e as condições para isso exigidas pelas leis internas, na medida em que não afetem estas o princípio da não-discriminação estabelecido nesta Convenção.



139. O representante May alegou que a regulamentação [da FIV] deve “desenvolver e possibilitar o conteúdo dos direitos à saúde, ao acesso ao progresso científico, ao respeito à intimidade e autonomia da vontade no âmbito familiar, ao direito a fundar uma família e ao pleno exercício dos direitos reprodutivos das pessoas.”
140. O Estado alegou que “a possibilidade de procriar através das técnicas de fecundação *in vitro* [...] não constitu[i] um direito reconhecido dentro do âmbito [da] liberdade pessoal”, e, “[a]inda quando o direito a fundar uma família inclui a possibilidade de procriar, o Estado não deve permitir tal possibilidade a qualquer custo”. Além disso, alegou que “[a] vida e dignidade humanas não devem dar provas de sua natureza frente às demandas do progresso científico ou médico”.

#### *Considerações da Corte*

141. Tal como foi afirmado anteriormente (par. 3 *supra*), a Comissão considerou que a proibição da FIV violava os artigos 11.2, 17.2 e 24, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento das supostas vítimas. Os intervenientes comuns acrescentaram a suposta violação dos artigos 4.1, 5.1, e 7 da Convenção, em relação aos artigos 1.1 e 2 da mesma. O Estado rejeitou a violação de todos estes direitos. A esse respeito, a Corte observa que existe controvérsia entre as partes sobre os direitos que supostamente haveriam sido violados no presente caso. A seguir, o Tribunal interpretará a Convenção Americana com o fim de determinar o alcance dos direitos à integridade pessoal e à vida privada e familiar para resolver a controvérsia.
142. O artigo 11 da Convenção Americana requer a proteção estatal dos indivíduos frente às ações arbitrárias das instituições estatais que afetam a vida privada e familiar. Proíbe toda ingerência arbitrária ou abusiva na vida privada das pessoas, enunciando diversos âmbitos da mesma como a vida privada de suas famílias. Nesse sentido, a Corte afirmou que o âmbito da privacidade se caracteriza por ficar isento e imune às invasões ou agressões abusivas ou arbitrárias por parte de terceiros ou da autoridade pública.<sup>223</sup> Além disso, esta Corte interpretou de forma ampla o artigo 7 da Convenção Americana ao afirmar que este inclui um conceito de liberdade em um sentido extenso como a capacidade de fazer e não fazer tudo o que esteja licitamente permitido. Em outras palavras, constitui o direito de toda pessoa de organizar, de acordo com a lei, sua vida individual e social em conformidade com suas próprias opções e convicções. A liberdade, definida assim, é um direito humano básico, próprio dos atributos da pessoa, que se projeta em toda a Convenção Americana.<sup>224</sup> Além disso, a Corte ressaltou o conceito de liberdade e a possibilidade de todo ser humano de se autodeterminar e escolher livremente as opções e circunstâncias que dão sentido à sua existência, em conformidade com suas próprias opções e convicções.<sup>225</sup>
143. O âmbito de proteção do direito à vida privada foi interpretado em termos amplos pelos tribunais internacionais de direitos humanos ao afirmar que este vai além do direito à privacidade.<sup>226</sup> A proteção à vida privada inclui uma série de fatores relacionados com a dignidade do indivíduo, incluindo, por exemplo, a capacidade para desenvolver a própria personalidade e aspirações, determinar sua própria identidade e definir suas próprias relações pessoais. O conceito de vida privada engloba aspectos da identidade física e social, incluindo o direito à autonomia pessoal, desenvolvimento pessoal e o direito a estabelecer e desenvolver relações com outros seres humanos e com o mundo exterior.<sup>227</sup> A efetividade do exercício do direito à vida privada é decisiva para a possibilidade de exercer a autonomia pessoal sobre o futuro curso de eventos relevantes para a qualidade de vida da pessoa.<sup>228</sup> A vida privada inclui a forma em que o indivíduo vê a si mesmo e como decide se projetar

223. Cf. *Caso do Massacre de Ituango Vs. Colômbia. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 1º de julho de 2006. Série C Nº 148, par. 194, e *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 24 de fevereiro de 2012. Série C Nº 239, par. 161.

224. Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez. Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C Nº 170, par. 52.

225. Cf. *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 136. *Mutatis mutandi, Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez. Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C Nº 170, par. 52.

226. Cf. *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 135.

227. Cf. *Caso Rosendo Cantú e outra Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 31 de agosto de 2010. Série C Nº 216, par. 119, e *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 162. Ver também: T.E.D.H., *Caso Dudgeon Vs. Reino Unido*, (nº 7525/76), Sentença de 22 de outubro de 1981, par. 41; *Caso X e Y Vs. Países Baixos*, (nº 8978/80), Sentença de 26 de março de 1985, par. 22; *Caso Niemietz Vs. Alemanha*, (nº 13710/88), Sentença de 16 de dezembro de 1992, par. 29; *Caso Peck Vs. Reino Unido*, (nº 44647/98), Sentença de 28 de janeiro de 2003. Final, 28 de abril de 2003, par. 57; *Caso Pretty Vs. Reino Unido*, (nº 2346/02), Sentença de 29 de abril de 2002. Final, 29 de julho de 2002, par. 61 (“*The concept of [“]private life[“] is a broad term not susceptible to exhaustive definition. It covers the physical and psychological integrity of a person [...]. It can sometimes embrace aspects of an individual’s physical and social identity [...]. Article 8 also protects a right to personal development, and the right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world [...]. Although no previous case has established as such any right to self-determination as being contained in Article 8 of the Convention, the Court considers that the notion of personal autonomy is an important principle underlying the interpretation of its guarantees*”).

228. Cf. T.E.D.H., *Caso R.R. Vs. Polônia*, (nº 27617/04), Sentença de 26 de maio de 2011, par. 197.

para os demais,<sup>229</sup> e é uma condição indispensável para o livre desenvolvimento da personalidade. Além disso, a Corte afirmou que a maternidade faz parte essencial do livre desenvolvimento da personalidade das mulheres.<sup>230</sup> Tendo em consideração todo o anterior, a Corte considera que a decisão de ser ou não mãe ou pai é parte do direito à vida privada e inclui, no presente caso, a decisão de ser mãe ou pai no sentido genético ou biológico.<sup>231</sup>

144. A Corte considera que o presente caso trata de uma combinação particular de diferentes aspectos da vida privada, que se relacionam com o direito a fundar uma família, o direito à integridade física e mental, e especificamente os direitos reprodutivos das pessoas.
145. Em primeiro lugar, o Tribunal ressalta que, diferentemente do disposto na Convenção Europeia de Direitos Humanos, a qual somente protege o direito à vida familiar em seu artigo 8, a Convenção Americana conta com dois artigos que protegem a vida familiar de maneira complementar.<sup>232</sup> A esse respeito, a Corte reitera que o artigo 11.2 da Convenção Americana está estreitamente relacionado com o direito reconhecido no artigo 17 da mesma.<sup>233</sup> O artigo 17 da Convenção Americana reconhece o papel central da família e da vida familiar na existência de uma pessoa e na sociedade em geral. A Corte já afirmou que o direito de proteção à família leva, entre outras obrigações, a favorecer, da maneira mais ampla, o desenvolvimento e o fortalecimento do núcleo familiar.<sup>234</sup> É um direito tão básico da Convenção Americana que não pode ser derogado, ainda que as circunstâncias sejam extremas.<sup>235</sup> O artigo 17.2 da Convenção Americana protege o direito a fundar uma família, o qual está amplamente consagrado em diversos instrumentos internacionais de direitos humanos.<sup>236</sup> Por sua vez, o Comitê de Direitos Humanos afirmou que a possibilidade de procriar é parte do direito a fundar uma família.<sup>237</sup>
146. Em segundo lugar, o direito à vida privada se relaciona com: i) a autonomia reprodutiva, e ii) o acesso a serviços de saúde reprodutiva, o que envolve o direito de ter acesso à tecnologia médica necessária para exercer esse direito. O direito à autonomia reprodutiva está reconhecido também no artigo 16 (e) da Convenção sobre a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, segundo o qual as mulheres gozam do direito “de decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos e sobre o intervalo entre os nascimentos e a ter acesso à informação, à educação e aos meios que lhes permitam exercer estes direitos”. Este direito é violado quando se obstaculizam os meios através dos quais uma mulher pode exercer o direito a controlar sua fecundidade.<sup>238</sup> Assim, a proteção à vida privada inclui o respeito às decisões de se converter em pai ou mãe, incluindo a decisão do casal de se converter em pais genéticos.
147. Em terceiro lugar, a Corte ressalta que, no contexto do direito à integridade pessoal, analisou algumas

229. Cf. *Caso Rosendo Cantú e outra Vs. México*, par. 119 e *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 162. Ver também: T.E.D.H., *Caso Niemietz Vs. Alemanha*, (nº 13710/88), Sentença de 16 de dezembro de 1992, par. 29, e *Caso Peck Vs. Reino Unido*, (nº 44647/98), Sentença de 28 de janeiro de 2003. Final, 28 de abril de 2003, par. 57.

230. Cf. *Caso Gelman Vs. Uruguai. Mérito e Reparações*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C Nº 221, par. 97.

231. Em sentido similar, Cf. T.E.D.H., *Caso Evans Vs. Reino Unido*, (nº 6339/05), Sentença de 10 de abril de 2007, pars. 71 e 72, onde o T.E.D.H. afirmou que “private life” [...] incorporates the right to respect for both the decisions to become and not to become a parent”, e precisou em relação ao regulamentação da prática de FIV que “the right to respect for the decision to become a parent in the genetic sense, also falls within the scope of Article 8”. No *Caso Dickson Vs. Reino Unido*, (nº 44362/04), Sentença de 4 de dezembro de 2007, par. 66, o Tribunal expressou em relação à técnica da reprodução assistida que “Article 8 is applicable to the applicants’ complaints in that the refusal of artificial insemination facilities concerned their private and family lives which notions incorporate the right to respect for their decision to become genetic parents”. No *Caso S.H. e outros Vs. Austria*, (nº 57813/00), Sentença de 3 de novembro de 2011, par. 82, o Tribunal se referiu explicitamente ao direito de ter acesso às técnicas de reprodução assistida, como a FIV, afirmando que “the right of a couple to conceive a child and to make use of medically assisted procreation for that purpose is also protected by Article 8, as such a choice is an expression of private and family life”. Ver também T.E.D.H., *Caso P. e S. Vs. Polónia*, (nº 57375/08), Sentença de 30 de outubro de 2012, par. 96, onde o TEDH afirmou que “While the Court has held that Article 8 cannot be interpreted as conferring a right to abortion, it has found that the prohibition of abortion when sought for reasons of health and/or well-being falls within the scope of the right to respect for one’s private life and accordingly of Article 8”.

232. Cf. *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 175.

233. Cf. *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 169.

234. Cf. *Caso Gelman Vs. Uruguai. Mérito e Reparações*. Sentença de 24 de fevereiro de 2011. Série C Nº 221, par. 125, e *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 169. Ver também, *A Condição Jurídica e Direitos Humanos da Criança*. Parecer Consultivo OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Série A Nº 17, par. 66.

235. O artigo 27.2 da Convenção Americana estabelece: “A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados seguintes artigos: [...] 17 (Proteção da Família)”.

236. O artigo 16, inciso 1, da Declaração Universal dos Direitos Humanos estabelece o direito dos homens e mulheres de contrair matrimônio e fundar uma família, e no inciso 3 estabelece que “a família é o elemento natural e fundamental da sociedade e terá direito de ser protegida pela sociedade e pelo Estado”. Igualmente, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos em seu artigo 23.2 reconhece o direito do homem e da mulher a contrair casamento e a construir uma família se têm idade para isso.

237. Cf. Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral nº 19, Comentários gerais adotados pelo Comitê de Direitos Humanos, Artigo 23–A família, 39º período de sessões, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 171 (1990), par. 5 (“O direito de fundar uma família implica, em princípio, a possibilidade de procriar e de viver juntos”).

238. Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Recomendação Geral nº 24 (A Mulher e a Saúde), 02/02/99, pars. 21 e 31 b).

situações de particular angústia e ansiedade que afetam as pessoas,<sup>239</sup> bem como alguns impactos graves pela falta de atendimento médico ou problemas de acessibilidade a certos procedimentos de saúde.<sup>240</sup> No âmbito europeu, a jurisprudência precisou a relação entre o direito à vida privada e à proteção da integridade física e psicológica. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirmou que, embora a Convenção Europeia dos Direitos Humanos não garanta como tal o direito a um nível específico de cuidado médico, o direito à vida privada inclui a integridade física e psicológica da pessoa, e o Estado também tem a obrigação positiva de garantir a seus cidadãos essa integridade.<sup>241</sup> Portanto, os direitos à vida privada e à integridade pessoal se encontram também direta e imediatamente vinculados com o atendimento à saúde. A falta de proteções legais para levar em consideração a saúde reprodutiva pode resultar em um menosprezo grave do direito à autonomia e à liberdade reprodutiva. Existe, portanto uma conexão entre a autonomia pessoal, a liberdade reprodutiva e a integridade física e psicológica.

148. A Corte afirmou que os Estados são responsáveis por regulamentar e fiscalizar a prestação dos serviços de saúde para alcançar uma efetiva proteção dos direitos à vida e à integridade pessoal.<sup>242</sup> A saúde constitui um estado de completo bem-estar físico, mental e social, e não somente a ausência de enfermidades ou doenças.<sup>243</sup> Em relação ao direito à integridade pessoal, cabe ressaltar que para o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a saúde genética significa que “a mulher e o homem têm a liberdade para decidir se desejam se reproduzir e em que momento, e têm o direito de estar informados e ter acesso a métodos de planejamento familiar seguros, eficazes, acessíveis e aceitáveis de sua escolha, bem como o direito de acesso aos serviços de atendimento à saúde pertinentes”.<sup>244</sup> O Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, realizada no Cairo em 1994, e a Declaração e o Programa de Ação da Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, realizada em Pequim em 1995, contêm definições sobre a saúde reprodutiva e a saúde da mulher. De acordo com a Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, “os direitos de reprodução abrangem certos direitos humanos já reconhecidos em leis nacionais, em documentos internacionais sobre direitos humanos e em outros documentos pertinentes das Nações Unidas aprovados por consenso. Esses direitos se baseiam no reconhecimento do direito básico de todo casal e de todo indivíduo a decidir livre e responsabilmente sobre o número de filhos, o espaçamento dos nascimentos, o intervalo entre estes e a dispor da informação e dos meios para isso, e o direito a alcançar o nível mais elevado de saúde sexual e reprodutiva”.<sup>245</sup> Além disso, adotando um conceito amplo e integral de saúde sexual e reprodutiva, afirmou-se que:

“A saúde reprodutiva é um estado completo de bem-estar físico, mental e social, e não de simples ausência de doenças ou enfermidades, em todos os aspectos concernentes ao sistema reprodutivo e suas funções e processos. Em consequência, a saúde reprodutiva implica a capacidade de desfrutar de uma vida sexual satisfatória e sem riscos e de procriar, e a liberdade para decidir fazê-lo ou não fazê-lo, quando e com que frequência. Esta última condição leva implícito o direito do homem e da mulher a obter informação e ter acesso a métodos seguros, eficazes, permissíveis e aceitáveis de planejamento familiar de sua escolha, assim como a outros métodos para o controle da fecundidade que não estejam legalmente proibidos, o direito a receber serviços adequados de atendimento à saúde que permitam as gestações e os partos sem riscos e deem aos casais as máximas possibilidades de ter filhos saudáveis”.<sup>246</sup>

239. Cf. *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*. Sentença de 8 de setembro de 2005. Série C Nº 130, pars. 205 e 206, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 250.

240. Cf. *Caso Vélez Loor Vs. Panamá. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de novembro de 2010. Série C Nº 218, pars. 220, e *Caso Diaz Peña Vs. Venezuela*, par. 137.

241. Cf. T.E.D.H., *Caso Glass Vs. Reino Unido* (nº 61827/00), Sentença de 9 de março de 2004, pars. 74-83; *Caso Yardımcı Vs. Turquia*, (nº 25266/05), Sentença de 5 de janeiro de 2010. Final, 28 de junho de 2010, pars. 55 e 56, e *Caso P. e S. Vs. Polônia* (nº 57375/08), Sentença de 30 de outubro de 2012, par. 96. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos declarou neste último caso que os Estados têm “a *positive obligation to secure to their citizens the right to effective respect for their physical and psychological integrity [which] may involve the adoption of measures including the provision of an effective and accessible means of protecting the rights to respect for private life*”; ver também T.E.D.H., *Caso McGinley e Egan Vs. Reino Unido*, (nº 10/1997/794/995-996), Sentença de 9 de junho de 1998, par. 101.

242. Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, Sentença de 4 de julho de 2006. Série C Nº 149, par. 99, e *Caso Albán Cornejo e outros. Vs. Equador. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 22 de novembro de 2007. Série C Nº 171, par. 121.

243. Cf. A constituição da Organização Mundial da Saúde, que foi adotada pela Conferência Sanitária Internacional, realizada em Nova York de 19 de junho a 22 de julho de 1946, assinada em 22 de julho de 1946 pelos representantes de 61 Estados e entrou em vigor em 7 de abril de 1948; <[http://www.who.int/governance/eb/who\\_constitution\\_sp.pdf](http://www.who.int/governance/eb/who_constitution_sp.pdf)>

244. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral nº 14 (2000), O direito ao gozo do mais alto nível possível de saúde (artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000 par. 14, nota de rodapé da página 12.

245. Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, Cairo, 1994, par. 7.3; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).

246. Cf. Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, Cairo, 1994, par. 7.2; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).

149. Além disso, segundo o Programa de Ação da Conferência, “[d]everiam ser proporcionadas técnicas de fecundação *in vitro* em conformidade com diretrizes éticas e normas médicas apropriadas”.<sup>247</sup> Na Declaração da Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, os Estados se comprometeram a “garantir a igualdade de acesso e a igualdade de tratamento de homens e mulheres no [...] atendimento de saúde e promover a saúde sexual e reprodutiva”.<sup>248</sup> Na Plataforma de Ação, aprovada conjuntamente com a Declaração, definiu-se o atendimento da saúde reprodutiva como “o conjunto de métodos, técnicas e serviços que contribuem à saúde e ao bem-estar reprodutivo, ao evitar e resolver os problemas relacionados com a saúde reprodutiva”.<sup>249</sup> De acordo com a Organização Pan-Americana da Saúde (OPS), a saúde sexual e reprodutiva implica que “as pessoas possam desfrutar de uma vida sexual satisfatória, segura e responsável, bem como a capacidade para se reproduzir e a liberdade de decidir se se reproduzem, quando e com que frequência”.<sup>250</sup> A saúde reprodutiva implica também os direitos do homem e da mulher a serem informados e a ter livre escolha e acesso a métodos para regular a fecundidade que sejam seguros, eficazes, de fácil acesso e aceitáveis.
150. Finalmente, o direito à vida privada e à liberdade reprodutiva guarda relação com o direito a ter acesso à tecnologia médica necessária para exercer esse direito. O direito ao gozo dos benefícios do progresso científico foi reconhecido internacionalmente<sup>251</sup> e, no âmbito interamericano, encontra-se contemplado no artigo XIII da Declaração Americana<sup>252</sup> e no artigo 14.1 b) do Protocolo de San Salvador. É importante mencionar que a Assembleia Geral das Nações Unidas, em sua Declaração sobre este direito, afirmou a relação entre este e a satisfação das necessidades materiais e espirituais de todos os setores da população.<sup>253</sup> Portanto, e em conformidade com o artigo 29 b) da Convenção Americana, o alcance dos direitos à vida privada, autonomia reprodutiva e a fundar uma família, derivados dos artigos 11.2 e 17.2 da Convenção Americana, estende-se ao direito de toda pessoa a se beneficiar do progresso científico e de suas aplicações. Do direito de acesso ao mais alto e efetivo progresso científico para o exercício da autonomia reprodutiva e a possibilidade de formar uma família se deriva o direito a ter acesso aos melhores serviços de saúde em técnicas de assistência reprodutiva e, em consequência, a proibição de restrições desproporcionais e desnecessárias *de iure* ou *de facto* para exercer as decisões reprodutivas que correspondam em cada pessoa.
151. No presente caso, o Estado considera que os direitos mencionados podiam ser exercidos de diversas maneiras, sob o pressuposto de que não existia uma proibição absoluta da FIV. Este aspecto foi controvertido pelas demais partes. Por essa razão, a Corte determinará a seguir se existiu uma restrição aos direitos que foram mencionados para depois analisar a justificativa do Estado para argumentar tal restrição.

## B) Efeitos da proibição absoluta da FIV

### *Argumentos da Comissão e alegações das partes*

152. A Comissão caracterizou o resultado da decisão da Sala Constitucional como uma “proibição” da FIV de caráter “absolut[o]”, que constitui “uma limitação do direito a formar uma família de acordo com as decisões do casal”. Além disso, a Comissão argumentou que “enquanto a [FIV] constitui um meio para materializar uma decisão protegida pela Convenção Americana, a proibição de ter acesso à técnica constitui necessariamente uma interferência ou restrição no exercício dos direitos convencionais”.
153. O representante Molina caracterizou o resultado da sentença da Sala Constitucional como uma “proibição

247. *Cfr* Programa de Ação da Conferência Internacional sobre População e Desenvolvimento, Cairo, 1994, par. 7.17; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995).

248. *Cf.* Declaração da Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, Pequim, 1995, par. 30; [www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf).

249. *Cf.* Plataforma de Ação da Quarta Conferência Mundial sobre a Mulher, Pequim, 1995, par. 94, que afirma também que “a saúde reprodutiva implica a capacidade de desfrutar de uma vida sexual satisfatória e sem riscos e de procriar, e a liberdade para decidir fazê-lo ou não fazê-lo, quando e com que frequência. Esta última condição leva implícito o direito do homem e da mulher a obter informação e ter acesso a métodos seguros, eficazes, acessíveis e aceitáveis de planejamento da família de sua escolha, assim como o direito a outros métodos para a regulação da fecundidade que não estejam legalmente proibidos, o direito a receber serviços adequados de atendimento da saúde que permitam as gestações e os partos sem riscos e deem aos casais as máximas possibilidades de ter filhos saudáveis”; <[www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/beijing/pdf/BDPfA%20S.pdf)>

250. Organização Pan-Americana da Saúde, Saúde nas Américas 2007, Volume I—Regional, Washington D.C, 2007, pág. 151, citado na declaração perante agente dotado de fé pública do perito Paul Hunt.

251. O Artigo 15 b) do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais dispõe que “os Estados Partes do presente Pacto reconhecem a cada indivíduo o direito de: [...] b) desfrutar dos benefícios do progresso científico e de suas aplicações”.

252. O artigo XIII da Declaração Americana estabelece: “Toda pessoa tem o direito de [...] gozar dos benefícios resultantes do progresso intelectual e, especialmente, das descobertas científicas”.

253. *Cf.* Nações Unidas, Declaração sobre o Uso do Progresso Científico e Tecnológico nos Interesses da Paz e em Benefício da Humanidade, proclamada pela Assembleia Geral em sua resolução 3384 (XXX), de 10 de novembro de 1975, par. 3.

absoluta” e “continuada” da FIV, em vista de que “não somente resultou em uma ingerência ou invasão abusiva e arbitrária na autonomia e privacidade das [supostas] vítimas do caso, mas se constituiu em uma anulação absoluta do direito a decidir ter filhos biológicos”.

154. O representante May argumentou que “[a] proibição da [FIV] perpetua uma situação de inabilidade física para o pleno gozo da saúde corporal, corrigível com a participação da ciência moderna”, razão pela qual “é também uma forma de agressão física contra os casais estéreis ao lhes ser limitada a possibilidade de superar sua condição de doença ou deficiência”. Acrescentou que “[a] proibição da prática da [FIV...] é uma real limitação do exercício pleno das funções naturais da mulher e do homem”.
155. O Estado alegou que a decisão da Sala Constitucional não resultou em uma “proibição” da FIV como tal, em razão de que a sentença “não anulou de maneira definitiva a possibilidade de realizar a fecundação *in vitro* na Costa Rica[, mas] unicamente anulou uma técnica específica existente desde o ano de 1995 e regulamentada pelo Decreto Executivo”. Acrescentou que “não podem ser praticados métodos de fecundação que atentem contra” “o direito à vida desde a concepção”, mas “quando o Estado considere que uma determinada técnica seja compatível com esses parâmetros, pode permiti-la e regulamentá-la”. Argumentou que “[a] [sentença] expressamente afirma que esta técnica poderia ser regulamentada se forem seguidos certos parâmetros considerados necessários para cumprir a proteção à vida dos embriões[, de modo que] não é verdade que tenha sido cerceada a possibilidade de se efetuar o procedimento na Costa Rica, mas o procedimento deve ser ajustado aos requerimentos da Sala Constitucional”. O Estado alegou que “deve ser considerado como um fato controvertido que as supostas vítimas pudessem efetivamente fazer parte de uma lista de espera para realizar o procedimento” da FIV “no ano de 2000 quando se dá a proibição”, em particular, porque “muitos dos casais não foram diagnosticados com infertilidade, até muito tempo depois de iniciado o processo perante a Comissão e outros ainda se encontravam efetuando procedimentos de inseminação nesse momento”.
156. Por outro lado, o Estado alegou que a Sentença “não proíbe a FIV em geral, mas se refere exclusivamente à técnica que era usada naquele momento, por meio da qual se sabe que a vida humana em uma porcentagem considerável dos casos não tem possibilidade de continuar”. Em relação à possibilidade de realizar a FIV atualmente, o Estado afirmou que “[hoje] a ciência não pratica uma técnica *in vitro* que seja compatível com o direito à vida protegido na Costa Rica; prova disso é que, em razão do relatório da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tentou-se regulamentar o tema e foi apresentado à Assembleia Legislativa da Costa Rica um projeto de lei que regulamentasse esta técnica, mas que, por sua vez, protegesse o direito à vida desde a concepção, tal como foi concebido na Costa Rica. Nessa linha, o projeto proibia o congelamento de embriões e obrigava a implantar todos os óvulos fecundados sem possibilidade de fazer seleção”. Acrescentou que é por isso que “qualquer técnica que se tente na Costa Rica protegendo a vida desde a concepção, resultará medicamente inviável atualmente e, por isso, a impossibilidade de implementação até este momento, 12 anos depois da sentença da Sala Constitucional”.

#### *Considerações da Corte*

157. O Tribunal constata que a Sala Constitucional anulou o Decreto Executivo por meio do qual se autorizava a prática da FIV por considerá-lo inconstitucional (par. 72 *supra*). Tanto os dois representantes como a Comissão caracterizaram a decisão como “proibição absoluta”, que não permite a realização desta técnica sob nenhum motivo, enquanto o Estado alegou que seria uma “proibição relativa”, porquanto a possibilidade de praticar e regulamentar a FIV poderá ocorrer quando a técnica consiga cumprir os requisitos estabelecidos pela Sala Constitucional em sua sentença, ou seja, quando, em palavras do Estado, a FIV não atente contra “o direito à vida desde a concepção”.
158. A esse respeito, a Corte observa que na sentença da Sala Constitucional foi incluído um conceito de proteção absoluta da vida do embrião, pois manifestou que “como o direito se declara a favor de todos, sem exceção,— qualquer exceção ou limitação destrói o conteúdo próprio do direito—deve ser protegido tanto no ser já nascido como no por nascer”.<sup>254</sup> Entretanto, a Sala Constitucional afirmou que “os avanços da ciência e da biotecnologia são tão vertiginosos que a técnica poderia chegar a ser melhorada de tal maneira que os reparos indicados [a] desapareçam”,<sup>255</sup> razão pela qual a Sala manifestou que “dev[ia] deixar expressa constância de que nem sequer

254. Sentença n° 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente n° 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 90).

255. Sentença n° 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente n° 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 95).

por norma de ordem legal é possível autorizar legitimamente [a] aplicação [da FIV], ao menos [...] enquanto seu desenvolvimento científico permaneça no atual estado e signifique o dano consciente de vidas humanas”.<sup>256</sup>

159. O Tribunal constata que a Sala Constitucional considerou que se a técnica da FIV pudesse ser realizada respeitando um conceito de proteção absoluta da vida do embrião, esta poderia ser realizada no país. Entretanto, a Corte considera que embora na sentença da Sala Constitucional tenham sido utilizadas palavras condicionantes para admitir a prática da FIV no país, a verdade é que 12 anos depois de proferida a sentença, esta técnica não é realizada na Costa Rica (par. 67 *supra*). Por isso, o Tribunal considera que a “condição suspensiva” estabelecida na sentença, até o momento, não produziu efeitos práticos reais. Por isso, sem entrar a catalogá-la como proibição “absoluta” ou “relativa”, é possível concluir que a decisão da Sala Constitucional causou como fato não controvertido que a FIV não seja praticada no território costarricense e que, portanto, os casais que desejem recorrer a esta técnica não podem realizá-la neste país. Além disso, em razão de que a Sala Constitucional condicionou a possibilidade de realizar a técnica a que não houvesse nenhuma perda embrionária na aplicação da mesma, isto implica, na prática, uma proibição da mesma, uma vez que a prova nos autos indica que, até o momento, não existe uma opção para realizar a FIV sem que exista alguma possibilidade de perda embrionária.<sup>257</sup> Em outras palavras, seria impossível cumprir a condição imposta pela Sala.
160. Apesar de que o efeito, na prática, foi o afirmado anteriormente, a Corte considera que a restrição ou ingerência que foi gerada às supostas vítimas a partir da decisão da Sala Constitucional adoece de problemas de previsibilidade. A esse respeito, a Corte recorda que uma norma ou mandato é previsível se formulado com a suficiente precisão que permita a uma pessoa regular sua conduta com base na mesma.<sup>258</sup> Em particular, o Tribunal observa que a sentença não é suficientemente clara, a princípio, para deixar estabelecido se a prática da FIV se encontrava ou não proscria no país, o que se evidencia com o debate que apresentaram as partes em relação a se a proibição é absoluta ou não (pars. 152 a 156 *supra*) ou com a sentença de 14 de outubro de 2008 do Tribunal Superior do Contencioso e Civil de Fazenda, na qual afirmou que era possível realizar a FIV no país se fosse realizada “a fecundação de um único óvulo para sua posterior transferência ao útero da mãe”.<sup>259</sup>
161. A sentença da Sala Constitucional implicou, então, que já não fosse realizada a FIV na Costa Rica. Além disso, esta sentença gerou a interrupção do tratamento médico que algumas das supostas vítimas do presente caso haviam iniciado, enquanto outras se viram obrigadas a viajar a outros países para poder ter acesso à FIV. Estes fatos constituem uma interferência na vida privada e familiar das supostas vítimas, que tiveram de modificar ou variar as possibilidades de ter acesso à FIV, o que constituía uma decisão dos casais em relação aos métodos ou práticas que desejavam tentar, com o fim de procriar um filho ou uma filha biológicos. A referida sentença provocou uma modificação no curso de ação dos casais, em relação a uma decisão que já haviam tomado: a de tentar ter filhos através da FIV. A Corte esclarece que a ingerência no presente caso não se encontra relacionada ao fato de que as famílias tenham ou não podido ter filhos, pois ainda se houvessem podido ter acesso à técnica da FIV, não é possível determinar se este objetivo teria sido alcançado, de maneira que a ingerência se circunscreve à possibilidade de tomar uma decisão autônoma sobre o tipo de tratamento que queriam tentar para exercer seus direitos sexuais e reprodutivos. Sem prejuízo do anterior, a Corte observa que algumas das supostas vítimas afirmaram que uma das causas que influiu na ruptura do laço matrimonial foi o impacto da proibição da FIV na impossibilidade de terem filhos.<sup>260</sup>

256. Sentença n° 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente n° 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 95).

257. Cf. Declarações do perito Zegers (expediente de mérito, tomo VI, folha 2848) e da perita Garza (expediente de mérito, tomo VI, folha 2576).

258. Cf. *Caso López Mendoza Vs. Venezuela. Mérito Reparaciones e Custas*. Sentença de 1° de setembro de 2011. Série C N° 233, par. 199; ver também T.E.D.H., *Caso Landvreugd Vs. Países Baixos*, (n° 37331/97), Sentença de 4 de junho de 2002. Final, 4 de setembro de 2002, par. 59 (“[T]he Court reiterates that a rule is ‘foreseeable’ if it is formulated with sufficient precision to enable any individual – if need be with appropriate advice – to regulate his conduct”).

259. Sentença n° 835-2008, proferida pela Quinta Câmara do Tribunal Contencioso, Administrativo e Civil de Fazenda no Processo de Conhecimento interposto por Ileana Henchoz Bolaños contra a Caixa Costarricense de Previdência Social, Expediente n° 08-00178-1027-CA de 14 de outubro de 2008 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVIII, folha 5859).

260. Cf. Declaração escrita de Grettel Artavia Murillo (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4077) (“Quero deixar claro que o Estado, através de um de seus Poderes, cerceou meu direito a ser mãe e, portanto, levou ao [f]racasso o meu relacionamento matrimonial pelas depressões que sofremos tanto meu ex-marido como eu, à raiz [da] proibição [da FIV], sendo que o melhor foi que terminássemos o relacionamento, deixando ainda uma ferida maior, e com um dano moral incalculável”) e Declaração de Ana Cristina Castillo León perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo V, folha 2224) (“Embora seja certo que um casamento pode se romper ou se desgastar por muitas razões, oito anos de constantes tratamentos de hormônios, visitas a médicos, laboratórios, farmácias, constantes gastos econômicos, exposição de nossa vida íntima a ser julgada pela sociedade, tensão de casal por não poder resolver o problema de ter filhos, definitivamente causam grande dano em um relacionamento de casal. Esse é meu caso. A grande desilusão, frustração de ver os direitos constitucionais de formar uma família e não contar com mais poder aquisitivo para ir a outro país em busca de uma [fecundação] *In Vitro* foram uma grande dificuldade em meu casamento. Deu-se a dissolução do vínculo matrimonial, o divórcio era iminente”).

162. Ao se comprovar que existiu uma ingerência tanto pelo efeito proibitivo que em geral causou a sentença da Sala Constitucional, bem como o impacto que o anterior produziu nas supostas vítimas no presente caso, a Corte considera necessário analisar se esta ingerência ou restrição se encontra justificada. Antes de efetuar um juízo de proporcionalidade a esse respeito, o Tribunal considera pertinente analisar em detalhe o argumento principal desenvolvido pela Sala Constitucional: que a Convenção Americana obriga a efetuar uma proteção absoluta do „direito à vida“ do embrião e, em consequência, obriga a proibir a FIV por implicar em perda de embriões.

### C) Interpretação do artigo 4.1 da Convenção Americana para o presente caso

#### *Argumentos da Comissão e alegações das partes*

163. A Comissão afirmou que “o artigo 4.1 da Convenção p[oderia] ser interpretado no sentido de conceder uma faculdade ao Estado de regulamentar a proteção da vida desde o momento da concepção, mas não necessariamente um mandato para conceder esta proteção”. Argumentou que este artigo “não estabelec[ia] um direito absoluto ou categórico em relação às etapas pré-natais da vida” e que existia “um reconhecimento internacional e comparado do conceito de proteção gradual e incremental da vida na etapa pré-natal”. Acrescentou que “a interpretação do artigo 4.1 da Convenção indica que o exercício de uma faculdade concebida por este instrumento internacional não está isento de escrutínio [da Corte] quando interfere com o exercício de outros direitos estabelecidos no mesmo, tais como, no presente caso, os direitos à vida privada, familiar, autonomia e a fundar uma família”.
164. O representante Molina alegou que “a concepção [...] não é um conceito unívoco” e que “a decisão da Sala se cing[iu] a uma determinada corrente filosófica sobre [sua] definição, [...] desatendendo a tutela que implica[va] a incapacidade reprodutiva de procriar”. Acrescentou que “a frase ‘em geral’ [...] supõe exceções suficientes para que não se deixem desprotegidos outros direitos” e que “deve [...] existir uma interpretação em relação ao direito à vida que permita e não restrinja de maneira absoluta a proteção dos direitos convencionais”.
165. O representante May alegou que o direito à vida “não tem caráter absoluto nem irrestrito” e “está sujeito a exceções e a condições”. Declarou que “a jurisprudência dos órgãos internacionais de proteção dos direitos humanos [...] nunca afirmou que o não nascido seja credor de uma proteção absoluta, irrestrita e incondicional a partir do momento da concepção ou implantação” e “[t]ampouco os Tribunais Constitucionais formularam tal asseveração”. Afirmou que, embora “[o] direito interno pode conceder proteção mais ampla [...], essas ampliações não podem “suprimir o gozo e o exercício dos direitos”. Argumentou que as definições de vários dicionários afirmam que o “momento da fertilização é um processo distinto ao da concepção ou implantação”. Além disso, argumentou que qualquer proteção jurídica da vida a partir da “concepção” deve surgir a partir da implantação do embrião no útero materno, pois antes da implantação exitosa e saudável no útero materno não há nenhuma possibilidade de que se gere um novo ser”. Manifestou que “[p]ostular a fertilização como o surgimento de uma nova pessoa humana é arbitrário e incorreto” e “menospreza também o papel da mãe durante o desenvolvimento no útero”. Por outro lado, argumentou que “o nascimento com vida determina a existência da pessoa humana e o reconhecimento de sua personalidade jurídica”, de maneira que “não é titular de um direito irrestrito e incondicional à vida”, e “[o] não nascido é um bem jurídico, mas não uma pessoa”.
166. O representante May alegou que “o artigo 4.1 [da Convenção Americana não] contempla [...] dentro de seu conteúdo ou *ratio legis* o embrião” e que os tratados internacionais de direitos humanos não contêm “uma referência expressa da qual se possa deduzir que um embrião ou um pré-embrião são vida humana, menos ainda que seja pessoa humana ou ser humano”. Além disso, seria insustentável a “posição da margem de apreciação” porque faria depender o conteúdo substantivo dos direitos humanos da interpretação estatal”. O representante May alegou que “[n]enhum texto internacional, exceto o artigo 4.1 [da Convenção], protege o direito à vida a partir do momento ou processo da concepção ou implantação”, enquanto os “demais instrumentos internacionais se referem unicamente a um direito que protege a vida do ser que nasceu vivo e não ao não nascido”.
167. O Estado alegou que “a evidência científica [...] demonstra que o início da vida humana começa com a concepção, ou seja, com a fertilização ou fecundação”, a qual ocorre quando “as membranas das células do esperma e do óvulo se fundem”. Considerou que “[c]ientificamente o zigoto [e] um adulto são equivalentes [por serem] organismos humanos completos em diferentes etapas do ciclo humano”. Acrescentou que o zigoto “não é simplesmente uma célula humana [...], mas um novo ser humano”, que “abriga todas as instruções necessárias para construir o corpo humano, o qual imediatamente inicia uma complexa sequência de eventos que estabelece as condições moleculares para o contínuo processo de desenvolvimento embrionário” e, “por

divisões sucessivas e diferenciação, formará cada uma das células presentes no embrião, feto, recém-nascido, criança e adulto”. Além disso, afirmou que se deve “prote[ger] ao mais vulnerável dos seres humanos: o embrião e reconhecer sua dignidade intrínseca além de sua vinculação com o útero materno”. Concluiu que “se o embrião humano é [...] um ser humano, em conformidade com a mesma definição que dá o artigo 1.2. [da Convenção], o embrião humano é pessoa”.

168. Em relação a uma interpretação teleológica, o Estado argumentou que, “embora no momento de elaborar a Convenção Americana, em 1968, não se tinha certeza de quando ocorria a concepção, e não existia a [FIV], é claro que a norma obriga os Estados a proteger a vida humana desde sua etapa embrionária mais precoce”, em vista de que “a intenção da maioria dos Estados do sistema interamericano sempre foi proteger a vida humana desde [o] momento da concepção”, razão pela qual os “termos ‘concepção’ e ‘fecundação’ devem ser tratados como sinônimos”. Argumentou que do processo de aprovação da Convenção Americana “se observa claramente que não é verdade que a intenção dos Estados não tenha sido a proteção da vida desde a concepção pois, ao contrário, esse foi o objetivo buscado ao se aprovar a norma, à diferença do que havia ocorrido anos atrás ao se emitir a Declaração Americana”. Alegou que a interpretação da palavra “concepção” não pode ser realizada por meio de referência ao Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola, por não ser “a literatura de referência que normalmente se utiliza para entender termos científicos”, tampouco “foi atualizada a definição de concepção em conformidade com os avanços científicos desde 1947” e uma “interpretação desta natureza tem um caráter restritivo, o que não é permitido pelo artigo 29.1 da Convenção”. Por outro lado, argumentou que “a frase ‘em geral’ está pensada unicamente para casos excepcionais como a legítima defesa, risco de morte da mãe ou aborto involuntário”.
169. Em relação a outros tratados internacionais de direitos humanos, o Estado afirmou que a Declaração Universal de Direitos Humanos “protege o ser humano a partir de sua individualidade, a qual pode ser determinada a partir do momento da união do óvulo e do espermatozoide” e que o “Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos [...] reconhece a vida do embrião de maneira independente à de sua mãe”. Acrescentou que o “direito à vida de forma absoluta foi admitid[o ...] inclusive pelo Comitê de Direitos Humanos”, e que a Convenção sobre os Direitos da Criança protege “[a] criança inclusive antes de nascer”. Sobre este último tratado, alegou que “os Estados acordaram que o conceito [de criança] deveria ter tal amplitude que permitisse que os países que optassem por dar proteção aos menores [de idade] desde antes de seu nascimento pudessem ser parte do instrumento internacional sem ter de modificar sua respectiva legislação”, de modo que argumentou que existe “uma margem de apreciação a fim de conceder a condição de criança aos menores não nascidos”, como o faz a normativa costarriquenha sobre a matéria.
170. Finalmente, o Estado alegou que “a doutrina do consenso moral como fator da margem de apreciação [...] estabeleceu que, a fim de restringi-lo, o consenso deve ser claro e evidente”. A esse respeito, argumentou que: i) não “existe consenso em relação ao estatuto jurídico do embrião”; ii) “não existe consenso sobre o início da vida humana, [portanto] deve-se também conceder margem de apreciação sobre a regulamentação da técnica” da FIV, e iii) não é válido o argumento de que “como existem outros Estados que, por omissão legislativa, permitem a prática da [FIV], a Costa Rica perdeu sua margem de apreciação”. Considerou que “[a] doutrina da margem de apreciação foi amplamente desenvolvida pelo Tribunal Europeu de Direitos Humanos” e que na jurisprudência da Corte Interamericana existem alguns precedentes que “contemplam a possibilidade de o Estado regulamentar determinadas matérias em conformidade com sua discricionariedade”.

#### *Considerações da Corte*

171. A Corte afirmou que o objeto do presente caso se centra em estabelecer se a sentença da Sala Constitucional gerou uma restrição desproporcional dos direitos das supostas vítimas (par. 135 *supra*). A decisão da Sala Constitucional considerou que a Convenção Americana exigia proibir a FIV tal como se encontrava regulamentada no Decreto Executivo (par. 76 *supra*). Para isso, a Sala interpretou o artigo 4.1 da Convenção entendendo que este artigo exigia uma proteção absoluta do embrião (par. 75 *supra*). Por sua vez, o Estado ofereceu argumentos complementares para defender essa interpretação realizada pela Sala. A esse respeito, a Corte analisou com muito detalhe o presente caso tendo em consideração que interveio o mais Alto Tribunal da Costa Rica, e que este em sua sentença, realizou uma interpretação do artigo 4 da Convenção Americana. Entretanto, esta Corte é a intérprete última da Convenção, motivo pelo qual considera relevante precisar o pertinente em relação aos alcances deste direito. Em consequência, o Tribunal analisará se a interpretação da Convenção que argumentou as ingerências ocorridas (par. 75 *supra*) é admissível à luz deste tratado e tendo em consideração as fontes de Direito Internacional pertinentes.



172. Até agora, a jurisprudência da Corte não se pronunciou sobre as controvérsias que o presente caso suscita em relação ao direito à vida. Em casos de execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados e mortes atribuíveis à falta de adoção de medidas por parte dos Estados, a Corte afirmou que o direito à vida é um direito humano fundamental, cujo gozo pleno é um pré-requisito para o desfrute de todos os demais direitos humanos.<sup>261</sup> Em virtude deste papel fundamental designado na Convenção, os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições que se requeiram para que não se produzam violações desse direito. Além disso, a Corte afirmou que o direito à vida pressupõe que nenhuma pessoa seja privada de sua vida arbitrariamente (obrigação negativa) e que os Estados adotem todas as medidas apropriadas para proteger e preservar o direito à vida (obrigação positiva) de todos aqueles que se encontrem sob sua jurisdição.<sup>262</sup> Isso inclui adotar as medidas necessárias para criar um contexto normativo adequado que dissuada qualquer ameaça ao direito à vida e proteger o direito a que não se impeça o acesso às condições que garantam uma vida digna.
173. No presente caso, a Sala Constitucional considerou que estes e outros alcances do direito à vida obrigam a efetuar uma proteção absoluta do embrião no contexto da inviolabilidade da vida desde a concepção (par. 76 *supra*). Para analisar se existe uma obrigação de proteção absoluta nesses termos, a Corte procede a analisar o alcance dos artigos 1.2 e 4.1 da Convenção Americana em relação às palavras “pessoa”, “ser humano”, “concepção” e “em geral”. O Tribunal reitera sua jurisprudência segundo a qual uma norma da Convenção deve ser interpretada de boa fé, de acordo com o sentido comum que há de se atribuir aos termos do tratado em seu contexto e tendo em consideração o objeto e fim da Convenção Americana, qual seja a eficaz proteção da pessoa humana,<sup>263</sup> bem como por meio de uma interpretação evolutiva dos instrumentos internacionais de proteção de direitos humanos<sup>264</sup>. Nesse contexto, a seguir será realizada uma interpretação: i) em conformidade com o sentido comum dos termos; ii) sistemática e histórica; iii) evolutiva, e iv) do objeto e fim do tratado.

C.1) Interpretação de acordo com o sentido comum dos termos

174. O artigo 1 da Convenção Americana estabelece:

1. Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

2. Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano. (Sem grifo no original)

175. O artigo 4.1 da Convenção Americana afirma:

Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.

176. No presente caso, a Corte observa que o conceito de “pessoa” é um termo jurídico que se analisa em muitos dos sistemas jurídicos internos dos Estados Parte. Entretanto, para os propósitos da interpretação do artigo 4.1, a definição de pessoa está ancorada às menções que se fazem no tratado em relação à “concepção” e ao “ser humano”, termos cujo alcance deve-se avaliar a partir da literatura científica.
177. O Tribunal constata que a Sala Constitucional optou por uma das posturas científicas sobre este tema para definir desde quando se considerava que começa a vida (par. 73 *supra*). A partir disso, a Sala Constitucional entendeu que a concepção seria o momento em que se fecunda o óvulo e assumiu que a partir desse momento existia uma pessoa titular do direito à vida (par. 73 *supra*).
178. A esse respeito, no presente caso as partes também enviaram como prova um conjunto de artigos científicos e de pareceres periciais que a seguir serão utilizados para determinar o alcance da interpretação literal dos termos “concepção”, “pessoa” e “ser humano”. Além disso, a Corte se referirá ao significado literal da expressão “em geral” estabelecida no artigo 4.1 da Convenção.

261. Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros)*. Sentença de 19 de novembro de 1999. Série C N° 63, par. 144, e *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de agosto de 2010. Série C N° 214, par. 186.

262. Cf. *Caso do Massacre de Pueblo Bello Vs. Colômbia*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 31 de janeiro de 2006. Série C N° 140, par. 120, e *Caso dos Massacres de El Mozote e Lugares vizinhos Vs. El Salvador*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 25 de outubro de 2012. Série C. N° 252, par. 145.

263. *Mutatis mutandi, Caso González e outras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C N° 205, par. 33.

264. Cf. *Caso Ivcher Bronstein Vs. Peru*. Competência. Sentença de 24 de setembro de 1999. Série C N° 54, par. 38, e *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) Vs. México*. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C N° 205, par. 244, par. 33.

179. O Tribunal faz notar que a prova nos autos evidencia como a FIV transformou a discussão sobre como era entendido o fenômeno “da concepção”. De fato, a FIV reflete que pode passar um tempo entre a união do óvulo e do espermatozoide, e a implantação. Por tal razão, a definição de “concepção”, que tinham os redatores da Convenção Americana, mudou. Antes da FIV não era contemplada cientificamente a possibilidade de realizar fertilizações fora do corpo da mulher.<sup>265</sup>
180. A Corte observa que no contexto científico atual se destacam duas leituras diferentes do termo “concepção”. Uma corrente entende “concepção” como o momento de encontro, ou de fecundação, do óvulo pelo espermatozoide. Da fecundação se gera a criação de uma nova célula: o zigoto. Determinada prova científica considera o zigoto como um organismo humano que abriga as instruções necessárias para o desenvolvimento do embrião.<sup>266</sup> Outra corrente entende “concepção” como o momento de implantação do óvulo fecundado no útero.<sup>267</sup> O anterior, em razão de que a implantação do óvulo fecundado no útero materno possibilita a conexão da nova célula, o zigoto, com o sistema circulatório materno que lhe permite ter acesso a todos os hormônios e outros elementos necessários para o desenvolvimento do embrião.<sup>268</sup>
181. Por sua vez, o perito Zegers afirmou que quando foi assinada a Convenção Americana, em 1969, a Real Academia da Língua Espanhola definia “concepção” como “ação e efeito de conceber”,<sup>269</sup> “conceber” como “ficar grávida a fêmea” e “fecundar”<sup>270</sup> como “unir-se o elemento reprodutor masculino ao feminino para dar origem a um novo ser”.<sup>271</sup> A Corte observa que o Dicionário atual da Real Academia da Língua Espanhola mantém quase por completo as definições das palavras anteriormente mencionadas.<sup>272</sup> Além disso, o perito afirmou que:

uma mulher concebeu quando o embrião se implantou em seu útero [...]. [A] palavra concepção faz referência explícita à gravidez ou gestação[, que] começa com a implantação do embrião[.] [...] já que **a concepção ou gestação é um evento da mulher, não do embrião**. Somente há evidências da presença de um embrião quando este se uniu celularmente à mulher e os sinais químicos deste evento podem ser identificados nos fluidos da mulher. Este sinal corresponde a um hormônio chamado Gonadotropina Coriônica e **o mais precoce que pode ser detectado é sete dias depois da fecundação, com o embrião já implantado no endométrio**.<sup>273</sup> (Sem grifo no original)

182. Por outro lado, segundo o perito Monroy Cabra, a palavra concepção é “um termo médico-científico e foi

265. A esse respeito, o perito Zegers afirmou que “em 1969, ninguém imaginou que seria possível gerar vida humana fora do corpo da mulher. Foram 10 anos mais tarde que foi comunicado pela primeira vez o nascimento do primeiro bebê usando TRA”. Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2846).

266. Cf. *Inter alia*, os seguintes artigos científicos apresentados pelo Estado: Tanya Lobo Prada, *Início de la vida* (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6653 a 6656); Maureen L. Condic, *Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral status of Early Embryos*, em: *Is this cell a Human Being?*, Springer-Verlag Berlin, 2011 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6576 a 6594); Maureen L. Condic, *When Does Human Life Begin? A Scientific Perspective*, em: *The Westchester Institute For Ethics & the Human Person*, Vol 1, n° 1, 2008 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6621 a 6648); Jerome Lejeune, *El Origen de la Vida Humana*, em: *Diário ABC*, Madrid, 1983 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folha 6652), e Natalia Lopez Moratalla e María J. Iraburu Elizalde, *Los primeros quince días de una vida humana*, Edições Universidade de Navarra, 2004 (expediente de anexos à contestação, tomo VI, folhas 9415 a 9503).

267. Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2846).

268. Cf. *Inter alia*, os seguintes artigos científicos apresentados pelo Estado: Tanya Lobo Prada, *Início de la vida* (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6653 a 6656); Maureen L. Condic, *Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral status of Early Embryos*, em: *Is this cell a Human Being?*, Springer-Verlag Berlin, 2011 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6576 a 6594); Maureen L. Condic, *When Does Human Life Begin? A Scientific Perspective*, em: *The Westchester Institute For Ethics & the Human Person*, Vol 1, n° 1, 2008 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6621 a 6648); Jerome Lejeune, *El Origen de la Vida Humana*, em: *Diário ABC*, Madrid, 1983 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folha 6652), e Natalia Lopez Moratalla e María J. Iraburu Elizalde, *Los primeros quince días de una vida humana*, Edições Universidade de Navarra, 2004, (expediente de anexos à contestação, tomo VI, folhas 9415 a 9503).

269. Cf. Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola, edição de 1956. Disponível em: <http://ntlle.rae.es/ntlle/SrvltGUIMenuNtlle?cmd=Lema&sec=1.0.0.0.0>. (Último acesso em 28 de novembro de 2012).

270. Cf. Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola, edição de 1956. Disponível em: <http://ntlle.rae.es/ntlle/SrvltGUIMenuNtlle?cmd=Lema&sec=1.1.0.0.0>. (Último acesso em 28 de novembro de 2012).

271. Cf. Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola, edição de 1956. Disponível em: <http://ntlle.rae.es/ntlle/SrvltGUIMenuNtlle?cmd=Lema&sec=1.2.0.0.0>. (Último acesso em 28 de novembro de 2012). Em sentido similar, a perita Bergallo declarou que o dicionário da Real Academia, “vigente na edição 19, que era a vigente na época de elaboração da Convenção, definia concepção incluindo o dado da fecundação e da proteção do embrião implantado”. Declaração da perita Paola Bergallo perante a Corte durante a audiência pública realizada no presente caso.

272. A esse respeito, o Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola atualmente vigente define “concepção” como “ação e efeito de conceber”. A palavra “conceber” é definida em sua terceira acepção como “dito de uma fêmea: Ficar grávida”. E a palavra “fecundar” é definida como “unir a célula reprodutora masculina à feminina para dar origem a um novo ser”. Disponível em: <http://lema.rae.es/drae/?val=concepci%C3%B3n>; <http://lema.rae.es/drae/?val=concebir>, e <http://lema.rae.es/drae/?val=fecundar> (Último acesso em 28 de novembro de 2012).

273. Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2846). Além disso, o perito Zegers afirmou que “[s]e a intenção houvesse sido definir o direito à proteção desde o momento da fecundação, haveria sido usada essa palavra que no dicionário define perfeitamente tal evento”. Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2846).

interpretado no sentido de que é produzido [com] a fusão entre o óvulo e o espermatozoide”.<sup>274</sup> Em termos parecidos, a perita Condic considerou que “a vida humana inicia na fusão espermatozoide-óvulo, um ‘momento de concepção’ observável”.<sup>275</sup>

183. Então, além destas duas possíveis hipóteses sobre o momento em que se deve entender que ocorre a “concepção”, as partes apresentaram uma discussão diferente em relação ao momento em que se considera que o embrião alcançou um grau de maturidade tal para ser considerado “ser humano”. Algumas posturas afirmam que o início da vida começa com a fecundação, reconhecendo o zigoto como a primeira manifestação corporal do contínuo processo do desenvolvimento humano,<sup>276</sup> enquanto outras consideram que o ponto de partida do desenvolvimento do embrião, e então de sua vida humana, é sua implantação no útero onde tem a capacidade de somar seu potencial genético com o potencial materno.<sup>277</sup> Além disso, outras posturas ressaltam que a vida começaria quando se desenvolve o sistema nervoso.<sup>278</sup>
184. A Corte observa que, embora alguns artigos afirmem que o embrião é um ser humano,<sup>279</sup> outros artigos ressaltam que a fecundação ocorre em um minuto, mas que o embrião se forma sete dias depois, razão pela qual se alude ao conceito de “pré-embrião”.<sup>280</sup> Algumas posturas associam o conceito de pré-embrião aos primeiros 14 dias, porque depois disso se sabe se há uma criança ou mais.<sup>281</sup> A perita Condic, o perito Caruso e determinada literatura científica rejeitam estas ideias associadas ao conceito de pré-embrião.<sup>282</sup>
185. Por outro lado, em relação à controvérsia sobre quando começa a vida humana, a Corte considera que se trata de uma questão apreciada de diversas formas sob uma perspectiva biológica, médica, ética, moral, filosófica e religiosa, e coincide com tribunais internacionais e nacionais,<sup>283</sup> no sentido de que não existe uma

274. Declaração do perito Monroy Cabra perante a Corte Interamericana durante a audiência pública realizada no presente caso.

275. Declaração perante agente dotado de fé pública da perita Condic (expediente de mérito, tomo V, folha 2592).

276. Nesse sentido, *inter alia*: Tanya Lobo Prada, *Início de la vida* (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6653 a 6656), e Maureen L. Condic, *Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral Status of Early Embryos*, em: *Is this cell a Human Being?*, Springer-Verlag Berlin, 2011 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6576 a 6594).

277. Cf. Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2846).

278. A esse respeito, a perita Condic afirmou que “um número de definições alternativas de quando inicia a vida humana foram oferecidas, incluindo a singamia (aproximadamente 24 horas depois da fusão espermatozoide-óvulo), implantação (aproximadamente cinco dias depois da fusão espermatozoide-óvulo), formação da linha primitiva (aproximadamente 14 dias depois da fusão espermatozoide-óvulo) e início da função cerebral”. Declaração perante agente dotado de fé pública da perita Condic (expediente de mérito, tomo V, folha 2589).

279. Cf. *Inter alia*, os seguintes artigos científicos apresentados pelo Estado: Tanya Lobo Prada, *Início de la vida* (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6653 a 6656); Maureen L. Condic, *Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral Status of Early Embryos*, em: *Is this cell a Human Being?*, Springer-Verlag Berlin, 2011 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6576 a 6594); Maureen L. Condic, *When Does Human Life Begin? A Scientific Perspective*, em: *The Westchester Institute For Ethics & the Human Person*, Vol 1, n° 1, 2008 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folhas 6621 a 6648); Jerome Lejeune, *El Origen de la Vida Humana*, em: *Diário ABC*, Madrid, 1983 (expediente de anexos à contestação, tomo I, folha 6652), e Natalia Lopez Moratalla e María J. Iraburu Elizalde, *Los primeros quince días de una vida humana*, Edições Universidade de Navarra, 2004 (expediente de anexos à contestação, tomo VI, folhas 9415 a 9503).

280. O declarante a título informativo Escalante afirmou que “[d]esde o momento da fertilização ou fecundação – ou seja penetração do espermatozoide no óvulo – e durante os 14 dias seguintes, o óvulo fertilizado consiste em um grupo celular crescente, com células idênticas, onde não há tecidos especializados nem órgãos. Neste período (pré-embrião) não há individualidade já que uma de oito células pode se dividir em duas de quatro e se ambos implantam, nasceriam gêmeos idênticos e igualmente, a fusão de duas de quatro células em uma de 8, faria nascer somente um bebê”. Declaração do declarante a título informativo Escalante (expediente de mérito, tomo V, folha 2441).

281. A esse respeito, o declarante a título informativo Escalante afirmou que “antes dos 14 dias na formação da espécie humana não existe individualidade. [...] Portanto, uma paciente que tenha, por exemplo, dois embriões em um laboratório de FIV em preparação para sua transferência, dois ou três dias depois, mesmo que tenha ‘filhos em processo’, não está grávida”. Declaração do declarante a título informativo Escalante (expediente de mérito, tomo V, folha 2386).

282. A esse respeito, o perito Caruso manifestou que “desconhecia o que era um “pré-embrião”. O termo foi utilizado pela primeira vez por um biólogo de rãs, Clifford Grobstein, em 1979. Ele acreditava que em razão de que os gêmeos idênticos podem surgir até os 14 dias depois da fertilização, antes disso, somente um “indivíduo genético” está presente, não um indivíduo em desenvolvimento e, portanto, um embrião ou “pessoa” não estava presente. Entretanto, o termo “pré-embrião” e individualidade foram desacreditados por quase todos os biólogos humanos e rechaçado pelo Comitê de Nomenclatura da Associação Americana de Anatomistas para a inclusão na Terminologia Embrionária. Estes termos não são utilizados em nenhum livro oficial de Embriologia Humana ou nas Etapas de Carnegie do Desenvolvimento Embrionário”. Resumo escrito da perícia apresentada por Anthony Caruso na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2937.216). Além disso, a perita Condic afirmou que “[a]lguns tentaram se referir a um embrião prévio à singamia (ou prévio à implantação ou à formação da linha primitiva, ver abaixo) como um “pré-embrião”, mas este não é um termo científico legítimo”. Declaração perante agente dotada de fé pública da perita Condic (expediente de mérito, tomo V, folha 2590).

283. Em relação a decisões de tribunais constitucionais: Corte Suprema dos Estados Unidos, *Caso Roe Vs. Wade*, 410 U.S. 115, 157 (1973) (“Não necessitamos resolver a difícil questão de quando começa a vida. Se os que estão formados em suas respectivas disciplinas da medicina, filosofia e teologia não conseguem chegar a nenhum consenso, a judicatura [...] não está em situação de especular uma resposta”). Tribunal Supremo de Justiça do Reino Unido. *Caso Smeaton Vs. The Secretary of State for Health*, [2002] EWHC 610 (Admin), Voto do juiz Munby, par. 54 e 60 (“Não é parte de minha função, tal como a concebo, determinar o momento em que começa a vida [...]. Assim, mesmo a biologia e a medicina não podem nos dizer o momento preciso em que “a vida” realmente comece”). Corte Suprema de Justiça da Irlanda, *Caso Roche Vs. Roche & Ors*, Sentença de 15 de dezembro de 2009. [2009] IESC 82, Voto do juiz Murray C.J (“Na minha opinião, não deve ser um tribunal de leis, confrontado com as opiniões mais divergentes, mesmo que as mais eruditas disponíveis nas citadas disciplinas, pronunciar-se sobre a verdade do momento preciso quando começa a vida humana); Voto do juiz Denham J, par. 46 (Este não é o espaço adequado para tratar de

definição consensual sobre o início da vida.<sup>284</sup> Entretanto, para a Corte é claro que há opiniões que veem nos óvulos fecundados uma vida humana plena. Alguns destes pensamentos podem ser associados a opiniões que conferem certos atributos metafísicos aos embriões. Estas opiniões não podem justificar que se conceda prevalência a algum tipo de literatura científica no momento de interpretar o alcance do direito à vida consagrado na Convenção Americana, pois isso implicaria impor um tipo de crenças específicas a outras pessoas que não as compartilham.

186. Apesar do anterior, a Corte considera que é procedente definir, em conformidade com a Convenção Americana, como deve ser interpretado o termo “concepção”. A esse respeito, a Corte ressalta que a prova científica concorda em diferenciar dois momentos complementares e essenciais no desenvolvimento embrionário: a fecundação e a implantação. O Tribunal observa que somente ao se cumprir o segundo momento se fecha o ciclo que permite entender que existe a concepção. Tendo em consideração a prova científica apresentada pelas partes no presente caso, o Tribunal constata que, embora ao ser fecundado o óvulo dê lugar a uma célula diferente e com a informação genética suficiente para o possível desenvolvimento de um “ser humano”, a verdade é que se este embrião não se implanta no corpo da mulher, suas possibilidades de desenvolvimento são nulas. Se um embrião nunca conseguisse se implantar no útero, não poderia se desenvolver, já que não receberia os nutrientes necessários, nem estaria em um ambiente adequado para seu desenvolvimento (par. 180 *supra*).
187. Nesse sentido, a Corte entende que o termo “concepção” não pode ser compreendido como um momento ou processo excludente do corpo da mulher, em vista de que um embrião não tem nenhuma possibilidade de sobrevivência se a implantação não acontece. Prova do anterior, é que somente é possível estabelecer se foi produzida ou não uma gravidez uma vez que se implantou o óvulo fecundado no útero, ao se produzir o hormônio denominado “Gonodotropina Coriônica”, que somente é detectável na mulher que tem um embrião unido a ela.<sup>285</sup> Antes disso, é impossível determinar se no interior do corpo ocorreu a união entre o óvulo e um espermatozoide e se esta união se perdeu antes da implantação. Além disso, já foi afirmado que, no momento de ser redigido o artigo 4 da Convenção Americana, o dicionário da Real Academia diferenciava entre o momento da fecundação e o momento da concepção, entendendo concepção como implantação (par. 181 *supra*). Ao se estabelecer o pertinente na Convenção Americana não foi feita menção ao momento da fecundação.
188. Por outro lado, em relação à expressão “em geral”, o Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola afirma que significa “em comum, geralmente” ou “sem especificar nem individualizar nenhuma coisa”.<sup>286</sup> Segundo a estrutura da segunda frase do artigo 4.1 da Convenção, o termo “em geral” está relacionado com a expressão “a partir da concepção”. A interpretação literal afirma que esta expressão está relacionada com a previsão de possíveis exceções a uma regra particular. Os demais métodos de interpretação permitirão entender o sentido de uma norma que contempla exceções.
189. Tendo em consideração o anterior, o Tribunal entende o termo “concepção” desde o momento em que ocorre a implantação, razão pela qual considera que antes deste evento não procede aplicar o artigo 4 da Convenção Americana. Além disso, a expressão „em geral“ permite inferir exceções a uma regra, mas a interpretação segundo o sentido comum não permite precisar o alcance destas exceções.

definir “a vida”, “o começo da vida”, “o momento que a alma entra no feto”, “vida em potencial”, “a singular vida humana”, quando começa a vida, ou outros imponderáveis relacionados com o conceito da vida. Este não é o foro apropriado para decidir princípios da ciência, da teologia ou da ética. Este é um tribunal de leis ao qual foi pedido interpretar a Constituição e tomar uma decisão jurídica sobre a interpretação de um artigo da Constituição). Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-355 de 2006 (Considera esta Corporação que determinar o momento exato a partir do qual se inicia a vida humana é um problema ao qual se deu várias respostas, não somente sob distintas perspectivas como a genética, a médica, a religiosa, ou a moral, entre outras, mas também em virtude dos diversos critérios expostos por cada um dos respectivos especialistas, e cuja avaliação não corresponde à Corte Constitucional nesta decisão). TEDH, *Caso Vo. Vs. França*, (n° 53924/00), GC, Sentença de 8 de julho de 2004, par. 84.

284. Cf. Maureen L. Condic; ‘*Preimplantation Stages of Human Development: The Biological and Moral status of Early Embryos*’ (expediente de anexos à contestação da demanda, tomo III, folhas 6580 a 6594). Em particular, afirmou-se que “[a]tualmente há pouco consenso entre cientistas, filósofos, éticistas e teólogos sobre o momento em que começa a vida humana. Enquanto muitos afirmam que a vida começa “no momento da concepção”, não se definiu rigorosamente e precisamente quando ocorre este momento. De fato, os órgãos legislativos de diferentes países definiram o “momento” da concepção de maneira muito diferente. Por exemplo, o Canadá define o embrião humano como “um organismo humano durante os primeiros 56 dias de seu desenvolvimento depois da fecundação ou da criação”, que é muito similar à definição proposta nos Estados Unidos da América. Recentes declarações de bioeticistas, políticos e cientistas sugeriram que a vida humana começa ainda mais tarde, na etapa das oito células (aproximadamente três dias depois da fecundação) (por exemplo, Peters 2006); quando o embrião se implanta no útero, 5-6 dias depois da fecundação; Agar (2007), Hatch (2002), ou no momento da formação da linha primitiva (2 semanas depois da fecundação).

285. Cf. Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2846).

286. Cf. Dicionário da Real Academia da Língua Espanhola. Disponível em: <http://lema.rae.es/drae/?val=en%20geral> (Último acesso em 28 de novembro de 2012).

190. Por outro lado e levando em consideração que o artigo 4.1 é assunto matéria da discussão do presente caso e o foi no âmbito do debatido perante a Sala Constitucional, o Tribunal considera pertinente interpretar este artigo utilizando os seguintes métodos de interpretação, a saber, a interpretação sistemática e histórica, evolutiva e teleológica.

C.2) Interpretação sistemática e histórica

191. A Corte ressalta que, segundo o argumento sistemático, as normas devem ser interpretadas como parte de um todo cujo significado e alcance devem ser determinados em função do sistema jurídico ao qual pertencem.<sup>287</sup> Nesse sentido, o Tribunal considerou que “ao dar interpretação a um tratado não somente são levados em consideração os acordos e instrumentos formalmente relacionados com este (inciso segundo do artigo 31 da Convenção de Viena), mas também o sistema dentro do qual se inscreve (inciso terceiro do artigo 31)”,<sup>288</sup> isto é, o Direito Internacional dos Direitos Humanos.

192. No presente caso, a Sala Constitucional e o Estado apresentaram seus argumentos a partir de uma interpretação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (doravante denominado “PIDCP”), da Convenção sobre os Direitos da Criança e da Declaração dos Direitos da Criança de 1959. Em particular, o Estado afirmou que outros tratados distintos à Convenção Americana exigem a proteção absoluta da vida pré-natal. A Corte entra a analisar esta alegação a partir de uma apreciação geral do disposto nos sistemas de proteção em relação à proteção do direito à vida. Portanto, serão analisados: i) o Sistema Interamericano; ii) o Sistema Universal; iii) o Sistema Europeu, e iv) o Sistema Africano.

193. Por outro lado, segundo o artigo 32 da Convenção de Viena, os meios complementares de interpretação, em especial os trabalhos preparatórios do tratado, são utilizáveis para confirmar o sentido resultante daquela interpretação ou quando esta deixe ambíguo ou obscuro o sentido ou conduza a um resultado manifestamente absurdo ou não razoável.<sup>289</sup> O anterior implica que costumam ser utilizados somente de forma subsidiária,<sup>290</sup> depois de haver utilizado os métodos de interpretação consagrados no artigo 31 da Convenção de Viena, com o objetivo de confirmar o sentido que se encontrou ou para estabelecer se subsiste uma ambiguidade na interpretação ou se a aplicação é absurda ou não razoável. Entretanto, no presente caso, a Corte considera relevante para a determinação da interpretação dos termos do artigo 4.1 da Convenção Americana o disposto no artigo 31.4 da Convenção de Viena, segundo o qual se dará a um termo um sentido especial se consta que tal foi a intenção das partes. Portanto, a interpretação do texto do artigo 4.1 da Convenção se relaciona diretamente com o significado que os Estados Parte da Convenção Americana pretendiam atribuir.

*C.2.a) Sistema Interamericano de Direitos Humanos*

i) Trabalhos preparatórios da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem

194. Em conformidade com a resolução XL da Conferência Interamericana sobre Problemas da Guerra e da Paz, realizada em 1945, o Comitê Jurídico Interamericano formulou um Projeto de uma Declaração Internacional dos Direitos e Deveres do Homem para consideração da Nona Conferência Internacional dos Estados Americanos, em 1948.<sup>291</sup> Na Conferência se analisou este texto e o texto preliminar para a Declaração Internacional dos Direitos Humanos preparada pelas Nações Unidas em dezembro de 1947.<sup>292</sup>

195. O artigo I do Projeto apresentado pelo Comitê Jurídico expressava o seguinte sobre o direito à vida:

Toda pessoa tem direito à vida, inclusive os que estão por nascer, bem como os incuráveis, dementes e débeis mentais.

287. Cf. *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C N° 205, par. 43.

288. Cf. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1° de outubro de 1999. Série A N° 16, par. 113, e *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparações e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C N° 192.

289. Cf. *Restrições à Pena de Morte (artigos 4.2 e 4.4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos)*. Parecer Consultivo OC-3/83 de 8 de setembro de 1983. Série A N° 3, par. 49.

290. Cf. *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C N° 205, par. 68.

291. Cf. Comitê Jurídico Interamericano, *Recomendações e Relatórios, Documentos Oficiais, 1945-1947*, Rio de Janeiro, 1960, págs. 61-115.

292. Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Relatório n° 23/81, OEA/Ser.LV/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), par. 19.a)

A pena capital somente pode ser aplicada nos casos em que uma lei preexistente a tenha estabelecido para crimes de excepcional gravidade.<sup>293</sup>

196. Posteriormente, formou-se um grupo de trabalho,<sup>294</sup> que apresentou à Sexta Comissão um novo texto preliminar com o título de Declaração Americana dos Direitos e Deveres Essenciais do Homem,<sup>295</sup> cujo novo artigo I dizia:

Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade, à segurança e à integridade de sua pessoa.<sup>296</sup>

197. Este novo artigo e outras mudanças introduzidas foram explicadas pelo grupo de trabalho em seu relatório à Sexta Comissão, como um arranjo ao qual se chegou para resolver os problemas suscitados pelas delegações de Argentina, Brasil, Cuba, Estados Unidos, México, Peru, Uruguai e Venezuela, principalmente como consequência do conflito entre as leis desses Estados e o texto preliminar do Comitê Jurídico,<sup>297</sup> em vista de que a definição do alcance do direito à vida no Projeto do Comitê Jurídico era incompatível com as leis sobre a pena capital e o aborto na maioria dos Estados americanos.<sup>298</sup>

198. Em 22 de abril de 1948, o artigo I da Declaração foi aprovado pela Sexta Comissão com uma pequena mudança de redação no texto.<sup>299</sup> O texto definitivo da Declaração foi aprovado na sétima sessão plenária da conferência em 30 de abril de 1948.<sup>300</sup> A única diferença na última versão foi a supressão da referência à „integridade“,<sup>301</sup> sendo a versão finalmente aprovada a seguinte:

Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança de sua pessoa.<sup>302</sup>

199. A Corte observa que vários países, entre estes Argentina, Brasil, Costa Rica, Cuba, Equador, México, Nicarágua, Paraguai, Peru, Uruguai e Venezuela, estabeleciam no direito interno exceções à penalização do aborto em casos de perigo para a vida da mulher, grave perigo para a saúde da mulher, abortos eugênicos, ou em casos de estupro.<sup>303</sup>

200. Tendo em consideração estes antecedentes da Declaração Americana, a Corte considera que os trabalhos preparatórios não oferecem uma resposta definitiva sobre o ponto em controvérsia.

#### ii) Trabalhos preparatórios da Convenção Americana sobre Direitos Humanos

201. Na Quinta Reunião de Consulta de Ministros das Relações Exteriores da OEA, realizada em 1959, foi decidido promover a preparação de uma Convenção de Direitos Humanos, e foi encomendado ao Conselho Interamericano de Juristas a preparação de um projeto para esse fim.<sup>304</sup> O Conselho Interamericano de Juristas elaborou este projeto<sup>305</sup> com o propósito de que fosse considerado na Nona Conferência Internacional Americana, marcada para ser realizada em 1960. O Conselho Interamericano levou em consideração as experiências do Sistema Europeu de Direitos Humanos com a Convenção Europeia de Direitos Humanos e do Sistema Universal de Direitos Humanos das Nações Unidas. Em relação ao direito à vida, foi incorporado no artigo 2 do projeto a seguinte formulação:

Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito estará protegido pela lei a partir do momento da concepção. Ninguém poderá ser privado da vida arbitrariamente.<sup>306</sup>

293. Cf. IX Conferência Internacional Americana–Atas e Documentos, Vol. V, pág. 449.

294. Cf. IX Conferência Internacional Americana–Atas e Documentos, Vol. V, págs. 474 e 475.

295. Cf. IX Conferência Internacional Americana–Atas e Documentos, Vol. V, págs. 476 e 478.

296. Cf. IX Conferência Internacional Americana–Atas e Documentos, Vol. V, pág. 479.

297. Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Relatório nº 23/81, OEA/Ser.LV/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), par. 19.d) (citando IX. Conferência Internacional Americana–Atas e Documentos, Vol. V, pp. 474-484, 513-514).

298. Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Relatório nº 23/81, OEA/Ser.LV/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), par. 19.e).

299. IX. Conferência Internacional Americana–Atas e Documentos, Vol. V, pág. 578. O texto ficou assim: “Todo ser humano tem direito à vida, à liberdade e à segurança e integridade de sua pessoa”.

300. Cf. IX. Conferência Internacional Americana–Atas e Documentos, Vol. I, págs. 231, 234 e 236.

301. Cf. IX. Conferência Internacional Americana–Atas e Documentos, Vol. VI, pág. 248.

302. Cf. IX. Conferência Internacional Americana–Atas e Documentos, Vol. VI, p. 248, Vol. I, págs. 231, 234 e 236.

303. Cf. Luis Jiménez de Asua, *Códigos Penais Ibero-Americanos*, Vols. I, II, citado em Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Caso Baby Boy Vs. Estados Unidos de América*, Res. nº 23/81, Caso 2141 (1981), par. 19.f).

304. Cf. *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 97.

305. Aprovado em 8 de setembro de 1959, por Resolução nº XX do Conselho Interamericano de Juristas; Doc. CIJ-41, 1959.

306. Cf. *Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos*, aprovado pela Quarta Reunião do Conselho Interamericano de Juristas, Ata Final, Santiago do Chile, setembro, 1959, Doc. CIJ-43, em: *Anuário Interamericano de Direitos Humanos*, 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

202. Tal redação, sem a expressão “em geral”, a qual foi incorporada posteriormente, havia sido proposta pelos três projetos nos quais se baseou a Convenção Americana.<sup>307</sup>
203. Posteriormente, a Segunda Conferência Interamericana Extraordinária de 1965 encomendou ao Conselho da OEA que atualizasse e completasse o “Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos” elaborado pelo Conselho Interamericano de Juristas em 1959, levando em consideração os Projetos de Convenção apresentados pelos Estados do Chile e do Uruguai, e ouvindo o critério da Comissão Interamericana de Direitos Humanos.<sup>308</sup>
204. Para conciliar as diferentes opiniões sobre a formulação „desde o momento da concepção“, suscitadas desde a IX Conferência Internacional Americana de Bogotá em 1948, à raiz das legislações dos Estados americanos que permitiam o aborto, a Comissão Interamericana de Direitos Humanos revisou o artigo 2 (direito à vida) e decidiu introduzir, antes da formulação “desde o momento da concepção”, as palavras „em geral“.<sup>309</sup> Esse arranjo deu origem ao novo texto do artigo 2.1, que afirmava:
- Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei, em geral, desde o momento da concepção.<sup>310</sup>
205. Esta proposta foi revisada pelo relator da Comissão, que reiterou sua opinião dissidente e propôs a eliminação da formulação „em geral, desde o momento da concepção“, a fim de evitar toda possibilidade de conflito com o inciso 1.º do artigo 6 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, que estabelece este direito unicamente de forma geral.<sup>311</sup> Entretanto, a Comissão considerou que, “por razões de princípio, era fundamental consagrar a proteção do direito à vida na forma como havia recomendado ao Conselho da Organização dos Estados Americanos em seu parecer (primeira parte)”.<sup>312</sup> Portanto, decidiu manter sem mudanças o texto do artigo 2.1 da proposta.
206. Na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, realizada de 7 a 22 de novembro de 1969, que aprovou a Convenção Americana, as delegações da República Dominicana e do Brasil apresentaram emendas separadas de eliminação da expressão „em geral, desde o momento da concepção“.<sup>313</sup>
207. A delegação da República Dominicana considerou, em relação ao texto do direito à vida (artigo 3), que “se fortaleceriam os conceitos universais dos direitos humanos se o texto interamericano fosse igual ao que se adotou nas Nações Unidas, no Artigo 6(1) do Pacto”.<sup>314</sup>
208. A delegação do Brasil justificou sua proposta de eliminação considerando que “[e]sta cláusula final é vaga e, por isso, não terá eficácia para impedir que os Estados Partes na futura convenção incluam em suas leis internas os

307. Cf. *Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos*, aprovado pela Quarta Reunião do Conselho Interamericano de Juristas, Santiago do Chile, setembro, 1959; o Projeto da Convenção sobre Direitos Humanos apresentado pelo Governo do Chile à Segunda Conferência Interamericana Extraordinária, Rio de Janeiro, 1965, doc. 35, e o Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos apresentado pelo Governo do Uruguai à Segunda Conferência Interamericana Extraordinária, Rio de Janeiro, 1965, doc. 49, Cf. *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, págs. 236, 280 e 298.

308. Também foi encomendado ao Conselho da OEA que este projeto revisado fosse submetido aos governos para que formulassem as observações e emendas que considerassem pertinentes e que convocasse uma Conferência Especializada Interamericana para considerar o projeto, as observações e aprovar a Convenção. O Conselho da OEA solicitou a opinião da Comissão Interamericana e esta, por sua vez, emitiu um parecer sobre a matéria que transmitiu ao Conselho da OEA em 4 de novembro de 1966 (Primeira Parte) e em 10 de abril de 1967 (Segunda Parte). Cf. “Parecer da Comissão Interamericana de Direitos Humanos relativo ao projeto de Convenção sobre Direitos Humanos aprovado pelo Conselho Interamericano de Juristas (Direitos civis e políticos) Primeira Parte”, OEA/Ser.L/V/II.15/doc.26, e “Parecer da Comissão Interamericana de Direitos Humanos relativo ao Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos aprovado pelo Conselho Interamericano de Juristas, Segunda Parte”, OEA/Ser.L/V/II.16/doc.8., em: *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, págs. 320 ss. e 334 ss. Ademais, por Resolução de 7 de junho de 1967, o Conselho da OEA formulou uma consulta aos governos dos Estados membros sobre a possibilidade da coexistência dos Pactos assinados nas Nações Unidas e uma Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos. Posteriormente, o Conselho encomendou à Comissão Interamericana de Direitos Humanos a redação de um texto revisado e completo para um Anteprojeto da Convenção. Cf. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969, Atas e Documentos, Secretaria Geral, OEA, Washington, D.C., OEA/Ser.K/XVI/1.2.

309. Cf. “Parecer da Comissão Interamericana de Direitos Humanos relativo ao Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos aprovado pelo Conselho Interamericano de Juristas (Direitos civis e políticos) Primeira Parte”, OEA/Ser.L/V/II.15/doc.26, em: *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 320.

310. Cf. *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 321.

311. *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 98.

312. *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 98.

313. Cf. “Observações e Comentários ao Projeto de Convenção sobre Proteção dos Direitos Humanos apresentados pelo Governo da República Dominicana, 20 de junho de 1969”, e “Observações e Emendas ao Projeto de Convenção Interamericana sobre Proteção dos Direitos Humanos apresentadas pelo Governo do Brasil, 10 de novembro de 1969”, em: Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969, Atas e Documentos, Secretaria Geral, OEA, Washington, D.C., OEA/Ser.K/XVI/1.2, págs. 50 ss., e 121 ss.

314. Cf. “Observações e Comentários ao Projeto de Convenção sobre Proteção dos Direitos Humanos apresentados pelo Governo da República Dominicana, 20 de junho de 1969”, pág. 57.

mais variados casos de aborto”.<sup>315</sup> Alegou que “[e]sta cláusula pod[ia] provocar dúvidas que dificultar[iam] não somente a aceitação deste artigo, como sua aplicação, se prevalecesse [esta] redação”,<sup>316</sup> e concluiu que “[m]elhor ser[ia], assim, que [fosse] eliminada a cláusula `em geral desde o momento da concepção´, pois e[ra] matéria que dev[ia] ser deixada à legislação de cada país”.<sup>317</sup>

209. A delegação dos Estados Unidos, apoiando a posição do Brasil, sugeriu que “se acomod[asse] este texto com o Artigo 6, parágrafo 1, do Pacto sobre Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas”.<sup>318</sup>

210. A delegação do Equador propôs a eliminação das palavras „em geral“,<sup>319</sup> e o delegado da Venezuela considerou que “em relação ao direito à vida, desde o momento da concepção do ser humano, não pode haver concessões”,<sup>320</sup> de modo que considerou “inaceitável uma Convenção que não consagre este princípio”.<sup>321</sup>

211. Finalmente, por voto da maioria, a conferência adotou o texto preliminar submetido pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos,<sup>322</sup> o qual continua até o presente como texto do artigo 4.1 da Convenção Americana.

212. No momento de ratificar a Convenção, somente o México fez uma declaração interpretativa, esclarecendo que, “em relação ao parágrafo 1 do Artigo 4, considera que a expressão `em geral´ [...] não constitui obrigação de adotar ou manter em vigor legislação que proteja a vida `a partir do momento da concepção´ já que esta matéria pertence ao domínio reservado dos Estados”.<sup>323</sup>

213. Por outro lado, em virtude de que o Estado costarricense qualifica o embrião como “ser humano” e “pessoa”, a seguir são brevemente resumidos os trabalhos preparatórios em relação a estas expressões. O projeto de Convenção sobre Direitos Humanos aprovado pela Quarta Reunião do Conselho Interamericano de Juristas,<sup>324</sup> estabelecia no artigo 1 que:

Os Estados na presente convenção se comprometem a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos nela e a garantir seu livre e pleno exercício a todos os seres humanos que se encontrem em seu território e estejam sujeitos à sua jurisdição.<sup>325</sup>

214. Por sua vez, o artigo 2(1) estabelecia que:

O direito à vida é inerente à pessoa humana. Este direito estará protegido pela lei a partir do momento da concepção.<sup>326</sup>

215. O Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos, apresentado pelo Governo do Uruguai<sup>327</sup> previa o artigo 1 em termos idênticos ao Projeto do Conselho Interamericano de Juristas,<sup>328</sup> enquanto o artigo 2(1) afirmava:

Todo ser humano tem direito de que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei a partir do momento da concepção. Ninguém poderá ser privado da vida arbitrariamente.<sup>329</sup>

315. Cf. “Observações e Emendas ao Projeto de Convenção Interamericana sobre Proteção dos Direitos Humanos apresentadas pelo Governo do Brasil, 10 de novembro de 1969”, em: Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969, Atas e Documentos, pág. 121.

316. Cf. “Observações e Emendas ao Projeto de Convenção Interamericana sobre Proteção dos Direitos Humanos apresentadas pelo Governo do Brasil, 10 de novembro de 1969”, pág. 121.

317. Cf. “Observações e Emendas ao Projeto de Convenção Interamericana sobre Proteção dos Direitos Humanos apresentadas pelo Governo do Brasil, 10 de novembro de 1969”, pág. 121.

318. Cf. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969, *Atas e Documentos*, pág. 160.

319. Cf. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969, *Atas e Documentos*, pág. 160.

320. Cf. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969, *Atas e Documentos*, pág. 160.

321. Cf. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969, *Atas e Documentos*, pág. 160.

322. Cf. Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, 7-22 de novembro de 1969, *Atas e Documentos*, págs. 161 e 481.

323. Cf. Declaração Interpretativa do México. Disponível em: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/Basicos/convratif.asp> (Último acesso 28 de novembro de 2012).

324. Cf. Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos, aprovado pela Quarta Reunião do Conselho Interamericano de Juristas, Ata Final, Santiago do Chile, setembro, 1959. Doc. CIJ-43, em: *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

325. *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

326. *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

327. Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos, apresentado pelo Governo do Uruguai, Segunda Conferência Interamericana Extraordinária, Rio de Janeiro, 1965, doc. 49, em: *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 298.

328. Cf. *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.

329. *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 236.



216. No “Parecer da Comissão Interamericana de Direitos Humanos relativo ao Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos aprovado pelo Conselho Interamericano de Juristas (Direitos Cíveis e Políticos), Primeira Parte”, e no “Texto das emendas sugeridas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos elaborado pelo Conselho Interamericano de Juristas”,<sup>330</sup> a Comissão sugeriu, em relação ao artigo 1 do Projeto do Conselho Interamericano de Juristas, “para maior brevidade e precisão técnica da redação”, a substituição da expressão “seres humanos” por “pessoas”.<sup>331</sup> Entretanto, manteve ao mesmo tempo a expressão “ser humano” no artigo 2(1), ao propor a seguinte formulação que incluía a expressão “em geral”:

Todo ser humano tem direito de que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei e, em geral, a partir do momento da concepção.<sup>332</sup>

217. Finalmente, o Projeto de Convenção Interamericana sobre Proteção de Direitos Humanos estabelecia no artigo 1:

1. Os Estados na presente convenção se comprometem a respeitar os direitos e liberdades reconhecidos nela e a garantir seu livre e pleno exercício a todos os seres humanos que se encontrem em seu território e estejam sujeitos à sua jurisdição [...]
2. Pessoa, para os efeitos desta Convenção, é todo ser humano.

218. Além disso, o artigo 3(1) afirmava:

Toda pessoa tem direito de que se respeite sua vida. Este direito estará protegido pela lei a partir do momento da concepção. Ninguém poderá ser privado da vida arbitrariamente.

219. A Corte observa que durante os trabalhos preparatórios foram utilizados os termos “pessoa” e “ser humano” sem a intenção de fazer uma diferença entre estas duas expressões. O artigo 1.2 da Convenção esclareceu que os dois termos devem ser entendidos como sinônimos.<sup>333</sup>

220. Por outro lado, a Corte constata que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, no caso *Baby Boy Vs. Estados Unidos da América*,<sup>334</sup> rejeitou o pedido dos peticionários para declarar duas sentenças da Corte Suprema de Justiça dos Estados Unidos,<sup>335</sup> que legalizaram o aborto sem restrição de causa antes da viabilidade fetal, como violatórias da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Em relação à interpretação do artigo I da Declaração Americana, a Comissão rejeitou o argumento dos peticionários segundo o qual “o artigo I da Declaração incorporou a noção de que o direito à vida existe desde o momento da concepção”,<sup>336</sup> considerando que a Nona Conferência Internacional Americana, ao aprovar a Declaração Americana, “enfrentou esta questão e decidiu não adotar uma redação que houvesse claramente estabelecido esse princípio”.<sup>337</sup> Em relação à interpretação da Convenção Americana, a Comissão afirmou que a proteção do direito à vida não é absoluta.<sup>338</sup> Considerou que “[a] adição da frase ‘em geral, desde o momento da concepção’ não significa que quem formulou a Convenção tivesse a intenção de modificar o conceito de direito à vida que prevaleceu em Bogotá, quando aprovaram a Declaração Americana. As implicações jurídicas da cláusula ‘em geral, desde o momento da concepção’ são substancialmente diferentes da cláusula mais curta ‘desde o momento da concepção’, que aparec[ia] repetida muitas vezes no documento dos peticionários”.<sup>339</sup>

330. Texto das emendas sugeridas pela Comissão Interamericana de Direitos Humanos ao Projeto de Convenção sobre Direitos Humanos elaborado pelo Conselho Interamericano de Juristas, Anexo ao documento, OEA/Ser.L/V/II.16, doc. 18, em: *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, págs. 356 ss.

331. Cf. *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, pág. 318.

332. *Anuário Interamericano de Direitos Humanos* 1968, OEA, Washington D.C., 1973, págs. 320 e 356.

333. O artigo 1.2 foi analisado pela Corte em casos nos quais foi solicitada a violação de direitos em detrimento de pessoas jurídicas, o que foi rejeitado pelo Tribunal porque não foram reconhecidas como titulares de direitos consagrados na Convenção Americana. Cf. *Caso Cantos Vs. Argentina. Exceções Preliminares*. Sentença de 7 de setembro de 2001. Série C N° 85, par. 29 e *Caso Perozo e outros Vs. Venezuela. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 28 de janeiro de 2009. Série C N° 195, par. 398. Entretanto, nestes casos a Corte não desenvolveu argumentos de maior alcance sobre o significado do artigo 1.2 no contexto das controvérsias às que se circunscreve o presente caso.

334. Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Relatório n° 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981).

335. Cf. Corte Suprema de Justiça dos Estados Unidos, *Casos Roe Vs. Wade*, 410 U.S. 113, e *Doe Vs. Bolton*, 410 U.S. 179.

336. Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Relatório n° 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), par. 19.h).

337. Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Relatório n° 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), par. 19.h).

338. Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Relatório n° 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), par. 25.

339. Cf. Comissão Interamericana de Direitos Humanos, *Baby Boy Vs. Estados Unidos*, Caso 2141, Relatório n° 23/81, OEA/Ser.L/V/II.54, doc. 9 rev. 1 (1981), par. 30.

221. A Corte conclui que os trabalhos preparatórios indicam que não prosperaram as propostas de eliminar a expressão “e, em geral, desde o momento da concepção”, nem as propostas das delegações que pediam eliminar somente as palavras „em geral”.

iii) Interpretação sistemática da Convenção Americana e da Declaração Americana

222. A expressão “toda pessoa” é utilizada em vários artigos da Convenção Americana<sup>340</sup> e da Declaração Americana.<sup>341</sup> Ao analisar todos estes artigos não é factível argumentar que um embrião seja titular e exerça os direitos consagrados em cada um destes artigos. Além disso, tendo em consideração o já argumentado no sentido que a concepção somente ocorre dentro do corpo da mulher (pars. 186 e 187 *supra*), pode se concluir em relação ao artigo 4.1 da Convenção que o objeto direto de proteção é, fundamentalmente, a mulher grávida, em vista de que a defesa do não nascido se realiza essencialmente através da proteção da mulher, como se observa no artigo 15.3.a) do Protocolo de San Salvador, que obriga os Estados Parte a “conceder atendimento e ajuda especiais à mãe antes e durante um período razoável depois do parto”, e do artigo VII da Declaração Americana, que consagra o direito de uma mulher em estado de gravidez a proteção, cuidados e ajudas especiais.

223. Portanto, a Corte conclui que a interpretação histórica e sistemática dos antecedentes existentes no Sistema Interamericano confirma que não é procedente conceder o *status* de pessoa ao embrião.

C.2.b) Sistema Universal dos Direitos Humanos

i) Declaração Universal dos Direitos Humanos

224. Em relação à alegação do Estado segundo a qual “a Declaração Universal dos Direitos Humanos [...] protege o ser humano desde [...] o momento da união do óvulo e do espermatozoide”, a Corte considera que, de acordo com os trabalhos preparatórios deste instrumento, o termo “nascem” foi utilizado precisamente para excluir o não nascido dos direitos que consagra a Declaração.<sup>342</sup> Os redatores rejeitaram expressamente a ideia de eliminar tal termo, de modo que o texto resultante expressa a plena intenção de que os direitos consagrados na Declaração são “inerentes desde o momento de nascer”.<sup>343</sup> Portanto, a expressão “ser humano”, utilizada na Declaração Universal dos Direitos Humanos, não foi entendida no sentido de incluir o não nascido.

ii) Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos

225. Em relação à alegação do Estado segundo a qual o “Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos [...] reconhece a vida do embrião de maneira independente à de sua mãe”, a Corte observa que durante a segunda sessão da Comissão de Direitos Humanos, realizada de 2 a 17 de dezembro de 1947, o Líbano propôs a proteção do direito à vida desde o momento da concepção.<sup>344</sup> Diante da resistência contra a formulação “desde o momento da concepção” à luz da admissibilidade do aborto em muitos Estados, o Líbano sugeriu a formulação “em qualquer fase do desenvolvimento humano” (“*at any stage of human development*”).<sup>345</sup> Esta formulação, aceita inicialmente,<sup>346</sup> foi apagada posteriormente.<sup>347</sup> Outra proposta do Reino Unido de regulamentar o assunto do aborto em um artigo autônomo foi considerada inicialmente,<sup>348</sup> mas depois foi também abandonada.<sup>349</sup> Durante a Sexta Sessão da Comissão de Direitos Humanos, de 27 de março a 19 de maio de 1950, fracassou uma nova tentativa do Líbano de proteger a vida humana desde o momento da concepção.<sup>350</sup> Nas deliberações do Terceiro Comitê da Assembleia Geral da ONU, de 13 a 26 de novembro de 1957, um grupo de cinco Estados (Bélgica, Brasil, El Salvador, México e Marrocos) propôs a emenda ao artigo 6.1 nos seguintes termos: “a

340. Cf. A esse respeito, os artigos 1.1, 3, 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 e 25.2 da Convenção Americana.

341. Cf. A esse respeito, os artigos II, III, IV, V, VI, VIII, IX, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX, XXI, XXII, XXIII, XXIV, XXVI e XXVII da Declaração Americana.

342. E/CN.4/SR/35 (1947)

343. E/CN.4/SR/35 (1947)

344. Cf. UN Doc. E/CN.4/386, 398.

345. Cf. UN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.2, § 2 f (1947).

346. Cf. UN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.2, § 2 f (1947).

347. Cf. UN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.9, § 3 (1947).

348. Cf. UN Doc. E/CN.4/AC.3/SR.9, § 3 (1947).

349. Cf. UN. Doc. E/CN.4/SR.35, § 12 (1947).

350. Cf. UN. Doc. E/CN.4/SR.149, § 16 (1950).

partir do momento da concepção, este direito [à vida] estará protegido pela lei”.<sup>351</sup> Entretanto, esta proposta foi rejeitada com 31 votos contra, 20 votos a favor, e 17 abstenções.<sup>352</sup> Portanto, os trabalhos preparatórios do artigo 6.1 do PIDCP indicam que os Estados não pretendiam tratar o não nascido como pessoa e conceder o mesmo nível de proteção que às pessoas nascidas.

226. Nem em sua Observação Geral nº 6 (direito à vida),<sup>353</sup> nem em sua Observação Geral nº 17 (Direitos da Criança),<sup>354</sup> o Comitê de Direitos Humanos se pronunciou sobre o direito à vida do não nascido. Ao contrário, em suas observações finais aos relatórios dos Estados, o Comitê de Direitos Humanos afirmou que se viola o direito à vida da mãe quando as leis que restringem o acesso ao aborto obrigam a mulher a recorrer ao aborto inseguro, expondo-a a morrer.<sup>355</sup> Estas decisões permitem afirmar que do PIDCP não se deriva uma proteção absoluta da vida pré-natal ou do embrião.

iii) Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Contra a Mulher

227. Os relatórios do Comitê para a Eliminação da Discriminação Contra a Mulher (doravante denominado Comitê “CEDAW”, por suas siglas em inglês) deixam claro que os princípios fundamentais de igualdade e não discriminação exigem privilegiar os direitos da mulher grávida sobre o interesse de proteger a vida em formação. A esse respeito, no Caso *L.C. Vs. Peru*, o Comitê considerou o Estado culpado por violar os direitos de uma menina a quem lhe foi negada uma intervenção cirúrgica transcendental sob pretexto de estar grávida, privilegiando o feto sobre a saúde da mãe. Em vista de que a continuação da gravidez representava um grave perigo para a saúde física e mental da jovem, o Comitê concluiu que negar um aborto terapêutico e postergar a intervenção cirúrgica constituiu discriminação de gênero e uma violação de seu direito à saúde e à não discriminação.<sup>356</sup>

228. O Comitê expressou, além disso, sua preocupação pelo potencial que as leis antiaborto têm de atentar contra o direito da mulher à vida e à saúde.<sup>357</sup> O Comitê estabeleceu que a proibição absoluta do aborto, bem como sua penalização sob determinadas circunstâncias, viola o disposto na CEDAW.<sup>358</sup>

iv) Convenção sobre os Direitos da Criança

229. O Estado alegou que o embrião deve ser considerado como “criança” e que, em consequência, existe uma obrigação especial de proteção em relação a ele. A Corte procederá a analisar se tal interpretação encontra fundamento no *corpus juris* internacional de proteção das crianças.

230. O artigo 6.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança afirma que “[o]s Estados Partes reconhecem que toda criança tem o direito inerente à vida”. O termo “criança” é definido no artigo 1 da Convenção como “todo ser humano com menos de dezoito anos de idade, a não ser que, em conformidade com a lei aplicável à criança, a maioridade seja alcançada antes”. Por sua vez, o Preâmbulo à Convenção afirma que “a criança, em virtude

351. Cf. UN Doc. A/C.3/L.654.

352. Cf. UN Doc. A/C.3/SR.820, § 9 (1957).

353. Cf. Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral nº 6, Direito à vida (artigo 6), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 143 (1982).

354. Cf. Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral nº 17, Direitos da criança (artigo 24), U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 165 (1989).

355. À maneira de exemplo, o Comitê de Direitos Humanos emitiu as seguintes observações finais neste sentido: Argentina, § 14, UN Doc. CCPR/CO/70/arg (2000); Bolívia, § 22, UN Doc. CCPR/CO/79/Ad.74 (1997); Costa Rica, § 11, UN Doc. CCPR/CO/79/Ad.107 (1999); Chile, § 15, UN Doc. CCPR/CO/79/Ad.104 (1999); El Salvador, § 14, UN Doc. CCPR/CO/78/SLV (2003); Equador, § 11, UN Doc. CCPR/CO/79/Ad.92 (1998); Gâmbia, § 17, UN Doc. CCPR/CO/75/GMB (2004); Guatemala, § 19, UN Doc. CCPR/CO/72/GTM (2001); Honduras, § 8, UN Doc. CCPR/CO/79/Ad.106 (1999); Ilhas Maurício, § 9, UN Doc. CCPR/CO/83/MUS (2005); Marrocos, § 29, UN Doc. CCPR/CO/82/MAR (2004); Paraguai, § 10, UN Doc. CCPR/CO/79/Ad.92 (1998); Peru, § 15, UN Doc. CCPR/CO/79/Ad.72 (1996); Peru, § 20, UN Doc. CCPR/CO/70/PER (2000); Polônia, § 8, UN Doc. CCPR/CO/82/POL (2004); República da Tanzânia, § 15, UN Doc. CCPR/CO/79/Ad.97 (1998); Trinidad e Tobago, § 18, UN Doc. CCPR/CO/70/TTO (2000); Venezuela, § 19, UN Doc. CCPR/CO/71/VEN (2001), e Vietnam, § 15, UN Doc. CCPR/CO/75/VNM (2002). Além disso, no Caso *K.L. Vs. Peru*, o Comitê de Direitos Humanos determinou que, ao haver negado um aborto terapêutico a uma mulher apesar de que a continuação da gravidez colocava em grave perigo sua vida e saúde mental, o Estado violou seu direito a não ser submetida a tratamento cruel, desumano ou degradante. Caso *K.L. Vs. Peru*, CDH, Com. nº 1153/2003, Doc. ONU CCPR/C/85/D/1153/2003 (2005). Esta interpretação foi ratificada no Caso *L.M.R. Vs. Argentina*, no qual o Comitê observou que negar o aborto legal em um caso de estupro causou à vítima sofrimento físico e mental, com o que se violou seu direito à intimidade e a não ser submetida a tortura ou tratamento cruel, desumano ou degradante. Caso *L.M.R. Vs. Argentina*, CDH, Com. nº 1608/2007, Doc. ONU CCPR/C/101/D/1608/2007 (2011).

356. Caso *L.C. Vs. Peru*, Comitê CEDAW, Com. nº. 22/2009, §8.15, Doc. ONU CEDAW/C/50/D/22/2009 (2011).

357. Cf. Comitê CEDAW, Observações finais a: Belize, §56, Doc. ONU A/54/38/Rev. 1, DOAG, 54º Período de Sessões, Supl. nº. 38 (1999); Chile, §228, Doc. ONU A/54/38/Rev. 1, DOAG, 54º Período de Sessões, Supl. nº. 38 (1999); Colômbia, §393, Doc. ONU A/54/38/Rev. 1, DOAG, 54º Período de Sessões, Supl. nº. 38 (1999); República Dominicana, §337, Doc. ONU A/53/38/Rev.1, DOAG, 53º Período de Sessões, Supl. nº. 38 (1998); Paraguai, §131, Doc. ONU A/51/38, DOAG 51º Período de Sessões, Supl. nº. 38 (1996).

358. Cf. Comitê CEDAW, Observações Finais: Chile, §228, Doc. ONU CEDAW/A/54/38/Rev.1 (1999), e Comitê do CEDAW, Observações Finais: Nepal, §147, Doc. ONU CEDAW/A/54/38/Rev.1 (1999).

de sua falta de maturidade física e mental, necessita proteção e cuidados especiais, inclusive a devida proteção legal, tanto antes quanto após seu nascimento”<sup>359</sup>.

231. Os artigos 1 e 6.1 da Convenção sobre os Direitos da Criança não se referem de maneira explícita a uma proteção do não nascido. O Preâmbulo faz referência à necessidade de oferecer “proteção e cuidados especiais [...] antes [...] do nascimento”. Entretanto, os trabalhos preparatórios indicam que esta frase não teve a intenção de fazer extensivo ao não nascido o disposto na Convenção, em especial o direito à vida. No caso, nos trabalhos preparatórios se indica que esta frase não tinha “a intenção de violar a interpretação do artigo 1 ou de nenhuma outra disposição da Convenção”. De fato, enquanto o projeto revisado para uma Convenção sobre os Direitos da Criança, apresentado pela Polônia, não fazia alusão à vida pré-natal no Preâmbulo,<sup>360</sup> o Vaticano pediu a ampliação do Preâmbulo com a expressão “antes e depois do nascimento”,<sup>361</sup> o que causou opiniões conflitantes entre os Estados. Como ato de compromisso, as delegações combinaram uma expressão tomada da Declaração sobre os Direitos da Criança de 1959.<sup>362</sup>
232. Diante da dificuldade de encontrar uma definição de “criança” no artigo 1 do Projeto, foi eliminada a referência ao nascimento como início da infância.<sup>363</sup> Posteriormente, no contexto das deliberações, as Filipinas solicitaram a inclusão da expressão “tanto antes como depois do nascimento” no Preâmbulo,<sup>364</sup> à qual vários Estados se opuseram.<sup>365</sup> Como ato de compromisso, decidiu-se que fosse incluída no Preâmbulo tal referência, mas que os trabalhos preparatórios deixassem claro que o Preâmbulo não determinaria a interpretação do artigo 1 da Convenção.<sup>366</sup>
233. O Comitê para os Direitos da Criança não emitiu nenhuma observação da qual se possa deduzir a existência de um direito à vida pré-natal.

### C.2.c) Sistema Europeu dos Direitos Humanos

234. O artigo 2.1 da Convenção Europeia dos Direitos Humanos (doravante denominada “CEDH”) afirma que “[o] direito de qualquer pessoa à vida está protegido pela lei”.<sup>367</sup> Os autores da CEDH se basearam para sua redação na Declaração Universal dos Direitos Humanos, por sua “autoridade moral e valor técnico”.<sup>368</sup>
235. A antiga Comissão Europeia dos Direitos Humanos e o Tribunal Europeu de Direitos Humanos (doravante denominado o “TEDH”) se pronunciaram sobre o alcance não absoluto da proteção da vida pré-natal no contexto de casos de aborto e de tratamentos médicos relacionados com a fecundação *in vitro*.
236. No *Caso Paton Vs. Reino Unido*, de 1980, sobre uma alegada violação do artigo 2 da CEDH em detrimento do não nascido pelo aborto realizado por vontade da mãe em conformidade com as leis nacionais, a Comissão Europeia dos Direitos Humanos afirmou que os termos em que está redigida a CEDH “tendem a corroborar a apreciação de que [o artigo 2] não inclui o que está por nascer”.<sup>369</sup> Acrescentou que reconhecer um direito absoluto à vida pré-natal seria “contrário ao objeto e propósito da Convenção”.<sup>370</sup> Afirmou que “[a] vida do feto se encontra intimamente ligada à da grávida e não pode ser considerada à margem dela. Se o artigo 2 compreendesse o feto e sua proteção, na ausência de uma limitação, fosse entendida como absoluta, o aborto teria que ser considerado proibido inclusive quando a continuação da gravidez apresentasse grave perigo para a

359. Cf. Convenção sobre os Direitos da Criança, par. 9 do preâmbulo.

360. Cf. UN Doc. E/CN.4/1349 (1979).

361. Cf. UN Doc. E/CN.4/1408, § 277 (1980).

362. Cf. UN Doc. E/CN.4/1408, §§ 277 (1980) (“Recognizing that, as indicated in the Declaration of the Rights of the Child adopted in 1959, the child due to the needs of his physical and mental development requires [...] legal protection in conditions of freedom, dignity and security”).

363. Cf. UN Doc. E/CN.4/1408, § 277 (1980).

364. Cf. UN Doc. E/CN.4/1989/48, § 34 (1989).

365. Cf. UN Doc. E/CN.4/1989/48, § 36 (1989).

366. UN Doc. E/CN.4/1989/48, § 43 (1989) (“Ao aprovar este parágrafo do preâmbulo, o Grupo de Trabalho não pretende emitir um juízo prévio sobre a interpretação do artigo 1 ou de qualquer outra disposição da convenção pelos Estados Partes”).

367. Convenção Europeia para a Proteção dos Direitos Humanos e das Liberdades Fundamentais, artigo 2.1, aprovado em 4 nov. 1950, 213 STNU 222, S.T. Eur. n.º 5 (em vigor desde 3 de setembro de 1953).

368. *Committee on Legal and Administrative Questions Report, Section 1, Para. 6, 5 September 1949, in Collected Edition of the Travaux Préparatoires, Vol. 1 (1975), p. 194.* ([T]he Committee considered that it was preferable [...], as by reason of the moral authority and technical value of the document in question, to make use, as far as possible, of the definitions set out in the ‘Universal Declaration of Human Rights’).

369. *Caso Paton Vs. Reino Unido*, Comunicação n.º 8416/79, Comissão Europeia dos Direitos Humanos, Dec. & Rep. 244 (1980), par. 9. (*Thus both the general usage of the term ‘everyone’ (‘toute personne’) of the Convention (para. 7 above) and the context in which this term is employed in Article 2 (para. 8 above) tend to support the view that it does not include the unborn.*)

370. *Caso Paton Vs. Reino Unido*, Comunicação n.º 8416/79, Comissão Europeia dos Direitos Humanos, Dec. & Rep. 244 (1980), par. 20. (*The Commission finds that such an interpretation would be contrary to the object and purpose of the Convention.*)

vida da grávida. Isso significaria que ‘a vida em formação’ do feto seria considerada de maior valor que a vida da grávida”.<sup>371</sup> Além disso, nos Casos *R.H. Vs. Noruega* (1992) e *Boso Vs. Itália* (2002), sobre a suposta violação do direito à vida em detrimento dos não nascidos pela existência de leis estatais que permitiam o aborto, a Comissão confirmou sua postura.<sup>372</sup>

237. No Caso *Vo. Vs. França*, no qual foi necessário realizar um aborto terapêutico na petionária em razão do perigo para sua saúde produzido à raiz de tratamentos médicos inadequados, o Tribunal Europeu afirmou que:

À diferença do artigo 4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, que indica que o direito à vida deve ser protegido “em geral, desde o momento da concepção”, o artigo 2 da Convenção é silencioso em relação às limitações temporais do direito à vida e, em particular, não define “todos” [...] os quais sua “vida” é protegida pela Convenção. A Corte não determinou o problema do “início” do “direito de toda pessoa à vida” dentro do significado da disposição e se o não nascido tem esse direito à vida.” [...]

O problema a respeito de quando começa o direito à vida vem dentro de uma margem de apreciação que a Corte geralmente considera que os Estados devem gozar nessa esfera apesar da interpretação evolutiva da Convenção, um “instrumento vivo que deve ser interpretado à luz das condições de hoje em dia” [...] As razões para essa conclusão são, em primeiro lugar, que o problema de que esta proteção não foi resolvida dentro da maioria dos Estados parte, na França em particular, onde é tema de debate [...] e, em segundo lugar, que não há um consenso europeu sobre a definição científica e legal do início à vida. [...]

No âmbito europeu, a Corte observa que não há nenhum consenso em relação à natureza e ao *status* do embrião e/ou feto [...], ainda que eles tenham recebido alguma proteção à luz do progresso científico e das consequências potenciais de pesquisa dentro da engenharia genética, procriação médica assistida ou experimentação com embriões. **No máximo, pode-se considerar que os Estados estão de acordo que o embrião/ou feto é parte da raça humana. A potencialidade deste ser e sua capacidade de se converter em pessoa – gozando de proteção sob as leis civis, também, em muitos Estados, tal como, por exemplo, França, no contexto das leis de sucessão e doação, e também no Reino Unido [...] – requer proteção em nome da dignidade humana, sem torná-lo uma “pessoa” com o “direito à vida”** para os efeitos do artigo 2. [...]

Não é desejável, nem ainda é possível tal como estão as coisas neste momento, contestar em abstrato se um não nascido é uma pessoa para os efeitos do artigo 2 da Convenção.<sup>373</sup> (Sem grifo no original).

238. No Caso *A, B e C Vs. Irlanda*,<sup>374</sup> o Tribunal Europeu reiterou que:

com relação à pergunta sobre quando começa o direito à vida, que entrou na margem de apreciação dos Estados porque não havia consenso europeu sobre a definição científica e legal sobre o começo da vida, portanto, era impossível responder à pergunta de se a pessoa não nascida era uma pessoa que devia

371. Caso *Paton Vs. Reino Unido*, Comunicação nº. 8416/79, Comissão Europeia dos Direitos Humanos, Dec. & Rep. 244 (1980), par. 19. (*The ‘life’ of the foetus is intimately connected with, and cannot be regarded in isolation from, the life of the pregnant woman. If Article 2 were held to cover the foetus and its protection under this Article were, in the absence of any express limitation, seen as absolute, an abortion would have to be considered as prohibited even where the continuance of the pregnancy would involve a serious risk to the life of the pregnant woman. This would mean that the ‘unborn life’ of the foetus would be regarded as being of a higher value than the life of the pregnant woman.*)

372. Cf. *R.H. Vs. Norway*, Decision on Admissibility, App. nº 17004/90, 73 European Commission on Human Rights Dec. ft Rep. 155 (1992), *Boso Vs. Italy*, App. nº 50490/99, European Commission on Human Rights (2002).

373. TEDH, *Caso Vo. Vs. França*, (nº 53924/00), GC, Sentença de 8 de julho de 2004, pars. 75, 82, 84 e 85. (*Unlike Article 4 of the American Convention on Human Rights, which provides that the right to life must be protected “in geral, from the moment of conception”, Article 2 of the Convention is silent as to the temporal limitations of the right to life and, in particular, does not define “everyone” [...] whose “life” is protected by the Convention. The Court has yet to determine the issue of the “beginning” of “everyone’s right to life” within the meaning of this provision and whether the unborn child has such a right.” [...]*)

*The issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere, notwithstanding an evolutive interpretation of the Convention, a “living instrument which must be interpreted in the light of present-day conditions” [...]. The reasons for that conclusion are, firstly, that the issue of such protection has not been resolved within the majority of the Contracting States themselves, in France in particular, where it is the subject of debate [...] and, secondly, that there is no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life. [...]*

*At European level, the Court observes that there is no consensus on the nature and status of the embryo and/or foetus [...], although they are beginning to receive some protection in the light of scientific progress and the potential consequences of research into genetic engineering, medically assisted procreation or embryo experimentation. At best, it may be regarded as common ground between States that the embryo/foetus belongs to the human race. The potentiality of that being and its capacity to become a person – enjoying protection under the civil law, moreover, in many States, such as France, in the context of inheritance and gifts, and also in the United [...] – require protection in the name of human dignity, without making it a “person” with the “right to life” for the purposes of Article 2. [...]*

*It is neither desirable, nor even possible as matters stand, to answer in the abstract the question whether the unborn child is a person for the purposes of Article 2 of the Convention).*

374. TEDH, *Caso A, B e C Vs. Irlanda*, (nº. 25579/05), Sentença de 16 de dezembro de 2010, par. 237. (*[T]he question of when the right to life begins came within the States’ margin of appreciation because there was no European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life, so that it was impossible to answer the question whether the unborn was a person to be protected for the purposes of Article 2. Since the rights claimed on behalf of the foetus and those of the mother are inextricably interconnected [...], the margin of appreciation accorded to a State’s protection of the unborn necessarily translates into a margin of appreciation for that State as to how it balances the conflicting rights of the mother).*

ser protegida em conformidade com os efeitos do artigo 2. Em razão de que os direitos demandados em nome do feto e os direitos da mãe estão inextricavelmente interconectados, [...] a margem de apreciação concedida à proteção da pessoa não nascida por parte do Estado se traduz necessariamente em uma margem de apreciação segundo a qual cada Estado equilibra os direitos conflitantes da mãe.

239. Entretanto, o TEDH esclareceu que “essa margem de apreciação não é ilimitada” e que “a Corte tem que supervisionar se a interferência constitui um equilíbrio justo dos interesses contraditórios envolvidos [...]. A proibição de um aborto para proteger a vida da pessoa não nascida não se justifica automaticamente em virtude da Convenção com base na deferência sem restrições à proteção da vida pré-natal ou com base em que o direito da futura mãe ao respeito de sua vida privada é de menor importância”.<sup>375</sup>

240. Em relação a casos relacionados com a prática da FIV, o TEDH teve de se pronunciar no Caso *Evans Vs. Reino Unido* sobre a suposta violação do direito à vida dos embriões preservados em razão de que a legislação nacional exigia sua destruição em razão da retirada do consentimento do parceiro da petionária sobre sua implantação. A Grande Câmara do TEDH reiterou sua jurisprudência estabelecida no *Caso Vo. Vs. França*, afirmando que:

na ausência de um consenso europeu em relação à definição científica e legal do início da vida, o problema de quando se inicia o direito à vida se encontra dentro da margem de apreciação que a Corte geralmente considera que os Estados deveriam desfrutar nesta esfera. No direito inglês, tal como foi afirmado pelos tribunais internos no presente caso do petionário [...], um embrião não tem direitos independentes ou interesses e não pode alegar – ou alegar em seu nome – um direito à vida de acordo com o artigo 2.<sup>376</sup>

241. A Grande Câmara do TEDH confirmou a decisão em relação à não violação do direito à vida, consagrado no artigo 2, ao indicar que “os embriões criados pelo petionário [e sua companheira] não têm o direito à vida dentro do significado do artigo 2 da Convenção e que, portanto, não houve uma violação a tal provisão”.<sup>377</sup>

242. Nos *Casos S.H. Vs. Áustria*,<sup>378</sup> e *Costa e Pavan Vs. Itália*,<sup>379</sup> que trataram, respectivamente, da regulamentação da FIV em relação à doação de óvulos e espermatozoides por terceiros, e do diagnóstico genético pré-implantacional, o TEDH nem sequer se referiu a uma suposta violação de um direito próprio dos embriões.

#### C.2.d) Sistema Africano de Direitos Humanos

243. O artigo 4 da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos afirma que “[o]s seres humanos são invioláveis. Todo ser humano tem direito ao respeito da sua vida e à integridade de sua pessoa”.<sup>380</sup> Os redatores da Carta rejeitaram expressamente uma terminologia que protegesse o direito à vida a partir do momento da concepção.<sup>381</sup> O Protocolo da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos Relativo aos Direitos da Mulher (Protocolo de Maputo) não se pronuncia sobre o início da vida e, ademais, estabelece que os Estados devem tomar medidas adequadas para “proteger os direitos reprodutivos da mulher, permitindo o aborto com medicamentos em casos de agressão sexual, estupro e incesto e quando a continuação da gravidez ponha em perigo a saúde mental e física da grávida ou a vida da grávida ou do feto”.<sup>382</sup>

375. TEDH, *Caso A, B e C Vs. Irlanda*, (n° 25579/05), Sentença de 16 de dezembro de 2010, par. 238. (“*this margin of appreciation is not unlimited*” “*the Court must supervise whether the interference constitutes a proportionate balancing of the competing interests involved [...]. A prohibition of abortion to protect unborn life is not therefore automatically justified under the Convention on the basis of unqualified deference to the protection of pre-natal life or on the basis that the expectant mother’s right to respect for her private life is of a lesser stature*”).

376. TEDH, *Caso Evans Vs. Reino Unido*, (n° 6339/05), Sentença de 10 de abril de 2007, par. 54. (*in the absence of any European consensus on the scientific and legal definition of the beginning of life, the issue of when the right to life begins comes within the margin of appreciation which the Court generally considers that States should enjoy in this sphere. Under English law, as was made clear by the domestic courts in the present applicant’s case [...], an embryo does not have independent rights or interests and cannot claim—or have claimed on its behalf—a right to life under Article 2*).

377. TEDH, *Caso Evans Vs. Reino Unido*, (n° 6339/05), Sentença de 10 de abril de 2007, par. 56. (“*the embryos created by the applicant and [her partner] do not have a right to life within the meaning of Article 2 of the Convention, and that there has not, therefore, been a violation of that provision*”).

378. Cf. TEDH, *Caso S.H. e outros Vs. Áustria*, (n° 57813/00), Sentença de 3 de novembro de 2011.

379. Cf. TEDH, *Caso Costa e Pavan Vs. Itália*, (n° 54270/10), Sentença de 28 de agosto de 2012.

380. Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, aprovada em 27 de junho de 1981, artigo 4, Doc. OUA CAB/LEG/67/3 Rev. 5, 21 I.L.M. 58 (1982) (em vigor desde 21 de outubro 1986).

381. Proposta para uma Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos, artigo 17, Doc. OUA CAB/LEG/67/1 (1979) (onde se adota a redação do artigo 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, substituindo “momento da concepção” por “momento de nascer”—*This right shall be protected by law and, in general, from the moment of his birth*).

382. Protocolo da Carta Africana dos Direitos Humanos e dos Povos Relativo aos Direitos da Mulher, 2ª Sessão Ordinária, Assembleia da União, aprovado em 11 de julho de 2003, art. 14.2.c.

*C.2.e) Conclusão sobre a interpretação sistemática*

244. A Corte conclui que a Sala Constitucional se baseou no artigo 4 da Convenção Americana, no artigo 3 da Declaração Universal, no artigo 6 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, na Convenção sobre os Direitos da Criança e na Declaração dos Direitos da Criança de 1959. Entretanto, nenhum destes artigos ou tratados permite argumentar que o embrião possa ser considerado como pessoa nos termos do artigo 4 da Convenção. Tampouco é possível desprender esta conclusão dos trabalhos preparatórios ou de uma interpretação sistemática dos direitos consagrados na Convenção Americana ou na Declaração Americana.

*C.3). Interpretação evolutiva*

245. Este Tribunal afirmou em outras oportunidades<sup>383</sup> que os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tem que acompanhar a evolução dos tempos e das condições de vida atuais. Tal interpretação evolutiva é consequente com as regras gerais de interpretação estabelecidas no artigo 29 da Convenção Americana, bem como na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.<sup>384</sup> Ao efetuar uma interpretação evolutiva, a Corte concedeu especial relevância ao direito comparado, razão pela qual utilizou normativa nacional<sup>385</sup> ou jurisprudência de tribunais internos<sup>386</sup> na hora de analisar controvérsias específicas nos casos contenciosos. Por sua vez, o Tribunal Europeu<sup>387</sup> utilizou o direito comparado como um mecanismo para identificar a prática posterior dos Estados, ou seja, para especificar o contexto de um determinado tratado. Além disso, o parágrafo terceiro do artigo 31 da Convenção de Viena autoriza a utilização para a interpretação de meios tais como os acordos ou a prática,<sup>388</sup> ou regras relevantes do Direito Internacional<sup>389</sup> que os Estados tenham manifestado sobre a matéria do tratado, o que se relaciona com uma visão evolutiva da interpretação do tratado.

246. No presente caso, a interpretação evolutiva é de especial relevância, tendo em consideração que a FIV é um procedimento que não existia no momento em que os redatores da Convenção adotaram o conteúdo do artigo 4.1 da Convenção (par. 179 *supra*). Portanto, a Corte analisará dois temas no contexto da interpretação evolutiva: i) os desenvolvimentos pertinentes no Direito Internacional e comparado em relação ao *status* jurídico do embrião, e ii) as regulamentações e práticas do direito comparado em relação à FIV.

*C.3.a) O status jurídico do embrião*

247. Foi afirmado que, no Caso *Vo. Vs. França*, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos indicou que a potencialidade do embrião e sua capacidade para se converter em uma pessoa requer uma proteção em nome da dignidade humana, sem convertê-lo em uma “pessoa” com “direito à vida” (par. 237 *supra*).

248. Por sua vez, a Convenção para a Proteção dos Direitos Humanos e da Dignidade do Ser Humano em face das Aplicações da Biologia e da Medicina (doravante denominada a “Convenção de Oviedo”), adotada no âmbito do Conselho da Europa,<sup>390</sup> estabelece o seguinte em seu artigo 18:

383. Cf. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1º de outubro de 1999. Série A N° 16, par. 114, e *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 83.

384. Cf. *O Direito à Informação sobre a Assistência Consular no Âmbito das Garantias do Devido Processo Legal*. Parecer Consultivo OC-16/99 de 1º de outubro de 1999. Série A N° 16, par. 114, e *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 83.

385. No Caso *Kawas Fernández Vs. Honduras*, a Corte teve em consideração para sua análise que: se adverte que um número considerável de Estados partes da Convenção Americana adotaram disposições constitucionais reconhecendo expressamente o direito a um meio ambiente saudável.

386. Nos Casos *Heliodoro Portugal Vs. Panamá* e *Tiu Tojin Vs. Guatemala*, a Corte teve em consideração sentenças de tribunais internos da Bolívia, Colômbia, México, Panamá, Peru, e Venezuela sobre a imprescritibilidade de crimes permanentes como o desaparecimento forçado. Além disso, no Caso *Anzualdo Castro Vs. Peru*, a Corte utilizou pronunciamentos de tribunais constitucionais de países americanos para apoiar a delimitação que realizou ao conceito de desaparecimento forçado. Outros exemplos são os Casos *Atala Riffo e Crianças Vs. Chile* e o *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*.

387. Por exemplo, no caso *TV Vest As & Rogoland Pensionistparti contra a Noruega*, o Tribunal Europeu teve em consideração um documento do “*European Platform of Regulatory Authorities*” no qual foi realizada uma comparação de 31 países nessa região, com o fim de determinar em quais deles era permitida a propaganda política paga ou não e em quais este tipo de propaganda era gratuita. De igual maneira, no Caso *Hirst Vs. Reino Unido* este Tribunal teve em consideração a “normatividade e prática dos Estados Parte” com o fim de determinar em que países é permitido suprimir o sufrágio ativo a quem foi condenado por um crime, razão pela qual foi estudada a legislação de 48 países europeus.

388. Cf. TEDH, *Caso Rasmussen Vs. Dinamarca*, (n° 8777/79), Sentença de 28 de novembro de 1984, par. 41; *Caso Inze Vs. Áustria*, (n° 8695/79) Sentença de 28 de outubro de 1987, par. 42, e *Caso Toth Vs. Áustria*, (n° 11894/85), Sentença de 25 novembro de 1991, par. 77.

389. Cf. TEDH, *Caso Golder Vs. Reino Unido*, (n° 4451/70), Sentença de 12 de dezembro de 1975, par. 35.

390. A Convenção de Oviedo estabelece em seu artigo primeiro que os Estados Partes “protegem o ser humano em sua dignidade e identidade e garantem a toda a pessoa, sem discriminação, o respeito pela sua integridade e pelos seus outros direitos e liberdades fundamentais em face das aplicações da biologia e da medicina” e acrescenta que “[c]ada Parte deve adotar, em seu direito interno, as medidas necessárias para tornar efetiva a aplicação das disposições da presente Convenção”. A Convenção de Oviedo foi adotada em 4 de abril de 1997 em Oviedo, Astúrias, e entrou em vigência em 1º de dezembro de 1999. Foi ratificada por 29 Estados Membros do Conselho da Europa, com seis reservas.

Artigo 18. Pesquisa em embriões *in vitro*:

1. Quando a pesquisa em embriões *in vitro* é admitida por lei, esta garantirá uma proteção adequada do embrião.
2. A criação de embriões humanos com fins de pesquisa é proibida.

249. Em consequência, este tratado não proíbe a FIV, mas sim a criação de embriões com propósitos de pesquisa. Sobre o *status* do embrião nesta Convenção, o TEDH afirmou que:

A Convenção de Oviedo sobre os Direitos do Homem e a Biomedicina [...] toma o cuidado de não definir o termo “toda pessoa”, e seu relatório explicativo afirma que, na ausência de unanimidade sobre a definição, os Estados membros decidiram permitir ao direito interno fazer as precisões pertinentes para esse efeito da aplicação desta Convenção [...]. O mesmo se aplica ao Protocolo Adicional sobre a proibição de clonar seres humanos e ao Protocolo Adicional sobre pesquisa biomédica, que não definem o conceito de “ser humano”.<sup>391</sup>

250. Por sua vez, o Tribunal de Justiça da União Europeia,<sup>392</sup> no *Caso Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*,<sup>393</sup> afirmou que a Diretriz 98/44/CE do Parlamento e do Conselho Europeu, de 6 de julho de 1998, relativa à proteção jurídica das invenções biotecnológicas, “não t[inha] por objetivo regulamentar a utilização de embriões humanos no contexto de pesquisas científicas[, e que s]eu objetivo se circunscrev[ia] à patenteabilidade das invenções biotecnológicas”.<sup>394</sup> Entretanto, precisou que “ainda que a finalidade de pesquisa científica dev[ia] se distinguir dos fins industriais ou comerciais, a utilização de embriões humanos com fins de pesquisa, que constitu[ia] o objetivo do pedido de patente, não p[odia] se separar da própria patente e dos direitos vinculados a esta”,<sup>395</sup> com a consequência de que “a exclusão da patenteabilidade em relação com o uso de embriões humanos com fins industriais ou comerciais contemplada no artigo 6, parágrafo 2, letra c), da Diretriz, também se ref[eria] ao uso com fins de pesquisa científica, podendo unicamente ser objeto de patente a utilização com fins terapêuticos ou de diagnóstico que se aplica ao embrião e que lhe seja útil”.<sup>396</sup> Com esta decisão, o Tribunal de Justiça afirmou a exclusão de patenteabilidade de embriões humanos, entendidos em um sentido amplo,<sup>397</sup> por razões éticas e morais,<sup>398</sup> quando esta se relaciona com fins industriais e comerciais. Entretanto, nem a diretriz, nem a sentença estabelecem que os embriões humanos devam ser considerados “pessoas” ou que tenham um direito subjetivo à vida.

251. Por outro lado, no *Caso S.H. e outros Vs. Áustria*, o TEDH considerou permissível a proibição de realizar a FIV com óvulos e espermatozoides doados por terceiros, ressaltando que:

O poder legislativo austríaco não excluiu a procriação artificial por completo. [...] Este tentou reconciliar o desejo de fazer disponível a procriação medicamente assistida com a inquietude que existe entre importantes setores da sociedade sobre o papel e as possibilidades da medicina

391. TEDH, *Caso Vo. Vs. França*, (nº 53924/00), GC, Sentença de 8 de julho de 2004, par. 84. (*The Oviedo Convention on Human Rights and Biomedicine [...] is careful not to give a definition of the term “everyone”, and its explanatory report indicates that, in the absence of a unanimous agreement on the definition, the member States decided to allow domestic law to provide clarification for the purposes of the application of that Convention [...] The same is true of the Additional Protocol on the Prohibition of Cloning Human Beings and the Additional Protocol on Biomedical Research, which do not define the concept of “human being”.*)

392. O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) é uma Instituição da União Europeia (UE) à qual se atribuí a faculdade jurisdicional ou poder judiciário na União. Sua missão é interpretar e aplicar o Direito da União Europeia, e se caracteriza por sua natureza orgânica composta e seu funcionamento e autoridade supranacionais. Sua sede está em Luxemburgo.

393. *Cf.* Tribunal de Justiça da União Europeia, Grande Sala, Sentença de 18 de outubro de 2011, Assunto C-34/10, *Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*.

394. Tribunal de Justiça da União Europeia, Grande Sala, Sentença de 18 de outubro de 2011, Assunto C-34/10, *Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*, par. 40.

395. Tribunal de Justiça da União Europeia, Grande Sala, Sentença de 18 de outubro de 2011, Assunto C-34/10, *Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*, par. 43.

396. Tribunal de Justiça da União Europeia, Grande Sala, Sentença de 18 de outubro de 2011, Assunto C-34/10, *Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*, par. 46.

397. *Cf.* Tribunal de Justiça da União Europeia, Grande Sala, Sentença de 18 de outubro de 2011, Assunto C-34/10, *Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*, par. 38 (“Constitui um ‘embrião humano’ no sentido do artigo 6, parágrafo 2, letra c), da Diretriz todo óvulo humano a partir do estado da fecundação, todo óvulo humano não fecundado no qual tenha sido implantado o núcleo de uma célula humana madura e todo óvulo humano não fecundado estimulado para se dividir e se desenvolver por meio de partenogênese”. O artigo da Diretriz estabelece: 1. Ficarão excluídas da patenteabilidade as invenções cuja exploração comercial seja contrária à ordem pública ou à moralidade, não podendo se considerar como tal a exploração de uma invenção pelo simples fato de que esteja proibida por uma disposição legal ou regulamentar. 2. Em virtude do disposto no item 1, serão consideradas não patenteáveis, em particular: [...] c) as utilizações de embriões humanos com fins industriais ou comerciais”).

398. *Cf.* Tribunal de Justiça da União Europeia, Grande Sala, Sentença de 18 de outubro de 2011, Assunto C-34/10, *Oliver Brüstle Vs. Greenpeace eV*, par. 6. O Tribunal de Justiça afirmou que a “exposição de motivos da Diretriz afirma o seguinte: [...] a ordem pública e a moralidade se correspondem, em particular, com os princípios éticos e morais reconhecidos em um Estado membro, cujo respeito é particularmente necessário no terreno da biotecnologia, devido ao considerável alcance das consequências potenciais da invenção neste âmbito e de seus vínculos naturais com a matéria viva; que tais princípios éticos e morais vêm se acrescentar aos controles jurídicos habituais do Direito de patentes, independentemente do âmbito técnico a que pertença a invenção”).



reprodutiva contemporânea, o que dá lugar a questões morais e éticas de natureza muito sensíveis.<sup>399</sup>

252. Além disso, no *Caso Costa e Pavan Vs. Itália*, o TEDH, em suas considerações prévias sobre o direito europeu relevante para a análise do caso, ressaltou que no “caso Roche c. Roche e outros ([2009] IESC 82 (2009)), a Corte Suprema da Irlanda estabeleceu que o conceito de criança por nascer (“*unborn child*”) não se aplica a embriões obtidos no contexto de uma fecundação *in vitro*, e estes últimos não se beneficiam da proteção prevista pelo artigo 40.3.3 da Constituição da Irlanda, que reconhece o direito à vida da criança por nascer. Neste caso, a demandante, que já teve um filho como resultado da técnica da fecundação *in vitro*, recorreu à Corte Suprema a fim de obter a implantação de outros três embriões obtidos no contexto da mesma fecundação, apesar da ausência do consentimento de seu companheiro, de quem havia se separado”.<sup>400</sup>
253. Portanto, a Corte observa que as tendências de regulamentação no Direito Internacional não levam à conclusão de que o embrião seja tratado de maneira igual a uma pessoa ou que tenha um direito à vida.

### *C.3.b) Regulamentações e práticas sobre a FIV no direito comparado*

254. Das perícias apresentadas pelas partes na audiência pública, foi estabelecido que a Costa Rica é o único país da região que proíbe e, portanto, não pratica a FIV (par. 67 *supra*).
255. Então, da prova apresentada pelas partes nos autos, a Corte observa que embora a FIV seja realizada em um grande número de países,<sup>401</sup> o anterior não necessariamente implica que esta se encontre regulamentada por meio de normas jurídicas. A esse respeito, o Tribunal destaca que, das legislações comparadas anexadas pelas partes sobre técnicas de reprodução assistida (Brasil, Chile, Colômbia, Guatemala, México, Peru, Uruguai), observa-se que existem normas que regulamentam algumas práticas na matéria. O Tribunal constata que, por exemplo, existe: i) a proibição de clonagem humana, no Chile<sup>402</sup> e no Peru;<sup>403</sup> ii) as legislações de Brasil,<sup>404</sup> Chile<sup>405</sup> e Peru<sup>406</sup> proíbem a utilização das técnicas de reprodução assistida para fins diferentes da procriação humana; iii) o Brasil estabelece que o número ideal de óvulos e pré-embriões a serem transferidos não pode ser superior a quatro, para não aumentar os riscos de multipariedade,<sup>407</sup> e proíbe a utilização de procedimentos

399. Cf. TEDH, *Caso S.H. e outros Vs. Áustria*, (n° 57813/00), Sentença de 3 de novembro de 2011, par. 104. (*the Austrian legislature has not completely ruled out artificial procreation. [...] [t]he legislature tried to reconcile the wish to make medically assisted procreation available and the existing unease among large sections of society as to the role and possibilities of modern reproductive medicine, which raises issues of a morally and ethically sensitive nature.*)

400. TEDH, *Caso Costa e Pavan Vs. Itália*, (n° 54270/10). Sentença de 28 de agosto de 2012, par. 33 (“33. *En outre, la Cour relève que, dans l'affaire Roche c. Roche et autres ([2009] IESC 82 (2009)), la Cour Suprême irlandaise a établi que la notion d'enfant à naître (« unborn child ») ne s'applique pas à des embryons obtenus dans le cadre d'une fécondation in vitro, ces derniers ne bénéficiant donc pas de la protection prévue par l'article 40.3.3. de la Constitution irlandaise qui reconnaît le droit à la vie de l'enfant à naître. Dans cette affaire, la requérante, ayant déjà eu un enfant à la suite d'une fécondation in vitro, avait saisi la Cour Suprême en vue d'obtenir l'implantation de trois autres embryons obtenus dans le cadre de la même fécondation, malgré l'absence de consensus de son ancien compagnon, duquel elle s'était séparée entre-temps*”). A Corte toma nota de que em 28 de novembro de 2012, o governo italiano inter pôs perante a Grande Sala do Tribunal Europeu de Direitos Humanos o pedido de revisão deste caso “em razão de que a petição original foi apresentada diretamente perante o Tribunal Europeu de Direitos Humanos sem antes haver esgotado [...] todos os recursos internos e sem ter em necessária consideração a margem de apreciação que cada Estado tem na adoção de sua própria legislação” (tradução da Secretaria da Corte). Disponível em: <http://www.governo.it/Presidenza/Comunicati/detttaglio.asp?d=69911> (última consulta em 28 de novembro de 2012).

401. O relatório de 2009 do Registro Latino-Americano de Reprodução Assistida (RLA) informou que nesse período “relataram 135 centros pertencentes a onze países. A maioria dos centros estão no Brasil e no México, a maioria dos ciclos foram realizados no Brasil e na Argentina”. Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2825).

402. Cf. Lei 20.120 de 2006, Ministério da Saúde do Chile, Artigo 5, (expediente de anexos à contestação, tomo IV, anexo 2, folhas 8424 a 8426).

403. Cf. Lei Geral da Saúde do Peru n° 26.842 de 15 de julho de 1997, artigo 7 (expediente de anexos à contestação, tomo IV, anexo 2, folha 8357).

404. Cf. Resolução do Conselho Federal de Medicina n° 1.358 de 1992, Princípio Geral, n° 5 (expediente de anexos ao relatório de mérito da CIDH, tomo I, anexo 18, folhas 425 a 428).

405. Cf. Projeto de Lei de Reprodução Humana Assistida, Artigo 1 (expediente de anexos à contestação, tomo IV, anexo 2, folhas 8437 a 8443).

406. Cf. Lei Geral da Saúde do Peru n° 26.842 de 15 de julho de 1997, artigo 7 (expediente de anexos à contestação, tomo IV, anexo 2, folha 8357).

407. Cf. Resolução do Conselho Federal de Medicina n° 1.358 de 1992, Princípio Geral, n° 6 (expediente de anexos ao relatório de mérito da CIDH, tomo I, anexo 18, folhas 425 a 428). Sobre a transferência embrionária a perita Garza explicou que “as Diretrizes emitidas pela Sociedade Americana de Medicina Reprodutiva (ASRM) em 1999 aconselham que não mais de 2 embriões devem ser transferidos às mulheres que têm mais probabilidades de ficar grávidas, e não mais de 5 nas pacientes com uma probabilidade menor de gravidez. No ano de 2006, em um esforço por reduzir ainda mais a incidência das gravidezes múltiplas de alta ordem, a ASRM e a Sociedade de Tecnologia de Reprodução Assistida (SART) desenvolveram diretrizes para assistir os programas de TRA e os pacientes, para determinar o número apropriado da etapa de clivagem (geralmente 2-3 dias), embriões ou blastócitos (geralmente 5 ou 6 dias depois da fertilização) para transferir. Estas diretrizes recomendam que: as mulheres com menos de 35 anos, que têm mais probabilidades de ficar grávidas, devem ser encorajadas a considerar a transferência de um único embrião; as mulheres, com idades entre 35-37 anos, com uma boa possibilidade de ficar grávidas, não devem receber mais de 2 embriões; as mulheres, com idades entre 38-40, com uma boa possibilidade de ficar grávidas, não devem receber mais de 3 embriões em estado de clivagem ou não mais de 2 blastócitos. As mulheres, com idades além dos 40 anos, e as que têm menos probabilidades

que “apontem a uma redução embrionária”<sup>408</sup> e a comercialização do material biológico, em razão de que esta prática implica um crime,<sup>409</sup> e iv) existem diversos tipos de regulamentações sobre a criopreservação. Por exemplo, no Chile se proíbe o congelamento de embriões para transferência diferida de embriões,<sup>410</sup> e no Brasil<sup>411</sup> e na Colômbia<sup>412</sup> é permitida a criopreservação de embriões, espermatozoides e óvulos. Por outro lado, em alguns países, como Argentina,<sup>413</sup> Chile<sup>414</sup> e Uruguai,<sup>415</sup> já estão buscando tomar medidas para que os tratamentos de reprodução assistida sejam cobertos pelos programas ou políticas de saúde estatal.

256. A Corte considera que, apesar de que não existem muitas regulamentações normativas específicas sobre a FIV na maioria dos Estados da região, estes permitem que a FIV seja praticada dentro de seus territórios. Isso significa que, no contexto da prática da maioria dos Estados Parte na Convenção interpretou-se que a Convenção permite a prática da FIV. O Tribunal considera que estas práticas dos Estados estão relacionadas com a maneira em que interpretam os alcances do artigo 4 da Convenção, pois nenhum destes Estados considerou que a proteção ao embrião deva ser de tal magnitude que não sejam permitidas as técnicas de reprodução assistida ou, particularmente, a FIV. Nesse sentido, esta prática generalizada<sup>416</sup> está associada ao princípio de proteção gradual e incremental – e não absoluta – da vida pré-natal e à conclusão de que o embrião não pode ser entendido como pessoa.

#### C.4) O princípio de interpretação mais favorável e o objeto e fim do tratado

257. Em uma interpretação teleológica se analisa o propósito das normas envolvidas, para o que é relevante analisar o objeto e fim do mesmo tratado e, caso seja pertinente, analisar os propósitos do sistema regional de proteção. Nesse sentido, tanto a interpretação sistemática como a teleológica estão diretamente relacionadas.<sup>417</sup>

258. Os antecedentes que foram analisados até agora permitem inferir que a finalidade do artigo 4.1 da Convenção é proteger o direito à vida sem que isso implique a negação de outros direitos que a Convenção protege. Nesse sentido, a cláusula “em geral” tem como objeto e fim permitir que, diante de um conflito de direitos, seja possível invocar exceções à proteção do direito à vida desde a concepção. Em outras palavras, o objeto e fim do artigo 4.1 da Convenção é que não se entenda o direito à vida como um direito absoluto, cuja alegada proteção possa justificar a negação total de outros direitos.

259. Em consequência, não é admissível o argumento do Estado no sentido de que suas normas constitucionais concedem uma maior proteção do direito à vida e, por conseguinte, procederia fazer prevalecer este direito

---

de ficar grávidas, podem ter mais embriões transferidos”. Declaração perante agente dotado de fé pública da perita Garza (expediente de mérito, tomo V, folhas 2566 e 2567).

408. Cf. Princípio Geral nº 7, Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358 de 1992 (expediente de anexos ao relatório de mérito da CIDH, tomo I, anexo 18, folhas 425 a 428).

409. Cf. Lei nº 11.105 de 24 de março de 2005 do Brasil (expediente de mérito, tomo I, anexo 20, folhas 249 a 262). Artigo 5.

410. Cf. Normas Aplicáveis à Fertilização In Vitro e à Transferência Embrionária, *Extenta* nº 1072 de 28 de junho de 1985, Santiago, Ministério da Saúde, República do Chile (expediente de anexos à contestação, tomo IV, anexo 2, folhas 8456 a 8459). O artigo 8 estabelece que: “a Instituição e a respectiva equipe de especialistas devem manter e proporcionar às autoridades do Ministério da Saúde informação completa e fidedigna sobre: a) Lugar e local onde se efetua a FIV e TE; b) Instituição que patrocina e se faz responsável pelo Programa da FIV e TE, definindo claramente os objetivos e procedimentos do programa; c) Os especialistas e profissionais que conduzem e participam do processo da FIV e TE, sua formação e idoneidade; d) Os protocolos de trabalho onde serão registrados os detalhes do processo da FIV e TE indicando o número de óvulos obtidos, fertilizados ou implantados. A esse respeito, deve se estabelecer que todos os óvulos fertilizados e normais devem ser transferidos à mãe e que não se praticará o congelamento de embriões para transferência diferida de embriões muito menos com fins de investigação”.

411. Cf. Resolução do Conselho Federal de Medicina nº 1.358 de 1992 (expediente de anexos ao relatório de mérito da CIDH, tomo I, anexo 18, folhas 425 a 428).

412. Cf. Decreto 1546 de 1998, Presidente da República da Colômbia, Artigo 48 (expediente de anexos à contestação, tomo IV, anexo 2, folhas 8277 a 8303).

413. Projeto de Lei que foi aprovado em 28 de junho de 2012 pela Câmara de Deputados que prevê que as obras sociais, as entidades de medicina privada e o sistema de saúde pública deverão incorporar como prestações obrigatórias a cobertura integral e interdisciplinar dos procedimentos que a Organização Mundial da Saúde define como “Reprodução Humana Assistida”. Texto com os seis artigos disponíveis aqui: <http://www1.hcdn.gov.ar/proyxml/expediente.asp?fundamentos=si&numexp=0492-D-2010>

414. O perito Zegers declarou que o Chile “não discutiu formalmente a cobertura dos tratamentos de infertilidade no âmbito legislativo, entretanto, o governo destinou recursos econômicos especiais ao Fundo Nacional da Saúde para cobrir os tratamentos de TRA a uma população crescente de mulheres de baixos recursos”. Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2824).

415. Cf. Projeto de Lei “Técnicas de reprodução assistida” aprovado pela Câmara de Representantes em 9 de outubro de 2012 e atualmente em estudo na Comissão de Saúde Pública do Senado. Disponível em: <http://www0.parlamento.gub.uy/indexdb/Distribuidos/ListarDistribuido.asp?URL=/distribuidos/contenido/camara/D20120417-0218-0997.htm&TIPO=CON> (última consulta em 28 de novembro de 2012).

416. O artigo 31.3 b) da Convenção de Viena estabelece que: “[j]untamente com o contexto, será levado em consideração: qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação”.

417. *Caso González e outras (“Campo Algodonero”) Vs. México. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 16 de novembro de 2009. Série C Nº 205, par. 59.

de forma absoluta. Ao contrário, esta visão nega a existência de direitos que podem ser objeto de restrições desproporcionais sob uma defesa da proteção absoluta do direito à vida, o que seria contrário à tutela dos direitos humanos, aspecto que constitui o objeto e fim do tratado. Ou seja, em aplicação do princípio de interpretação mais favorável, a alegada “proteção mais ampla” no âmbito interno não pode permitir nem justificar a supressão do gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida que a prevista nela.

260. A esse respeito, a Corte considera que outras sentenças no Direito Constitucional comparado buscam realizar um adequado balanço de possíveis direitos em conflito e, portanto, constituem uma referência relevante para interpretar os alcances da cláusula “em geral, desde a concepção” estabelecida no artigo 4.1 da Convenção. A seguir se faz alusão a alguns exemplos jurisprudenciais nos quais se reconhece um legítimo interesse em proteger a vida pré-natal, mas onde se diferencia este interesse da titularidade do direito à vida, enfatizando que toda tentativa de proteger este interesse deve ser harmonizada com os direitos fundamentais de outras pessoas, em especial da mãe.
261. No âmbito europeu, por exemplo, o Tribunal Constitucional da Alemanha, ressaltando o dever geral do Estado de proteger o não nascido, estabeleceu que “[a] proteção da vida, [...] não é em tal grau absoluta que goze sem exceção alguma de prevalência sobre todos os demais bens jurídicos”,<sup>418</sup> e que “[o]s direitos fundamentais da mulher [...] subsistem frente ao direito à vida do *nasciturus* e conseqüentemente têm de ser protegidos”.<sup>419</sup> Além disso, segundo o Tribunal Constitucional da Espanha, “[a] proteção que a Constituição concede ao *nasciturus* [...] não significa que esta proteção tenha caráter absoluto”.<sup>420</sup>
262. Por sua vez, na região, a Suprema Corte de Justiça dos Estados Unidos afirmou que “[é] razoável e lógico que um Estado, em um determinado momento, proteja outros interesses [...] como, por exemplo, os da potencial vida humana”, o qual deve ser ponderado com a intimidade pessoal da mulher—a qual não se pode entender como um direito absoluto—e “outras circunstâncias e valores”.<sup>421</sup> Por outro lado, segundo a Corte Constitucional da Colômbia, “embora corresponda ao Congresso adotar as medidas idôneas para cumprir o dever de proteção da vida [...] isto não significa que estejam justificadas todas as que profira com esta finalidade, porque, apesar de sua relevância constitucional a vida não tem o caráter de um valor ou de um direito de caráter absoluto e deve ser ponderada com os outros valores, princípios e direitos constitucionais”.<sup>422</sup> A Corte Suprema de Justiça da Nação da Argentina afirmou que nem da Declaração Americana nem da Convenção Americana se deriva um mandato de maneira que corresponda interpretar, de modo restritivo, o alcance das normas criminais que permitem o aborto em certas circunstâncias, “já que as normas pertinentes destes instrumentos foram expressamente delimitadas em sua formulação para que delas não se derivasse a invalidez de um caso de aborto” como o previsto no Código Penal argentino.<sup>423</sup> Em sentido similar, a Suprema Corte de Justiça da Nação do México declarou que, do fato de que a vida seja uma condição necessária da existência de outros direitos não se pode validamente concluir que se deve considerar a vida como mais valiosa que qualquer um desses outros direitos.<sup>424</sup>
263. Portanto, a Corte conclui que o objetivo e fim da cláusula “em geral” do artigo 4.1 da Convenção é a de permitir, conforme corresponda, um adequado balanço entre direitos e interesses em conflito. No caso que ocupa a atenção da Corte, basta afirmar que este objeto e fim implica que não se pode alegar a proteção absoluta do embrião anulando outros direitos.

418. BVerfG, Sentença BVerfGE 88, 203, 28 de maio de 1993, 2 BvF 2/90 e 4, 5/92, par. D.I.2.b. (Tradução da Secretaria da Corte).

419. BVerfG, Sentença BVerfGE 88, 203, 28 de maio de 1993, 2 BvF 2/90 e 4, 5/92, par. D.I.2.c.aa. (Tradução da Secretaria da Corte).

420. Tribunal Constitucional da Espanha, Sentença de Recurso Prévio de Constitucionalidade 53/1985, 11 de abril de 1985, par. 8.

421. Corte Suprema dos Estados Unidos, *Caso Roe Vs. Wade*, 410 U.S. 115, 157 (1973)

422. Corte Constitucional da Colômbia, Sentença C-355 de 2006, VI.5.

423. Corte Suprema de Justiça da Argentina, “*F. A. L. s/ medida autosatisfactiva*”, Sentença de 13 de março de 2012, F. 259. XLVI., Considerando 10.

424. Cf. Sentença da Suprema Corte de Justiça da Nação de 28 de agosto de 2008, ação de inconstitucionalidade 146/2007, acumulada à ação 147/2007. Em particular, na sentença se afirmou que: “Em outros termos, podemos aceitar como verdadeiro que se não se está vivo não se pode exercer nenhum direito, mas daí não poderíamos deduzir que o direito à vida goze de preeminência frente a qualquer outro direito. Aceitar um argumento semelhante nos obrigaria a aceitar também, por exemplo, que o direito a se alimentar é mais valioso e importante que o direito à vida, porque o primeiro é uma condição do segundo”. Por sua vez, o Superior Tribunal Federal do Brasil afirmou que, “para que ao embrião *in vitro* fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposta não autorizada pela Constituição”. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.510, de 29 de maio de 2008, pág. 5.

*C.5) Conclusão da interpretação do artigo 4.1*

264. A Corte utilizou os diversos métodos de interpretação, os quais levaram a resultados coincidentes no sentido de que o embrião não pode ser entendido como pessoa para efeitos do artigo 4.1 da Convenção Americana. Além disso, depois de uma análise das bases científicas disponíveis, a Corte concluiu que a “concepção”, no sentido do artigo 4.1, ocorre a partir do momento em que o embrião se implanta no útero, razão pela qual antes deste evento não procederia a aplicação do artigo 4 da Convenção. Além disso, é possível concluir das palavras “em geral” que a proteção do direito à vida em conformidade com esta disposição não é absoluta, mas é gradual e incremental segundo seu desenvolvimento, em razão de que não constitui um dever absoluto e incondicional, mas implica entender a procedência de exceções à regra geral.

**D) Proporcionalidade da medida de proibição***Argumentos da Comissão e alegações das partes*

265. A Comissão afirmou que foram cumpridos os requisitos de legalidade, finalidade e idoneidade. Entretanto, a Comissão considerou que na análise de idoneidade “pode ter incidência” a evidência científica de „que a técnica de reprodução assistida da [FIV] impõe um risco de perda dos embriões [...] que] é comparável ao processo natural de reprodução”. Sobre a necessidade da medida, a Comissão afirmou que “existiam formas menos restritivas para satisfazer o objetivo buscado pelo Estado e acomodar os interesses em jogo, como por exemplo, através de outras formas de regulamentação que poderiam se assimilar mais ao processo natural de concepção, tal como uma regulamentação que diminua o número de óvulos fecundados”. Finalmente, argumentou que “existem suficientes elementos para concluir que a proibição afetou de maneira desproporcional os direitos em jogo”, em razão de que: i) “os direitos impactados, [...] são particularmente relevantes para a identidade de uma pessoa e sua autonomia”; ii) “a proteção da vida no âmbito internacional e constitucional comparado es[tá] habitualmente sujeita a graus de proteção que se apli[cam] de maneira incremental”; iii) deve-se considerar “o caráter severo da violação dos direitos envolvidos”, já que “[o] efeito foi equivalente a uma anulação do exercício de seus direitos”; iv) é viável considerar que a proibição da [FIV], na prática, não contribui a uma proteção significativa da vida dos embriões, em contraste com a alta frequência [de perda embrionária] no processo natural de concepção”, e v) é importante se referir “à consistência e coerência na ação estatal relativa aos embriões”, já que existiriam “práticas permitidas atualmente na Costa Rica [...] que] implicam um risco de fecundação destes óvulos, de perda embrionária e de gravidezes múltiplas”. A Comissão observou que a proibição da FIV “teve dois efeitos que se encontram sob o alcance do direito à igualdade: i) impediu às [supostas] vítimas superar a situação de desvantagem em que se encontravam através do benefício do progresso científico, em particular, de um tratamento médico, e ii) teve um impacto específico e desproporcional em relação às mulheres”.

266. O representante Molina coincidiu com a Comissão e acrescentou, em relação à legalidade da medida, que a Sala Constitucional “exced[eu] suas faculdades limitando o Poder Legislativo a exercer sua função primordial”. Além disso, argumentou que “a ambiguidade” na formulação da proibição da Sala Constitucional “gera[va] dúvidas e abr[ia] o campo ao arbítrio da autoridade”. Acrescentou que o fim da sentença era “a proteção absoluta [do] direito à vida dos embriões humanos”, razão pela qual o considerou um “suposto fim legítimo”. Por sua vez, negou a idoneidade da medida por considerar a sentença “um meio discriminatório” e “arbitrária”, já que “não ponderou nem dimensionou entre os diferentes direitos convencionais”. Por outro lado, argumentou que “[o] Estado escolheu a medida mais lesiva de todas, a medida que anulou por completo a única possibilidade que os casais tinham para realizar sua decisão privada de se converter em pais e mães biológicos”.

267. O representante Molina alegou que a satisfação do direito à vida não justifica a restrição dos direitos à família, honra e dignidade, e igualdade perante a lei. Qualificou a infertilidade das supostas vítimas como “incapacidade pela qual haviam sido discriminadas para ter uma família”. Igualmente, argumentou que “o benefício obtido com a medida é nulo, ao passo que o dano causado com a proibição é máximo, [portanto] não se pode predicar como proporcional a medida da proibição da FIV”. Além disso, argumentou que “a decisão da Sala Constitucional [...] incidiu em uma discriminação por uma incapacidade reprodutiva”, considerando que a “sentença estabelece uma clara diferença entre [...] casais [...] que podem conceber naturalmente e [...] casais que somente podem fazê-lo por meio de métodos de reprodução assistida”, e que “[a] discriminação realizada pela Sala não somente é evidente na sentença como tal, mas nos efeitos que a mesma provocou sobre as pessoas e casais que pretendiam conceber por meio de métodos de reprodução assistida”. Finalmente, considerou a sentença como uma “forma de discriminação em função de suas possibilidades econômicas”.

268. O representante May alegou que “[a infertilidade] é uma doença, uma incapacidade e, portanto, uma incapacidade do ser humano para fecundar ou para conceber, em resumo, uma incapacidade para procriar”. O representante May alegou que embora a “proibição absoluta” à prática da FIV “poderia parecer neutra”, “não tem o mesmo efeito em cada pessoa[, mas...] produz um impacto desproporcional naqueles que são inférteis, negando-lhes a oportunidade de superar sua condição física e conceber de uma forma biológica”.
269. O Estado alegou que a Comissão “nem sequer questionou a legalidade da medida adotada pelo Tribunal Constitucional” e “aceitou que a restrição [...] constitui uma limitação prevista na lei e no ordenamento jurídico”. Argumentou que “o fim buscado pelo Estado costarricense ao proibir a [FIV] é legítimo, pois pretende proteger o direito à vida dos embriões”. Argumentou que “a legitimidade do fim proposto depende de como se defina a palavra ‘concepção’, pois se é equiparada à palavra ‘fertilização’, sim existiria idoneidade da medida adotada pelo Estado ao proibir a” FIV. Em relação à necessidade da medida, argumentou que “a Comissão parte de uma premissa equivocada de afirmar que neste caso o Estado costarricense pôde adotar uma medida menos restritiva”. A esse respeito, argumentou que “ficou demonstrado que no estado atual da ciência, não existe evidência de que a [FIV] ofereça garantias de proteção à vida do não nascido fecundado *in vitro*”.
270. Em relação à proporcionalidade da medida, o Estado alegou que “ao balancear o prejuízo que a medida restritiva gera no titular da liberdade, e o benefício que a coletividade obtém a partir disso ao se proteger o valor mais fundamental da sociedade que é o direito à vida, o Estado deve necessariamente inclinar a balança para este último”. Afirmou que a “problemática associada com a Fertilização *in Vitro* é o alto índice de morte dos embriões humanos que são transferidos à cavidade uterina por métodos artificiais”. Mencionou alguns fenômenos “para explicar alguns dos problemas que podem estar envolvidos na alta ineficiência da FIV”: i) “o estado de maturação dos óvulos utilizados: a indução de uma multiovulação, que é feita habitualmente para aplicar a FIV, realiza-se com o tratamento de gonadotrofinas mas, com frequência, o estado de maturação dos óvulos obtidos por este procedimento é deficiente”; ii) “visto que na [FIV] não são realizados os procedimentos de seleção de espermatozoides normais e maduros que ocorrem na natureza, em muitíssimos casos a concepção se dá através de espermatozoides defeituosos”; iii) “a porcentagem de embriões que detém seu desenvolvimento entre as etapas de zigoto e blastócito é mais elevada quando a geração do desenvolvimento ocorre *in vitro* do que *in vivo* [...]”. O embrião gerado tem uma melhor viabilidade intrínseca que o criado *in vitro*; ou seja, os embriões criados no laboratório são menos saudáveis”, e iv) “foi demonstrado que o embrião envia sinais para preparar o endométrio para a implantação, o que poderia explicar em parte por que no caso da FIV, ao não estar presente no corpo da mulher o embrião pré-implantado, a taxa de implantação é tão baixa”. Nesse sentido, argumentou que “[a] única saída é a proibição da técnica, pois somente desta forma existe garantia para a vida do embrião desde a fecundação” e, portanto, “não poderia se obrigar a ponderar neste caso de maneira diferente os direitos envolvidos, pois não existe forma de fazê-lo”. Por outro lado, o Estado afirmou que “a Sentença da Sala Constitucional [...] não é omissa em relação ao juízo de ponderação[, já que] foi considerado que a proscrição constitucional da técnica *in vitro* era necessária para proteger o direito à vida dos embriões”. Por sua vez, acrescentou que “[o] fato de que na Costa Rica a Sala Constitucional tenha avaliado a existência do aborto terapêutico [...] não é contraditório com a proibição da” FIV, em razão de que nesse caso “o juízo de ponderação devia ser realizado entre o direito à vida da mãe e o direito à vida do embrião”.
271. Finalmente, em relação à alegada discriminação indireta, o Estado afirmou que “[a] situação de infertilidade é uma condição natural que não é induzida pelo Estado”. Além disso, argumentou que “não existe consenso em que a infertilidade seja, *per se*, uma doença” ou possa “ser considerada uma incapacidade”. A esse respeito, alegou que “[a] concepção assistida é distinta do tratamento de uma doença”, já que a FIV não “cura” a infertilidade, pois “não constitui um tratamento para modificar a situação que faz com que um casal ou uma pessoa seja infértil, mas constitui um meio para substituir o procedimento natural da fecundação”. Por outro lado, argumentou que a proibição da FIV “não está orientada a estabelecer discriminação contra as pessoas que não podem ter filhos de forma natural nem muito menos contra as mulheres”, pois a proibição “estava dirigida a todas as pessoas independentemente de sua condição: solteiras, casadas, mulheres ou homens, férteis ou inférteis”. Portanto, alegou que a proibição da FIV não teve uma “especial intensidade” em relação às mulheres, de modo que não discrimina de forma indireta pois “não tem sua origem unicamente em problemas das mulheres”.

#### Considerações da Corte

272. A Corte afirmou que a decisão de ter filhos biológicos através do acesso a técnicas de reprodução assistida faz parte do âmbito dos direitos à integridade pessoal, liberdade pessoal e à vida privada e familiar. Além disso,

a forma como se constrói esta decisão é parte da autonomia e da identidade de uma pessoa tanto em sua dimensão individual como de casal. A seguir será analisada a suposta justificativa da interferência que o Estado realizou em relação ao exercício destes direitos.

273. A esse respeito, este Tribunal estabeleceu em sua jurisprudência que um direito pode ser restringido pelos Estados sempre que as ingerências não sejam abusivas ou arbitrárias; por isso, devem estar previstas em lei no sentido formal e material,<sup>425</sup> perseguir um fim legítimo e cumprir os requisitos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade.<sup>426</sup> No presente caso, a Corte ressaltou que o “direito absoluto à vida do embrião”, como base para a restrição dos direitos envolvidos, não tem fundamento na Convenção Americana (par. 264 *supra*), razão pela qual não é necessária uma análise detalhada de cada um destes requisitos, nem apreciar as controvérsias em relação à declaração de inconstitucionalidade em sentido formal pela suposta violação do princípio da reserva de lei. Sem prejuízo do anterior, o Tribunal considera pertinente expor a forma em que o sacrifício dos direitos envolvidos no presente caso foi desmedido em relação às vantagens pretendidas com a proteção do embrião.<sup>427</sup>
274. Para isso, a restrição teria de alcançar uma importante satisfação da proteção da vida pré-natal, sem anular os direitos à vida privada e a fundar uma família. Para realizar esta ponderação deve ser analisado: i) o grau de violação de um dos bens em jogo, determinando se a intensidade desta violação foi grave, média ou moderada; ii) a importância da satisfação do bem contrário, e iii) se a satisfação deste justifica a restrição do outro.<sup>428</sup>
275. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos afirmou que o possível conflito entre o direito à vida privada, que inclui os direitos à autonomia e ao livre desenvolvimento da personalidade, e “a possibilidade de que disposições de proteção para o não nascido sejam estendidas em certas circunstâncias, deve ser resolvido ponderando vários [...] direitos ou liberdades reclamados por uma mãe e um pai envolvidos em uma relação entre os dois ou vis-à-vis ao feto”.<sup>429</sup> Este Tribunal expressou que uma “consideração indevida da proteção da vida pré-natal ou com base em que o direito da futura mãe ao respeito de sua vida privada é de menor ordem, não constitui uma ponderação razoável e proporcional entre direitos e interesses em conflito”.<sup>430</sup> Além disso, no *Caso Costa e Pavan Vs. Itália*, o Tribunal Europeu considerou que a proibição absoluta do diagnóstico pré-implantacional não era proporcional, devido à legislação nacional inconsistente em relação aos direitos reprodutivos, que, proibindo o diagnóstico pré-implantacional, permitia ao mesmo tempo o término da gravidez se um feto posteriormente demonstrasse sintomas de uma grave doença detectável pelo diagnóstico pré-implantacional.<sup>431</sup>
276. A Corte efetuará uma ponderação na qual analisará: i) a severidade da interferência ocorrida nos direitos à vida privada e familiar e aos demais direitos envolvidos no presente caso. Além disso, esta severidade é analisada desde o impacto desproporcional relacionado com: ii) a incapacidade; iii) o gênero, e iv) a situação socioeconômica. Finalmente, será avaliada: v) a controvérsia sobre a alegada perda embrionária.

#### D.1) Severidade da limitação dos direitos envolvidos no presente caso

277. Como foi indicado anteriormente (par. 144 *supra*), o alcance do direito à vida privada e familiar ostenta uma estreita relação com a autonomia pessoal e os direitos reprodutivos. A sentença da Sala Constitucional teve o efeito de interferir no exercício destes direitos das supostas vítimas, uma vez que os casais tiveram de modificar seu curso de ação em relação à decisão de tentar ter filhos através da FIV. De fato, a Corte considera que uma das ingerências diretas na vida privada se relaciona ao fato de que a decisão da Sala Constitucional impediu que fossem os casais quem decidissem sobre se desejavam ou não se submeter na Costa Rica a este tratamento para ter filhos. A ingerência se faz mais evidente se for considerado que a FIV é, na maioria dos casos, a técnica à qual recorrem as pessoas ou casais depois de haver tentado outros tratamentos para enfrentar a infertilidade (por exemplo, o senhor Vega e a senhora Arroyo realizaram 21 inseminações artificiais) ou, em

425. Cf. *A Expressão “Leis” no Artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A Nº 6, pars. 35 e 37.

426. Cf. *Caso Tristán Donoso Vs. Panamá. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 27 de janeiro de 2009. Série C Nº 193, par. 56, e *Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 164.

427. *Caso Kimel Vs. Argentina*, par. 83, e *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez*, par. 93.

428. *Caso Kimel Vs. Argentina*, par. 84.

429. TEDH, *Caso Vo. Vs. França*, (nº 53924/00), Sentença de 8 de julho de 2004, par. 80, e *Caso RR Vs. Polônia*, (nº 27617/04), Sentença de 26 de maio de 2011, par. 181

430. TEDH, *Caso A, B e C Vs. Irlanda*, (nº 25579/05), Grande Câmara. Sentença de 16 de dezembro de 2010, par. 238.

431. Cf. TEDH, *Caso Costa e Pavan Vs. Itália*, (nº 54270/10), Sentença de 28 de agosto de 2012, par. 71.

outras circunstâncias, é a única opção com a que conta a pessoa para poder ter filhos biológicos, como no caso do senhor Mejías Carballo e da senhora Calderón Porras (pars. 85 e 117 *supra*).

278. A Corte afirmou que a ingerência no presente caso não está relacionada ao fato de não haver podido ter filhos (par. 161 *supra*). A seguir será analisado o grau de severidade da violação do direito à vida privada e a formar uma família, e do direito à integridade pessoal, tendo em consideração o impacto da proibição da FIV na intimidade, autonomia, saúde mental e nos direitos reprodutivos das pessoas.
279. Em primeiro lugar, a proibição da FIV impactou na intimidade das pessoas, visto que, em alguns casos, um dos efeitos indiretos da proibição foi que, ao não ser possível praticar esta técnica na Costa Rica, os procedimentos utilizados para recorrer a um tratamento médico no exterior exigiam expor aspectos que faziam parte da vida privada. A esse respeito, a senhora Bianchi Bruna afirmou que:

ao casal, a nós como esposos, o estresse econômico que significa conseguir esta quantia de dinheiro o quanto antes, porque aqui prima também um fator de tempo que é muito importante, já que temos um diagnóstico [...] e não se sabe em quanto tempo a gente pode juntar essa soma, menos se termos que juntá-la várias vezes; o estresse deste tipo que um casal tem de enfrentar, quantos casais não se separam por estresse econômico simples e corrente; é enorme a falta de privacidade no fato de que no trabalho todos os meus empregadores tinham de ficar sabendo que eu estava me submetendo a este tratamento porque tinha de estar constantemente pedindo licença, ao mesmo tempo que dizia tenho de me demitir justamente antes de que tivesse de sair de viagem porque ninguém me daria a permissão para sair de viagem em 24, com notificação de 24 horas; no acompanhamento me pediam até 24 horas antes de viajar, depois tinha que viajar com 24 horas de notificação à Colômbia e daí em diante continuavam o procedimento durante cinco dias e depois tinha que voltar à Costa Rica para fazer, 10 dias depois, o teste de gravidez e posteriormente acompanhar a gravidez. Isto levava a que todo o mundo se desse conta [...] A intimidade é totalmente violada, todo mundo não somente fica sabendo que ainda que fosse a mulher a que era infértil, todo mundo assume que o casal também é, ou que não foi capaz de realizar essa procriação; isso para ele foi muito difícil também, além de ter de estar me apoiando constantemente em coisas que realmente não entende [...], submeteu-me a um estresse social e familiar já que minha família se viu dividida de repente.<sup>432</sup>

280. Nesse sentido, a senhora Henchoz Bolaños explicou dificuldades adicionais similares, as quais são possíveis de inferir que não teriam surgido se houvesse podido ter acesso à FIV em seu país. Afirmou, em relação à sua viagem à Europa para ter acesso à FIV, que “no mesmo dia que chega[ram], tiv[eram] de procurar o hotel, tiv[eram] de procurar a clínica, o médico, nunca havia[m] ido à Europa, [...] é um lugar totalmente estranho, estava sem [sua] família, sem [seus] entes queridos, estava[m] sozinhos, [s]e sentia como expatriada, assim [s]e sentia. Chega[ram], encontra[ram] o médico, um médico que não [os] conhece, que não sabe nem quem [você é]”.<sup>433</sup>
281. Em segundo lugar, em relação à violação da autonomia pessoal e do projeto de vida dos casais, a Corte observa que a FIV costuma ser realizada como último recurso para superar graves dificuldades reprodutivas. Sua proibição afetou com maior impacto os planos de vida dos casais cuja única opção de procriar era a FIV, como ocorria nos casos do senhor Mejías e da senhora Calderón Porras. Em sentido similar, a senhora Arroyo Fonseca, que havia tentado várias inseminações e que ao final conseguiu ter filhos, manifestou que, em determinado momento, “não tev[e] a oportunidade de superar [seu] problema de infertilidade com uma técnica de reprodução assistida que [naquele momento lh]e teria permitido ter mais filhos”.<sup>434</sup>
282. Em terceiro lugar, viu-se impactada a integridade psicológica das pessoas ao lhes negar a possibilidade de ter acesso a um procedimento que faz possível aplicar a liberdade reprodutiva desejada. A esse respeito, uma das vítimas expressou que, depois da proibição, ele e sua companheira, “ca[íram] em uma etapa de depressão tremenda, [ela] chorava o tempo todo, fechava-se no quarto e se negava a sair, [lh]e recordava a todo momento a ilusão de ter um filho seu, dos nomes que tínhamos [...]. Também tiveram de viver outras experiências amargas, por exemplo, deixa[ram] de ir à Igreja porque cada domingo era um martírio ir à missa e escutar o padre se referir às pessoas que queriam [a FIV] como pessoas que matavam crianças e como Deus reprovava e abominava essas crianças [...]. Não volt[aram] a nenhuma igreja, e [se] senti[ram] abandonados pelo próprio Deus”.<sup>435</sup>

432. Declaração da senhora Bianchi Bruna na audiência realizada em 28 de outubro de 2008 perante a Comissão Interamericana.

433. Declaração da senhora Ileana Henchoz prestada na audiência pública realizada no presente caso.

434. Declaração juramentada da senhora Joaquinita Arroyo Fonseca (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, anexo XI, folha 5266).

435. Declaração juramentada (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo IV, anexo XXI, folha 5620).

283. Por sua vez, a senhora Carro Maklouf expressou que sentiu “uma indescritível intromissão em [sua] vida privada” e enfatizou que para seus outros filhos “também era uma ilusão ter um irmãozinho, já que eles eram adultos, e o tema havia se convertido em um projeto familiar, eles também sofreram a [seu] lado toda a dor que [lh]e trouxe esta decisão da Sala Constitucional”<sup>436</sup>. A senhora Bianchi Bruna explicou que quando a FIV, como “última opção, [...] foi proibida [...] sent[iu] uma tormenta de dor e incredulidade dando voltas em [sua] mente”. Por outro lado, a senhora Artavia Murillo declarou que a decisão estatal “lev[ou] ao fracasso de [seu] relacionamento matrimonial pelas depressões que sofre[ram] à raiz de tal proibição (fertilização *in vitro*) tanto as de [seu] ex-marido como as [suas], sendo assim que o melhor foi que terminássemos o mesmo, deixando uma ferida ainda maior, e com um dano moral incalculável”<sup>437</sup>.
284. De maneira que, em face do afirmado anteriormente, os casais sofreram uma interferência severa em relação à tomada de decisões sobre os métodos ou práticas que desejavam tentar com o fim de procriar um filho biológico. Mas também existiram impactos diferentes, relacionados à situação de incapacidade, ao gênero e à situação econômica, que foram alegados pelas partes em conexão com uma possível discriminação indireta no presente caso.

*D.2) Severidade da interferência como consequência da discriminação indireta pelo impacto desproporcional em relação à incapacidade, gênero e situação econômica*

285. A Corte Interamericana afirmou reiteradamente que a Convenção Americana não proíbe todas as distinções de tratamento. A Corte marcou a diferença entre “distinções” e “discriminações”,<sup>438</sup> de forma que as primeiras constituem diferenças compatíveis com a Convenção Americana por serem razoáveis e objetivas e as segundas constituem diferenças arbitrárias que redundam em prejuízo dos direitos humanos. No presente caso, os efeitos da sentença de inconstitucionalidade estão relacionados à proteção do direito à vida privada e familiar, e o direito de formar uma família, e não com a aplicação ou interpretação de uma determinada lei interna que regule a FIV. Portanto, a Corte não analisará a suposta violação do direito à igualdade e não discriminação no contexto do artigo 24,<sup>439</sup> mas à luz do artigo 1.1<sup>440</sup> da Convenção, em relação aos artigos 11.2 e 17 da mesma.<sup>441</sup>
286. O Tribunal afirmou que o princípio de direito imperativo de proteção igualitária e efetiva da lei e não discriminação determina que os Estados devem se abster de produzir regulamentações discriminatórias ou que tenham efeitos discriminatórios nos diferentes grupos de uma população no momento de exercer seus direitos.<sup>442</sup> O Comitê de Direitos Humanos,<sup>443</sup> o Comitê contra a Discriminação Racial,<sup>444</sup> o Comitê para a Eliminação da

436. Declaração juramentada de Claudia María Carro Maklouf “História de vida” (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4140).

437. Escrito da senhora Artavia e do senhor Mejías de 19 de dezembro de 2011 (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4077).

438. Sobre o conceito de “discriminação”, embora a Convenção Americana e o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos não contenham uma definição deste termo, a Corte e o Comitê de Direitos Humanos das Nações Unidas tomaram como base as definições contidas na Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial e na Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher para afirmar que a discriminação constitui “toda distinção, exclusão, restrição ou preferência que se baseiem 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, e que tenham por objeto ou por resultado anular ou menosprezar o reconhecimento, gozo ou exercício, em condições de igualdade, dos direitos humanos e liberdades fundamentais de todas as pessoas”. Cf. Nações Unidas, Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral 18, Não discriminação, 10/11/89, CCPR/C/37, par. 7, e A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados. Parecer Consultivo OC-18/03 de 17 de setembro de 2003. Série A N° 18, par. 92.

439. O artigo 24 da Convenção (Igualdade perante a Lei) indica que:

Todas as pessoas são iguais perante a lei. Por conseguinte, têm direito, sem discriminação, a igual proteção da lei.

440. O artigo 1.1 da Convenção Americana (Obrigação de Respeitar os Direitos) dispõe que:

Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.

441. A Corte afirmou que se um Estado discrimina no respeito ou garantia de um direito convencional, violaria o artigo 1.1 e o direito substantivo em questão. Se, ao contrário, a discriminação se refere a uma proteção desigual da lei interna, violaria o artigo 24. Cf. *Caso Apitz Barbera e outros (“Primeira Corte do Contencioso-Administrativo”) Vs. Venezuela. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 5 de agosto de 2008. Série C N° 182, par. 209, e *Caso da Comunidade Indígena Xákmok Kásek Vs. Paraguai*, par. 272.

442. Cf. *Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana*, par. 141, e A Condição Jurídica e os Direitos dos Migrantes Indocumentados. Parecer Consultivo OC-18/03, par. 88.

443. Cf. Comitê de Direitos Humanos, Comunicação n° 993/2001, Althammer Vs. Áustria, 8 de agosto de 2003, par. 10.2. (“que o efeito discriminatório de uma norma ou medida que é à primeira vista neutra ou não tem propósito discriminatório também pode dar lugar a uma violação da proteção igual perante a lei”), e Comitê de Direitos Humanos, Observação Geral 18, Não discriminação.

444. Cf. Comitê para a Eliminação da Discriminação Racial, Comunicação n° 31/2003, *L.R. et al. Vs. Eslováquia*, 7 de março de 2005, par. 10.4.



Discriminação contra a Mulher<sup>445</sup> e o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais<sup>446</sup> reconheceram o conceito da discriminação indireta. Este conceito implica que uma norma ou prática aparentemente neutra tem repercussões particularmente negativas em uma pessoa ou grupo com algumas características determinadas.<sup>447</sup> É possível que quem tenha estabelecido esta norma ou prática não seja consciente dessas consequências práticas e, em tal caso, a intenção de discriminar não é o essencial e procede uma inversão do ônus da prova. A esse respeito, o Comitê das Pessoas com Deficiência afirmou que “uma lei que se aplique com imparcialidade pode ter um efeito discriminatório se não são levadas em consideração as circunstâncias particulares das pessoas às que se aplique”.<sup>448</sup> Por sua vez, o Tribunal Europeu de Direitos Humanos também desenvolveu o conceito de discriminação indireta, estabelecendo que quando uma política geral ou medida tem um efeito desproporcionalmente prejudicial em um grupo particular, esta pode ser considerada discriminatória ainda que não tenha sido dirigida especificamente a esse grupo.<sup>449</sup>

287. A Corte considera que o conceito de impacto desproporcional está ligado ao de discriminação indireta, razão pela qual se analisa se no presente caso existiu um impacto desproporcional em relação à incapacidade, gênero e situação econômica.

*D.2.a) Discriminação indireta em relação à condição de incapacidade*

288. A Corte toma nota que a Organização Mundial da Saúde (doravante denominada “OMS”) definiu a infertilidade como “uma doença do sistema reprodutivo definida como a incapacidade de conseguir uma gravidez clínica depois de 12 meses ou mais de relações sexuais não protegidas” (par. 62 *supra*). Segundo o perito Zegers-Hochschild, “a infertilidade é uma doença que tem vários efeitos na saúde física e psicológica das pessoas, bem como consequências sociais, que incluem instabilidade matrimonial, ansiedade, depressão, isolamento social e perda de *status* social, perda de identidade de gênero, ostracismo e abuso [...]. [G]era angústia, depressão, isolamento e debilita os laços familiares”. A perita Garza testemunhou que “[é] mais exato considerar a infertilidade como um sintoma de uma doença subjacente. As doenças que causam infertilidade têm um duplo efeito, [...] dificultando o funcionamento da infertilidade, mas também causando problemas de saúde para o homem ou a mulher, tanto a curto como a longo prazo”. Em sentido similar, a Associação Médica Mundial reconheceu que as tecnologias reprodutivas “diferem do tratamento de doenças em que a incapacidade para serem pais sem ajuda médica nem sempre é considerado uma doença. Mesmo quando possa ter profundas consequências psicossociais e, portanto médicas, não é em si mesma limitante da vida. Entretanto, constitui-se uma causa significativa de doenças mentais graves e seu tratamento é claramente médico”.<sup>450</sup>

289. Do artigo 25 da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (doravante denominada “CDPD”) se observa o direito das pessoas com deficiência de ter acesso às técnicas necessárias para resolver problemas de saúde reprodutiva.<sup>451</sup> O perito Caruso considerou que somente se pode falar da infertilidade como deficiência em determinadas condições e hipóteses e, portanto, somente em casos específicos.<sup>452</sup> O perito Hunt observou que “a infertilidade involuntária é uma deficiência”,<sup>453</sup> considerando que:

“[o] Preâmbulo da Convenção sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, da qual a Costa Rica é

445. Cf. Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Recomendação Geral n° 25 referente a medidas especiais de caráter temporal (2004), par. 1 (“pode haver discriminação indireta contra a mulher quando as leis, as políticas e os programas se baseiam em critérios que aparentemente são neutros sob o ponto de vista do gênero, mas que, de fato, repercutem negativamente na mulher”).

446. Cf. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral n° 20. A não discriminação e os direitos econômicos, sociais e culturais (artigo 2, parágrafo 2 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), 2 de julho de 2009.

447. *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana. Mérito Reparaciones e Custas*. Sentença de 24 de outubro de 2012. Série C N° 251, par. 234.

448. Cf. Comitê sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, Comunicação n° 3/2011, *Caso H. M. Vs. Suécia*, CRPD/C/7/D/3/2011, 19 de abril de 2012, par. 8.3.

449. TEDH, *Caso Hoogendijk Vs. Holanda*, No. 58641/00, Primeira Câmara, 2005; TEDH, Grande Câmara, *D. H. e outros Vs. República Checa*, n° 57325/00, 13 de novembro de 2007, par. 175, e TEDH, *Caso Hugh Jordan Vs. Reino Unido*, n° 24746/94, 4 de maio de 2001, par. 154.

450. *The World Medical Association, Statement on Assisted Reproductive Technologies, adopted by the WMA General Assembly, Pilanesberg, South Africa, October 2006*, disponível em: <http://www.wma.net/e/policy/r3.htm>, para 6. [Tradução da Secretaria da Corte]. Declaração citada no Relatório de Mérito da Comissão Interamericana (expediente de mérito, tomo I, nota de pé 36) e na contestação da demanda (expediente de mérito, tomo III, folha 1086).

451. O Artigo 25.1 estabelece que: Os Estados Partes reconhecem que as pessoas com deficiência têm o direito de gozar do estado de saúde mais elevado possível, sem discriminação baseada na deficiência. Os Estados Partes tomarão todas as medidas apropriadas para assegurar às pessoas com deficiência o acesso a serviços de saúde, incluindo os serviços de reabilitação, que levarão em conta as especificidades de gênero. Em especial, os Estados Partes: a) Oferecerão às pessoas com deficiência programas e atenção à saúde gratuitos ou a custos acessíveis da mesma variedade, qualidade e padrão que são oferecidos às demais pessoas, inclusive na área de saúde sexual e reprodutiva e de programas de saúde pública destinados à população em geral”.

452. Declaração prestada pelo perito Anthony Caruso na audiência pública realizada no presente caso.

453. Declaração do perito Paul Hunt prestada perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo VI, folha 2650).

Parte, reconhece que a `deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras atitudinais e ambientais que impedem sua plena e efetiva participação na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas`. De acordo com o modelo biopsicossocial da OMS sobre deficiência, esta tem um ou mais dos três níveis de dificuldade no funcionamento humano: um impedimento físico-psicológico; uma limitação de uma atividade devido a um impedimento (limitação de uma atividade) e uma participação restringida devido a uma limitação de atividade. De acordo com a Classificação Internacional de Funcionamento, da Deficiência e da Saúde da OMS, os impedimentos incluem problemas no funcionamento do corpo; as limitações das atividades são dificuldades que uma pessoa pode ter ao realizar uma atividade; e as participações restringidas são problemas que uma pessoa pode experimentar em diversas situações da vida”.<sup>454</sup>

290. O Protocolo Adicional à Convenção Americana em matéria de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais („Protocolo de San Salvador“), em seu artigo 18, afirma que “[t]oda pessoa impactada por diminuição de suas capacidades físicas e mentais tem direito a receber atenção especial, a fim de alcançar o máximo desenvolvimento de sua personalidade”. A Convenção Interamericana para a Eliminação de todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência (doravante denominada “CIADDIS”) define o termo “deficiência” como “restrição física, mental ou sensorial, de natureza permanente ou transitória, que limita a capacidade de exercer uma ou mais atividades essenciais da vida diária, causada ou agravada pelo ambiente econômico e social”. Por sua vez, a CDPD estabelece que as pessoas com deficiência “são aquelas que têm impedimentos de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, os quais, em interação com diversas barreiras, podem obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdades de condições com as demais pessoas”. A deficiência resulta da interação entre as limitações funcionais de uma pessoa e as barreiras existentes no entorno que impedem o exercício pleno de seus direitos e liberdades.<sup>455</sup>
291. Nas Convenções anteriormente mencionadas se tem em consideração o modelo social para abordar a deficiência, o que implica que a deficiência não é definida exclusivamente pela presença de uma deficiência física, mental, intelectual ou sensorial, mas que se inter-relaciona com as barreiras ou limitações que socialmente existem para que as pessoas possam exercer seus direitos de maneira efetiva<sup>456</sup>. Os tipos de limites ou barreiras que comumente encontram as pessoas com diversidade funcional na sociedade são, entre outras, atitudinais<sup>457</sup> ou socioeconômicas.<sup>458</sup>
292. Toda pessoa que se encontre em uma situação de vulnerabilidade é titular de uma proteção especial, em razão dos deveres especiais cujo cumprimento por parte do Estado é necessário para satisfazer as obrigações gerais de respeito e garantia dos direitos humanos. O Tribunal recorda que não basta que os Estados se abstenham de violar os direitos, mas que é imperativa a adoção de medidas positivas, determináveis em função das particulares necessidades de proteção do sujeito de direito, seja por sua condição pessoal ou pela situação específica em que se encontre,<sup>459</sup> como a deficiência.<sup>460</sup> Nesse sentido, é obrigação dos Estados propender pela inclusão das pessoas com deficiência por meio da igualdade de condições, oportunidades e participação em todas as esferas da sociedade,<sup>461</sup> com o fim de garantir que as limitações anteriormente descritas sejam desmanteladas. Portanto, é necessário que os Estados promovam práticas de inclusão social e adotem medidas de diferenciação positiva para remover estas barreiras.<sup>462</sup>
293. Com base nestas considerações e tendo em consideração a definição desenvolvida pela OMS segundo a qual

454. Declaração do perito Paul Hunt, folha 2650.

455. O Preâmbulo da CDPD reconhece que “a deficiência é um conceito em evolução e que a deficiência resulta da interação entre pessoas com deficiência e as barreiras devidas às atitudes e ao ambiente que impedem a plena e efetiva participação dessas pessoas na sociedade em igualdade de oportunidades com as demais pessoas”.

456. *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 133.

457. *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 133. Cf. Assembleia Geral da ONU, Normas Uniformes sobre a igualdade de oportunidades para as pessoas com deficiência, GA/RES/48/96, 4 de março de 1994, Quadragésimo oitavo período de sessões, par. 3 (“em relação à deficiência, também há muitas circunstâncias concretas que influem nas condições de vida das pessoas que a sofrem: a ignorância, o abandono, a superstição e o medo são fatores sociais que ao longo de toda a história isolaram as pessoas com deficiência e atrasaram seu desenvolvimento”).

458. Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 4 de julho de 2006. Série C Nº 149, par. 104, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 133. Cf. também Artigo III.2 da Convenção Interamericana para a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Pessoas Portadoras de Deficiência, e Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral nº 5, Pessoas com Deficiência, U.N. Doc. E/C.12/1994/13 (1994), 12 de setembro de 1994, par. 9.

459. Cf. *Caso do “Massacre de Mapiripán” Vs. Colômbia. Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 15 de setembro de 2005. Série C Nº 134, pars. 111 e 113, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 244.

460. Cf. *Caso Ximenes Lopes Vs. Brasil*, par. 103, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 134.

461. Cf. *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 134. Cf. Artigo 5 das Normas Uniformes sobre a igualdade de oportunidades para as pessoas com deficiência.

462. Cf. *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 134, e Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral nº 5, par. 13.

a infertilidade é uma doença do sistema reprodutivo (par. 288 *supra*), a Corte considera que a infertilidade é uma limitação funcional reconhecida como uma doença e que as pessoas com infertilidade na Costa Rica, ao enfrentar as barreiras geradas pela decisão da Sala Constitucional, deviam ser consideradas protegidas pelos direitos das pessoas com deficiência, que incluem o direito de ter acesso às técnicas necessárias para resolver problemas de saúde reprodutiva. Esta condição demanda uma atenção especial para que se desenvolva a autonomia reprodutiva.

*D.2.b) Discriminação indireta em relação ao gênero*

294. A Corte considera que a proibição da FIV pode afetar tanto homens como mulheres e lhes pode produzir impactos desproporcionais diferentes em virtude da existência de estereótipos e preconceitos na sociedade.

295. Em relação à situação das mulheres inférteis, o perito Hunt explicou que “em muitas sociedades se atribui a infecundidade em grande medida e de forma desproporcional à mulher, devido ao persistente estereótipo de gênero que define a mulher como a criadora básica da família”. Citando as conclusões de pesquisas do Departamento de Saúde Reprodutiva e Pesquisas Conexas da Organização Mundial da Saúde (OMS), afirmou que:

[a] responsabilidade pela infecundidade é comumente compartilhada pelo casal. [...] Entretanto, por razões biológicas e sociais, a culpa pela infecundidade não é compartilhada de forma equilibrada. A carga psicológica e social da fecundidade, na maioria das sociedades, é muito superior sobre a mulher. A condição de uma mulher se identifica com frequência em sua fecundidade, e a falta de filhos pode ser vista como uma desgraça social ou causa de divórcio. O sofrimento da mulher infértil pode ser muito real”.<sup>463</sup>

296. A Corte observa que a OMS afirmou que, embora o papel e a condição da mulher na sociedade não deveriam ser definidos unicamente por sua capacidade reprodutiva, a feminidade é definida muitas vezes através da maternidade. Nestas situações, o sofrimento pessoal da mulher infértil é exacerbado e pode conduzir à instabilidade do matrimônio, à violência doméstica, a estigmatização e, inclusive, ao ostracismo.<sup>464</sup> Segundo dados da Organização Pan-Americana da Saúde, existe uma brecha de gênero com relação à saúde sexual e reprodutiva, já que as doenças relacionadas à saúde sexual e reprodutiva têm impacto em aproximadamente 20% entre as mulheres e 14% dos homens.<sup>465</sup>

297. O Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher afirmou que quando uma „decisão de adiar a intervenção cirúrgica devido à gravidez esteve influenciada pelo estereótipo de que a proteção do feto deve prevalecer sobre a saúde da mãe”, esta é discriminatória.<sup>466</sup> A Corte considera que, no presente caso, estamos diante de uma situação parecida de influência de estereótipos, na qual a Sala Constitucional deu prevalência absoluta à proteção dos óvulos fecundados sem considerar a situação de deficiência de algumas das mulheres.

298. Por outro lado, a perita Neuburger explicou que “[o] modelo de identidade de gênero é definido socialmente e moldado pela cultura; sua posterior naturalização obedece a fatores socioeconômicos, políticos, culturais e históricos. Segundo estes fatores, as mulheres são criadas e socializadas para serem esposas e mães, para cuidar e atender o mundo íntimo dos afetos. O ideal de mulher, ainda em nossos dias, encarna-se na entrega e no sacrifício, e como culminação destes valores, concretiza-se na maternidade e em sua capacidade de dar à luz. [...] A capacidade fértil da mulher é considerada, ainda hoje, por uma boa parte da sociedade, como algo natural, que não admite dúvidas. Quando uma mulher tem dificuldades férteis ou não pode engravidar, a reação social costuma ser de desconfiança, de desqualificação e, em ocasiões, até de maltrato. [...] O impacto da incapacidade fértil nas mulheres costuma ser maior que nos homens, porque [...] a maternidade lhe[s] foi designada como uma parte fundante de sua identidade de gênero e transformada em seu destino. O peso de sua autculpabilização aumenta em um grau extremo quando surge a proibição da FIV [...]. As pressões familiares e sociais constituem uma carga adicional que incrementa a autculpabilização”.<sup>467</sup>

463. Declaração do perito Paul Hunt prestada perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo VI, folha 2206).

464. Preâmbulo, *Current Practices and Controversies in Assisted Reproduction: Report of the meeting on “Medical, Ethical and Social Aspects of Assisted Reproduction”*, Genebra: OMS (2002) XV-XVII al XV. Citado na Declaração do perito Paul Hunt prestada perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo VI, folha 2206).

465. Cf. Organização Pan-Americana da Saúde (OPAS), ‘Capítulo 2: Condições de Saúde e Tendências’ em *Saúde nas Américas 2007 Volume I Regional*, Washington, 2007, página 143. Citado na Declaração do perito Paul Hunt prestada perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo VI).

466. Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, *Caso L.C. Vs. Peru*, Com. nº. 22/2009, § 8.15, Doc. ONU CEDAW/c/50/D/22/2009 (2011).

467. Declaração perante agente dotado de fé pública da perita Alicia Neuburger (expediente de mérito, tomo V, folhas 2519 e 2520).

299. Por outro lado, embora a infertilidade possa afetar homens e mulheres, a utilização das tecnologias de reprodução assistida se relaciona em especial com o corpo das mulheres. Ainda que a proibição da FIV não esteja expressamente dirigida para as mulheres e, portanto, parece neutra, tem um impacto negativo desproporcional sobre elas.
300. A esse respeito, o Tribunal ressalta que o processo inicial da FIV (indução à ovulação) foi interrompido em vários dos casais, como por exemplo, nos casais Artavia Murillo e Mejías Carballo (par. 87 *supra*), Yamuni e Henchoz (par. 92 *supra*), Arroyo e Vega (par. 108 *supra*), Vargas e Calderón (par. 118 *supra*), e Acuña e Castillo (par. 121 *supra*). Este tipo de interrupção na continuidade de um tratamento tem um impacto diferente nas mulheres porque era em seus corpos onde se concretizavam intervenções como a indução ovariana ou outras intervenções destinadas a realizar o projeto familiar associado à FIV. Por outro lado, as mulheres poderiam acudir à FIV sem necessidade de um parceiro. A Corte concorda com o Comitê CEDAW quando ressaltou que é necessário considerar “os direitos de saúde das mulheres sob uma perspectiva que leve em consideração seus interesses e suas necessidades em razão dos fatores e dos traços distintivos que as diferenciam dos homens, a saber: (a) fatores biológicos [...], tais como [...] sua função reprodutiva”.<sup>468</sup>
301. Por sua vez, em relação à situação dos homens inférteis, o senhor Mejías Carballo declarou que lhe dá “medo formar um casal de novo”. Acrescentou que “foi muito difícil, depois [da proibição da FIV] começaram os problemas onde já era como uma exigência querer ter um filho, que os anos passavam, que chegavam aniversários, que chegava o dia das mães, o dia dos pais, o Natal, quando todos [seus] irmãos e sobrinhos entregavam os presentes a seus filhos, e [...] chegava o dia das mães, e outro ano mais do dia das mães e [ele] sem filho, ou seja, tudo isso vai nos perseguindo moralmente”.<sup>469</sup> O senhor Vargas manifestou que “por anos [s]e sent[iu] menor, não [s]e sentia homem, acreditava que [sua] impossibilidade de conceber um filho era uma falta de hombridade e assim [s]e castig[ou] sozinho no silêncio de [seu]s pensamentos e na dor de milhares de lágrimas que segurou para que tampouco [o] vissem chorar”.<sup>470</sup> Por sua vez, o senhor Sanabria León explicou que recebeu “a mensagem de impossibilidade e, diante disso, [s]e sent[iu] deficiente, [sua] percepção de [s]i mesmo foi impactada negativamente e [se] irrit[ou] e [se] resse[ntiu] com [seu] corpo, [s]e recus[ou]; enfim, a imagem de [s]i mesmo foi severamente desvalorizada”.<sup>471</sup> A perita Neuburger explicou que “[aos] homens a deficiência fértil lhes ocasiona um forte sentimento de impotência e, como resultado, um questionamento de sua identidade de gênero. O ocultamento social de sua disfunção fértil costuma ser estratégia defensiva pelo temor à chacota e ao questionamento de outros homens”.<sup>472</sup>
302. A Corte ressalta que estes estereótipos de gênero são incompatíveis com o Direito Internacional dos Direitos Humanos e devem ser tomadas medidas para erradicá-los. O Tribunal não está validando estes estereótipos e unicamente os reconhece e visibiliza para precisar o impacto desproporcional da interferência gerada pela sentença da Sala Constitucional.

#### *D.2.c) Discriminação indireta em relação à situação econômica*

303. Finalmente, a proibição da FIV teve um impacto desproporcional nos casais inférteis que não contavam com os recursos econômicos para realizar a FIV no exterior.<sup>473</sup> Consta dos autos que Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Oriéster Rojas, Julieta Gonzalez, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña, Giovanni Vega, Joaquinita Arroyo, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano e María del Socorro Calderón Porras não tinham os recursos econômicos para realizar de maneira exitosa o tratamento da FIV no exterior.<sup>474</sup>
304. O senhor Mejías Carballo, em seu testemunho durante a audiência pública perante esta Corte, declarou que ele e sua ex-esposa se sentiram “muito tristes [...] porque não podiam sair a outro país, porque não tinham o dinheiro, já que não podiam realizar o tratamento aqui na Costa Rica porque a haviam proibido”.<sup>475</sup> Em

468. Cf. Comitê para a Eliminação da Discriminação contra a Mulher, Recomendação Geral nº 24, par. 12.

469. Cf. Declaração prestada pelo senhor Mejías Carballo durante a audiência pública realizada no presente caso.

470. Cf. Declaração juramentada de Giovanni Vargas (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5281).

471. Declaração juramentada de Viktor Sanabria León (expediente de anexos ao escrito de argumentos e prova, tomo II, folha 4937).

472. Declaração da perita Alicia Neuburger perante agente dotado de fé pública (expediente de mérito, tomo V, folhas 2519 e 2520).

473. Cf. artigo 1.1 da Convenção Americana (“Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de [...] posição econômica”)

474. Cf. Declaração juramentada de Oriéster Rojas (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo II, folha 4516).

475. De igual maneira, o senhor Mejías declarou que queriam ir ao exterior para realizar o tratamento, mas “não tinham dinheiro e já havia gastado bastante e [ele] viv[e] de uma renda do Estado, e [se] sabe que as rendas do Estado não são suficientes para cobrir um gasto destes, então não pud[eram] ir”. Cf. Declaração prestada pelo senhor Mejías Carballo durante a audiência pública realizada no presente caso.

sua declaração juramentada, a senhora Artavia Murillo afirmou que ela e seu ex-companheiro se sentiram “totalmente desesperados e com enormes frustrações, começa[ram] a aparecer muitas diferenças entre [eles] ao verem truncadas as esperanças de serem pais, associado à impossibilidade de ir ao exterior para realizar tal prática por falta de dinheiro, implicando isso em uma diminuição efetiva da utilidade individual e, portanto, uma perda líquida de [seu] bem-estar social”.<sup>476</sup> Ana Cristina Castillo León explicou que “não tinha[m] os recursos econômicos necessários para ir ao exterior em busca de uma” FIV.<sup>477</sup> Além disso, o senhor Vargas expressou que “a única alternativa a considerar era viajar à Espanha ou à Colômbia para realizar a FIV, entretanto os custos associados triplicavam para [eles] e simplesmente [se] senti[ram] vencidos, discriminados e castigados por um Tribunal que [lhes] cerceava a possibilidade de ter acesso a um tratamento médico que no resto dos países do mundo era permitido”.<sup>478</sup>

### D.3) Controvérsia sobre a alegada perda embrionária

305. Como foi afirmado anteriormente (par. 76 *supra*), a Sala Constitucional justificou a proibição da FIV na “elevada perda de embriões”, seu “risco desproporcional de morte”, e na inadmissibilidade de realizar uma comparação entre a perda de embriões em uma gravidez natural com a perda em uma FIV. O Estado considerou que “hoje a técnica da [FIV] implica o descarte, por ação e omissão, de embriões, que, de outra forma, poderiam se desenvolver até o fim”. A Sala Constitucional afirmou que:

Não é aceitável [...] o argumento de que em circunstâncias naturais também há embriões que não chegam a se implantar ou que, ainda conseguindo a implantação, não chegam a se desenvolver até o nascimento, simplesmente pelo fato de que a aplicação da [FIV] implica uma manipulação consciente, voluntária das células reprodutoras femininas e masculinas com o objetivo de procurar uma nova vida humana, na qual se propicia uma situação em que, de antemão, sabe-se que a vida humana, em uma porcentagem considerável dos casos, não tem possibilidade de continuar.<sup>479</sup>

306. A esse respeito, a Corte observa que o Decreto declarado inconstitucional pela Sala Constitucional contava com medidas de proteção para o embrião, já que estabelecia o número de óvulos que podiam ser fecundados. Além disso, proibia “descartar ou eliminar embriões, ou preservá-los para transferência em ciclos subsequentes da mesma paciente ou de outras pacientes”. Nesse sentido, existiam medidas para que não se gerasse um “risco desproporcional” na expectativa de vida dos embriões. Por outro lado, de acordo com o estabelecido neste Decreto, a única possibilidade viável de perda de embriões, seria se estes não fossem implantados no útero da mulher uma vez que fosse realizada a transferência embrionária.

307. A Corte considera necessário aprofundar-se neste último aspecto, a partir da prova produzida no processo perante o Tribunal em relação às similitudes e diferenças em relação à perda de embriões tanto nas gravidezes naturais como na FIV.

308. A Sala Constitucional fundamentou a proibição da FIV na diferença em relação à perda de embriões transferidos pela FIV e embriões perdidos em uma gravidez natural, considerando que ao aplicar a FIV existia uma “manipulação consciente [e] voluntária” dos embriões. O Tribunal observa que existe um debate científico sobre as taxas de perda de embriões no processo natural e de reprodução assistida. No processo perante a Corte foram apresentadas distintas posições médicas em relação à causa de perda embrionária tanto na aplicação da FIV como na gravidez natural, bem como à porcentagem de perdas nos dois casos. O perito Zegers-Hochschild afirmou que “[a] informação científica produzida ensina que “a morte embrionária que ocorre nos procedimentos de FIV não ocorre como resultado direto da técnica, [mas] como parte do processo com que se expressa nossa natureza”,<sup>480</sup> e que “[e]m mulheres que possuem óvulos saudáveis, a possibilidade de conceber a partir de um embrião gerado *in vitro* não se diferencia de um gerado de maneira espontânea”.<sup>481</sup> Por sua vez, a perita Garza manifestou que “a mortalidade dos embriões é de aproximadamente 30% em circunstâncias naturais e para a FIV se considera que a perda embrionária é de aproximadamente 90%”. Entretanto, esclareceu que “é difícil calcular a mortalidade embrionária exata em circunstâncias naturais, já que algumas perdas não

476. Cf. Declaração escrita de Grettel Artavia Murillo (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4077)

477. Cf. Testemunho de Ana Cristina Castillo León (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo I, folha 4102).

478. Cf. Declaração juramentada de Geovanni Vargas (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo IV, folha 5280).

479. Sentença n° 2000-02306, de 15 de março de 2000, proferida pela Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça, Expediente n° 95-001734-007-CO (expediente de anexos ao relatório, tomo I, folha 85).

480. Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2835).

481. Resumo escrito da perícia apresentada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2839).

podem ser detectadas em gravidezes precoces”. O perito Caruso asseverou que “a taxa de perda é muito mais alta” na FIV do que „na concepção natural”.<sup>482</sup>

309. Não corresponde à Corte determinar qual teoria científica deve prevalecer neste tema nem corresponde analisar em profundidade qual perito tem razão nestes temas que são alheios à expertise da Corte. Para o Tribunal é suficiente constatar que a prova nos autos é concordante em afirmar que tanto na gravidez natural como no âmbito da FIV existe perda de embriões. Além disso, tanto o perito Zegers como o perito Caruso concordaram em afirmar que as estatísticas sobre perda embrionária nas gravidezes naturais são pouco medidas em comparação com a medição das perdas na FIV, o que limita o alcance que se procura dar a algumas das estatísticas que foram apresentadas perante a Corte.<sup>483</sup>
310. Levando em consideração que a perda embrionária ocorre tanto em gravidezes naturais como quando se utiliza a FIV, o argumento da existência de manipulação consciente e voluntária de células no âmbito da FIV somente pode ser entendido como ligado ao argumento desenvolvido pela Sala Constitucional sobre a proteção absoluta do direito à vida do embrião, o qual foi desvirtuado em seções anteriores da presente Sentença (par. 264 *supra*). Ao contrário, a Corte observa que o perito Zegers-Hochschild ressaltou que “[o] processo generativo da vida humana inclui a morte embrionária como parte de um processo natural e necessário. De cada 10 embriões gerados espontaneamente na espécie humana, não mais de 2 a 3 conseguem sobreviver à seleção natural e nascer como uma pessoa. Os 7 a 8 embriões restantes morrem no trato genital feminino, a maioria das vezes, sem conhecimento de sua progenitora”.<sup>484</sup>
311. Tendo em consideração o anterior, a Corte considera desproporcional pretender uma proteção absoluta do embrião em relação a um risco que resulta comum e inerente inclusive em processos onde a técnica da FIV não intervém. O Tribunal compartilha o conceito do perito Zegers-Hochschild, segundo o qual “[é] fundamental sob uma perspectiva biomédica diferenciar o que significa *proteger* o direito à vida do que significa *garantir* o direito à vida de estruturas celulares que se regem por uma matemática e uma biologia que transcende qualquer regulamentação social ou jurídica. O que corresponde às instituições responsáveis pelas [técnicas de reprodução assistida] é prover às estruturas celulares (gametas e embriões) as melhores condições com que conta o conhecimento médico e científico para que a potencialidade de ser pessoa possa se expressar ao nascer [...]”. O Tribunal reitera que, precisamente um dos objetivos da FIV é contribuir com a criação de vida (par. 66 *supra*).
312. A Corte observa também que a Costa Rica permite as técnicas de inseminação artificial quando o uso destas técnicas tampouco garante que cada óvulo leve a uma gravidez, implicando assim a possível perda de embriões. A decisão de ficar grávida, inclusive por fecundação natural, também pode estar precedida de uma ação consciente que tome medidas para aumentar a probabilidade de que o óvulo seja fecundado. Segundo as alegações finais do Estado:

A inseminação artificial é um dos tratamentos que a Caixa Costarriquenha de Previdência Social oferece. Em ocasiões, como consequência do tratamento hormonal e como resposta individual, as pacientes podem apresentar maior estimulação ovariana que a esperada, portanto quando essa produção de folículos é de 6 ou mais em ambos os ovários, cancela-se o ciclo.<sup>485</sup>

482. Declaração perante agente dotado de fé pública da perita Garza.

483. Durante a audiência pública, a Comissão interrogou o perito Caruso neste ponto, indicando que tanto na FIV como no processo natural de concepção existe perda embrionária e ressaltando que a diferença seria que na FIV é possível medir essas perdas. A Comissão indagou se a diferença seria então que na FIV simplesmente é possível medir essas perdas. O perito Caruso contestou que “*In IVF you can say to a certain extent, you can answer that question somewhat. The differences, as I’ve said before is that there is a very big difference between the environment of the natural in fallopian tube and the dish with medium in an incubator at 95 degrees and 5% CO2 in an IVF lab. So yes, you are going to see an IVF you can quantify the loss of the embryos that you have. No.1, you cannot extrapolate that back to compare it to natural pregnancy laws. And 2. There may be reasons beyond the nature that those embryos are lost.*”. Cf. Declaração prestada pelo perito Anthony Caruso na audiência pública realizada no presente caso.

484. Declaração prestada pelo perito Zegers na audiência pública do presente caso. Precisou a esse respeito que “Os resultados de TRA variam significativamente dependendo da idade da mulher e do número de embriões transferidos e, em alguns casos, da gravidade da condição que gerou a doença. [...] [A] proporção de óvulos cromossomicamente anormais é muito alta na espécie humana. Isto faz com que uma porcentagem majoritária de óvulos fecundados não avancem em seu desenvolvimento embrionário e uma proporção elevada de embriões transferidos não se implantem e não gerem uma gravidez. [...] Da análise destes dados se observa que [...] [a] técnica da FIV ou [a] injeção intracitoplasmática de espermatozoides [ICSI], não gera embriões de menor valor biológico que os gerados de maneira espontânea no corpo da mulher[. e] [...] que a morte embrionária como parte de um tratamento médico não ocorre como resultado direto da técnica, mas como resultado de má qualidade ovocitária e embrionária que são naturais tanto à mulher como ao homem. Em mulheres que possuem óvulos saudáveis, a possibilidade de conceber a partir de um embrião gerado *in vitro* não se diferencia de um gerado de maneira espontânea. A FIV/ICSI em si mesmas, não afetam a possibilidade de implantação e concepção. Assim, as menores taxas de gravidez em mulheres com FIV não se devem à interferência da técnica; mas maioritariamente ao resultado da doença subjacente que determina um menor rendimento reprodutivo. [...] [O] processo generativo da vida humana inclui a morte embrionária como parte de um processo natural e necessário. De cada 10 embriões gerados espontaneamente na espécie humana, não mais de 2 a 3 conseguem sobreviver à seleção natural e nascer como uma pessoa. Os 7 a 8 embriões restantes morrem no trato genital feminino, a maioria das vezes, sem conhecimento de sua progenitora. A pergunta que se deve responder é se os TRA, como a FIV ou a ICSI, contribuem a que morram embriões pelo fato de havê-los fecundado fora do corpo da mulher e depois transferidos a ela. A resposta a esta pergunta é que nem a FIV nem a ICSI afetam a possibilidade de sobrevivência de embriões e certamente não os matam”.

485. Alegações finais escritas do Estado (expediente de mérito, tomo XI, folha 5314).

313. Em resumo, tanto na gravidez natural como em técnicas como a da inseminação artificial existe perda embrionária. A Corte observa que existem debates científicos sobre as diferenças entre o tipo de perdas embrionárias que ocorrem nestes processos e as razões das mesmas. Mas o analisado até agora permite concluir que, tendo em consideração as perdas embrionárias que ocorrem na gravidez natural e em outras técnicas de reprodução que são permitidas na Costa Rica, a proteção do embrião que se busca através da proibição da FIV tem um alcance muito limitado e moderado.

D.4) Conclusão sobre o balanço entre a severidade da interferência e o impacto na finalidade pretendida

314. Uma ponderação entre a severidade da limitação dos direitos envolvidos no presente caso e a importância da proteção do embrião permite afirmar que a violação do direito à integridade pessoal, à liberdade pessoal, à vida privada, à intimidade, à autonomia reprodutiva, ao acesso a serviços de saúde reprodutiva e a formar uma família é severa e supõe uma violação destes direitos, pois estes direitos são anulados na prática para aquelas pessoas cujo único tratamento possível da infertilidade era a FIV. Além disso, a interferência teve um impacto diferente nas supostas vítimas por sua situação de deficiência, os estereótipos de gênero e, diante de algumas das supostas vítimas, por sua situação econômica.

315. Em contraste, o impacto na proteção do embrião é muito leve, tendo em vista que a perda embrionária ocorre tanto na FIV como na gravidez natural. A Corte ressalta que o embrião, antes da implantação, não está compreendido nos termos do artigo 4 da Convenção e recorda o princípio de proteção gradual e incremental da vida pré-natal (par. 264 *supra*).

316. Portanto, a Corte conclui que a Sala Constitucional partiu de uma proteção absoluta do embrião que, ao não ponderar nem ter em consideração os outros direitos em conflito, implicou uma intervenção arbitrária e excessiva na vida privada e familiar, o que fez dessa interferência desproporcional. Além disso, a interferência teve efeitos discriminatórios. Ademais, tendo em consideração estas conclusões sobre a ponderação e o já afirmado em relação ao artigo 4.1 da Convenção (par. 264 *supra*), a Corte não considera pertinente se pronunciar sobre as alegações do Estado em relação a que contaria com uma margem de apreciação para estabelecer proibições como a efetuada pela Sala Constitucional.

**E) Conclusão final sobre o mérito do caso**

317. Por todo o anteriormente resenhado durante o presente capítulo, a Corte declara a violação dos artigos 5.1, 7, 11.2 e 17.2, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Gretel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón P., Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos E. Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma e Oriéster Rojas Carranza.

**IX**

**Reparações**

**(Aplicação do artigo 63.1 da Convenção Americana)**

318. Com base no disposto no artigo 63.1 da Convenção Americana,<sup>486</sup> a Corte afirmou que toda violação de uma obrigação internacional que tenha produzido dano comporta o dever de repará-lo adequadamente<sup>487</sup> e que essa disposição reflete uma norma consuetudinária que constitui um dos princípios fundamentais do Direito Internacional contemporâneo sobre responsabilidade de um Estado.<sup>488</sup>

319. A reparação do dano ocasionado pela infração de uma obrigação internacional requer, sempre que seja possível, a plena restituição (*restitutio in integrum*), que consiste no restabelecimento da situação anterior. Caso isso

486. O artigo 63.1 da Convenção Americana estabelece que “[q]uando decidir que houve violação de um direito ou liberdade protegidos nesta Convenção, a Corte determinará que se assegure ao prejudicado o gozo do seu direito ou liberdade violados. Determinará também, se isso for procedente, que sejam reparadas as consequências da medida ou situação que haja configurado a violação desses direitos, bem como o pagamento de indenização justa à parte lesada”.

487. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C N° 7, par. 25, e *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, par. 238.

488. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, par. 25, e *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, par. 238.

não seja factível, como ocorre na maioria dos casos de violações a direitos humanos, o Tribunal determinará medidas para garantir os direitos violados e reparar as consequências que as infrações produziram.<sup>489</sup> Portanto, a Corte considerou a necessidade de conceder diversas medidas de reparação, a fim de ressarcir os danos de maneira integral, de modo que, além das compensações pecuniárias, as medidas de reembolso, satisfação e garantias de não repetição têm especial relevância pelos danos ocasionados.<sup>490</sup>

320. Este Tribunal estabeleceu que as reparações devem ter um nexo causal com os fatos do caso, as violações declaradas, os danos provados, bem como as medidas solicitadas para reparar os danos respectivos. Portanto, a Corte deverá observar esta concorrência para se pronunciar devidamente e conforme o direito.<sup>491</sup>
321. De acordo com as considerações expostas sobre o mérito e as violações à Convenção Americana declaradas no capítulo anterior, o Tribunal procederá a analisar os argumentos e recomendações apresentados pela Comissão e as pretensões dos representantes, bem como os argumentos do Estado, à luz dos critérios fixados na jurisprudência da Corte em relação à natureza e ao alcance da obrigação de reparar,<sup>492</sup> com o objetivo de dispor as medidas dirigidas a reparar os danos ocasionados às vítimas.

### A) Parte Lesada

322. O Tribunal reitera que se considera como parte lesada, nos termos do artigo 63.1 da Convenção Americana, quem foi declarado vítima da violação de algum direito reconhecido na mesma. Portanto, esta Corte considera como “parte lesada” a Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma e Oriéster Rojas Carranza, que, em seu caráter de vítimas das violações declaradas no Capítulo VII serão considerados beneficiários das reparações que o Tribunal ordene.
323. O Tribunal determinará medidas que busquem reparar o dano imaterial e que não possuem natureza pecuniária, e disporá medidas de alcance ou repercussão pública.<sup>493</sup> A jurisprudência internacional, e em particular da Corte, estabeleceu reiteradamente que a sentença constitui *per se* uma forma de reparação.<sup>494</sup> Entretanto, considerando as circunstâncias do caso *sub judice*, em atenção às violações às vítimas, bem como as consequências de ordem imaterial e não pecuniária derivadas das violações à Convenção declaradas em seu prejuízo, a Corte considera pertinente ordenar medidas de reabilitação, satisfação e garantias de não repetição.

### B) Medidas de reabilitação, satisfação e garantias de não repetição

#### *B.1) Medidas de reabilitação psicológica*

#### *Alegações das partes*

324. O representante Molina solicitou à Corte que “ordene ao Estado que ofereça os tratamentos psicológicos e/ou psiquiátricos às vítimas que assim o desejem com os profissionais capacitados para o dano especificamente em seu projeto de vida”.
325. O Estado alegou que esta medida “deve ser rejeitada, uma vez que [...] o sistema de seguridade social costarriquenho já oferece o serviço de acompanhamento e tratamento psicológico e psiquiátrico aos pacientes que apresentem problemas de fertilidade”.

489. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, par. 25, e *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 4 de setembro de 2012 Série C N° 250, par. 245.

490. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, par. 25, e *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala*, par. 248.

491. Cf. *Caso Ticona Estrada Vs. Bolívia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de novembro de 2008. Série C N° 191, par. 110, e *Caso dos Massacres de El Mozote e lugares vizinhos Vs. El Salvador. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 25 de outubro de 2012. Série C N° 252.

492. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*, par. 25, e *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala*, par. 246.

493. Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C N° 77, par. 84, e *Caso Vélez Restrepo e Familiares Vs. Colômbia*, par. 259.

494. Cf. *Caso Neira Alegria e outros Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 1996. Série C N° 29, par. 56, e *Caso Vélez Restrepo e Familiares Vs. Colômbia*, par. 259.



*Considerações da Corte*

326. O Tribunal afirmou que o presente caso não se relaciona com um suposto direito a ter filhos ou um direito a ter acesso à FIV. Ao contrário, o caso se concentrou no impacto gerado por uma interferência desproporcional em decisões sobre a vida privada, familiar e os demais direitos envolvidos, e o impacto que esta interferência teve na integridade psicológica. Em consequência, a Corte considera, como o fez em outros casos,<sup>495</sup> que é preciso dispor uma medida de reparação que ofereça um atendimento adequado aos padecimentos psicológicos sofridos pelas vítimas, atendendo suas especificidades, sempre que elas o solicitem. A Corte observa diversas lesões de que padeceram as vítimas pela interferência arbitrária no acesso a uma técnica de reprodução assistida. Portanto, tendo constatado as violações e os danos sofridos pelas vítimas no presente caso, o Tribunal dispõe a obrigação do Estado de oferecer gratuitamente e de forma imediata, por até quatro anos, o tratamento psicológico que requeiram. Em particular, o tratamento psicológico deve ser oferecido por pessoal e instituições estatais especializadas no atendimento a vítimas de fatos como os ocorridos no presente caso. Ao fornecer esse tratamento, devem ser consideradas, ademais, as circunstâncias e necessidades particulares de cada vítima, de maneira que lhes sejam oferecidos tratamentos familiares e individuais, segundo o que seja combinado com cada uma delas, depois de uma avaliação individual.<sup>496</sup> Os tratamentos devem incluir a provisão de medicamentos e, se for o caso, transporte e outros gastos que estejam diretamente relacionados e sejam estritamente necessários.

*B.2) Medidas de satisfação: publicação da Sentença*

*Alegações das partes*

327. O representante Molina solicitou “a publicação das partes pertinentes da sentença em um jornal de ampla difusão nacional, em sua versão impressa, e da totalidade da sentença e seu resumo em um formato digital”, bem como “que o Estado elabore um resumo em termos simples da sentença, aprovado pela [...] Corte, para que a população em geral possa compreender o caso e que este também seja publicado em um meio de difusão nacional”.

328. O representante May solicitou que a Corte “declare que o Estado deve publicar, no prazo de seis meses contados a partir da notificação da presente Sentença, por uma única vez, o conteúdo dispositivo desta sentença no Diário Oficial *La Gaceta* e em outros dois jornais de ampla circulação”.

*Considerações da Corte*

329. A Corte ordena que o Estado publique, no prazo de seis meses, contado a partir da notificação da presente Sentença: a) o resumo oficial da presente Sentença elaborado pela Corte, por uma única vez, no Diário Oficial; b) o resumo oficial da presente Sentença elaborado pela Corte, por uma única vez, em um jornal de ampla circulação nacional, e c) a presente Sentença, integralmente, disponível por um período de um ano, em um *site* oficial do Poder Judiciário.

*B.3) Garantias de não repetição*

*B.3.1) Medidas estatais que não impeçam a prática da FIV*

*Argumentos da Comissão e alegações das partes*

330. A Comissão recomendou ao Estado “[s]uspender a proibição da Fecundação *In Vitro* no país através dos procedimentos legais correspondentes” e “[a]sssegurar que a regulamentação que se conceda à prática da Fecundação *In Vitro* a partir da suspensão da proibição seja compatível com as obrigações estatais em relação aos direitos consagrados nos artigos 11.2 17.2 e 24[, para que] os casais que a requerem e assim o desejem, possam ter acesso às técnicas da Fecundação *In Vitro* de forma que este tratamento contribua efetivamente à sua finalidade”.

331. O representante Molina solicitou à Corte que ordene ao Estado a aprovação de “uma lei em sentido formal

495. Cf. *Caso Barrios Altos Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 30 de novembro de 2001. Série C N° 87, pars. 42 e 45, e *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala*, par. 287.

496. Cf. *Caso 19 Comerciantes Vs. Colômbia. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 5 de julho de 2004. Série C N° 109, par. 278, e *Caso Família Barrios Vs. Venezuela. Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 24 de novembro de 2011. Série C N° 237, par. 329.

e material que faça um balanço entre os direitos à vida e os direitos [violados] neste caso”. Propôs a esse respeito “a proibição de descartar embriões arbitrariamente e seu comércio, permitir o implante de não mais de três embriões, para evitar gravidezes múltiplas, promover a vitrificação de óvulos e não de embriões, como uma mostra de querer proteger esses embriões”. Ressaltou “a importância de permitir o ajuste da legislação aos novos métodos de reprodução assistida que venham sendo descobertos pela ciência, que mantenham um equilíbrio entre direitos”. Solicitou à Corte que “ordene ao Estado a regulamentação e implementação de todos os mecanismos necessários para oferecer à população os métodos de reprodução assistida existentes e que se deem no futuro para dar resposta aos casais com problemas de fertilidade”.

332. O representante May solicitou que o Estado adote “todas as medidas legais, administrativas e de outra natureza para poder oferecer progressivamente o pleno acesso ao tratamento da FIV, incorporando os avanços tecnológicos disponíveis hoje em dia em países de maior experiência e que permitem não somente melhores resultados estatísticos de êxito com esse tratamento, mas maior segurança para as pacientes que se submetem ao mesmo, dentro do Sistema de Seguridade social, às pessoas estéreis ou inférteis contribuintes da Caixa Costarriquenha de Previdência Social”.

333. O Estado alegou que “a Caixa Costarriquenha de Previdência Social conta com um programa completo de atendimento para as pessoas que apresentam uma situação de infertilidade, pois o único procedimento que não se oferece neste momento é a FIV”.

#### *Considerações da Corte*

334. A Corte recorda que o Estado deve prevenir a recorrência de violações aos direitos humanos como as ocorridas e, por isso, deve adotar todas as medidas legais, administrativas e de outra natureza que sejam necessárias para evitar que fatos similares voltem a ocorrer no futuro, em cumprimento de seus deveres de prevenção e garantia dos direitos fundamentais reconhecidos na Convenção Americana.<sup>497</sup>

335. Em particular, e em conformidade com o artigo 2 da Convenção, o Estado tem o dever de adotar as medidas necessárias para fazer efetivo o exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção.<sup>498</sup> Ou seja, os Estados não somente têm a obrigação positiva de adotar as medidas legislativas necessárias para garantir o exercício dos direitos nela consagrados, mas também devem evitar promulgar leis que impeçam o livre exercício destes direitos, e evitar que sejam suprimidas ou modificadas as leis que os protegem.<sup>499</sup>

336. Em primeiro lugar e tendo em consideração o afirmado na presente Sentença, as autoridades pertinentes do Estado deverão adotar as medidas apropriadas para que fique sem efeito com a maior celeridade possível, a proibição de realizar a FIV e para que as pessoas que desejem fazer uso desta técnica de reprodução assistida possam fazê-lo sem encontrar impedimentos ao exercício dos direitos que foram considerados violados na presente Sentença (par. 317 *supra*). O Estado deverá informar em seis meses sobre as medidas adotadas a esse respeito.

337. Em segundo lugar, o Estado deverá regulamentar, com brevidade, os aspectos que considere necessários para a implementação da FIV, tendo em consideração os princípios estabelecidos na presente Sentença. Além disso, o Estado deve estabelecer sistemas de inspeção e controle de qualidade das instituições ou profissionais qualificados que desenvolvam este tipo de técnica de reprodução assistida. O Estado deverá informar anualmente sobre a colocação em vigência gradual destes sistemas.

338. Em terceiro lugar, no contexto das considerações desenvolvidas na presente Decisão (pars. 285 a 303 *supra*), a Caixa Costarriquenha de Previdência Social deverá incluir a disponibilidade da FIV dentro de seus programas e tratamentos de infertilidade em seu atendimento à saúde, em conformidade com o dever de garantia em relação ao princípio de não discriminação. O Estado deverá informar a cada seis meses sobre as medidas adotadas para colocar gradualmente estes serviços à disposição de quem o requeira e sobre os planos elaborados para este propósito.

497. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez. Mérito*, par. 166, e *Caso do Povo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Equador*, par. 221.

498. Cf. *Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Exceções Preliminares*. Sentença de 4 de dezembro de 1991. Série C N° 12, par. 50, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 300.

499. Cf. *Caso Gangaram Panday Vs. Suriname. Exceções Preliminares*, par. 50, e *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 300.

*B.3.2) Campanha sobre direitos das pessoas com incapacidade reprodutiva*

*Alegações das partes*

339. O representante Molina solicitou à Corte que “ordene a implementação de uma campanha nacional de informação sobre os direitos das pessoas com deficiência reprodutiva”.
340. O Estado alegou que “já conta com mecanismos de divulgação em saúde reprodutiva” e “que a determinação dos conteúdos das campanhas de divulgação em temas de saúde reprodutiva faz parte da margem de apreciação dos Estados a quem lhes corresponde determinar o destino dos escassos recursos financeiros com que conta o sistema de saúde”.

*Considerações da Corte*

341. A Corte observa que o Estado não precisou os mecanismos de divulgação em saúde reprodutiva existentes.<sup>500</sup> Portanto, ordena que o Estado implemente programas e cursos permanentes de educação e capacitação em direitos humanos, direitos reprodutivos e não discriminação, dirigidos a funcionários judiciais de todas as áreas e escalões do Poder Judiciário.<sup>501</sup> Dentro destes programas e cursos de capacitação deverá ser feita uma especial menção à presente Sentença e aos diversos precedentes do *corpus iuris* dos direitos humanos relativos aos direitos reprodutivos e ao princípio de não discriminação.

*B.3.3) Outras medidas solicitadas*

*Alegações das partes*

342. O representante May requereu à Corte que “solicite ao Conselho Permanente da Organização dos Estados Americanos que peça ao Comitê Jurídico Interamericano [...] a elaboração, em um prazo razoável, de um anteprojeto de estatuto internacional do embrião, levando em consideração a necessidade de estabelecer certos limites ou a exclusão dos embriões humanos de toda convenção comercial”. Também requereu “que a Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça [conceda] em ato público convocado para esse propósito, uma desculpa às vítimas pela violação a seus direitos humanos e pelo sofrimento e dor que lhes causou, reconhecendo publicamente este órgão judiciário que sua sentença frustrou o projeto de vida das vítimas”. Além disso, solicitou que se “declare que a Caixa Costarriquenha de Previdência Social [...] estabele[ça] uma clínica especializada em FIV que levará o nome de Gerardo Trejos Salas”.
343. O Estado alegou que “não existe uma norma que designe competência à Corte Interamericana para solicitar que o Comitê Jurídico a assessor ou elabore projetos de documentos normativos, de modo que não aceite a petição”.

*Considerações da Corte*

344. Em relação às demais medidas de reparação solicitadas, a Corte considera que a presente Sentença proferida e as reparações ordenadas neste capítulo resultam suficientes e adequadas para reparar as violações sofridas pelas vítimas e não considera necessário ordenar estas medidas.<sup>502</sup>

**C) Indenização compensatória por dano material e imaterial**

*C.1) Dano material*

*Argumentos da Comissão e alegações das partes*

345. A Comissão solicitou à Corte que ordenasse ao Estado “[r]eparar integralmente as vítimas do presente caso tanto no aspecto material como moral”.
346. O representante Molina afirmou que o dano emergente foi verificado “por meio de provas tais como, mas não

500. O Estado se limitou a mencionar a existência de uma “Oficina sobre monitoramento dos ODM na América Latina” (expediente de mérito, tomo III, folha 1253).

501. Em sentido similar, *Cf. Caso Atala Riffo e Crianças Vs. Chile*, par. 271.

502. *Cf. Caso Radilla Pacheco Vs. México. Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas*. Sentença de 23 de Novembro de 2009. Série C N° 209, par. 359, e *Caso Vélez Restrepo e Familiares Vs. Colômbia*, par. 287.

limitadas a, receitas médicas, notas, epícrise, relatórios médicos e outros”. Afirmou que “o compêndio de provas da totalidade das vítimas permite reconstruir, em geral, os gastos derivados do procedimento médico que é objeto da presente reivindicação”. Solicitou o “pagamento de todos os gastos que as vítimas incorreram em seu caminho para poder formar uma família, com filhos biológicos, o que, por não ser oferecido como um serviço de saúde do Estado, significa que tiveram que recorrer à medicina privada e, em termos gerais, gastar em consultas médicas, pagamento de exames de laboratório, ultrassonografias e radiografias, compra de medicamentos, custos de traslado, viagens ao exterior e alimentação, pagamento de custos de procedimentos de inseminação artificial, fecundação *in vitro*, ICSI, entre outros”. Solicitou a título de dano material: i) a quantia de US\$ 4.821,69 dólares por pessoa a favor de María del Socorro Calderón e Carlos Vargas; ii) a quantia de US\$ 9.677,04 dólares a favor de Enrique Acuña Cartín; iii) a quantia de US\$ 17.516,29 dólares por pessoa a favor de Ileana Henchoz e Miguel Yamuni; iv) a quantia de US\$ 9.661,07 dólares por pessoa a favor de Julieta González e Oriéster Rojas; v) a quantia de US\$ 5.015,52 dólares por pessoa a favor de Karen Espinoza e Héctor Jiménez; vi) a quantia de US\$ 19.287,59 dólares a favor de Víktor Sanabria León, e vii) a quantia de US\$ 7.188,08 dólares por pessoa a favor de Joaquinita Arroyo e Giovanni Vega.

347. O representante May solicitou “o pagamento das indenizações a título de dano material e imaterial”. Em particular, solicitou que fosse pago: i) a quantia de US\$ 830.000 a favor da senhora Grettel Artavia Murillo; ii) a quantia de US\$ 740.000 dólares a favor do senhor Miguel Mejías Carballo; iii) a quantia de US\$ 700.000 dólares a favor da senhora Claudia María Carro Maklouf; iv) a quantia de US\$ 210.000 dólares a favor da senhora Andrea Bianchi Bruna; v) a quantia de US\$ 120.000 dólares a favor do senhor Germán Alberto Moreno Valencia, e vi) a quantia de US\$ 1.500.000 dólares a favor da senhora Ana Cristina Castillo León. Argumentou que a Corte “delimitou o conceito de dano material incluindo dentro do mesmo as custas e gastos realizados pelas partes durante todo o processo e por motivo das causas de responsabilidade atribuíveis ao [E]stado”. Declarou que devem ser reconhecidos “todos os gastos e gastos realizados pelas vítimas, e que se encontram provados seja documentalmente ou determinados razoavelmente dos fatos e circunstâncias confirmadas neste caso”. Afirmou que “deverão ser reconhecidos [...] todos os gastos realizados pelos casais por motivo dos atendimentos médicos nos processos dirigidos à verificação e determinação de estados de infertilidade, em vista de que sem essas despesas não haveria sido possível o diagnóstico médico”. Além disso, manifestou que “[d]evem ser indenizados as viagens e gastos em que incorreram as vítimas que tiveram de viajar ao exterior para poder recorrer à técnica, em vista de que, sem a proibição, é claro que a técnica haveria estado disponível gratuitamente sob o sistema de seguridade social”.

348. O Estado “analisou as reivindicações apresentadas a partir da situação particular de cada casal solicitante”, e concluiu que as petições por dano material devem ser rejeitadas pelos seguintes motivos: i) os gastos dos casais “referidos [ao] tratamento para a infertilidade [são] os mesmos que teriam de realizar ainda no caso de que não houvesse sido anulado o decreto que regulamentava a” FIV, razão pela qual “não possui[m] relação de causalidade com as violações supostamente imputáveis ao Estado”; ii) os gastos médicos anteriores à declaração de inconstitucionalidade não podem ser atribuídos ao Estado nem podem ser considerados para os efeitos das indenizações solicitadas; iii) “as violações que sejam imputadas ao Estado costarricense não têm nenhuma incidência no âmbito laboral das supostas vítimas”; iv) não qualificam como casais inférteis os que tiveram filhos biológicos e, portanto, “não se poderia considerar que o Estado limitou a única possibilidade que [tinham os casais] de ser pais biológicos ao declarar inconstitucional o decreto que regulamentava a [FIV], pois é claro que tiveram um filho biológico sem necessidade de se submeter a [este] procedimento”, e v) nas alegações do representante May “não houve uma determinação clara e precisa de quais [foram] os motivos pelos quais se alegou que o Estado produziu um dano material ou imaterial”.

#### *Considerações da Corte*

349. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano material e estabeleceu que este supõe “a perda ou redução da renda das vítimas, os gastos efetuados com motivo dos fatos e as consequências de caráter pecuniário que tenham um nexo causal com os fatos do caso”.<sup>503</sup>

350. Em conformidade com as alegações apresentadas pelas partes, a Corte considera necessário determinar os critérios que levará em consideração para fixar os montantes correspondentes ao dano material. Em primeiro lugar, o Tribunal ressalta que as violações declaradas anteriormente se encontram relacionadas com

503. Cf. *Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala. Reparaciones e Custas*. Sentença de 22 de fevereiro de 2002. Série C N° 91 par. 43, e *Caso Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, par. 281.

o impedimento para exercer autonomamente uma série de direitos (pars. 317 *supra*), não por haver podido ou não ter filhos biológicos, razão pela qual não é aceitável o argumento estatal segundo o qual os casais que puderam ter filhos não deveriam ser indenizados. Em segundo lugar, a Corte tem em consideração que a técnica da FIV não era um procedimento que se encontrava coberto pela Caixa Costarrriquenha de Previdência Social (par. 70 *supra*), razão pela qual os casais haveriam tido de incorrer nos gastos médicos que foram indicados independentemente da sentença da Sala Constitucional. Em consequência, o Tribunal considera que não existe nexos causal entre a totalidade de gastos mencionados anteriormente (pars. 346 e 347 *supra*) e as violações declaradas na presente Sentença. Tendo em consideração o anterior, a Corte conclui que os gastos que têm um nexos causal com as violações do presente caso são somente aqueles resultantes do efeito da decisão da Sala Constitucional, principalmente aqueles gastos dos casais que tiveram de ir ao exterior para realizar o tratamento.

351. No presente caso, a Corte observa que o representante Molina apresentou prova documental<sup>504</sup> sobre os casais formados por Ileana Henchoz e Miguel Yamuni, Julieta González e Oriester Rojas, bem como Víktor Sanabria León e Claudia Carro Maklouf,<sup>505</sup> que viajaram ao exterior para realizar a técnica. Por sua vez, o representante May não apresentou prova específica sobre Andrea Bianchi Bruna e Germán Alberto Moreno, que viajaram duas vezes ao exterior para realizar o tratamento.
352. A esse respeito, a Corte recorda que o critério de equidade foi utilizado na jurisprudência desta Corte para a quantificação de danos imateriais,<sup>506</sup> dos danos materiais<sup>507</sup> e para fixar o lucro cessante.<sup>508</sup> Entretanto, ao usar este critério isso não significa que a Corte possa atuar discricionariamente ao fixar as quantias indenizatórias.<sup>509</sup> Corresponde às partes precisar claramente a prova do dano sofrido bem como a relação específica da pretensão pecuniária com os fatos do caso e as violações que são alegadas.<sup>510</sup>
353. No caso particular, o representante May não especificou as quantias de acordo com os conceitos de dano material ou imaterial, assim que não se entende por qual tipo de dano requereu as indenizações. Tampouco manifestou o nexos causal existente entre as violações declaradas no presente caso e as quantias pedidas para as vítimas, razão pela qual não é possível determinar qual seria o valor exato que corresponderia aos gastos realizados pela senhora Bianchi e pelo senhor Moreno.
354. Por sua vez, o representante Molina apresentou diversos tipos de prova documental sobre estes gastos. Entretanto, o Tribunal não conseguiu efetuar um cálculo exato sobre a quantia devida, tendo em consideração que a documentação apresentada, que corresponde a diversas datas, encontra-se em moedas de distintos países, tais como pesetas, pesos colombianos, balboas, entre outros. Embora tenha sido apresentada informação sobre o equivalente destas quantias em colones e dólares, não foi explicado com clareza que taxa de câmbio foi utilizada. A esse respeito, não é tarefa do Tribunal determinar o cálculo do valor do dólar na época que correspondia a cada nota ou prova documental. Entretanto, a Corte pode presumir que durante estas viagens foram gerados gastos com passagens e estadia.
355. Portanto, a Corte fixa, com base em um critério de equidade, a soma de US\$ 5.000 (cinco mil dólares dos Estados Unidos da América) a favor de cada uma das seguintes pessoas: Ileana Henchoz, Miguel Yamuni, Julieta González, Oriéster Rojas, Víktor Sanabria León, Claudia Carro Maklouf, Andrea Bianchi Bruna e Germán Alberto Moreno, vítimas do presente caso que tiveram de viajar ao exterior para ter acesso à FIV.

504. Há uma nota do Hotel “*Renasá*” (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo V, anexo XXVII, folha 5772) onde estiveram em Valência, com data de 24 de abril de 2000, onde são calculados os gastos do hotel de 18 de abril de 2000 até 24 de abril de 2000 por um total de 640,33 euros. Há recibos dos 4 dias que estiveram no Hotel Roma, no Panamá, pagando US\$ 33 pelas 4 noites (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, anexo I, folhas 4283 a 4285). O outro recibo de é uma passagem da companhia Ibéria (expediente de anexos ao escrito de argumentos e provas, tomo II, anexo V, folha 4695) com o nome de Víctor Sanabria, trajeto San José-Madrid por um total de US\$ 681,58 USD. Além disso, o representante apresentou diversos quadros nos quais calculou, em colones e dólares, diversos gastos que associou ao dano material. Tabelas de cálculo do dano material (expediente de mérito, tomo II, folhas 587.24 a 587.39).

505. Cabe destacar que a senhora Carro foi representada pelo representante May, mas o representante Molina apresentou prova a seu favor.

506. Cf. *Caso Velásquez Rodríguez Vs. Honduras. Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de julho de 1989. Série C N° 7, par. 27, e *Caso Família Barrios Vs. Venezuela*, par. 378.

507. Cf. *Caso Neira Alegría e outros Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 1996. Série C N° 29, par. 50, e *Caso Família Barrios Vs. Venezuela*, par. 373.

508. Cf. *Caso Neira Alegría e outros Vs. Peru. Reparaciones e Custas*. Sentença de 19 de setembro de 1996. Série C N° 29, par. 50, e *Caso Família Barrios Vs. Venezuela*, par. 373.

509. Cf. *Caso Aloeboetoe e outros Vs. Suriname. Reparaciones e Custas*. Sentença de 10 de setembro de 1993. Série C N° 15, par. 87.

510. Cf. *Caso Furlan e Familiares Vs. Argentina*, par. 313.

C.2) Dano imaterial*Argumentos da Comissão e alegações das partes*

356. A Comissão solicitou à Corte que ordene ao Estado “reparar integralmente as vítimas do presente caso tanto no aspecto material como moral”.
357. O representante Molina alegou que o Estado “produziu uma situação de desproteção em relação a estas pessoas a ponto de afetar sua esfera pessoal mais íntima e revitimizá-las por não dar uma resposta à sua deficiência reprodutiva”. Além disso, alegou que “neste caso é fundamental considerar dentro do dano imaterial o dano ao projeto de vida, pois finalmente, estes casais, o que buscavam era constituir sua família com filhos biológicos, e este roteiro que tinham marcado para sua vida se viu truncado pela arbitrariedade e inatividade do Estado”. Portanto, argumentou que “[n]o caso das vítimas do presente caso é evidente que as ações e omissões do Estado contra elas impediram a realização de sua maior expectativa”.
358. A esse respeito, o representante Molina argumentou que era possível calcular o dano imaterial por meio de três metodologias, a saber: i) “Renda Temporária Mensal”; ii) “Lucro cessante laboral psicológico”, e iii) “Equidade e Justiça”. Em relação à “renda temporal mensal” alegou que era possível calcular os danos imateriais na soma de US\$ 3.500 mensais para os homens e US\$ 4.500 para as mulheres, contados desde a data em que foi proibida a FIV até a data de sua eventual autorização, o que, “seguindo os parâmetros da Corte em relação ao cálculo com base em juros simples e na taxa LIBOR do aniversário do início do ano” resultaria em “uma soma de US\$ 654.435,84 para cada uma das mulheres, e uma quantia de [US]\$466.651,98 para cada um dos homens [... o que] significaria poder dar a volta em seu “Projeto de Vida” e se preparar para desfrutar, através de uma renda temporal mensal, uma velhice em melhores condições econômicas”. Sobre o conceito de “lucro cessante psicológico” argumentou que não se trata “da pessoa que deixou de trabalhar ou que faleceu e, em consequência, deve lhe ser repostos esse capital, mas de uma pessoa que continua trabalhando ou que, inclusive, não trabalha remuneradamente; [...] seria o caso da dona de casa ou do estudante que, sem trabalhar em troca de um salário, também podem ser vítimas de um dano e não por sua condição estão desprotegidos de serem merecedores de uma indenização. De modo que, neste sentido, localizamos este tipo de lesão dentro do dano imaterial, porque sua relação causal provém de uma lesão psicológica ou sentimental, mais que de uma lesão direta a seu salário”.<sup>511</sup> Em relação ao critério de “Equidade e Justiça” solicitou que “seja estabelecida uma compensação econômica significativa a favor das vítimas”. Concluiu que “deve ser estabelecida uma soma não menor que [...] US\$ 800.000 [...] a favor de cada uma das vítimas deste processo, como uma forma de estabelecer um verdadeiro equilíbrio entre a arbitrariedade do Estado e a dor intensa e prolongada, já perpétua, das vítimas”.
359. O representante May alegou que “[a] Decisão da Sala Constitucional [...] produziu uma perda de oportunidade ou chance que se abriga no princípio da reparação integral”, já que, “[c]om a proibição desapareceu para as vítimas a possibilidade séria e real de serem pais, de formar uma família, e de poder gozar do direito à igualdade frente ao resto da coletividade, enquanto antes da proibição (o fato danoso) existia uma oportunidade real e séria das vítimas, de chegar a ter filhos biológicos”. As quantias solicitadas para o dano imaterial são as mesmas que foram apresentadas para o dano material (par. 346 *supra*).

360. O Estado alegou, em relação aos supostos danos imateriais, a falta de uma relação de causalidade entre estes e a sentença da Sala Constitucional, considerando que: i) “[e]m nenhum dos casos [...] propiciou, seja através de uma ação ou de uma omissão, a infertilidade das pessoas que figuram como vítimas”; ii) “o sofrimento que os casais poderiam sentir por não poderem procriar filhos [...] está relacionado à sua condição natural de não poder ter filhos, e não com a proibição proferida pela Sala Constitucional”, e iii) “teria de existir uma certeza absoluta de que a utilização das técnicas de fertilização *in vitro* [...] haveria tido como resultado o nascimento de um filho, ou ao menos, que existia um alto grau de probabilidade de que isso fosse assim”, quando “as provas apresentadas pelo Estado permitem estabelecer que a probabilidade de que, depois de praticada a técnica de fertilização *in vitro*, ocorresse um nascimento, é muito baixa, tanto agora como no momento em que foi proferida a decisão da Sala Constitucional”. Além disso, considerou que “Joaquinita Arroyo e [...] Giovanni Vega e [...]”

511. O representante Molina solicitou como “lucro cessante laboral psicológico”: i) para Maria del Socorro Calderón Porras a soma de US\$ 180.847,05; ii) a soma de US\$ 201.213,61 dólares para Carlos Eduardo Vargas Solórzano; iii) a soma de US\$ 187.787,01 dólares para Julieta González Ledezma; iv) a soma de US\$ 485.114,98 dólares para Oriester Rojas Carranza; v) a soma de US\$ 771.489,23 dólares para Joaquinita Arroyo Fonseca; vi) a soma de US\$ 1.814.061,98 dólares para Giovanni Antonio Vega; vii) a soma de US\$ 1.013.454,54 dólares para Ileana Henchoz Bolaños; viii) a soma de US\$ 1.259.961,59 dólares para Miguel Antonio Yamuni Zeledón; ix) a soma de US\$ 752.620,35 dólares para Karen Espinoza Vindas; x) a soma de US\$ 590.306,84 dólares para Héctor Jiménez Acuña; xi) a soma de US\$ 1.862.581,64 dólares para Víktor Hugo Sanabria León, e xii) a soma de US\$ 1.268.470,28 dólares para Enrique Acuña Cartín (expediente de mérito, tomo II, folha 587.35).

Karen Espinoza e Héctor Jiménez [...] tiveram filhos concebidos naturalmente, de modo que é claro que não estão em uma situação de infertilidade”, e que “no caso dos senhores Grettel Artavia Murillo [...] também existe um filho que nasceu em 27 de julho de 2011”. Finalmente, o Estado negou a existência de “uma relação de causalidade entre as violações atribuídas ao Estado e as dificuldades laborais que supostamente experimentaram algumas das pessoas”.

### *Considerações da Corte*

361. A Corte desenvolveu em sua jurisprudência o conceito de dano imaterial e estabeleceu que este “pode compreender tanto os sofrimentos e as aflições causados à vítima direta e a seus familiares, a deterioração de valores muito significativos para as pessoas, bem como as alterações, de caráter não pecuniário, nas condições de existência da vítima ou sua família”.<sup>512</sup> Em vista de que não é possível atribuir ao dano imaterial um equivalente monetário preciso, somente pode ser objeto de compensação, para os fins da reparação integral à vítima, por meio do pagamento de uma quantia em dinheiro ou da entrega de bens ou serviços apreciáveis em dinheiro, que o Tribunal determine em aplicação razoável do arbítrio judiciário e em termos de equidade.<sup>513</sup>
362. Além disso, a Corte reitera o caráter compensatório das indenizações, cuja natureza e quantia dependem do dano ocasionado, de modo que não podem significar nem enriquecimento nem empobrecimento para as vítimas ou seus sucessores.<sup>514</sup>
363. No presente caso, o Tribunal recorda que o dano no presente caso não depende de se os casais puderam ou não ter filhos (par. 350 *supra*), mas corresponde ao impacto desproporcional em suas vidas do fato de não poderem exercer de maneira autônoma seus direitos (pars. 317 *supra*). Como ficou comprovado no capítulo VIII, foram constatados neste processo os sentimentos de angústia, ansiedade, incerteza e frustração, as sequelas na possibilidade de decidir um projeto de vida próprio, autônomo e independente. Em atenção aos sofrimentos ocasionados às vítimas, bem como à mudança nas condições de vida e às demais consequências de ordem imaterial que sofreram, a Corte considera pertinente fixar, em equidade, a quantia de US\$ 20.000 (vinte mil dólares dos Estados Unidos da América) para cada uma das vítimas a título de indenização por dano imaterial.

### **D) Custas e gastos**

#### *Alegações das partes*

364. O representante Molina solicitou à Corte que ordene ao Estado o reembolso dos gastos em que haveria incorrido pelo procedimento perante a Corte correspondentes a US\$ 60.000 dólares, em razão de que “litigou até a promulgação da sentença e, levando em consideração que as atuações perante o Tribunal Interamericano são de grande complexidade, inclusive supondo que se deve consultar especialistas em temas como a saúde, reprodução assistida, psicólogos, entre outros”. Adicionalmente, pediu, “pelo custo das provas periciais, de notário e gastos produto da preparação de escritos”, a soma de US\$ 10.926,43 dólares.
365. Por outro lado, o representante Trejos, no escrito de petições e argumentos, solicitou à Corte que ordenasse ao Estado o reembolso das custas e gastos nos quais havia incorrido. No total, requereu que a Corte fixasse em equidade US\$ 450.000 dólares por “representação das vítimas” e “pelas atividades realizadas no âmbito interno e internacional desde o ano de dois mil com o fim de obter justiça para todas as vítimas como representante de fato perante as autoridades judiciárias e administrativas costarrriquenhas e perante a Comissão Interamericana de todos os peticionários do presente [c]aso, bem como dos casais representados [...] perante a Corte Interamericana”. Nas alegações finais, o representante May repetiu as petições efetuadas pelo representante Trejos e pediu que fossem incluídas “notas de gastos processuais supervenientes”.
366. O Estado afirmou que “a quantia que está sendo solicitada não pode ser compartilhada pelo Estado, por serem quantias não razoáveis, inclusive algumas das somas pretendidas são superiores aos danos imateriais reclamados por algumas das supostas vítimas”.

512. Cf. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparações e Custas. Sentença de 26 de maio de 2001. Série C N° 77, par. 84, e Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana, par. 284.*

513. Cf. *Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 22 de novembro de 2005. Série C N° 135, par. 244, e Caso das Crianças Yean e Bosico Vs. República Dominicana, par. 223.*

514. Cf. *Caso da “Panel Blanca” (Paniagua Morales e outros) Vs. Guatemala. Reparações e Custas. Sentença de 25 de maio de 2001. Série C N° 76, par. 79, e Caso Bayarri Vs. Argentina. Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 30 de outubro de 2008. Série C N° 187, par. 161.*

*Considerações da Corte*

367. Como a Corte já afirmou em oportunidades anteriores, as custas e gastos estão compreendidos dentro do conceito de reparação consagrado no artigo 63.1 da Convenção Americana.<sup>515</sup>
368. O Tribunal manifestou que as pretensões das vítimas ou seus representantes em matéria de custas e gastos, e as provas que as sustentam, devem ser apresentadas à Corte no primeiro momento processual que lhes é concedido, isto é, no escrito de petições e argumentos, sem prejuízo de que tais pretensões sejam atualizadas em um momento posterior, de acordo com as novas custas e gastos em que se tenha incorrido em razão do procedimento perante esta Corte.<sup>516</sup>
369. Em relação ao reembolso das custas e gastos, corresponde ao Tribunal apreciar prudentemente seu alcance, o qual compreende os gastos gerados perante as autoridades da jurisdição interna, bem como os gerados no curso do processo perante o Sistema Interamericano, tendo em consideração as circunstâncias do caso concreto e a natureza da jurisdição internacional de proteção dos direitos humanos. Esta apreciação pode ser realizada com base no princípio de equidade e levando em consideração os gastos indicados pelas partes, sempre que seu *quantum* seja razoável.<sup>517</sup> Além disso, a Corte reitera que não é suficiente a remissão de documentos probatórios, mas que se requer que as partes façam uma argumentação que relacione a prova com o fato que se considera representado, e que, ao se tratar de alegados gastos econômicos, sejam estabelecidos, com clareza, os valores e a justificação dos mesmos.<sup>518</sup>
370. No presente caso, a Corte observa que o representante Trejos, que representou as vítimas durante o procedimento perante a Comissão (pars. 1 e 8 *supra*), faleceu antes do encerramento deste processo contencioso. Sem prejuízo disso, em seu escrito de petições e argumentos expôs suas pretensões sobre custas e gastos.
371. Por outro lado, a Corte observa que o representante Trejos apresentou comprovantes de gastos por uma quantia de US\$ 1.376,96 dólares.<sup>519</sup> O representante May apresentou nas alegações finais as notas correspondentes a cinco *affidavits* por uma soma total de US\$ 2.500 dólares, sem argumentar por que havia sido efetuado o cálculo sobre o custo de cada serviço notarial em uma quantia de US\$ 500 dólares. Além disso, o representante May solicitou nas alegações finais a mesma quantia que havia pedido o representante Trejos em seu escrito de petições e argumentos, sem precisar se se tratava de duas petições autônomas ou, em caso contrário, que parte da última petição correspondia aos honorários correspondentes ao senhor Trejos e que quantia por honorários corresponderia ao senhor May. Por sua vez, o representante Molina apresentou comprovantes de gastos do processo por uma quantia de aproximadamente US\$ 9.243 dólares, que corresponde, em grande medida, ao cálculo parcial de alguns serviços profissionais.<sup>520</sup>
372. O Tribunal observa que não consta nos autos respaldo probatório que justifique as somas que os representantes estão solicitando a título de honorários e serviços profissionais. De fato, as quantias requeridas a título de honorários não foram acompanhadas por argumentação de prova específica sobre sua razoabilidade e alcance.<sup>521</sup>
373. Portanto, a Corte fixa em equidade a quantia de US\$ 10.000 (dez mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de custas e gastos a favor do representante Gerardo Trejos, a qual deverá ser paga diretamente a seus herdeiros, em conformidade com o direito interno aplicável. Além disso, a Corte estabelece em equidade a quantia de US\$ 2.000 (dois mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de custas e gastos a favor do representante May e a quantia de US\$ 3.000 (três mil dólares dos Estados Unidos da América) a título de custas e gastos a favor do representante Molina.

515. Cf. *Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C Nº 39, par. 79, e *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, par. 290.

516. Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador*, par. 275, e *Caso Nadege Dorzema e outros Vs. República Dominicana*, par. 292.

517. Cf. *Caso Garrido e Baigorria Vs. Argentina. Reparaciones e Custas*. Sentença de 27 de agosto de 1998. Série C Nº 39, par. 82; *Caso do Massacre de Río Negro Vs. Guatemala. Exceção Preliminar, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 4 de setembro de 2012 Série C Nº 250, par. 314.

518. Cf. *Caso Chaparro Álvarez e Lapo Íñiguez Vs. Equador. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 21 de novembro de 2007. Série C Nº 170, par. 277, e *Caso Vélez Restrepo e Familiares Vs. Colômbia*, par. 307.

519. Em seu escrito de petições e argumentos, o representante Trejos apresentou como gastos durante o processo: i) nota de compra de passagem de avião em nome de Andrea Bianchi (US\$ 439,72); ii) nota de compra de passagem de avião em nome de Gerardo Trejos Salas (US\$ 468,62), e iii) nota de compra de passagem aérea em nome de Gloria Mazariegos (US\$ 468,62), somando US\$ 1.376,96 (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo I, folhas 4071 e 4072).

520. Em seu escrito de petições e argumentos, o representante Boris Molina Acevedo apresentou como gastos durante o processo: i) fatura por serviços profissionais a María Lorna Ballesterero Muñoz por US\$ 6.000,00, ii) recibo de dinheiro por serviços profissionais a Gabriela Darsie e Enrique Madrigal por US\$ 1.375, iii) recibo por serviços profissionais a título de pagamento de serviços profissionais pela assessoria e assistência oferecida por William Vega por US\$ 1.600, e iv) 131.850 colones por fotocópias e gastos administrativos (expediente de anexos ao escrito de petições e argumentos, tomo VI, folhas 6537 a 6364).

521. Cf. *Caso Chitay Nech e outros Vs. Guatemala. Exceções Preliminares, Mérito, Reparaciones e Custas*. Sentença de 25 de maio de 2010. Série C Nº 212, par. 287.



**E) Modalidade de cumprimento dos pagamentos ordenados**

374. O Estado deverá efetuar o pagamento das indenizações a título de dano material e imaterial e o reembolso de custas e gastos estabelecidos na presente Sentença diretamente às pessoas indicadas na mesma, dentro do prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente decisão, nos termos dos parágrafos seguintes. Caso os beneficiários tenham falecido ou faleçam antes que lhes seja entregue a indenização respectiva, esta será paga diretamente a seus herdeiros, em conformidade com o direito interno aplicável.
375. O Estado deverá cumprir as obrigações monetárias por meio do pagamento em dólares dos Estados Unidos da América ou seu equivalente em moeda nacional, utilizando para o cálculo respectivo o tipo de câmbio que se encontre vigente na bolsa de Nova York, Estados Unidos da América, no dia anterior ao pagamento.
376. Se por causas atribuíveis aos beneficiários das indenizações ou a seus herdeiros, não for possível o pagamento das quantias determinadas dentro dos prazos indicados, o Estado consignará estas quantias a seu favor em uma conta ou certificado de depósito em uma instituição financeira costarriquenha idônea, em dólares estadunidenses, e nas condições financeiras mais favoráveis que permitam a legislação e a prática bancária. Caso depois de dez anos a quantia designada não for reclamada, as quantias serão devolvidas ao Estado com os juros acumulados.
377. As quantias designadas na presente Sentença como indenização por dano material e imaterial, e como reembolso de custas e gastos, deverão ser entregues às pessoas e organizações indicadas de forma íntegra, em conformidade com o estabelecido nesta Sentença, sem reduções derivadas de eventuais encargos fiscais, no prazo de um ano, contado a partir da notificação da presente Sentença.
378. Caso o Estado incorra em mora, deverá pagar juros sobre a quantia devida, correspondente ao juro bancário moratório na Costa Rica.
379. Em conformidade com sua prática constante, a Corte se reserva a faculdade inerente a suas atribuições e derivada, também, do artigo 65 da Convenção Americana, de supervisionar o cumprimento íntegro da presente Sentença. O caso será dado por encerrado uma vez que o Estado tenha dado total cumprimento ao disposto na presente decisão.
380. Dentro dos prazos de seis meses e um ano, contados a partir da notificação desta Sentença, o Estado deverá apresentar à Corte um relatório sobre as medidas adotadas para cumpri-la.

**X  
Pontos Resolutivos**

381. Portanto,

**A CORTE  
DECIDE,**

por unanimidade,

1. Rejeitar as exceções preliminares interpostas pelo Estado, nos termos dos parágrafos 17 a 40 da presente Sentença.

**DECLARA,**

por cinco votos a favor e um contra, que:

1. O Estado é responsável pela violação dos artigos 5.1, 7, 11.2 e 17.2, em relação ao artigo 1.1 da Convenção Americana, em detrimento de Grettel Artavia Murillo, Miguel Mejías Carballo, Andrea Bianchi Bruna, Germán Alberto Moreno Valencia, Ana Cristina Castillo León, Enrique Acuña Cartín, Ileana Henchoz Bolaños, Miguel Antonio Yamuni Zeledón, Claudia María Carro Maklouf, Víktor Hugo Sanabria León, Karen Espinoza Vindas, Héctor Jiménez Acuña, María del Socorro Calderón Porras, Joaquinita Arroyo Fonseca, Geovanni Antonio Vega Cordero, Carlos Eduardo de Jesús Vargas Solórzano, Julieta González Ledezma e Oriéster Rojas Carranza, nos termos dos parágrafos 136 a 317 da presente Sentença.

**E DISPÕE**

por cinco votos a favor e um contra, que:

1. Esta Sentença constitui *per se* uma forma de reparação.
2. O Estado deve adotar, com a maior celeridade possível, as medidas apropriadas para que fique sem

feito a proibição de praticar a FIV e para que as pessoas que desejem fazer uso desta técnica de reprodução assistida possam fazê-lo sem encontrar impedimentos ao exercício dos direitos que foram considerados violados na presente Sentença. O Estado deverá informar em seis meses sobre as medidas adotadas a esse respeito, em conformidade com o parágrafo 336 da presente Sentença.

3. O Estado deve regulamentar, com brevidade, os aspectos que considere necessários para a implementação da FIV, tendo em consideração os princípios estabelecidos na presente Sentença, e deve estabelecer sistemas de inspeção e controle de qualidade das instituições ou profissionais qualificados que desenvolvam este tipo de técnica de reprodução assistida. O Estado deverá informar anualmente sobre a colocação em vigência gradual destes sistemas, em conformidade com o parágrafo 337 da presente Sentença.
4. O Estado deve incluir a disponibilidade da FIV dentro de seus programas e tratamentos de infertilidade em seu atendimento à saúde, em conformidade com o dever de garantia em relação ao princípio de não discriminação. O Estado deverá informar a cada seis meses sobre as medidas adotadas para colocar gradualmente estes serviços à disposição de quem o requeira e dos planos elaborados para este fim, em conformidade com o parágrafo 338 da presente Sentença.
5. O Estado deve oferecer às vítimas atendimento psicológico gratuito e de forma imediata, por até quatro anos, através de suas instituições estatais de saúde especializadas, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 326 da presente Sentença.
6. O Estado deve realizar as publicações indicadas no parágrafo 329 da presente Sentença, no prazo de seis meses contado a partir da notificação da mesma.
7. O Estado deve implementar programas e cursos permanentes de educação e capacitação em direitos humanos, direitos reprodutivos e não discriminação, dirigidos a funcionários judiciários de todas as áreas e escalões do Poder Judiciário, em conformidade com o estabelecido no parágrafo 341 da presente Sentença.
8. O Estado deve pagar as quantias fixadas nos parágrafos 355 e 363 da presente Sentença, a título de indenizações por danos materiais e imateriais, e pelo reembolso de custas e gastos, nos termos do parágrafo 373 da Decisão.
9. O Estado deve, dentro do prazo de um ano contado a partir da notificação desta Sentença, apresentar ao Tribunal um relatório geral sobre as medidas adotadas para cumpri-la.
10. A Corte supervisionará o cumprimento íntegro desta Sentença, em exercício de suas atribuições e em cumprimento de seus deveres em conformidade com a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, e dará por encerrado o presente caso uma vez que o Estado tenha dado cabal cumprimento ao disposto na mesma.

O Juiz Diego García-Sayán informou à Corte seu Voto Concordante, e o Juiz Eduardo Vio Grossi informou à Corte seu Voto Dissidente, os quais acompanham esta Sentença.

Redigida em espanhol e em inglês, fazendo fé o texto em espanhol, em San José, Costa Rica em 28 de novembro de 2012.

Diego García Sayán  
Presidente

Leonardo A. Franco  
Rhadys Abreu Blondet

Margarette May Macaulay  
Alberto Pérez Pérez

Eduardo Vio Grossi

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

Comunique-se e execute-se,

Diego García Sayán  
Presidente

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

**VOTO CONCORDANTE DO JUIZ DIEGO GARCIA-SAYÁN**  
**SENTENÇA DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**  
**CASO ARTAVIA MURILLO E OUTROS (“FECUNDAÇÃO IN VITRO”) VS. COSTA RICA**  
**DE 28 DE NOVEMBRO DE 2012**

1. Esta sentença é uma decisão muito importante e clara da Corte para consolidar os direitos à integridade pessoal, à vida privada e familiar e o princípio de não discriminação. Todos eles foram seriamente violados pelos fatos que geraram este contencioso. A Corte, ao estabelecer quais direitos foram violados e as correspondentes reparações, orienta a sentença, em essência, a uma afirmação da vida.
2. Argumentar a proibição absoluta à Fertilização in Vitro (FIV) no alegado “direito à vida” é uma dupla contradição. Primeiro, porque ao afirmar que com a FIV se produziria “perda embrionária”, omite-se que, como restou demonstrado nos autos, as perdas embrionárias também ocorrem nas gravidezes naturais e em outras técnicas de reprodução. Segundo, porque a proibição, alegadamente sustentada no direito à vida, gerou, paradoxalmente, um impedimento à vida ao bloquear o direito de homens e mulheres à procriação. Instituiu-se, assim, um impedimento indevido à vida e o seguirá constituindo, enquanto não se executem plenamente as medidas de reparação dispostas pela Corte nesta sentença.
3. Ao estar a autodeterminação reprodutiva estreitamente relacionada ao direito à vida privada e à integridade pessoal (pars. 146 e 147), a proibição absoluta da FIV decretada pela Sala Constitucional da Costa Rica, em 15 de março de 2000, afetou esses direitos gerando um sério impacto nas vítimas.
4. A isso se acrescenta o impacto discriminatório da proibição. Como recorda a Corte, os Estados não devem produzir regulamentações que tenham efeitos discriminatórios nos diferentes grupos de uma população no momento de exercer seus direitos (par. 286). A Corte deixa estabelecido que a proibição impactou as vítimas discriminatoriamente em relação a aspectos cruciais como a situação de deficiência ou a situação econômica (par. 284).
5. É claro, em conformidade com o provado no curso do processo, que a incapacidade consistente na infertilidade requer uma atenção especial e que as políticas do Estado devem propender à inclusão e não à exclusão. Além disso, a proibição teve um efeito desproporcional em detrimento dos casais inférteis de menor renda tendo em consideração que para realizar a FIV deviam viajar ao exterior.
6. Os homens e mulheres afetados pela infertilidade são pessoas que sofrem uma doença, como recorda a Corte nesta sentença (par. 288), tendo em consideração que a Organização Mundial da Saúde (OMS) estabeleceu que a infertilidade é “uma doença do sistema reprodutivo” definida como a incapacidade de conseguir uma gravidez clínica depois de 12 meses ou mais de relações sexuais não protegidas”.<sup>1</sup>
7. Tendo isso em consideração, é seriamente atentatório aos direitos das pessoas afetadas por esta doença que o Estado lhes negasse o direito a recorrer a este método científico pela proibição estabelecida desde março de 2000.
8. Por outro lado, na medida em que o Estado baseou boa parte de suas alegações em certa interpretação do artigo 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, a Corte procedeu nesta sentença a interpretar esta norma para os propósitos deste caso. E o fez, como corresponde no Direito Internacional, em conformidade com o sentido comum dos termos, bem como com uma interpretação sistemática e histórica, e a que corresponde ao objeto e fim do tratado, utilizando como meio complementar de interpretação os trabalhos preparatórios desta norma da Convenção.
9. Entre outras consequências da interpretação da Corte, bem como da prova científica disponível, chega-se à conclusão de que não é possível concluir que no artigo 4.1. se busca conferir *status* de “pessoa” ao embrião enfatizando-se que “...as tendências de regulamentação no Direito Internacional não levam à conclusão que o embrião seja tratado de maneira igual a uma pessoa...” (par. 253).
10. As reparações estabelecidas têm sua razão de ser não somente no que concerne diretamente às pessoas declaradas como vítimas. Estabelecem, também, medidas orientadas à sociedade em seu conjunto como as de não repetição e pautas concretas para gerar as condições apropriadas de maneira que se concretize o dever de adequação do Estado às obrigações referidas na sentença em matéria de integridade pessoal, vida privada e familiar e do princípio de não discriminação.

1. Cf. Resumo escrito da perícia prestada por Fernando Zegers-Hochschild na audiência pública perante a Corte (expediente de mérito, tomo VI, folha 2828). Como explicou o perito Zegers-Hochschild, segundo a Organização Mundial da Saúde, a infertilidade constitui uma doença do sistema reprodutivo (expediente de mérito, tomo VI, folha 2818).

11. A essência das medidas reparatórias é, então, que o Estado não somente deve deixar de produzir regulamentações e práticas discriminatórias, mas deve deixar sem efeito a proibição e facilitar gradualmente o uso desta técnica de reprodução para os que a requeiram e desejem. Nesta ordem de ideias, a Corte estabelece, entre outras, essencialmente três linhas precisas de ação orientadas a se constituir em garantias de não repetição e à adequação da conduta do Estado a suas obrigações internacionais:

- a) A primeira é “adotar as medidas apropriadas para que fique sem efeito com a maior celeridade possível a proibição de realizar a FIV e para que as pessoas que desejem fazer uso desta técnica de reprodução assistida possam fazê-lo sem encontrar impedimentos” (par. 336). Corresponde, pois, que o Estado adote com rapidez as medidas que sejam pertinentes dentro de sua própria institucionalidade para que fique sem efeito a proibição;
- b) A segunda é “regulamentar, com brevidade, os aspectos que considere necessários para a implementação da FIV” (par. 337) o que remete a regulamentações a serem proferidas e colocadas em execução pelo Estado para que esta técnica seja utilizada corretamente por instituições ou profissionais qualificados;
- c) Ao se estabelecer na terceira medida que a seguridade social inclua gradualmente “a disponibilidade da FIV dentro de seus programas e tratamentos de infertilidade em seu atendimento de saúde, em conformidade com o dever de garantia em relação ao princípio de não discriminação” (par. 338), isso se orienta a que esta técnica seja incluída, de maneira gradual, dentro dos programas contra a infertilidade que já são oferecidos. Isso não sugere que uma porção desproporcional dos recursos institucionais e orçamentárias de seguridade social seja destinada a este propósito em prejuízo de outros programas ou prioridades, mas a garantir que este serviço esteja disponível de forma progressiva.

Cabe ressaltar que esta ordem da Corte se encontra clara e diretamente relacionada com o princípio de não discriminação. Nesse sentido, não pode ser entendida como uma ordem que conduza a situações de desigualdade. A esse respeito, sobre a mencionada gradualidade, cabe ressaltar que o Comitê DESC<sup>2</sup> afirmou que a “natureza precisa” da disponibilidade dos serviços e programas de saúde “dependerá de diversos fatores, em particular do nível de desenvolvimento” do Estado. Além disso, este Comitê afirmou que um dos componentes da acessibilidade sem discriminação aos serviços de saúde se relaciona com a “acessibilidade econômica (disponibilidade)”, de tal forma que os estabelecimentos, bens e serviços de saúde deverão estar ao alcance de todos. O Comitê acrescentou que os pagamentos por serviços de atendimento à saúde “deverão se basear no princípio da equidade, a fim de assegurar que esses serviços, sejam públicos ou privados, estejam ao alcance de todos, incluídos os grupos socialmente desfavorecidos. A equidade exige que sobre os lares mais pobres não recaia uma carga desproporcional no que se refere aos gastos de saúde, em comparação com os lares mais ricos”.<sup>3</sup> Estas considerações me permitem ressaltar o nexos causal da ordem emitida pela Corte em relação à situação particular de pessoas cuja única possibilidade de procriação é o acesso à FIV e não contam com recursos próprios para ter acesso a este tipo de técnicas de reprodução assistida.

Além disso, como se observa da contestação da demanda e das alegações finais do Estado da Costa Rica, este conta com programas e serviços médicos para diversos tratamentos de problemas de infertilidade, incluindo as técnicas de reprodução assistida. O Estado informou que o único método excluído dos programas públicos para o atendimento de problemas da saúde reprodutiva foi a FIV, à raiz da sentença proferida pela Sala Constitucional. Nesse sentido, é possível relacionar a exclusão da FIV com os argumentos desenvolvidos na decisão judicial analisada nesta Sentença, e não é claro que sejam considerações econômicas e orçamentárias as que tenham justificado esta exclusão. Tampouco se comprovou que existisse uma situação como a de outros Estados nos quais se tenha alegado a inexistência ou insuficiência de recursos para subsidiar parte do acesso às técnicas de reprodução assistida. Corresponde então que o Estado continue avançando progressivamente em garantir, sem discriminação, o acesso aos tratamentos adequados e necessários para enfrentar as distintas formas de infertilidade.

Nesse sentido, ressalto que o mandato da Corte não se dirige a alterar nenhum tipo de priorização no âmbito interno, no entendimento de que o acesso às técnicas de reprodução assistida já havia sido incorporado dentro

2. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral n° 14 (2000). O direito ao desfrute do mais alto nível possível de saúde (artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000 par. 12 a.

3. Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, Observação Geral n° 14 (2000). O direito ao desfrute do mais alto nível possível de saúde (artigo 12 do Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais), E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000 par. 12 b. iii.

do atendimento integral que o Estado provê. O Tribunal, como é sua prática constante, deixa nas mãos das autoridades locais o conjunto de decisões sobre a natureza e alcance das medidas necessárias para garantir, progressivamente, o que seja pertinente em relação ao conjunto de técnicas relativas às diversas modalidades da FIV entre as quais as autoridades deverão exercer uma clara e devida regulamentação.

12. Tendo em consideração que o fato central que gerou este caso contencioso foi a proibição na Costa Rica a uma técnica de reprodução assistida, a FIV, esta sentença não somente estabelece quais foram as violações à Convenção e as correspondentes reparações. Em essência e por seu próprio conteúdo, é uma contribuição fundamental a favor da vida como o expressam as mais de cinco milhões de pessoas que hoje desfrutam da vida graças a que seus pais recorreram a este tipo de métodos contra a infertilidade e que não existiriam se não fosse por isso.

Diego García-Sayán  
Juiz

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

A Juíza Rhadys Abreu Blondet se aderiu ao presente Voto do Juiz Diego García-Sayán.

Rhadys Abreu Blondet  
Juíza

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

**VOTO DISSIDENTE DO JUIZ EDUARDO VIO GROSSI**  
**CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS**  
**CASO ARTAVIA MURILLO E OUTROS (“FECUNDAÇÃO *IN VITRO*”) VS. COSTA RICA**  
**SENTENÇA DE 28 DE NOVEMBRO DE 2012**  
**(Exceções Preliminares, Mérito, Reparações e Custas)**

## INTRODUÇÃO

Com o maior respeito e consideração à Corte Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Corte, e, certamente, para cada um de seus membros, formula-se o presente voto dissidente<sup>1</sup> à Sentença indicada no título, doravante denominada a Sentença, em relação à fundamentação que se expõe a seguir e que, certamente e como corresponde se limita única e exclusivamente ao afirmado na mesma<sup>2</sup> e, muito particularmente, ao assunto que se considera que condiciona a todos os demais no presente caso, isto é, o artigo 4.1 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, doravante denominada a Convenção.

Certamente, os comentários incluídos neste voto dissidente foram feitos considerando não o que o intérprete deseja, mas o que o Direito expressa. Igualmente, teve-se em consideração que a Corte lhe corresponde interpretar e aplicar a Convenção<sup>3</sup> e não assumir a função que compete à Comissão Interamericana de Direitos Humanos<sup>4</sup> nem a função normativa, a qual corresponde aos Estados, únicos habilitados para eventualmente modificar a Convenção.<sup>5</sup> E, por último, e em especial, teve-se presente que se trata de precisar o que a vontade dos Estados expressaram na Convenção, acordos e práticas posteriores, com o fim de poder exigir deles aquilo a que efetivamente se comprometeram.<sup>6</sup>

Então, o raciocínio afirmado se refere a dois temas principais. O primeiro é precisamente a análise desta disposição, por considerar que é sua violação a que definitiva e preferentemente se alega nos autos. E o segundo tem relação com a inflexão jurisprudencial experimentada na Sentença com respeito à interpretação desse artigo.

## I.- O ARTIGO 4.1 DA CONVENÇÃO

Por sua vez, a análise do artigo 4.1 da Convenção apresenta três aspectos. O primeiro é relacionado à perspectiva com que a Sentença aborda o presente caso. O segundo concerne à interpretação do mesmo. E o terceiro alude à jurisprudência da Corte sobre o particular.

### A.- Perspectiva com que aborda o caso

É indubitável que a perspectiva sob a qual a Sentença aborda o caso influi na conclusão a que chega. Daí que é necessário, como primeiro assunto, aludir a ela.

A esse respeito, a Sentença afirma que procede, como primeiro assunto de mérito,

1. Artigo 66.2 da Convenção: “*Se a sentença não expressar no todo ou em parte a opinião unânime dos juízes, qualquer deles terá direito a que se agregue à sentença o seu voto dissidente ou individual*” e Artigo 24.3 do Estatuto da Corte: “*As decisões, juízos e opiniões da Corte serão comunicados em sessões públicas e notificados por escrito às partes. Além disso, serão publicados, juntamente com os votos e opiniões separados dos juízes e com quaisquer outros dados ou antecedentes que a Corte considerar conveniente*”. Sobre o particular, ver, ademais, *Declaração de Queixa*, apresentada na Corte em 17 de agosto de 2011, com relação a parte do Voto Concordante Conjunto emitido em razão das Resoluções “*Medidas Provisórias em relação à República da Colômbia, Caso Gutiérrez Soler Vs. Colômbia*”, de 30 de junho de 2011, “*Medidas Provisórias em relação aos Estados Unidos Mexicanos, Caso Rosendo Cantú e Outra Vs. México*”, de 1º de julho de 2011 e “*Medidas Provisórias em relação à República de Honduras, Caso Kawas Fernández Vs. Honduras*”, de 5 de julho de 2011.

2. Artigo 65.2 do Regulamento da Corte: “*Todo Juiz que houver participado no exame de um caso tem direito a crescer à sentença seu voto concordante ou dissidente, que deverá ser fundamentado. Esses votos deverão ser apresentados dentro do prazo fixado pela Presidência, para que possam ser conhecidos pelos Juízes antes da notificação da sentença. Os mencionados votos só poderão referir-se à matéria tratada nas sentenças.*”

3. Artigo 62.3 da Convenção: “*A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido, desde que os Estados Partes no caso tenham reconhecido ou reconhecem a referida competência, seja por declaração especial, como preveem os incisos anteriores, seja por convenção especial.*”

4. Artigo 41, primeira frase, da Convenção: “*A Comissão tem a função principal de promover a observância e a defesa dos direitos humanos...*”

5. Artigo 76.1 da Convenção: “*Qualquer Estado Parte, diretamente, e a Comissão ou a Corte, por intermédio do Secretário-Geral, podem submeter à Assembleia Geral, para o que julgarem conveniente, proposta de emenda a esta Convenção*” e Artigo 39 da Convenção de Viena: *Um tratado poderá ser emendado por acordo entre as partes. As regras estabelecidas na parte II aplicar-se-ão a tal acordo, salvo na medida em que o tratado dispuser diversamente.*”

6. Artigo 2.1.a) da Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, doravante denominada Convenção de Viena: “*Expressões Empregadas. 1. Para os fins da presente Convenção: a) “tratado” significa um acordo internacional concluído por escrito entre Estados e regido pelo Direito Internacional, quer conste de um instrumento único, quer de dois ou mais instrumentos conexos, qualquer que seja sua denominação específica.*”

*“determinar o alcance dos direitos à integridade pessoal e à vida privada e familiar para resolver a controvérsia”.*<sup>7</sup>

E, posteriormente, afirma que

*“o objeto do presente caso se concentra em estabelecer se a sentença da Sala Constitucional gerou uma restrição desproporcional dos direitos das supostas vítimas”.*<sup>8</sup>

Evidentemente, a Sentença está se referindo à Decisão de 15 de março de 2000 da Sala Constitucional da Corte Suprema de Justiça da República da Costa Rica, doravante denominada a Decisão, por meio da qual declarou inconstitucional o Decreto Executivo nº. 24029-S, de 3 de fevereiro de 1995, que regulamentava a Fecundação in Vitro, por infração ao artigo 4.1 daquela (*“Direito à Vida”*).

Sobre o particular, a Sentença expressa que *“ao se comprovar que existiu uma ingerência tanto pelo efeito proibitivo que, em geral, causou a sentença da Sala Constitucional, bem como o impacto que o anterior produziu nas supostas vítimas no presente caso, a Corte considera necessário analisar se esta ingerência ou restrição se encontra justificada”* e, por isso, *“considera pertinente analisar em detalhe o argumento principal desenvolvido pela Sala Constitucional: que a Convenção Americana obriga a efetuar uma proteção absoluta do “direito à vida” do embrião e, em consequência, obriga a proibir a FIV por implicar a perda de embriões”*, acrescentado posteriormente que, *“analisará se a interpretação da Convenção que argumentou as ingerências ocorridas é admissível tendo em consideração as fontes de Direito Internacional pertinentes”*.<sup>9</sup>

Então, é verdade que a Comissão Interamericana de Direitos Humanos, doravante denominada a Comissão, e os representantes das vítimas, doravante denominados os Representantes, afirmaram que a mencionada resolução violou os artigos 11.2 (*“Respeito da Honra e da Dignidade”*), 17.2 (*“Proteção à Família”*) e 24 (*“Igualdade perante a Lei”*), em relação aos artigos 1.1 (*“Obrigação de Respeitar os Direitos”*) e 2 (*“Dever de Adotar Disposições de Direito Interno”*), todos da Convenção. Porém, é igualmente verdade que um dos representantes invocou, ademais, os artigos 4.1 (*Direito à vida*), 5.1 (*“Direito à Integridade Pessoal”*) e 7 (*“Direito à Liberdade Pessoal”*)<sup>10</sup> e que a citada Decisão expressamente se baseia no citado artigo 4.1.

Por esse motivo, o assunto dos autos não consiste no que a Sentença apresenta, mas, ao contrário.

Efetivamente, considerando as normas consuetudinárias aplicáveis,<sup>11</sup> no presente caso trata-se de determinar, à luz do previsto na Convenção,<sup>12</sup> se a citada Decisão<sup>13</sup> é internacionalmente lícita ou, ao contrário ilícita,<sup>14</sup> o que implica contrastar, primeiramente, este ato estatal com a obrigação internacional por ele mesmo aduzida como sua justificativa, ou seja, o citado artigo 4.1, e somente uma vez elucidada esta questão se poderia abordar a conformidade da mesma com o contemplado nos artigos 5.1, 11.2, 17.2 e 24.

Então, resultaria mais lógico que a Sentença em discussão houvesse entendido e tratado o presente caso fundamentalmente como uma possível violação do indicado artigo 4.1 e não como o faz.

Ao proceder como o fez, a Sentença não somente segue a lógica processual e de argumento que legitimamente apresentaram a Comissão e os Representantes, de acordo com seus respectivos interesses

7. Par. 141 da Sentença. Quando se expresse “Par. ou Pars.” se entenderá que o parágrafo ou parágrafos citados são da Sentença.

8. Par. 171.

9. Par. 162.

10. Par. 7.

11. Reunidas no Projeto preparado pela Comissão de Direito Internacional da ONU sobre Responsabilidade do Estado por Fatos Internacionalmente Ilícitos, acolhido por Resolução aprovada pela Assembleia Geral [com base no relatório da Sexta Comissão (A/56/589 e Corr.1)] 56/83. Responsabilidade do Estado por fatos internacionalmente ilícitos, 85ª sessão plenária, 12 de dezembro de 2001, Documentos Oficiais da Assembleia Geral, quinquagésimo sexto período de sessões, Suplemento nº 10 e correções (A/56/10 e Corr.1 e 2). 2 Ibid., doravante denominado Projeto de Responsabilidade Internacional do Estado.

12. Artigo 62.3 da Convenção, já citado.

13. Artigo 4 do Projeto de Responsabilidade Internacional do Estado: *“Comportamento dos órgãos do Estado. 1. Se considerará fato do Estado segundo o Direito Internacional o comportamento de todo órgão do Estado, já seja que exerça funções legislativas executivas, judiciais ou de outra índole, qualquer que seja sua posição na organização do Estado e tanto se pertence ao governo central como a uma divisão territorial do Estado. 2. Se entenderá que órgão inclui toda pessoa ou entidade que tenha essa condição segundo o direito interno do Estado.”*

14. Artigos do Projeto sobre Responsabilidade Internacional do Estado: 1: *“Responsabilidade do Estado por seus atos internacionalmente ilícitos. Todo ato internacionalmente ilícito do Estado gera sua responsabilidade internacional”*; 2: *“Elementos do ato internacionalmente ilícito do Estado. Há um ato internacionalmente ilícito do Estado quando um comportamento consistente em uma ação ou omissão: a) É atribuível ao Estado segundo o Direito Internacional; e b) Constitui uma violação de uma obrigação internacional do Estado*; 3: *“Qualificação do ato do Estado como internacionalmente ilícito. A qualificação do ato do Estado como internacionalmente ilícito é regido pelo Direito Internacional. Esta qualificação não é impactada pela qualificação do mesmo ato como lícito pelo direito interno.”*

e papéis processuais, mas, que dessa forma, definitivamente e na prática, minimiza ou subordina todo o referente ao “*direito à vida*” perante os outros mencionados direitos. Nessa perspectiva de análise do caso pela qual se opta na Sentença tem um efeito prático muito relevante, já que conduz, em última instância, a privilegiar esses direitos acima do “*direito à vida*”.

## B. - Interpretação do artigo 4.1

Como foi afirmado e ao contrário da linha que segue a Sentença, o principal assunto apresentado nesta causa tem relação com determinar se o Estado, ao proferir a citada Decisão, incorreu em responsabilidade internacional por violar,<sup>15</sup> dessa forma, o artigo 4.1 da Convenção, que expressa:

*“Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente.”*

E visto que se trata da interpretação de uma norma da Convenção, isto é, de esclarecer a vontade dos Estados Partes da Convenção expressada nela, isso se deve fazer em conformidade com o disposto na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados, doravante denominada a Convenção de Viena, que contém tanto as normas convencionais como as consuetudinárias na matéria. Tendo em conta a importância que estas têm na presente causa, considero necessário reproduzi-las.

O artigo 31 desta Convenção dispõe:

*“Regra Geral de Interpretação*

1. Um tratado deve ser interpretado de boa fé segundo o sentido comum atribuível aos termos do tratado em seu contexto e à luz de seu objetivo e finalidade.

2. Para os fins de interpretação de um tratado, o contexto compreenderá, além do texto, seu preâmbulo e anexos:

a) qualquer acordo relativo ao tratado e feito entre todas as partes em conexão com a conclusão do tratado;

b) qualquer instrumento estabelecido por uma ou várias partes em conexão com a conclusão do tratado e aceito pelas outras partes como instrumento relativo ao tratado.

3. Serão levados em consideração, juntamente com o contexto:

a) qualquer acordo posterior entre as partes relativo à interpretação do tratado ou à aplicação de suas disposições;

b) qualquer prática seguida posteriormente na aplicação do tratado, pela qual se estabeleça o acordo das partes relativo à sua interpretação;

c) quaisquer regras pertinentes de Direito Internacional aplicáveis às relações entre as partes.

4. Um termo será entendido em sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes.”

Por sua vez, o artigo 32 da mesma Convenção estabelece:

*“Meios Suplementares de Interpretação*

*Pode-se recorrer a meios suplementares de interpretação, inclusive aos trabalhos preparatórios do tratado e às circunstâncias de sua conclusão, a fim de confirmar o sentido resultante da aplicação do artigo 31 ou de determinar o sentido quando a interpretação, de conformidade com o artigo 31:*

a) *deixa o sentido ambíguo ou obscuro; ou*

b) *conduz a um resultado que é manifestamente absurdo ou desarrazoado.”*

Então, para poder realizar a interpretação do mencionado artigo 4.1, parece necessário referir-se aos aspectos básicos que este caso apresenta, isto é, o Titular do direito; a proteção desse direito e a privação arbitrária do mesmo.

### 1.- Titular do direito

Visto o artigo 31.1 da Convenção de Viena, é evidente que o direito que consagra o citado artigo 4.1 consiste em que “*se respeite... (a) vida*” de seu titular. Esse é o “*objeto e fim*” desta norma, o que significa

15. Artigo 12 do Projeto de Responsabilidade Internacional do Estado: “*Existência de violação de uma obrigação internacional. Há uma violação de uma obrigação internacional por um Estado quando um ato deste Estado não está em conformidade com o que dele exige essa obrigação, seja qual for a origem ou a natureza dessa obrigação.*”



que ela foi estabelecida para que realmente alcançasse o que ela perseguia e não para que ficasse sem conteúdo.

Em consequência, o disposto pressupõe que o titular do direito consistente cuja vida deve se respeitar, preexiste como tal.

Além disso, é claro que esta norma estabelece que o titular desse direito é “*toda pessoa*”, ou seja, esse artigo não faz distinção alguma entre os titulares do mencionado direito. Isso se condiz plenamente, ademais, com o previsto previamente na Convenção em razão de que os direitos que os Estados partes da Convenção se comprometem a respeitar e garantir se referem

*“a toda pessoa que esteja sujeita a sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivos” de “qualquer... natureza”.*<sup>16</sup>

E em virtude da regra do “*sentido especial*” da interpretação dos tratados, contida no artigo 31.4 da Convenção de Viena, para a interpretação do termo “*pessoa*” deve-se ater ao previsto no artigo 1.2 da Convenção que prescreve:

*“Para os efeitos desta Convenção, pessoa é todo ser humano.”*

Como conclusão, e ainda que pareça óbvio, pode-se afirmar que o artigo 4.1 da Convenção constata ou consagra o direito de “*toda pessoa*” ou “*ser humano*”, sem distinção alguma e que, ademais, já existe, a que seja respeitada “*sua*” vida. Ou seja, toda a mencionada disposição, todas as suas frases, bem como, também, toda a Convenção, concernem somente à “*pessoa*” ou “*ser humano*”, isto é, exclusivamente a seus direitos e não a outros interesses ou entidades.

## 2.- Proteção legal do direito

O mencionado artigo 4.1 dispõe, em sua segunda frase que “*este direito* (ou seja, o de “*toda pessoa... de que se respeite sua vida*”) *deve ser protegido pela lei*”. Esta frase leva a interpretar três expressões. Uma, o que se entende por “*lei*”, outra, o que significa “*e, em geral*”, e a terceira relativa ao termo “*concepção*”.

### a.- “*Lei*”

Ao afirmar que prescrever que o citado direito “*estará protegido por lei*”, a Convenção impõe ao Estado a obrigação de ditar as normas jurídicas com tal propósito, obrigação que igualmente está contemplada, em termos mais gerais e amplos, no já citado artigo 2 da Convenção.<sup>17</sup>

Aliás, deve se entender que o termo “*lei*” é utilizado em seu sentido lato, ou seja, como norma jurídica, seja constitucional, legal ou regulamentar, proferida pelo órgão competente do Estado que, em termos gerais e obrigatórios, regulamenta uma conduta ou atividade de todos os seus habitantes.<sup>18</sup>

Também haveria de se ter presente que a circunstância de que o citado artigo 4.1 disponha que o direito de “*toda pessoa... de que se respeite sua vida*” deve estar “*protegido pela lei*”, não significa a conformidade ou desconformidade desta última com o Direito Internacional e, em particular, com a Convenção, ou seja, que sua licitude ou ilicitude internacional não possa ser determinada pela Corte.

Como comentário relativo especificamente ao caso dos autos, é importante destacar que o artigo 21 da Constituição Política do Estado de 1949, já estabelecia que “*a vida humana é inviolável*” e que a Decisão que motiva esta causa expressamente conclui que “*o regulamento questionado* (Decreto Executivo n° 24029-S de 3 de fevereiro de 1995, emitido pelo Ministério de Saúde) *é inconstitucional por infração ao artigo 21 da Constituição Política e 4 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos*”,<sup>19</sup> de modo que poderia se entender que dessa forma o Estado estava dando cumprimento ao afirmado no artigo 4.1 de proteger por lei o direito de “*toda pessoa ... de que se respeite sua vida*”.

16. Artigo 1.1 da Convenção: “*Os Estados Partes nesta Convenção comprometem-se a respeitar os direitos e liberdades nela reconhecidos e a garantir seu livre e pleno exercício a toda pessoa que esteja sujeita à sua jurisdição, sem discriminação alguma por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, opiniões políticas ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, posição econômica, nascimento ou qualquer outra condição social.*”

17. Artigo 2 da Convenção: “*Dever de Adotar Disposições de Direito Interno. Se o exercício dos direitos e liberdades mencionados no artigo 1 ainda não estiver garantido por disposições legislativas ou de outra natureza, os Estados Partes comprometem-se a adotar, de acordo com as suas normas constitucionais e com as disposições desta Convenção, as medidas legislativas ou de outra natureza que forem necessárias para tornar efetivos tais direitos e liberdades.*”

18. A Expressão “*Leis*” no Artigo 30 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos. Parecer Consultivo OC-6/86 de 9 de maio de 1986. Série A N° 6.

19. Par. 76.

## b.- “E, em geral”

Em relação ao sentido e alcance das palavras “e, em geral” que utiliza o mencionado artigo 4.1, haveria de se ter presente, neste momento, que a Convenção não dá a este termo um “sentido especial”, de modo que teria de recorrer ao “sentido comum dos mesmos”.<sup>20</sup>

Entre as definições que compreende o sentido comum da palavra “geral”, que são as mesmas na época da assinatura da Convenção e ainda hoje, verificam-se as de “comum, frequente, usual” e “comum a todos os indivíduos que constituem um todo, ou a muitos objetos, ainda que sejam de natureza diferente” e entre os significados dos termos “em geral” estão os de “em comum, geralmente” e “sem especificar nem individualizar coisa alguma.”

Para melhor compreensão desses termos, talvez possa ser útil evocar seus antônimos, tal como eram entendidos na época da Convenção<sup>21</sup> e são entendidos na atualidade, ou seja, os termos “particular”, que significa “próprio e privativo de algo, ou que lhe pertence com singularidade”, “especial, extraordinário, ou poucas vezes visto em sua linha”, “singular ou individual, como contraposto a universal ou geral”, “singular”, cujas definições são “só (único em sua espécie)”, “extraordinário, raro ou excelente”; e “inusual”, que implica “não usual, infrequente”.

Além disso, tendo presente a regra do “contexto dos termos”,<sup>22</sup> haveria de acrescentar que, em vista de que as expressões “e, em geral” que emprega a disposição que se comenta, vinculam-se à obrigação de “proteger por lei” o direito de “toda pessoa... de que respeite sua vida”, o que esta norma dispõe é que isso deve ser “a partir da concepção” da “pessoa” em questão.

Por sua vez e segundo a regra de interpretação do “objeto e fim” da Convenção, que é o respeito dos direitos humanos e garantir seu livre e pleno exercício<sup>23</sup>, e do próprio artigo 4.1 da mesma, que é o respeito à vida, as referidas palavras “e, em geral” devem ser entendidas em tal perspectiva, ou seja, com “efeito útil” a tal propósito, de modo que efetivamente contribuam ao objeto e fim geral perseguido e não constituam uma exceção a isso nem, muito menos, em particular, uma negação do direito à vida.

A este respeito procede ter presente que na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos que aprovou a Convenção, três países propuseram, com o fim de que não fosse proibido o aborto, a eliminação, no artigo 4.1, da frase “e, em geral, a partir do momento da concepção”, proposta que, entretanto, foi rejeitada, ficando assim essa frase, por decisão adotada pela maioria dos Estados participantes na mencionada Conferência, incorporada na citada disposição.<sup>24</sup> Ou seja, evidentemente se quis ampliar ou não deixar espaço a dúvida alguma de que a proteção que por lei se deve dar ao direito de toda pessoa de que se respeite sua vida, deve valer mesmo quando se encontre como concebido ou não tenha nascido.

Em consequência, esta frase foi estabelecida para permitir que a proteção que por lei se deve dar ao direito de “toda pessoa... de que se respeite sua vida” “a partir da concepção”, o seja também para o ainda não nascido. Em outras palavras, essa proteção deve ser “comum” para o nascido e o que ainda não é, conseqüentemente, não procede fazer diferença, neste aspecto, entre eles, “ainda que sejam de natureza diferente”, em vista de que “constituem um todo”, em ambos há vida humana, há um ser humano, uma pessoa.

O bem jurídico protegido é, então e em última instância, o direito à vida de “toda pessoa” e é por isso que na Convenção se optou por não deixar margem de dúvida alguma a respeito de que o que se protege com o citado artigo 4.1 era fundamental nela, qualquer que fosse a etapa em que se encontrasse.

Nesse sentido, a expressão “em geral” indica uma referência à forma em que a lei pode proteger o ainda não nascido; evidentemente que poderia ser diferente à proteção que dê ao nascido.

Em resumo, a expressão “e, em geral” não alude a uma exceção, a uma exclusão, ao contrário, é inclusiva, faz aplicável a obrigação de proteger por lei o direito de toda pessoa de que se respeite sua vida desde a concepção.

20. Artigo 31.1 da Convenção de Viena.

21. *Idem*.

22. Artigo 32.1 da Convenção de Viena.

23. Artigo 1.1 da Convenção já citado.

24. Pars. 203 a 205.

## c.- “A concepção”

Assim mesmo e em razão do afirmado anteriormente, é indispensável para entender o previsto no mencionado artigo 4.1 precisar o sentido e alcance do termo “*concepção*” que aquele emprega, tendo em vista que a partir dela é que o Estado deve proteger por lei o direito “*a que se respeite (a) vida*”. Em outras palavras, resulta claro o sentido da norma a respeito de que esse direito existe “*a partir da concepção*.”

Dos autos e demais antecedentes se observa que, ao ser assinada a Convenção, não se determinou o que devia se entender por “*concepção*” e que isso tampouco foi feito depois. Por outro lado, a Convenção tampouco concedeu a essa palavra “*um sentido especial*”<sup>25</sup> e, em particular, não fez referência a como se entenderia segundo a ciência médica. Sem dúvida, a regra aplicável no caso é a do “*sentido comum*” deste termo<sup>26</sup> e, particularmente, ao existente no momento da assinatura da Convenção em 1969.

Segundo a versão de 1956 do Dicionário da Língua Espanhola da Real Academia Espanhola,<sup>27</sup> vigente à época, o termo “*concepção*” se entendia como a “*ação e efeito de conceber*”; o de “*conceber*” como “*ficar prenhe a fêmea*”; o de “*prenhe*” como “*diz-se da mulher e da fêmea de qualquer espécie, que concebeu e tem o feto ou a criatura no ventre*”; o de “*fazer prenhe*” como “*emprenhar*”; o de “*emprenhar*” como “*fazer conceber à fêmea*”; e o de “*fecundar*” como “*unir-se o elemento reprodutor masculino ao feminino para dar origem a um novo ser*”.

E quase contemporaneamente com a assinatura da Convenção, isto é, na versão de 1970 do mencionado Dicionário,<sup>28</sup> o termo “*fazer prenhe*” foi entendido como “*emprenhar, fecundar ou fazer conceber a mulher*”. Deve-se advertir que este significado é o mesmo na atualidade.<sup>29</sup>

O anterior significava, então, que se entendia e ainda se entende que o ser, no caso, o humano, origina-se ao “*unir-se o elemento reprodutor masculino ao feminino*” e, quando isso acontece entende-se que essa “*criatura*” se encontra no “*ventre*” da mulher. Daí, pois, que se entendiam os termos *fecundar ou fazer conceber a mulher*” como sinônimos.

De maneira, então, que o termo “*concepção*” utilizado pelo artigo 4.1 da Convenção juridicamente deveria ser interpretado, além de qualquer outra consideração, como a fecundação do óvulo pelo espermatozoide. Isso foi o que se concordou em 1969, e não o contrário, ao ser assinada a Convenção e esse ainda é o sentido jurídico de tal termo, inclusive para parte muito importante, por não dizer majoritária,<sup>30</sup> da ciência médica que assim também o considera.<sup>31</sup> Com isto não se está argumentando que o que expresse a ciência médica não deva ser tido em consideração, mas que isso deve ser feito na medida em que o Direito o incorpore em seu acervo.

Deve-se considerar também a este respeito que, segundo deve se entender das regras de interpretação dos tratados, não existem outros acordos ou tratados entre os Estados Partes da Convenção que consagrem um conceito diferente ao expressado.<sup>32</sup> Tampouco outros acordos ou a prática seguida pelos mesmos na aplicação da Convenção indicam uma modificação desse conceito.<sup>33</sup> Por outro lado, não há norma consuetudinária diferente à interpretação dada que lhes seja aplicável. E, finalmente, não se pode argumentar a existência de um princípio geral de direito, originado pelas legislações internas desses Estados, que consagre um significado diferente ao referido.<sup>34</sup>

Por outro lado, é evidente e lógico que a “*concepção*” a que se refere o artigo 4.1 é a de “*toda pessoa*” cujo direito à vida deve ser protegido por lei.

E isso está em plena concordância com o “*contexto dos termos*”,<sup>35</sup> já que tudo o que ele dispõe, e também

25. Artigo 31.4 da Convenção de Viena.

26. *Idem*.

27. 18ª edição.

28. 19ª edição.

29. 22ª edição.

30. Notas 266 a 284 da Sentença.

31. Pars. 79 e ss.

32. Artigo 31.2 da Convenção.

33. Artigo 31.3, a) e b) da Convenção de Viena.

34. Artigo 31.3, c) da Convenção de Viena.

35. Artigo 31.3 da Convenção de Viena.

toda a Convenção,<sup>36</sup> referem-se a esse sujeito e não ao de alguma entidade, objeto ou realidade diferente.

Em consequência, se a mencionada disposição houvesse querido estabelecer ou fazer extensiva a proteção que por lei se deve proporcionar ao direito de toda pessoa de que se respeite sua vida, a uma entidade, objeto ou realidade diferente ao da pessoa, assim o haveria disposto direta e claramente, ou bem, teria utilizado uma frase, inciso ou artigo diferente no mencionado 4.1 ou, inclusive, o teria consagrado em um tratado diferente. Porém, não aconteceu assim. Todo o indicado pela disposição em análise bem como por toda a Convenção, concerne, então, única e exclusivamente à “*pessoa*”, ao “*ser humano*”.

Em síntese, para a Convenção, a vida de uma pessoa existe desde o momento em que ela é concebida ou, o que é o mesmo, que se é “*pessoa*” ou “*ser humano*” desde o “*momento da concepção*”, o que ocorre com a fecundação do óvulo pelo espermatozoide. Então, a partir deste último se tem, segundo esta, o “*direito... de que se respeite (a) vida*” de “*toda pessoa*” e, conseqüentemente, existe a obrigação de que se proteja esse direito.

Uma interpretação diferente à exposta certamente deixaria sem seu sentido natural e óbvio as expressões “*a partir da concepção*” que emprega o mencionado artigo 4.1 e em especial, não designaria sujeito a esta última, e é óbvio que se trata da “*concepção*” de “*toda pessoa*”.

#### d.- Privação arbitrária do direito.

Finalmente, ao estabelecer que ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente, a disposição em análise está implicitamente afirmando que o direito de “*toda pessoa... de que se respeite sua vida*”, não é absoluto, pois admite uma restrição, sempre que ela não seja arbitrária, ou seja, em conformidade com o que se entendia por arbitrariedade na data da Convenção e ao que se entende ainda hoje, ou seja, que não seja um “*ato ou proceder contrário à justiça, à razão ou às leis, ditado somente pela vontade ou capricho*”.<sup>37</sup>

Como se deduz dos autos, esta faceta, na verdade, não esteve em discussão neste processo.

### C.- A jurisprudência da Corte

Foi a jurisprudência da Corte a que, de maneira constante e uniforme precisou a natureza do direito de “*toda pessoa... de que se respeite sua vida*”. O manifestou nos seguintes termos:

*“O direito à vida é um direito humano fundamental, cujo gozo é um pré-requisito para o desfrute de todos os demais direitos humanos. Ao não ser respeitado, todos os direitos carecem de sentido. Em razão do caráter fundamental do direito à vida, não são admissíveis enfoques restritivos do mesmo”*,<sup>38</sup>

e que

*“os Estados têm a obrigação de garantir a criação das condições que se requeiram para que não se produzam violações desse direito inalienável.”*<sup>39</sup>

Esta tem sido a jurisprudência constante e uniforme da Corte sobre o particular. Expressou-se em mais de 12 casos.<sup>40</sup> Inclusive, no ano em curso foi reiterada em duas ocasiões.<sup>41</sup>

Então, em razão da grande importância que a jurisprudência da Corte reconheceu ao direito à vida previsto no artigo 4.1 da Convenção é que, conseqüentemente, a este se aplica com maior ênfase, por uma parte, o princípio orientador do Direito dos Tratados, que é o da “*boa fé*”,<sup>42</sup> que requer supor que o acordado o foi para que efetivamente tivesse aplicação, e por outro lado, o princípio *pro homine ou pro persona*, contemplado

36. Artigo 1.1 da Convenção, já citado.

37. 18ª e 22ª edições.

38. *Caso das “Crianças de Rua” (Villagrán Morales e Outros)*, Sentença de 19 de novembro de 1999, Série C N° 63, par. 144.

39. *Caso Família Barrios Vs. Venezuela*. Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 24 de novembro de 2011. Série C N° 237, par. 48.

40. *Caso Myrna Mack Chang*, Sentença de 25 de novembro de 2003, Série C N° 101, par. 152; *Caso Juan Humberto Sánchez*, Sentença de 7 de junho de 2003, Série C N° 99, par. 110; *Caso 19 Comerciantes*, Sentença de 5 de julho de 2004, Série C N° 109, pars. 152 e 153; *Caso do Massacre de Pueblo Bello*, Sentença de 31 de janeiro de 2006, Série C N° 140; *Caso da Comunidade Indígena Sawhoyamaxa*, Sentença de 29 de março de 2006, Série C N° 146, par. 150; *Caso Baldeón García*, Sentença de 6 de abril de 2006, Série C N° 147, par. 82; *Caso dos Massacres de Ituango*, Sentença de 1º de julho de 2006, Série C N° 148, par. 128; *Caso Ximenes Lopes*, Sentença de 4 de julho de 2006, Série C N° 149, par. 124; *Caso Montero Aranguren e outros (Retém de Catia)*, Sentença de 5 de julho de 2006, Série C N° 150, par. 63; *Caso Albán Cornejo e outros*, Sentença de 22 de novembro de 2007, Série C N° 171, par. 117.

41. *Castillo González e Outros Vs. Venezuela e Caso dos Massacres de El Mozote e Lugares Vizinhos Vs. El Salvador*, ambas as sentenças de outubro de 2012.

42. Artigo 31.1 da Convenção de Viena.

na Convenção,<sup>43</sup> em virtude do qual as normas sobre direitos humanos devem ser interpretadas nos termos mais favoráveis para seus titulares.

Por outro lado, em dois casos, a jurisprudência em análise considerou os não nascidos como “filhos”<sup>44</sup> e “bebê”.<sup>45</sup>

A este respeito e em relação à observação especificamente referida ao caso em análise, chama-se a atenção sobre o fato de que no ano anterior à Decisão do Estado de 15 de março de 2000, ou seja, no ano de 1999, já se havia proferido a importante sentença no caso das “*Crianças de Rua*”, que deu origem à reproduzida jurisprudência,<sup>46</sup> de forma que, ao se proferir aquela, sustentando-se expressamente no disposto no artigo 4.1 da Convenção,<sup>47</sup> deveria se entender que isso se fez em consideração precisamente à interpretação dada nesta decisão. Em outras palavras, é de assumir que a Decisão em questão fez o que hoje se denomina “*controle de convencionalidade*”<sup>48</sup> e procurou se ajustar a isso.

## II.- A INFLEXÃO JURISPRUDENCIAL

Com a Sentença se produz uma notável mudança ou ruptura com a recém-indicada jurisprudência e isso em três sentidos. Um, em relação a limitar o alcance do que até agora ela havia afirmado, o outro em relação à aplicação do artigo 4.1 em relação ao presente caso e o terceiro em relação às interrogações que não resolve ou responde.

### A.- Limitação do alcance da jurisprudência

Efetivamente, a Sentença parece restringir o que, até agora, nesta matéria, vinha, de maneira constante e uniforme, afirmando a jurisprudência da Corte. E assim, nesta oportunidade, omite a frase “*em razão (do)... caráter fundamental (do direito à vida)..., não são admissíveis enfoques restritivos do mesmo*”.

É verdade que isso aconteceu também em outros casos. Porém, nesta oportunidade, essa omissão adquire uma relevância muito singular levando em consideração que a reiteração dos demais conceitos são precedidos de dois comentários preliminares. O primeiro, afirmando que “*até agora, a jurisprudência da Corte não se pronunciou sobre as controvérsias que suscita o presente caso em relação ao direito à vida. Em casos de execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados e mortes imputáveis à falta de adoção de medidas por parte dos Estados, a Corte afirmou que o direito à vida é um direito humano fundamental, cujo gozo pleno é um pré-requisito para o desfrute de todos os demais direitos humanos*”.<sup>49</sup>

Com essas frases, a Sentença estaria insinuando que o afirmado até agora pela jurisprudência da Corte em relação ao direito à vida não teria aplicação, mas somente no tocante às “*execuções extrajudiciais, desaparecimentos forçados e mortes imputáveis à falta de adoção de medidas por parte dos Estados*” e, em consequência e em todo caso, não seria aplicável à presente causa, já que esta versaria sobre algo diferente. Desta forma, a Sentença estaria delimitando muito severamente o que, até agora, vinha sustentando a jurisprudência da Corte nesta matéria.

### B.- Inaplicabilidade do artigo 4.1 ao presente caso

E o que afirma agora a Sentença resulta funcional às afirmações que faz posteriormente em relação a que:

*“a “concepção” no sentido do artigo 4.1 ocorre a partir do momento em que o embrião se implanta no útero, razão pela qual antes deste evento não procederá a aplicação do artigo 4 da Convenção”*.<sup>50</sup>

43. Artigo 29 da Convenção: “*Normas de Interpretação. Nenhuma disposição desta Convenção pode ser interpretada no sentido de: a) permitir a qualquer dos Estados Partes, grupo ou pessoa, suprimir o gozo e exercício dos direitos e liberdades reconhecidos na Convenção ou limitá-los em maior medida do que a nela prevista; b) limitar o gozo e exercício de qualquer direito ou liberdade que possam ser reconhecidos de acordo com as leis de qualquer dos Estados Partes ou de acordo com outra convenção em que seja parte um dos referidos Estados; c) excluir outros direitos e garantias que são inerentes ao ser humano ou que decorrem da forma democrática representativa de governo, e d) excluir ou limitar o efeito que possam produzir a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza.*”

44. *Caso do Presídio Miguel Castro Castro Vs. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 25 de novembro de 2006, par. 292.

45. *Caso Irmãos Gómez Paquiyauri Vs. Peru*, Mérito, Reparações e Custas, Sentença de 8 de julho de 2004, par. 67, x).

46. *Caso das “Crianças de Rua (Villagrán Morales e Outros)*, Sentença de 19 de novembro de 1999, Série C N° 63, par. 144.

47. Par. 76.

48. *Cabrera García e Montiel Flores Vs. México*, Exceção Preliminar, Mérito, Reparações e Custas. Sentença de 26 de novembro de 2010. Série C N° 220, 26 de novembro de 2010, par. 225.

49. Par. 172.

50. Par. 264.

*“não é procedente conceder o status de pessoa ao embrião”;*<sup>51</sup> e

*“o embrião não pode ser entendido como pessoa para efeitos do artigo 4.1 da Convenção Americana”;*<sup>52</sup>

Como é evidente, a mudança jurisprudencial que essa Sentença significa é muito relevante.

Para fundamentá-la, na Sentença se recorre à interpretação dos termos “*concepção*” e “*em geral*”, por entender que “*para os propósitos da interpretação do artigo 4.1, a definição de pessoa está ancorada às menções que se fazem no tratado em relação à “concepção” e ao “ser humano”*”<sup>53</sup> e ao fazê-lo recorre à interpretação em conformidade com o sentido comum dos termos, à interpretação sistêmica e histórica e à interpretação evolutiva, métodos que se encontram previstos nos artigos 31 e 32 da Convenção de Viena.

#### 1.- Método do sentido comum dos termos

É este um dos aspectos no qual o presente voto dissente da Sentença, em análise de que esta procede com base em que o “*alcance*” dos termos “*concepção*” e “*ser humano*” que utiliza a Convenção, “*deve-se apreciar a partir da literatura científica*”.<sup>54</sup>

A Sentença não tem em consideração que, não havendo dado a Convenção a cada um desses termos “*um sentido especial*” e, que constasse “*que tal foi a intenção das partes*” da mesma<sup>55</sup> nem havendo tampouco feito remissão, para estes fins, à ciência médica, corresponde se ater ao “*sentido comum*” que se atribui a tais termos, que não é outro que o sentido natural e óbvio expressado no verbete do dicionário, o que, como já se indicou, entende por concepção a união do óvulo com o espermatozoide.

Não corresponde, pois, para apreciar ou entender o sentido e alcance dos referidos termos, recorrer à ciência médica, visto que não é o que esta última entenda como “*concepção*”, mas o que os Estados Partes da Convenção entenderam, por isso e que, reitera-se, expressa-se no sentido comum dessa palavra, expressada no dicionário, o que, ademais e como também já se afirmou, coincide com a postura que, sobre a matéria, tem parte muito relevante, talvez a majoritária,<sup>56</sup> da ciência médica.<sup>57</sup> O que esta expresse é válido na medida em que tenha sido incorporada no Direito ou este se remita a ela, o que, contudo, não acontece no presente caso.

Sobre o particular, é necessário adicionalmente chamar a atenção em relação a que a Sentença afirma que “*algumas*...” *que veem nos óvulos fecundados uma vida humana plena*” ... “*podem ser associados a opiniões que conferem certos atributos metafísicos aos embriões*”,.... “*opiniões*” que “*não podem justificar que se conceda prevalência a algum tipo de literatura científica no momento de interpretar o alcance do direito à vida consagrado na Convenção Americana, pois isso implicaria impor um tipo de crença específica a outras pessoas que não as compartilham*”.<sup>58</sup>

Tal afirmação é correta. Mas, não condiz com a posição que definitivamente assume a Sentença nesta matéria. Efetivamente, ao passo que reprova que a Decisão do Estado que motivou esta causa tenha optado “*por uma das posturas científicas sobre este tema para definir desde quando se considerava que começava a vida*” e que “... entendesse “*que a concepção seria o momento em que se fecunda o óvulo e assumiu que a partir desse momento existia uma pessoa titular do direito à vida*”<sup>59</sup> ela opta por outra das posturas, a saber, aquela que diferencia “*dois momentos complementares e essenciais no desenvolvimento embrionário: a fecundação e a implantação*” e que conseqüentemente sustenta que “*somente ao se cumprir o segundo momento se fecha o ciclo que permite entender que existe a concepção*”.<sup>60</sup>

Para argumentar o anterior, a Sentença recorre a duas razões. Uma, de ordem científica, isto é, “*que um embrião não tem nenhuma possibilidade de sobrevivência se a implantação não acontece*”<sup>61</sup> E a outra “*que, no momento de ser redigido o artigo 4 da Convenção Americana, o dicionário da Real Academia diferenciava*

51. Par. 223.

52. Artigo 264.

53. Par. 176.

54. *Idem*.

55. Artigo 31.4 da Convenção de Viena.

56. Notas 265 a 3284 da Sentença.

57. Pars. 182 a 184.

58. Par. 185.

59. Par. 177.

60. Par. 186.

61. Par. 187.

*entre o momento da fecundação e o momento da concepção, entendendo concepção como implantação*”, de modo que, *“ao se estabelecer o pertinente na Convenção Americana não foi feita menção ao momento da fecundação”*.<sup>62</sup>

Em relação ao primeiro argumento, vale considerar que, existindo várias posturas científicas tanto no tocante ao *“começo da vida”*<sup>63</sup> quanto ao conceito de *“concepção”*, como a mesma Sentença reconhece,<sup>64</sup> inclina-se porém, por uma, a de que a concepção se produz no momento em que o embrião se implanta no útero da mulher, sem analisar os argumentos das outras e, particularmente, daquela que considera que *“[a] vida humana inicia na fusão espermatozoide-óvulo, um ‘momento de concepção’ observável”*,<sup>65</sup> descartando-a simplesmente.

Então, essa posição da Sentença parece não ter correspondência com o que ela mesma afirma, por um lado, em relação a que *“o primeiro nascimento de um bebê produto da FIV ocorreu na Inglaterra em 1978” e que, “na América Latina, o nascimento do primeiro bebê produto da FIV e da transferência embrionária foi relatado em 1984 na Argentina”*,<sup>66</sup> e por outro lado, em relação a que *“a definição de “concepção” que tinham os redatores da Convenção Americana mudou”*, já que *“antes da FIV não se contemplava cientificamente a possibilidade de realizar fertilizações fora do corpo da mulher”*.

Efetivamente, dessas afirmações se observa que não era, então, na época em que se assinou a Convenção, ou seja, em 1969, possível saber que *“concepção” e “fecundação”* eram dois fenômenos distintos, absolutamente diferenciáveis. E daí, portanto, que não é compartilhável a asseveração de que *“a definição de “concepção” que tinham os redatores da Convenção Americana mudou”*. Pode ser para alguns cientistas em medicina, mas a definição dos redatores a esse respeito continua se mantendo no direito aplicável.

E com isso procedo a abordar a segunda razão invocada na Sentença como fundamento de sua posição, a qual afirma que o dicionário da época, 1969, *“diferenciava entre o momento da fecundação e o momento da concepção, entendendo concepção como implantação.”* Já foi afirmado (*infra...*) que isso, a rigor, não é assim. Na edição de 1959 do Dicionário não é evidente que os termos *“conceber” e “fecundar”* fossem considerados antagônicos, distintos. Mas, além disso, não há que esquecer que na edição de 1970 do Dicionário, isto é, a do ano imediatamente posterior ao da assinatura da Convenção, e até a edição vigente do mesmo, enquanto o termo *“conceber”* é entendido como *“ficar prenhe a fêmea”* e o termo *“fazer prenhe”* o é como *“emprenhar, fecundar ou fazer conceber”*.

Finalmente, e sempre no âmbito do emprego pela Sentença do método do sentido comum dos termos, ela afirma que *“a interpretação literal afirma que [a] expressão “em geral” está relacionada com a previsão de possíveis exceções a uma regra particular”*,<sup>67</sup> concluindo que *“a expressão “em geral” permite inferir exceções a uma regra”*.<sup>68</sup>

Entretanto, já foi afirmado neste escrito (*infra...*) o que o Dicionário entende por *“em geral”*, o que não tem relação alguma com excepcionalidade ou exceções. Se na Convenção houvessem querido estabelecer uma exceção, em lugar de afirmar *“e, em geral a partir da concepção”*, haveriam disposto, por exemplo, *“e, excepcionalmente a partir da concepção”*, o que não foi feito, precisamente para afirmar que, em todo caso e em qualquer evento ou circunstância, e talvez de uma maneira um tanto distinta, a proteção que a lei deve dar ao direito de *“toda pessoa... de que se respeite sua vida”*, *se fará a partir da concepção dessa pessoa*.

## 2.- Interpretação sistemática e histórica

A Sentença se refere, ademais, à interpretação sistemática e histórica, invocando o artigo 31 da Convenção de Viena, muito particularmente seu inciso terceiro, a fim de que não somente sejam levados *“em consideração os acordos e instrumentos formalmente relacionados com este (inciso segundo do artigo 31 da Convenção de Viena), mas também o sistema dentro do qual se inscreve (inciso terceiro do artigo 31)”*, isto é, o *Direito Internacional dos Direitos Humanos*.<sup>69</sup> E igualmente e no mesmo parágrafo, afirma que

62. Par. 187.

63. Par.177.

64. Pars. 180 a 185.

65. Par. 182.

66. Par.66.

67. Par. 188.

68. Par. 189.

69. Par. 191.

empregará os meios complementares previstos no artigo 32 da Convenção de Viena “*para a determinação da interpretação dos termos do artigo 4.1 da Convenção Americana o disposto no artigo 31.4 da Convenção de Viena, segundo o qual se dará a um termo um sentido especial se estiver estabelecido que essa era a intenção das partes*”.<sup>70</sup>

a.- Regra do sentido especial dos termos

Sob uma perspectiva metodológica, não se pode compartilhar o recém-indicado, já que a referência que formula ao artigo 31.4 da Convenção de Viena é feita fora de seu próprio entorno. Efetivamente, essa norma se insere como a final, ou última, das normas que formam o que se conhece como a *regra geral de interpretação*, constituindo dentro desta a *regra do sentido especial dos termos*, que é exceção à do *sentido comum dos mesmos*. De modo, pois, que não faz parte das normas que integram os *meios complementares* previstos no artigo seguinte ao mencionado, isto é, o artigo 32 da Convenção de Viena.

Dito em outras palavras, de acordo com o disposto no citado artigo 31.4, “*a intenção das partes*” sobre o “*sentido especial*” de um termo deve constar em alguns dos acordos, instrumentos ou práticas a que o artigo 31 alude em seus incisos 2 e 3, e que se distinguem por estarem intimamente vinculados ao tratado correspondente ou por dar consideração de um acordo sobre a interpretação do mesmo, ou em uma norma de Direito Internacional aplicável nas relações entre tais Estados Partes.

b.- Regra do contexto e do desenvolvimento progressivo ou evolutivo

Então, em razão de que o Estado os invocou, a Sentença alude à Declaração Universal dos Direitos Humanos,<sup>71</sup> ao Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos,<sup>72</sup> à Convenção sobre a Eliminação de todas as formas de Discriminação Contra a Mulher<sup>73</sup> e à Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>74</sup> e ao que se dispõe nos Sistemas Universal,<sup>75</sup> Europeu<sup>76</sup> e Africano dos Direitos Humanos,<sup>77</sup> bem como ao que se afirma na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos<sup>78</sup> e de sete tribunais constitucionais nacionais.<sup>79</sup> E o faz no contexto da interpretação sistemática e histórica, ainda que a respeito de alguns o deveria fazer no da *regra do contexto*, prevista no artigo 31.2 da Convenção de Viena e, quanto a outros, na regra do *desenvolvimento progressivo do direito*, contemplada no artigo 31.3 da mesma.

Entretanto, tais acordos e instrumentos não revestem as características para serem considerados como instrumentos ou acordos celebrados por motivo ou em relação à Convenção e, portanto, que possam ser levados em consideração para a interpretação desta. Tampouco fazem, a rigor, referência à prática ulteriormente seguida pelos Estados Partes da Convenção na aplicação desta pela qual conste o acordo deles sobre sua interpretação. E no tocante às normas de Direito Internacional aplicáveis nas relações entre os Estados Partes, é evidente que elas não são “*pertinentes*” ao caso, tal como afirma o artigo 31.4 da Convenção de Viena.

Além disso, deve-se afirmar que o estipulado em alusões aos tratados, no disposto nas mencionadas decisões dos tribunais internacionais e europeus e no estabelecido nas citadas normas de direito interno dos Estados Partes da Convenção, citados para interpretar esta última, não podem ser considerados como expressão seja de norma consuetudinária, seja de princípio geral de direito. Não são costume internacional, pois não constituem precedentes, isto é, atos repetidos de forma constante e uniforme com a convicção de atuar conforme o direito, e tampouco são princípios gerais de direito, já que não se inferem ou deduzem logicamente da própria estrutura jurídica internacional ou não são suficientes para que sejam considerados como comuns à grande maioria dos Estados Partes da Convenção.

Porém, o que resulta mais significativo ainda é que tais acordos e instrumentos não são precedentes neste caso não somente porque alguns deles não vinculam os Estados Partes da Convenção, mas também

70. Par. 193.

71. Par. 224.

72. Par. 225.

73. Pars. 227 e 228.

74. Pars. 229 a 233.

75. Par. 226.

76. Par. 234.

77. Par. 243.

78. Pars. 236 a 242.

79. Pars. 252, 261 e 262.



porque o único que demonstram ou, ao contrário, observa-se deles, com uma grande nitidez inclusive, é que não contemplam a situação do ainda não nascido ou concebido precisamente para permitir ou não proibir o aborto.<sup>80</sup>

c.- Regra sobre prevalência de lei especial sobre lei geral

E é talvez pelo mesmo motivo que nenhum deles contém uma disposição como o artigo 4.1 da Convenção, o que, portanto, constitui uma peculiaridade do Sistema Interamericano de Direitos Humanos, circunstância que, entretanto, a Sentença não considera ao interpretá-los. Ela, conseqüentemente, omite uma regra de interpretação do Direito em geral e não somente do Direito Internacional, incluído o Direito dos Tratados, a saber, “*lei especial prevalece sobre lei geral*”.

De fato, esta norma convencional faz parte do conjunto de normas internacionais que, ainda que não possam ser qualificadas como Direito Internacional Americano, regional, especial ou particular, são, contudo, particulares ou especiais aos Estados Partes da Convenção. Portanto, tal norma não pode ser interpretada de acordo com as normas do Direito Internacional geral ou de outros Sistemas de Direitos Humanos que não a contemplem, fazendo, desse modo, que estas prevaleçam sobre aquela ou que, em última instância e na prática, a modifiquem.

d.- Incapacidade

Tendo em conta todo o afirmado precedentemente, não se compartilha a conclusão a que chega a Sentença sobre a interpretação sistemática da Convenção e da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, quando afirma que “*não é factível argumentar que um embrião seja titular e exerça os direitos consagrados em cada um*” dos artigos desses textos, visto que esquece o que implicam os conceitos de incapacidade absoluta e relativa das pessoas contempladas nos distintos ordenamentos jurídicos e que impedem ou limitam o gozo de seus direitos, sem que por isso deixem de ser pessoas.

Contudo, menos ainda se pode coincidir com o expressado na Sentença em relação a que:

*“tendo em consideração o já afirmado no sentido que a concepção somente ocorre dentro do corpo da mulher (infra...), pode-se concluir em relação ao artigo 4.1 da Convenção que o objeto direto de proteção é fundamentalmente a mulher grávida, em vista de que a proteção do não nascido se realiza fundamentalmente através da proteção da mulher...”*<sup>81</sup>

E não se pode coincidir com o afirmado neste parágrafo já que, ao mesmo tempo, entende a concepção como um fenômeno que “*somente ocorre dentro do corpo da mulher*”, o que é correto, mas que, ao fazer referência a outro parágrafo, sustenta isso com base em que “*a concepção ou gestação é um evento da mulher, não do embrião*”, o que conduziria a considerá-lo como um assunto que corresponderia unicamente à mulher grávida.

Não se pode compartilhar o sustentado neste parágrafo pois, em segundo lugar, se houvesse querido afirmar que a proteção do direito do não nascido “*de que se respeite sua vida*” seria realizada através da proteção da mulher grávida, assim expressamente haveria sido disposto, o que não ocorre.

Em terceiro lugar, não se coincide com o afirmado na Sentença, já que o artigo 4.1 da Convenção, tal como está redigido, é suficiente para proteger a mulher grávida e, conseqüentemente, o não nascido, proteção que ademais se expressa no prescrito no artigo 4.5 da Convenção, concernente à proibição de aplicar a pena de morte às mulheres em estado de gravidez, no Protocolo de San Salvador e na Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem, citados aquele e esta pela própria Sentença,<sup>82</sup> instrumentos todos dos quais se observa que a mulher grávida é sujeito de direitos humanos e não objeto ou instrumento dos mesmos.

Em síntese, discorda-se do afirmado no parágrafo transcrito, pois ele conduz a considerar que o concebido ou não nascido e não somente o embrião até antes de sua implantação, não tem, *per se*, o direito “*de que se respeite sua vida*”, mas que isso dependeria não apenas de que se respeite esse direito da mulher grávida, mas também que esta queira respeitar o que corresponderia a este, eventualidade esta que se afasta em demasia da letra e espírito do artigo 4.1 da Convenção e que, como é evidente, relacionam-se a temas como o do regime jurídico do aborto.

80. Pars. 226, 227, 235, 236, 237 e 249.

81. Par. 222.

82. *Idem*.

### 3.- Método de Interpretação evolutiva

A Sentença recorre também, para interpretar o mencionado artigo 4.1 da Convenção, ao método de interpretação evolutiva dos tratados, com base em que “os tratados de direitos humanos são instrumentos vivos, cuja interpretação tem de acompanhar a evolução dos tempos e das condições de vida atuais” e que esta interpretação “é consequente com as regras gerais de interpretação estabelecidas no artigo 29 da Convenção Americana, bem como na Convenção de Viena sobre o Direito dos Tratados.”<sup>83</sup>

E efetivamente é assim. O artigo 29 da Convenção<sup>84</sup> dispõe que nenhuma norma da Convenção pode ser interpretada suprimindo, excluindo ou limitando, este último além do que seja permitido por ela, seja o gozo dos direitos previstos nela ou em leis dos Estados Partes estabelecidos ou que sejam inerentes ao ser humano ou derivem da forma democrática representativa de governo, seja os efeitos da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem e outros atos internacionais da mesma natureza. Por sua vez, o artigo 31.3 da Convenção de Viena contempla a interpretação evolutiva dos tratados, centrando-a em todo acordo ou prática ulterior dos Estados Partes do tratado pertinente sobre a interpretação do mesmo ou em que conste o acordo entre eles sobre o particular e em toda norma pertinente do Direito Internacional aplicável nas relações entre as partes.

No entanto, os antecedentes que a Sentença apresenta sobre o particular não reúnem as condições estabelecidas no citado artigo 29, tendo em consideração que, definitivamente, eles não apontam senão a limitar a tal ponto o prescrito no artigo 4.1 da Convenção que o fazem inaplicável ao caso e, assim mesmo, o despojam de conteúdo ou efeito útil no que se refere à frase “e, em geral, a partir da concepção”.

E no concernente ao mencionado artigo 31.3, enquanto alguns antecedentes mencionados para determinar o *status* do embrião são jurisprudenciais de outros sistemas normativos e, portanto, não têm relação com acordos ou práticas dos Estados Partes da Convenção nem com normas de Direito Internacional que lhe sejam aplicáveis, outros, os pertinentes a legislações de Estados Partes da Convenção, são, como se verá mais adiante (supra ...), insuficientes e, de todo modo, eles simplesmente demonstram que em 11 dos 24 Estados Partes da Convenção se pratica a reprodução assistida, uma de cujas técnicas é a Fertilização in Vitro; que três desses a países proíbem “para fins diferentes da procriação humana”, que um destes “proíbe o congelamento de embriões para transferência diferida de embriões”, que outro deles “proíbe a utilização de procedimentos que apontem a uma redução embrionária”, que o mesmo Estado estabelece que “o número ideal de óvulos e pré-embriões a serem transferidos não pode ser superior a quatro, para não aumentar os riscos de multiparidade” e proíbe “a comercialização do material biológico, em razão de que esta prática implica um crime”, e que este Estado e outro permitem “a criopreservação de pré-embriões, espermatozoides e óvulos.”<sup>85</sup>

De maneira que, em consequência, não é consistente a conclusão a que chega a Sentença em relação a que “isso significa que, no contexto da prática da maioria dos Estados Parte na Convenção, foi interpretado que a Convenção permite a prática da FIV”.<sup>86</sup> E isso porque não somente não se dá essa maioria, mas também porque não consta nos autos antecedente algum que demonstre que os 11 Estados Partes da Convenção que permitem a reprodução assistida, o fizeram em aplicação ou consideração do previsto no artigo 4.1 da Convenção.

### 4.- O princípio de interpretação mais favorável e o objeto e fim do tratado

Finalmente, a Sentença acode à *regra do objeto e fim do tratado* a fim de demonstrar que o direito à vida desde a concepção não é absoluto. A esse respeito afirma que “o objeto e fim do artigo 4.1 é que não se entenda o direito à vida como um direito absoluto, cuja alegada proteção possa justificar a negação total de outros direitos.”<sup>87</sup>

Não se pode estar mais em desacordo com esta avaliação já que o objeto e fim do artigo 4.1., em conformidade com o princípio da boa fé, os termos do tratado e no seu contexto, não pode ser outro que efetivamente a lei proteja o direito de “toda pessoa... de que se respeite sua vida e, em geral, a partir da concepção”, ou seja, que efetivamente se proteja esse direito de toda pessoa, incluído, portanto, o do concebido ou ainda não nascido.

83. Par. 245.

84. Já citado.

85. Par. 255.

86. Par. 256.

87. Par. 258.

A este respeito, a Sentença incorre, por outro lado, em uma contradição, a saber: que enquanto antes afirmou que o artigo 4.1 da Convenção não era aplicável neste caso, nesta oportunidade, no entanto, o invoca para argumentar que entre os direitos e interesses em conflito deve existir “*um adequado equilíbrio*”<sup>88</sup> Não se percebe como pode se dar tal equilíbrio se foi afirmado que “*o embrião não pode ser entendido como pessoa para os propósitos do artigo 4.1 da Convenção Americana*”,<sup>89</sup> isto é, não teria direito “*a que se proteja sua vida*”, de modo que não haveria direitos que equilibrar, harmonizar ou compatibilizar.

Finalmente, a Sentença, para fundamentar o que expressa, invoca, uma vez mais, sentenças seja do todo distantes aos Estados Partes da Convenção, seja de unicamente três destes, de fato em consequência, insuficientes para estabelecer uma conclusão como à que chega.

### C.- Interrogações sem resolver

A Sentença expressa que, em atenção a que o “*direito absoluto à vida do embrião*” como base para a restrição de (outros) direitos..., não tem fundamento na Convenção Americana”, “*não é necessária uma análise detalhada de cada um destes requisitos*” requeridos para que um direito possa ser restringido, isto é, que as “*ingerências não sejam abusivas ou arbitrarias*”, que estejam “*previstas em lei no sentido formal e material*”, que persigam “*um fim legítimo*” e que cumpram “*os requisitos de idoneidade, necessidade e proporcionalidade*”.<sup>90</sup>

Entretanto, procede, apesar de tudo, essa análise, para “*expor a forma em que o sacrifício dos direitos envolvidos no presente caso foi desmedido em relação às vantagens que se pretendiam com a proteção do embrião*”<sup>91</sup> e com isso incorre, como se expressou, em uma contradição, tendo em consideração que confronta esse sacrifício, não com a aplicação de um direito, que neste caso e segundo a Sentença, reitera-se, não se aplica e que, de havê-lo sido, implicaria uma harmonização entre os direitos em jogo, mas com a proibição de empregar a técnica da Fertilização in Vitro.

Obviamente, em tal comparação o resultado não pode ser outro que o que afirma a Sentença<sup>92</sup> e isso, em relação a que, reitera-se, não confrontam dois direitos, mas alguns com uma técnica.

Porém, ainda nesse caso e em relação à referida técnica, a Sentença não pode observar dos antecedentes senão conclusões muito parciais. Efetivamente, já se afirmou que não é na maioria dos Estados Partes da Convenção, mas unicamente em 11 dos 24, que se pratica a reprodução assistida, da qual uma das técnicas é a Fertilização in Vitro e que alguns deles proíbem certos procedimentos vinculados a esta.

Então, o que se deduz destes dados não é “*que a Convenção permite a prática da FIV*”,<sup>93</sup> mas que a maioria dos Estados Partes desta não expressaram nada a esse respeito, provavelmente em razão de que entenderam que tal técnica não foi, *per se*, regulamentada pelo Direito Internacional e, por essa mesma razão e em vista de, ademais, que a Sentença desvincula o disposto no artigo 4.1 da Convenção da situação do embrião, ao menos até o momento de sua implantação no útero da mulher, ela faria parte de sua jurisdição interna, doméstica ou exclusiva.<sup>94</sup>

Não de outra maneira se explica que alguns Estados Partes da Convenção proíbam certas técnicas de Fecundação Assistida muito similares às que a Sala Constitucional da Corte Suprema do Estado teve em consideração ao proferir sua Decisão que deu origem a esta causa, entretanto, eventualmente, poderiam ser percebidas como atentatórias a alguns dos direitos pelos quais a Sentença declara que o Estado violou a Convenção.

Efetivamente, os referidos reparos que a mencionada Sala fez ao Decreto que declarou inconstitucional e contrário ao artigo 4.1 da Convenção definitivamente foram que o embrião “*não pode ser tratado como objeto, para fins de pesquisa, ser submetido a processos de seleção, conservado em congelamento, e o que*

88. Par. 260.

89. Artigo 264.

90. Par. 273.

91. Par. 273.

92. Pars. 277 e ss.

93. Par. 256.

94. Conceito desenvolvido pela Corte Permanente de Justiça Internacional em seu parecer consultivo sobre os *Decretos de Nacionalidade promulgados na Tunísia e Marrocos* (7 de fevereiro de 1923), no qual argumentou que o termo de jurisdição doméstica indicava as matérias que ainda e quando podendo chegar muito perto de interesses de mais de um só Estado, não eram em princípio regulamentadas pelo Direito Internacional, ou seja, as matérias nas quais cada Estado é único soberano de suas decisões.

*é fundamental para a Sala, não é legítimo constitucionalmente que seja exposto a um risco desproporcional de morte*”,<sup>95</sup> razões também esboçadas por três dos Estados Partes da Convenção ao proibir a Fecundação Assistida “*para fins diferentes da procriação humana*”, por um deles ao fazê-lo em relação “*à comercialização do material biológico*” e por outro deles ao decretá-lo em relação “*ao congelamento de embriões para transferência diferida de embriões*”, enquanto um dos Estados aludidos e um terceiro Estado permitem “*a criopreservação de pré-embriões, espermatozoides e óvulos*”.<sup>96</sup>

Finalmente é oportuno chamar a atenção sobre o fato de que, talvez precisamente porque subtrai o caso do artigo 4.1 da Convenção, a Sentença não faz menção alguma, na parte declarativa de seus pontos resolutivos, acerca desta disposição. Não manifesta, como o fez em outros casos, que não procede se pronunciar sobre o particular ou que o Estado é responsável ou que, ao contrário, não é responsável pela violação da mesma. Simplesmente não disse nada a esse respeito, apesar de que, como se afirmou, um dos representantes expressamente alegou a violação do citado artigo 4.1 da Convenção.

### CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao dar as razões, como foi feito precedentemente, pelas quais não se compartilha a Sentença, procura-se ao mesmo tempo salienta a importância que tem um assunto como o dos autos, onde está em jogo nada menos o que se entende por “*direito à vida*” e quando esta última começa.

A rigor, nisso se colocam em jogo não somente concepções jurídicas, mas também filosóficas, morais, éticas, religiosas, ideológicas, científicas e de outras ordens, todas as quais muito legitimamente concorrem, enquanto fontes materiais do Direito Internacional, à formação da correspondente norma jurídica, a qual, necessariamente, somente depois deve ser interpretada de acordo com as fontes formais do Direito Internacional.

E no exercício dessa função interpretativa, indubitavelmente a Corte tem limitações. Outros tribunais já ressaltaram a dificuldade da tarefa e ainda a improcedência de que tenha que ser um órgão jurisdicional o que resolva algo mais próprio, ainda que não exclusivo, da ciência médica e em relação ao qual, inclusive nesse âmbito, ainda não se consegue um consenso.<sup>97</sup>

Portanto, apesar dessas dificuldades e em cumprimento de seu mandato, a Corte devia dirimir a controvérsia apresentada. Isso, entretanto, não exime em absoluto os Estados de cumprir sua responsabilidade, que é, no caso, exercer a função normativa que lhes corresponde neste caso, regulando-a conforme a considerem. Ao não fazê-lo, corre-se o sério risco, como em alguma medida acontece nos autos, não somente de que a Corte incursione em temas desta natureza, os quais reclamam um pronunciamento mais político, mas também que se veja obrigada a assumir esta função normativa, desnaturalizando sua função jurisdicional e afetando assim o funcionamento de todo o Sistema Interamericano de Direitos Humanos.

Eduardo Vio Grossi  
Juiz

Pablo Saavedra Alessandri  
Secretário

95. Par. 76.

96. Par. 255.

97. Par. 185 e nota 283.