

REFLEXIONES SOBRE EL DESARRAIGO COMO PROBLEMA DE DERECHOS HUMANOS FRENTE A LA CONCIENCIA JURÍDICA UNIVERSAL¹

de

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE

Ph.D. (Cambridge); Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Profesor Titular de la Universidad de Brasíla; Miembro Asociado del *Institut de Droit International*; Miembro de los Consejos Directivos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y del Instituto Internacional de Derechos Humanos (Estrasburgo)

Sumario: I. Introducción. II. Las Convergencias entre el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. III. "Globalización" de la Economía y Exclusión Social. IV. El Reconocimiento del Derecho *Permanecer* en el Propio Hogar. V. Los Derechos Humanos de los Desarraigados. VI. La Prohibición de Expulsión Masiva. VII. El Fenómeno del Desarraigo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. VIII. El Principio del *Non-Refoulement* como *Jus Cogens*. IX. Reflexiones Finales: La Conciencia Jurídica Universal y la Humanización del Derecho Internacional.

¹. El presente estudio sirvió de base a la conferencia dictada por el Autor, el día 28 de noviembre de 2000, a las 19:30 horas, en el Seminario de San Carlos y San Ambrosio, en La Habana, Cuba, copatrocinada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), la Conferencia de los Obispos Católicos de Cuba (la Conferencia Episcopal), y la Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC).

I. Introducción.

Por una serie de razones, no podría haber ocasión más adecuada para desarrollar algunas reflexiones sobre el drama contemporáneo de los desarraigados como gran desafío a la protección de los derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal. Primero, por poder, en esta noche del 28 de noviembre de 2000, compartir mis reflexiones con todos los presentes en este acogedor Seminario de San Carlos y San Ambrosio, en las cercanías de la bella Catedral de La Habana, en el corazón del país de un pueblo sensible y culto, que, a lo largo de toda su historia, ha sufrido, y ha sabido enfrentar, los efectos de la intolerancia y la injusticia.

Segundo, por estar aquí acompañado, en esta ceremonia, por el Cardenal de La Habana, Monseñor Jaime Ortega, el Secretario de la Conferencia Episcopal, Monseñor José Félix Pérez, y el Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Don Roberto Cuellar, en cuya fiel compañía tuve el privilegio de organizar y realizar, en el Capitolio de esta misma ciudad histórica de La Habana, en mayo/junio de 1996, el primer Seminario sobre Derechos Humanos realizado en Cuba, copatrocinado por el IIDH y la Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC)². Tercero, por ser el presente evento el primer del género a ser copatrocinado por el IIDH y la Conferencia de los Obispos Católicos de Cuba (la Conferencia Episcopal), además de la UNJC.

Y cuarto, por realizarse esta ceremonia a poco más de un mes del ingreso en el siglo XXI (y en un nuevo milenio), en una época marcada por fechas significativas: el año pasado, por el vigésimo aniversario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los 30 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los 40 años de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y los 50 años de las Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario; y, este año, por el vigésimo aniversario del IIDH, los 50 años del Alto-Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), y los 50 años de la Convención Europea de

². Para el tomo de actas, cf. *Seminario sobre Derechos Humanos - La Habana*, (Mayo/Junio de 1996), San José de Costa Rica/La Habana, IIDH/UNJC, 1997, pp. 7-211.

Derechos Humanos. Trátase, pues, de una ocasión de las más propicias para examinar, teniendo presentes los logros alcanzados en este último medio-siglo en la protección internacional de los derechos de la persona humana, los grandes desafíos a dicha protección en este umbral del nuevo siglo, y en particular, el desarraigo como grave problema de los derechos humanos.

No es mi propósito limitarme a una exposición didáctica de nociones elementales encontradas en los libros especializados, sino más bien desarrollar algunas reflexiones personales acerca del tema, alimentadas por mi experiencia, profundizándolas y compartiéndolas con todos los presentes, con el fin de fomentar una mayor conscientización de la importancia del cultivo de *valores* superiores para enfrentar la tragedia contemporánea de los desarraigados. Con este fin, abordaré, de inicio, las convergencias entre el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En seguida, me detendré en la llamada "globalización" de la economía y la exclusión social, en el reconocimiento del derecho de *permanecer* en el propio hogar, en los derechos humanos de los desarraigados, y en la prohibición de expulsión masiva. Examinaré, a seguir, el fenómeno del desarraigo en la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en particular. Situaré el principio básico del *non-refoulement*, como no podría dejar de ser, en el dominio del *jus cogens*, y pasaré, por último, a mis reflexiones finales, acerca de lo que me permito denominar de despertar de la *conciencia jurídica universal* y de proceso de la *humanización del derecho internacional*.

II. Las Convergencias entre el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

A mediados de los años noventa, me permití avanzar la tesis de las convergencias - en los planos normativo, hermenéutico, y operativo, - entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario³.

³. A.A. Cançado Trindade, "Derecho Internacional de los

Transcurrida media década, no veo cómo dudar que la evolución de la normativa de estas tres vertientes de la protección de los derechos de la persona humana se incline definitivamente en esta dirección, en beneficio de todos los seres humanos protegidos. En este inicio del siglo XXI, quisiera dedicar algunas reflexiones, teniendo presentes aquellas convergencias, al fenómeno, o más bien, tragedia contemporánea del desarraigo en el marco de la protección de los derechos de la persona humana, frente a lo que yo me permitiría denominar de conciencia jurídica universal.

En América Latina, la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984) enmarcó, como se sabe, la protección de los refugiados en el universo conceptual de los derechos humanos. La Declaración de 1984 estableció un vínculo clarísimo entre los dominios del Derecho Internacional de los Refugiados y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Una década después, la Declaración de San José sobre los Refugiados y Personas Desplazadas (1994), - de cuya redacción tuve ocasión de participar, - profundizó las relaciones entre el Derecho de los Refugiados y Desplazados y los derechos humanos, dando nuevo énfasis en cuestiones centrales de la actualidad, no tan elaboradas en la Declaración anterior de Cartagena, como, *inter alia*, las del desplazamiento forzado⁴, y del derecho de refugio en su amplia dimensión, - examinadas bajo la óptica de las necesidades de protección del ser humano en cualesquiera circunstancias, en el

Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias", *Diez Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados - Memoria del Coloquio Internacional* (San José de Costa Rica, diciembre de 1994), San José, IIDH/ACNUR/Gob. Costa Rica, 1995, pp. 77-168; A.A. Cançado Trindade, "Aproximaciones o Convergencias entre el Derecho Internacional Humanitario y la Protección Internacional de los Derechos Humanos", *Seminario Interamericano sobre la Protección de la Persona en Situaciones de Emergencia - Memoria* (Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, junio de 1995), San José, CICR/ACNUR/Gob. Suiza, 1996, pp. 33-88.

⁴. Conclusión novena. Como bien advirtió la Declaración de San José, tanto los refugiados como las personas que emigran por otras razones, "incluyendo causas económicas, son titulares de derechos humanos que deben ser respetados en todo momento, circunstancia y lugar" (conclusión décima).

universo conceptual de los derechos humanos⁵.

La Declaración de San José reconoció expresamente las convergencias entre los sistemas de protección de la persona humana consagrados en el Derecho Internacional de los Refugiados, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el Derecho Internacional Humanitario, dado su carácter complementario⁶. La nueva Declaración, además, reconoció que la violación de los derechos humanos es una de las causas de los desplazamientos y que, por lo tanto, la protección de tales derechos y el fortalecimiento del sistema democrático constituyen la mejor medida para la búsqueda de soluciones duraderas, así como para la prevención de los conflictos, de los éxodos de refugiados y de las graves crisis humanitarias⁷.

El documento de la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA) titulado "Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina" (1989), a su vez, interpretó como configurado el elemento de "violación masiva de los derechos humanos" cuando se producen "violaciones en gran escala que afectan los derechos humanos" consagrados en la Declaración Universal de 1948 y otros elementos relevantes⁸. El referido documento de CIREFCA reconoció expresamente la existencia de

⁵. Para el texto de la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994 y los trabajos del Coloquio Internacional en el cual fue adoptada, cf. el tomo de actas *Diez Años de la Declaración...*, *op. cit. supra* n. (3), pp. 5-477.

⁶. Preámbulo y conclusiones tercera y décima-sexta (a).

⁷. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 328-331.

⁸. En particular, agregó, "pueden considerarse como violaciones masivas de derechos humanos, la negación de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en una forma grave y sistemática, así como aquellas que son objeto de la resolución 1503" (XLVIII), de 1970, del ECOSOC; párr. 34 del documento "Principios y Criterios", de CIREFCA.

"(...) una relación estrecha y múltiple entre la observancia de las normas relativas a los derechos humanos, los movimientos de refugiados y los problemas de protección. Las violaciones graves de derechos humanos provocan movimientos de refugiados, algunas veces en escala masiva, y dificultan el logro de soluciones durables para estas personas. Al mismo tiempo, los principios y prácticas relativas a los derechos humanos proporcionan reglas a los Estados y a las organizaciones internacionales para el tratamiento de refugiados, repatriados y personas desplazadas"⁹.

El documento de *evaluación* de la puesta en práctica de las disposiciones del documento "Principios y Criterios", de 1994, fue aún más allá. Contuvo una sección enteramente dedicada a la observancia de los derechos humanos¹⁰, en la cual se refirió al fortalecimiento de las instituciones nacionales democráticas y de defensa de los derechos humanos. En otro pasaje dedicado a la materia, advirtió que "la problemática de los refugiados sólo puede abordarse correctamente si se tiene una visión integrada de los derechos humanos, que incluya el derecho de los refugiados y el derecho humanitario"¹¹. La protección efectiva de los refugiados, agregó, "requiere que se consideren y apliquen derechos humanos fundamentales"¹².

El referido documento de 1994, al abordar, en sus conclusiones, los logros del proceso

⁹. Párr. 72 del documento "Principios y Criterios", de CIREFCA. En fin, el documento "Principios y Criterios", de 1989, defendió el uso de los órganos de supervisión del sistema interamericano de protección de los derechos humanos - y una cooperación más estrecha de estos con el ACNUR - con miras a complementar la protección internacional de los refugiados en la región; *ibid.*, párr. 73.

¹⁰. Párrs. 80-85 del documento de evaluación de la puesta en práctica de "Principios y Criterios", doc. CIREFCA/REF/94/1.

¹¹. *Ibid.*, párr. 16, y cf. párrs. 13-18.

¹². *Ibid.*, párr. 17; el documento recordó la indivisibilidad y universalidad de los derechos humanos, y se refirió a los resultados pertinentes de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos de junio de 1993 (párrs. 13-14).

CIREFCA¹³, señaló que

"CIREFCA favoreció e impulsó la convergencia entre el derecho de los refugiados, los derechos humanos, y el derecho humanitario, sosteniendo siempre un enfoque integrado de las tres grandes vertientes de protección de la persona humana"¹⁴.

Aún así, acrecentó, hay que profundizar en el examen de determinados elementos (como, v.g., la violencia generalizada, los conflictos internos y las violaciones masivas de derechos humanos) y dar mayor precisión a las "normas mínimas de tratamiento" (tomando en cuenta desarrollos recientes paralelos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario)¹⁵.

III. "Globalización" de la Economía y Exclusión Social.

Las respuestas humanitarias a los graves problemas contemporáneos afectando crecientes segmentos de la población en numerosos países han buscado curar tan sólo los síntomas de los conflictos, pero se han mostrado incapaces de remover, por sí mismas, sus causas y raíces. Es que lo ha advertido la Alta-Comisionada de las Naciones Unidas para los Refugiados (Sra. Sadako Ogata), en dos recientes conferencias, dictadas en la Ciudad de México, el 29.07.1999, y en esta misma ciudad de La Habana, el 11.05.2000, respectivamente, las cuales, por su importancia, ameritan ser aquí resumidas. El argumento básico de la Alta-Comisionada es que, la rapidez con que los capitales de inversión entran y salen de determinadas regiones, en búsqueda de ganancias

¹³. Párrs. 89-106 del documento de evaluación de la puesta en práctica de "Principios y Criterios", doc. CIREFCA/REF/94/1. Este documento incorporó las aportaciones de los tres integrantes de la Comisión de Consultores Jurídicos del ACNUR para la evaluación final del proceso CIREFCA, a saber, los Drs. Antônio Augusto Cançado Trindade, Reinaldo Galindo-Pohl y César Sepúlveda; cf. *ibid.*, p. 3, párr. 5.

¹⁴. *Ibid.*, párr. 91.

¹⁵. *Ibid.*, párr. 100.

fáciles e inmediatas, ha seguramente contribuido, junto con otros factores, a algunas de las más graves crisis financieras de la última década, generando movimientos poblacionales en medio a un fuerte sentimiento de inseguridad humana¹⁶.

Paralelamente a la "globalización" de la economía, la desestabilización social ha generado una pauperización mayor de los estratos pobres de la sociedad (y con esto, la marginalización y exclusión sociales), al mismo tiempo en que se verifica el debilitamiento del control del Estado sobre los flujos de capital y bienes y su incapacidad de proteger los miembros más débiles o vulnerables de la sociedad (v.g., los inmigrantes, los trabajadores extranjeros, los refugiados y desplazados)¹⁷. Los desprovistos de la protección del poder público a menudo salen o huyen; de ese modo, la propia "globalización" económica genera un sentimiento de inseguridad humana, además de la xenofobia y los nacionalismos, reforzando los controles fronterizos y amenazando potencialmente a todos aquellos que buscan la entrada en otro país¹⁸.

Paradójicamente, a la expansión de la "globalización" ha correspondido la erosión de la capacidad de los Estados de proteger los derechos económicos, sociales y culturales de la población; de ahí las necesidades crecientes de protección de los refugiados, los desplazados y los migrantes, en pleno umbral del siglo XXI, lo que exige una solidaridad en escala mundial¹⁹. Esta gran paradoja no deja de ser trágica, considerándose los extraordinarios avances en la ciencia y tecnología en las

¹⁶. S. Ogata, *Los Retos de la Protección de los Refugiados* (Conferencia en la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, 29.07.1999), Ciudad de México, ACNUR, 1999, pp. 2-3 y 9 (mecanografiado, circulación limitada); S. Ogata, *Challenges of Refugee Protection* (Statement at the University of Havana, 11.05.2000), Havana/Cuba, UNHCR, 2000, pp. 4, 6 y 8 (mecanografiado, circulación limitada).

¹⁷. S. Ogata, *Los Retos...*, *op. cit. supra* n. (16), pp. 3-4; S. Ogata, *Challenges...*, *op. cit. supra* n. (16), p. 6.

¹⁸. S. Ogata, *Los Retos...*, *op. cit. supra* n. (16), pp. 4-6; S. Ogata, *Challenges...*, *op. cit. supra* n. (16), pp. 7-10.

¹⁹. S. Ogata, *Challenges...*, *op. cit. supra* n. (16), pp. 7-9; S. Ogata, *Los Retos...*, *op. cit. supra* n. (16), p. 11.

últimas décadas, los cuales, sin embargo, no han sido capaces de reducir o erradicar el egoísmo humano. Más que cualquier técnica jurídica, se impone hoy día, para intentar resolver los problemas de los flujos poblaciones en razón de la globalización de la miseria, el despertar de una verdadera solidaridad a nivel global.

Por el momento, lo que se puede constatar es un aumento considerable - estadísticamente comprobado - de los marginalizados y excluidos en todo el mundo, - como revelado por la cifras crecientes de refugiados, desplazados y migrantes en búsqueda de trabajo para sobrevivir. Las crecientes disparidades en escala global dan muestra de un mundo en el cual un número cada vez más reducido de "globalizadores" toman decisiones que condicionan las políticas *públicas* de los Estados casi siempre en beneficio de intereses *privados*, - con consecuencias nefastas para la mayoría aplastante de los "globalizados".

En medio al egoísmo exacerbado y a la sociedad materialista de la actualidad, urge buscar la "revalorización de lo humano y de lo humanitario"²⁰. El aumento de la competitividad económica se ha hecho acompañar del crecimiento de la pobreza y del endeudamiento; la apertura de las fronteras a los capitales (en búsqueda de intereses inmediatos) se ha hecho acompañar del cierre de las fronteras a millones de seres humanos, que huyen del hambre, las enfermedades y la miseria; la globalización de la economía, en medio al endiosamiento del llamado mercado "libre", se ha hecho acompañar de la irrupción de numerosos y desagregadores conflictos internos en diversas partes del mundo.

Las migraciones y los desplazamientos forzados, intensificados en la década de noventa²¹,

²⁰. J.A. Carrillo Salcedo, "El Derecho Internacional ante un Nuevo Siglo", 48 *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (1999-2000) p. 257, y cf. p. 260.

²¹. Los desplazamientos forzados en los años noventa (después del fin de la guerra fría) abarcaron cerca de nueve millones de personas; UNHCR, *The State of the World's Refugees - Fifty Years of Humanitarian Action*, Oxford, UNHCR/Oxford University Press, 2000, p. 9.

se han caracterizado particularmente por las disparidades en las condiciones de vida entre el lugar de origen y el de destino de los migrantes. Sus causas son múltiples: colapso económico y desempleo, colapso en los servicios públicos (educación, salud, entre otros), desastres naturales, conflictos armados generando flujos de refugiados y desplazados, represión y persecución, violaciones sistemáticas de los derechos humanos, rivalidades étnicas y xenofobia, violencia de distintas formas²². En los últimos años, la llamada "flexibilidad" en las relaciones laborales, en medio a la "globalización" de la economía, también ha generado movilidad, acompañada de inseguridad personal y de un creciente miedo del desempleo²³.

Las migraciones y los desplazamientos forzados, con el consecuente desarraigo de tantos seres humanos, acarrear traumas. Testimonios de migrantes dan cuenta del sufrimiento del abandono del hogar, a veces con separación o desagregación familiar, de la pérdida de bienes personales, de arbitrariedades y humillaciones por parte de autoridades fronterizas y oficiales de seguridad, generando un sentimiento permanente de injusticia²⁴. Como advertía Simone Weil ya a mediados del siglo XX, "estar arraigado es tal vez la necesidad más importante y menos reconocida del alma humana. Es una de las más difíciles de definir"²⁵.

En las mismas época y línea de pensamiento, Hannah Arendt alertaba para los

²². N. Van Hear, *New Diasporas - The Mass Exodus, Dispersal and Regrouping of Migrant Communities*, London, UCL Press, 1998, pp. 19-20, 29, 109-110, 141, 143 y 151; F.M. Deng, *Protecting the Dispossessed - A Challenge for the International Community*, Washington D.C., Brookings Institution, 1993, pp. 3-20.

²³. N. Van Hear, *op. cit. supra* n. (22), pp. 251-252. Como bien se ha resaltado, "the ubiquity of migration is a result of the success of capitalism in fostering the penetration of commoditization into far-flung peripheral societies and undermining the capacity of these societies to sustain themselves. Insofar as this 'success' will continue, so too will migrants continue to wash up on the shores of capitalism's core"; *ibid.*, p. 260.

²⁴. *Ibid.*, p. 152.

²⁵. Simone Weil, *The Need for Roots*, London/N.Y., Routledge, 1952 (reprint 1995), p. 41.

padecimientos de los desarraigados (la pérdida del hogar y de la familiaridad del cotidiano, la pérdida de la profesión y del sentimiento de utilidad a los demás, la pérdida del idioma materno como expresión espontánea de los sentimientos), así como para la ilusión de intentar olvidarse del pasado (dada la influencia que ejercen sobre cada uno sus antepasados, las generaciones predecesoras)²⁶. También en esta línea de razonamiento, en notable libro publicado en 1967, titulado *Le retour du tragique*, J.-M. Domenach observó que no hay cómo negar las raíces del propio espíritu humano, por cuanto la propia forma de adquisición de conocimientos, por parte de cada ser humano, - y consecuentemente de su manera de ver el mundo, - está en gran parte condicionada por factores como el lugar de nacimiento, el idioma materno, los cultos, la familia y la cultura²⁷.

Como bien ha señalado, en artículo reciente, Jaime Ruiz de Santiago, el drama de los refugiados y los migrantes, - de los desarraigados en general, - sólo podrá ser eficazmente tratado en medio a un espíritu de verdadera solidaridad humana hacia los victimados²⁸. En definitiva, sólo la firme determinación de reconstrucción de la comunidad internacional sobre la base de la solidaridad humana podrá llevar a la superación de las trágicas paradojas anteriormente mencionadas.

IV. El Reconocimiento del Derecho de *Permanecer* en el Propio Hogar.

El desarraigo como problema de los derechos humanos no pasó desapercibido en el ciclo de Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas de la década de noventa. Ya en la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Viena, 1993), el propio ACNUR reconoció

²⁶. Hannah Arendt, *La tradition cachée*, Paris, Ch. Bourgois Éd., 1987 (ed. orig. 1946), pp. 58-59 y 125-127.

²⁷. J.-M. Domenach, *Le retour du tragique*, Paris, Éd. Seuil, 1967, p. 285.

²⁸. Jaime Ruiz de Santiago, "Derechos Humanos, Migraciones y Refugiados: Desafíos en los Inicios del Nuevo Milenio", *Actas del III Encuentro sobre Movilidad Humana: Migrantes y Refugiados*, San José de Costa Rica, ACNUR/IIDH, 2001 (en prensa).

la necesidad de dedicar mayor atención al alcance del derecho de permanecer con seguridad en el propio hogar (de no ser forzado al exilio) y del derecho de retornar con seguridad al hogar. El ACNUR se manifestó expresamente en este sentido en los debates de la referida Conferencia Mundial de Viena de 1993.

En la nueva visión o estrategia del ACNUR, el derecho de *permanecer* encuéntrase

"(...) implícito en el derecho de salir del propio país y de retornar a él. En su forma más simple se podría decir que incluye el derecho a la libertad de movimiento y residencia dentro del propio país. Es inherente al artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que nadie será sometido a exilio arbitrario. Está vinculado también a otros derechos humanos fundamentales porque, cuando las personas son forzadas a abandonar sus hogares, toda una serie de otros derechos es amenazada, inclusive el derecho a la vida, libertad y seguridad de la persona, la no-discriminación, el derecho a no ser sometido a tortura o tratamiento degradante, el derecho a la privacidad y a la vida familiar"²⁹.

El derecho a no ser forzado al exilio, en esta perspectiva, "implica el deber concomitante del Estado de proteger las personas contra el desplazamiento bajo coerción"³⁰; el objetivo fundamental del ACNUR es, pues, "asegurar que las personas en necesidad de protección reciban tal protección"³¹. Para esto hay que examinar las causas de los problemas de los refugiados y desplazados, lo que sólo es posible dentro del marco de la plena vigencia de los derechos humanos. Dicho examen, además, es de la esencia de la prevención, dirigida al mejoramiento de las condiciones de vida de la población, así como al perfeccionamiento de las instituciones nacionales que protegen los derechos humanos.

²⁹. UNHCR, *Statement by the United Nations High Commissioner for Refugees (Mrs. Sadako Ogata) to the XLIX Session of the Commission on Human Rights*, Ginebra, 03.03.1993, p. 10 (mecanografiado, circulación interna).

³⁰. *Ibid.*, p. 11.

³¹. *Ibid.*, p. 12.

El Programa de Acción adoptado por la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (Cairo, 05-13.09.1994), a su vez, advirtió que, en el período de 1985-1993, el número de refugiados más que duplicó (de 8 y medio millones a 19 millones), en consecuencia de factores múltiples y complejos, inclusive "violaciones masivas de derechos humanos"³², instó los Estados a "respetar el principio del *non-refoulement*" (cf. *infra*) y a salvaguardar el derecho de las personas de "permanecer en seguridad en sus hogares", absteniéndose de políticas y prácticas que las fuerzen a huir³³. Significativamente, el documento final de la Conferencia del Cairo insistió en el "pleno respeto por los varios valores éticos y religiosos y *backgrounds* culturales del pueblo de cada país"³⁴.

En su Informe sobre "Derechos Humanos y Éxodos en Masa" (1997), el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos recordó la importancia atribuída por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Istanbul, Habitat-II, 1996) a los asentamientos humanos en la realización de los derechos humanos. Recordó, además, las recomendaciones de la Conferencia Mundial de Istanbul sobre "la prevención de las expulsiones, el fomento de los centros de refugio y el apoyo prestado a los servicios básicos y las instalaciones de educación y salud en favor de las personas desplazadas, entre otros grupos vulnerables"³⁵.

En efecto, un examen detallado de la Declaración de Istanbul sobre Asentamientos Humanos y de la Agenda Habitat (1996) revela que, de todos los documentos finales de las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas de la década de noventa, los de la Conferencia

³². U.N., *Population and Development - Programme of Action Adopted at the International Conference on Population and Development* (Cairo, 05-13 September 1994), doc. ST/ESA/Ser.A/149, N.Y., U.N., 1995, p. 55, párr. 10/21.

³³. *Ibid.*, p. 56, párrs. 10/27 y 10/23.

³⁴. *Ibid.*, p. 74, párr. 14/3(f); p. 79, párr. 15/13; y cf. p. 27, párr. 6/22, para el llamado al respeto de la cultura, de la espiritualidad y de los modos de vida de los pueblos indígenas.

³⁵. Naciones Unidas, documento E/CN.4/1997/42, de 14.01.1997, p. 21, párr. 61.

Habitat-II de Istanbul de 1996 fueron los que mejor articularon las dimensiones cultural y espiritual de la protección de los desplazados y los migrantes. Así, después de advertir que más de un billón de personas viven hoy en "pobreza absoluta", la referida Declaración de Istanbul destacó el valor cultural y espiritual de los estándares de asentamiento humano y su conservación y rehabilitación³⁶.

En la misma línea de pensamiento, la Agenda Habitat, al detenerse en la protección de los refugiados, desplazados y migrantes (en relación con la falta de abrigo adecuado), identificó en la pobreza y las violaciones de los derechos humanos factores que conllevan a migraciones³⁷. Además, destacó la importancia de la preservación de la identidad cultural de los migrantes, y de la igualdad de oportunidades para el desarrollo personal, cultural, social y espiritual de todos³⁸. La Agenda Habitat enfatizó la importancia del cultivo, por las nuevas generaciones, de su herencia histórica, - cultural y espiritual, - indispensable para una vida comunitaria estable³⁹. En fin, desde esta óptica, la Agenda Habitat propugnó por la construcción de un mundo de paz y estabilidad, sobre la base de una "visión ética y espiritual"⁴⁰.

De los mencionados documentos finales de las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas de la década de noventa (*supra*), se puede desprender que el Derecho Internacional pasa a ocuparse cada vez más de la cuestión de las migraciones, y del desarraigo como problema de los derechos humanos. Los análisis de la materia, desde el prisma no sólo jurídico sino también sociológico, destacan aspectos que no pueden pasar desapercibidos de los juristas. La globalización de la economía se hace acompañar de la persistencia (y en varias partes del mundo del

³⁶. U.N., *Habitat Agenda and Istanbul Declaration* (II U.N. Conference on Human Settlements, Istanbul, June 1996), N.Y., U.N., 1996, pp. 7-8.

³⁷. *Ibid.*, pp. 78-79 y 158-159.

³⁸. *Ibid.*, pp. 15, 23 y 34.

³⁹. *Ibid.*, pp. 98 y 121-122.

⁴⁰. *Ibid.*, p. 12.

agravamiento) de las disparidades nacionales; se puede, v.g., constatar un contraste marcante entre la pobreza de los países de origen de las migraciones (a veces clandestinas) y los recursos incomparablemente mayores de los países receptores de migrantes⁴¹.

Los migrantes (particularmente los indocumentados o ilegales) se encuentran frecuentemente en una situación de gran vulnerabilidad (mayor que la de los nacionales), ante el riesgo del empleo precario (en la llamada "economía informal"), el propio desempleo y la pobreza (también en el país receptor)⁴². A esto se suma el choque o la distancia cultural, que hace con que los migrantes busquen cultivar nuevos lazos de solidaridad, con referencias colectivas, y el cultivo de sus raíces y prácticas culturales originales, y de sus valores espirituales (como, de modo especial, los atinentes a los ritos fúnebres, al respeto a sus muertos y su memoria)⁴³.

V. Los Derechos Humanos de los Desarraigados.

Desafortunadamente, la práctica revela que no siempre ha prevalecido el derecho de *permanecer* en el hogar; pero siempre que ocurre el desplazamiento, hay que salvaguardar los derechos humanos de los desarraigados. A pesar de la persistencia del problema del desplazamiento interno a lo largo sobre todo de las dos últimas décadas, solamente en el primer trimestre de 1998, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, teniendo presentes los informes del Representante del Secretario-General de las Naciones Unidas sobre Desplazados Internos (Sr. F.M. Deng)⁴⁴, logró en fin adoptar los llamados *Principios Básicos sobre Desplazamiento Interno* de

⁴¹. H. Domenach y M. Picouet, *Les migrations*, Paris, PUF, 1995, pp. 58-61 y 111.

⁴². *Ibid.*, p. 66.

⁴³. *Ibid.*, pp. 48 y 82-83, y cf. pp. 84-85.

⁴⁴. Dichos informes enfatizaron la importancia de la prevención. Según Deng, cualquier estrategia para proteger los desplazados internos debe tener por primer objetivo la prevención de conflictos, la remoción de las causas subyacentes del desplazamiento, vinculando las cuestiones humanitarias con las de derechos humanos. F.M. Deng, *Internally Displaced Persons* (Interim Report), N.Y., RPG/DHA, 1994, p. 21.

1998 (*Guiding Principles on Internal Displacement*), con miras a reforzar y fortalecer las vías de protección ya existentes⁴⁵; en este espíritu, los nuevos principios propuestos se aplican tanto a gobiernos como a grupos insurgentes, en todas las etapas del desplazamiento. El principio básico de la *no-discriminación* ocupa una posición central en el mencionado documento de 1998⁴⁶, el cual cuida de enumerar los mismos derechos, de los desplazados internos, de que disfrutaran las demás personas en su país⁴⁷.

Los referidos *Principios Básicos* de 1998 determinan que el desplazamiento no puede efectuarse de modo a violar los derechos a la vida, a la dignidad, a la libertad y a la seguridad de los afectados (Principios 8 y siguientes). El documento también afirma otros derechos, como el derecho al respeto a la vida familiar (Principio 17), el derecho a un patrón adecuado de vida (Principio 18), el derecho a la igualdad ante la ley (Principio 20), el derecho a la educación (Principio 23)⁴⁸. La idea básica subyacente a todo el documento es en el sentido de que los desplazados internos no pierden sus derechos inherentes, en razón del desplazamiento, y pueden invocar la normativa internacional pertinente de protección para salvaguardar sus derechos⁴⁹.

Una corriente de la doctrina europea contemporánea ha invocado el derecho de la responsabilidad internacional del Estado para declarar la práctica estatal generadora de refugiados -

⁴⁵. Sobre todo mediante las convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados; cf. Roberta Cohen y Francis Deng, *Masses in Flight: The Global Crisis of Internal Displacement*, Washington D.C., Brookings Institution, 1998, cap. III, pp. 75 y 78-85.

⁴⁶. Principios 1(1), 4(1), 22, 24(1)).

⁴⁷. Afirma, además, la prohibición del "desplazamiento arbitrario" (Principio 6).

⁴⁸. El documento se refiere, en fin, al retorno, reasentamiento y reintegración de los desplazados (Principios 28-30). Para la adopción del documento, cf. ONU, doc. E/CN.4/1998/L.98, de 14.04.1998, p. 5.

⁴⁹. R. Cohen y F. Deng, *op. cit. supra* n. (45), p. 74.

y desplazados - como constituyendo un acto internacionalmente ilícito (sobre todo ante la presencia del elemento de *culpa lata*)⁵⁰. Una justificativa para esta elaboración doctrinal reside en el hecho de que los instrumentos internacionales de protección de los refugiados han limitado la previsión de obligaciones solamente a los Estados de recepción, pero no en relación con los Estados de origen, de refugiados; a partir de esta constatación, se invoca una norma consuetudinaria de derecho humanitario prohibidora de la provocación de flujos de refugiados⁵¹. Y a partir de ahí, se establecen las consecuencias del acto internacionalmente ilícito de generar flujos de refugiados - que se aplicarían *a fortiori* a flujos migratorios súbitos, - inclusive para efectos de reparaciones.

Estos esfuerzos doctrinales presentan, a mi modo de ver, aspectos tanto positivos como negativos. Por un lado, amplian el horizonte para el examen de la materia, abarcando a un mismo tiempo tanto el Estado de recepción como el de origen (de los refugiados), y velando por la protección de los derechos humanos en ambos. Por otro lado, pasan al plano de las reparaciones con un enfoque esencialmente jusprivatista, justificando inclusive sanciones a Estados que, a rigor, no son los únicos responsables por los flujos poblacionales forzados. En un mundo "globalizado" de profundas desigualdades e iniquidades como el de nuestros días, del primado de la crueldad económico-financiera anti-histórica (que hace abstracción de los sufrimientos de las generaciones pasadas), de la irrupción de tantos conflictos internos desagregadores, como identificar el origen "individualizado" de tanta violencia, como trazar la línea divisoria, como singularizar Estados responsables - a la exclusión de otros Estados - por migraciones forzadas, como justificar represalias?

⁵⁰. P. Akhavan y M. Bergsmo, "The Application of the Doctrine of State Responsibility to Refugee Creating States", 58 *Nordic Journal of International Law - Acta Scandinavica Juris Gentium* (1989) pp. 243-256; y cf. R. Hofmann, "Refugee-Generating Policies and the Law of State Responsibility", 45 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1985) pp. 694-713.

⁵¹. W. Czaplinski y P. Sturma, "La responsabilité des États pour les flux de réfugiés provoqués par eux", 40 *Annuaire français de Droit international* (1994) pp. 156-169.

Tal como señalé en obra reciente⁵², no me parece ser este el camino a seguir. El mal es de la propia condición humana; la cuestión de los flujos poblacionales forzados - directamente ligada a las precarias condiciones de vida de los victimados - debe ser tratada como verdadero *tema global* que es (a la par de la responsabilidad estatal), teniendo presentes las obligaciones *erga omnes* de protección del ser humano. El desarrollo conceptual de tales obligaciones constituye una alta prioridad de la ciencia jurídica contemporánea⁵³, con énfasis especial en la prevención.

Las iniquidades del actual sistema económico-financiero internacional requieren el desarrollo conceptual del derecho de la responsabilidad internacional, de modo a abarcar, a la par de los Estados, los agentes del sistema financiero internacional y los agentes no-estatales en general (los detentores del poder económico). En el presente contexto del desarraigo, la temática de la responsabilidad internacional debe ser abordada no tanto a partir de un enfoque estatocéntrico, i.e., en el marco de las relaciones puramente interestatales, sino más bien en el de las relaciones del Estado *vis-à-vis* todos los seres humanos bajo su jurisdicción. En el centro de las preocupaciones sitúase, como no podría dejar de ser, la persona humana.

En cuanto a la prevención del desarraigo, recuérdese que el antecedente, en el plano de las Naciones Unidas, del sistema de "alerta inmediata" (*early warning*), emanó de una propuesta, al inicio de los años ochenta, del *rappporteur* especial sobre la cuestión de los derechos humanos y éxodos en masa. Posteriormente, se relacionó este tema con la cuestión de los desplazados internos⁵⁴. Todo ésto revela, en última instancia, la importancia de la prevalencia del derecho al

⁵². A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 272-276.

⁵³. Cf., en ese sentido, mis Votos Razonados en los siguientes casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso *Blake versus Guatemala* (Sentencia sobre el fondo, 1998, Serie C, n. 36, párrs. 26-30); caso *Blake versus Guatemala* (Sentencia sobre reparaciones, 1999, Serie C, n. 48, párrs. 39-40 y 45); caso *Las Palmeras*, relativo a Colombia (Sentencia sobre excepciones preliminares, 2000, Serie C, s/n., párrs. 1-15 - todavía no-publicado).

⁵⁴. Cf. ONU, documento E/CN.4/1995/CRP.1, de 30.01.1995, pp. 1-

desarrollo como un derecho humano, así como la *dimensión preventiva* de las interrelaciones del desarrollo con los derechos humanos⁵⁵. La materia ha atraído considerable atención en las ya citadas Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas de la década de noventa, que han proveído importantes elementos para su consideración⁵⁶ (cf. *supra*).

VI. La Prohibición de Expulsión Masiva.

En 1986, la *International Law Association* adoptó (en su 62a. sesión, en Seoul), por consenso, la Declaración de Principios del Derecho Internacional sobre Expulsión Masiva, en la cual, *inter alia*, expresó su "profunda preocupación" con "la vulnerabilidad y posición precaria de muchas minorías", inclusive los trabajadores migrantes (preámbulo). La referida Declaración vinculó la expulsión masiva en determinadas circunstancias con el concepto de "crimen internacional" (principio 9). Sostuvo que el principio del *non-refoulement*, como "piedra angular de la protección de los refugiados", se aplica aunque no hayan éstos sido admitidos legalmente en el Estado receptor, e independientemente de haber llegado individual o masivamente (principio 12). E instó los Estados a poner fin a toda expulsión de carácter masivo y a establecer sistemas de "alerta inmediato" (*early warning* - principio 19).

Transcurridos dos años desde la adopción de esta Declaración, fue élla citada en los argumentos ante el Tribunal de Reclamaciones Iran/Estados Unidos, en el caso *Leach versus Iran* (en 08.12.1988), como "evidencia de limitaciones procesales" de la prerrogativa estatal de

119.

⁵⁵. Cf., recientemente, v.g., PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2000*, Madrid, Ed. Mundi-Prensa, 2000, pp. 1-290.

⁵⁶. Para un estudio reciente, cf. A.A. Cançado Trindade, "Sustainable Human Development and Conditions of Life as a Matter of Legitimate International Concern: The Legacy of the U.N. World Conferences", in *Japan and International Law - Past, Present and Future* (International Symposium to Mark the Centennial of the Japanese Association of International Law), The Hague, Kluwer, 1999, pp. 285-309.

expulsión⁵⁷. El Protocolo n. 4 (de 1963) a la Convención Europea de Derechos Humanos prohíbe efectivamente la expulsión colectiva de extranjeros (artículo 4). Y aún en casos individuales, si la expulsión de un extranjero genera una separación de los miembros de la unidad familiar, acarrea una violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos; por consiguiente, los Estados Partes en esta última ya no tienen discrecionalidad total de expulsar de su territorio extranjeros que ya hayan establecido un "vínculo genuino" con ellos⁵⁸.

Los límites de la discrecionalidad estatal en cuanto al trato de cualesquiera personas bajo la jurisdicción de los Estados Partes en tratados de derechos humanos fueron resaltados, v.g., en los casos célebres de los *East African Asians*. En aquellos casos, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos concluyó que 25 de los demandantes (que habían retenido su status de ciudadanos británicos después de la independencia de Kenia y Uganda para verse libres de controles inmigratorios) habían sido victimados por una nueva ley británica⁵⁹ que ponía término al derecho de entrada de ciudadanos británicos que no tenían vínculos ancestrales con el Reino Unido. En el entender de la Comisión Europea (Informe de 1973), esta ley constituía un acto de discriminación racial que caracterizaba un "trato degradante" en los términos del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos⁶⁰. Años después, la misma Comisión Europea confirmó su posición

⁵⁷. *Cit. in* Luke T. Lee, "Progressive Development of Refugee Law and Its Codification", *International Law in Transition - Essays in Memory of Judge Nagendra Singh* (eds. R.S. Pathak y R.P. Dhokalia), New Delhi/Dordrecht, Lancers/Nijhoff, 1992, pp. 114-115.

⁵⁸. H.G. Schermers, "The Bond between Man and State", *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung - Festschrift für R. Bernhardt* (eds. U. Beyerlin et alii), Berlin, Springer-Verlag, 1995, pp. 192-194.

⁵⁹. Promulgada poco después de la política de "africanización" adoptada por los gobiernos de Kenia y Uganda.

⁶⁰. A pesar de que el caso jamás llegó a la Corte Europea de Derechos Humanos, y de que el Comité de Ministros no se pronunció sobre tal violación de la Convención Europea, aguardó hasta que todos los demandantes fueran admitidos al Reino Unido para concluir que ya no era necesario tomar cualquier otra providencia. D.J. Harris, M. O'Boyle y C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Butterworths, 1995, pp. 81-82

al respecto, en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali versus Reino Unido* (1985), en el cual advirtió que la discrecionalidad estatal en materia de inmigración tiene límites, por cuanto un Estado no puede, v.g., implementar políticas basadas en la discriminación racial⁶¹.

A pesar de que la Convención Europea no contiene el derecho a no ser expulsado de uno de los Estados Partes, muy temprano en la operación de la Convención se aceptó que había límites a la facultad de los Estados Partes de controlar la entrada y salida de extranjeros, en razón de las obligaciones contraídas bajo la misma Convención, como ilustrado, v.g., por las referentes al artículo 8 (sobre el derecho al respeto por la vida privada y familiar). Así, aunque no exista una definición general de "vida familiar", muy pronto se desarrolló una jurisprudencia protectora al respecto, a la luz de las circunstancias de cada caso concreto. Dicha jurisprudencia, teniendo presente, *inter alia*, el principio de la proporcionalidad, ha estipulado restrictivamente las condiciones de expulsión bajo el artículo 8 de la Convención Europea⁶².

VII. El Fenómeno del Desarraigo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

y 695.

⁶¹. *Cit. in ibid.*, p. 82. - La antigua Comisión Europea cuidó de caracterizar la "expulsión colectiva de extranjeros", para el fin de la aplicación de la prohibición contenida en el artículo 4 del Protocolo n. 4 a la Convención Europea, tal como ilustrado, v.g., por sus consideraciones en el caso *A. et alii versus Holanda* (1988), interpuesto por 23 personas de nacionalidad surinamesa; cf. European Commission of Human Rights, application n. 14209/88 (decision of 16.12.1988), in *Decisions and Reports*, vol. 59. Strasbourg, C.E., 1989, pp. 274-280.

⁶². M.E. Villiger, "Expulsion and the Right to Respect for Private and Family Life (Article 8 of the Convention) - An Introduction to the Commission's Case-Law", *Protecting Human Rights: The European Dimension - Studies in Honour of G.J. Wiarda / Protection des droits de l'homme: La dimension européenne - Mélanges en l'honneur de G.J. Wiarda* (eds. F. Matscher y H. Petzold), Köln/Berlin, C. Heymanns Verlag, 1988, pp. 657-658 y 662.

El fenómeno del desarraigo como problema de los derechos humanos, que en los últimos años empieza a atraer atención de la bibliografía especializada⁶³, ha sido tratado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia reciente tanto en materia de Medidas Provisionales de Protección como en el ejercicio de su función consultiva. La referida cuestión ha en fin sido sometida a la consideración de la Corte Interamericana en el caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiana en la República Dominicana*; la Corte adoptó Medidas Provisionales de Protección en Resolución adoptada el día 18 de agosto de 2000. Dichas medidas tuvieron por objeto, *inter alia*, proteger la vida e integridad personal de cinco individuos, evitar la deportación o expulsión de dos de ellos, permitir el retorno inmediato a la República Dominicana de otros dos, y la reunificación familiar de dos de ellos con sus hijos menores, además de la investigación de los hechos.

En mi Voto Concurrente en la Resolución de la Corte en el referido caso, me permití, al señalar la dimensión verdaderamente global del fenómeno contemporáneo del *desarraigo*, - que se manifiesta en diferentes regiones del mundo y representa un gran desafío al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, - advertir que

- "En efecto, en un mundo `globalizado' - el nuevo eufemismo *en vogue*, - se abren las fronteras a los capitales, inversiones, bienes y servicios, pero no necesariamente a los seres humanos. Se concentran las riquezas cada vez más en manos de pocos, al mismo tiempo en que lamentablemente aumentan, de forma creciente (y estadísticamente comprobada), los marginados y excluidos. Las lecciones del pasado parecen olvidadas, los sufrimientos de generaciones anteriores parecen haber sido en vano. El actual frenesí `globalizante', presentado como algo inevitable e irreversible, - en realidad configurando la más reciente expresión de un perverso neodarwinismo social, - muéstrase enteramente desprovisto de todo

⁶³. Cf., v.g., Virginia Trimarco, "Reflexiones sobre la Protección Internacional en los '90", *Derecho Internacional de los Refugiados* (ed. J. Irigoien Barrenne), Santiago, Ed. Universidad de Chile, 1993, pp. 88-113; Diego García-Sayán, "El Refugio en Situación de Violencia Política", *in ibid.*, pp. 114-125; Cristina Zeledón, "Derechos Humanos y Políticas Frente a la Mundialización de los Flujos Migratorios y del Exilio", *Migrações Contemporâneas: Desafio à Vida, à Cultura e à Fé*, Brasília, CSEM, 2000, pp. 97-111.

sentido histórico" (párrs. 2-3).

Proseguí ponderando que este es, para mí, un cuadro revelador de que, en este umbral del siglo XXI,

"(...) el ser humano ha sido por sí mismo situado en escala de prioridad inferior a la atribuída a los capitales y bienes, - a pesar de todas las luchas del pasado, y de todos los sacrificios de las generaciones anteriores. (...) Como consecuencia de esta tragedia contemporánea - causada esencialmente por el propio hombre, - perfectamente evitable si la solidaridad humana primase sobre el egoísmo, surge el nuevo fenómeno del desarraigo, sobre todo de aquellos que buscan escapar del hambre, de las enfermedades y de la miseria, - con graves consecuencias e implicaciones para la propia normativa internacional de la protección del ser humano" (párr. 4)⁶⁴.

Con el desarraigo, - proseguí, - uno pierde sus medios espontáneos de expresión y de comunicación con el mundo exterior, así como la posibilidad de desarrollar un *proyecto de vida*: "es, pues, un problema que concierne a todo el género humano, que involucra la totalidad de los derechos humanos, y, sobre todo, que tiene una dimensión espiritual que no puede ser olvidada, aún más en el mundo deshumanizado de nuestros días" (párr. 6).

Y, sobre este primer aspecto del problema, concluí que "el problema del desarraigo debe ser

⁶⁴. En el párrafo siguiente, observé que "ya en 1948, en un ensayo luminoso, el historiador Arnold Toynbee, cuestionando [en su libro *Civilization on Trial*] las propias bases de lo que se entiende por *civilización*, - o sea, avances bastante modestos en los planos social y moral, - lamentó que el dominio alcanzado por el hombre sobre la naturaleza no-humana desafortunadamente no se extendió al plano espiritual" (párr. 5). - Ya a mediados del siglo XX, corrientes distintas del pensamiento filosófico de entonces se rebelaban contra la deshumanización de las relaciones sociales y la despersonalización del ser humano, generadas por la sociedad tecnocrática, que trata el individuo como simple agente de producción material; cf., v.g., *inter alia*, Roger Garaudy, *Perspectivas do Homem*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Civilizaçãõ Brasileira, 1968, pp. 141-143 y 163-165.

considerado en un marco de la acción orientada a la erradicación de la exclusión social y de la pobreza extrema, - si es que se desea llegar a sus causas y no solamente combatir sus síntomas. Se impone el desarrollo de respuestas a nuevas demandas de protección, aunque no estén literalmente contempladas en los instrumentos internacionales de protección del ser humano vigentes. El problema sólo puede ser enfrentado adecuadamente teniendo presente la indivisibilidad de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales)" (párr. 7).

En seguida pasé a abordar, en mi Voto Concurrente, a la par de la *dimensión global*, el otro aspecto del problema del desarraigo, a saber, el de la *responsabilidad estatal*. Después de dejar constancia de "los vacíos y lagunas de la normativa de protección existente" sobre la materia, me permití advertir:

- "Nadie cuestiona, por ejemplo, la existencia de un derecho a *emigrar*, como corolario del derecho a la libertad de movimiento. Pero los Estados aún no aceptaron un derecho a *inmigrar* y a *permanecer* donde uno se encuentre. En lugar de políticas poblacionales, los Estados, en su gran mayoría, ejercen más bien la función policial de proteger sus fronteras y controlar los flujos migratorios, sancionando los llamados migrantes *ilegales*. Como, a juicio de los Estados, no hay un derecho humano de inmigrar y de permanecer donde uno esté, el control de los ingresos migratorios, sumado a los procedimientos de deportaciones y expulsiones, encuéntrase sujetos a sus propios criterios soberanos. No sorprende que de ahí advengan inconsistencias y arbitrariedades" (párr. 8).

Y acrecenté: - "La normativa de protección atinente a los derechos humanos sigue siendo insuficiente, ante la falta de acuerdo en cuanto a las bases de una verdadera cooperación internacional referente a la protección de todos los desarraigados. No hay normas jurídicas eficaces sin los valores correspondientes, a ellas subyacentes⁶⁵. En relación con el problema en cuestión,

⁶⁵. Obsérvese que la propia doctrina jurídica contemporánea ha sido simplemente omisa en relación con la Convención de Naciones Unidas sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares (1990), - a pesar de la gran significación de que ésta se reviste. La idea básica subyacente en esta Convención es que todos los migrantes - inclusive los *indocumentados* e *ilegales* - deben disfrutar de sus derechos humanos independientemente de su situación jurídica. De

algunas normas de protección ya existen, pero faltan el reconocimiento de los valores, y la voluntad de aplicarlas; no es mera casualidad, por ejemplo, que la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares⁶⁶, una década después de aprobada, aún no haya entrado en vigor" (párr. 9).

En mi entender, "la cuestión del desarraigo debe ser tratada no a la luz de la soberanía estatal, sino más bien como problema de dimensión verdaderamente *global* que es (requiriendo una concertación a nivel universal), teniendo presentes las obligaciones *erga omnes* de protección" (párr. 10). A pesar de ser el desarraigo "un problema que afecta a toda la *comunidad internacional*", - continúe advirtiendo,

"sigue siendo tratado de forma atomizada por los Estados, con la visión de un ordenamiento jurídico de carácter puramente interestatal, sin parecer darse cuenta de que el modelo westphaliano de dicho ordenamiento internacional se encuentra, ya hace mucho tiempo, definitivamente agotado. Es precisamente por esto que los Estados no pueden eximirse de responsabilidad en razón del carácter global del desarraigo, por cuanto siguen aplicando al mismo sus propios criterios de ordenamiento interno. (...) El Estado debe, pues, responder por las consecuencias de la aplicación práctica de las normas y políticas públicas que adopta en materia de migración, y en particular de los procedimientos de deportaciones y expulsiones" (párrs. 11-12).

Por último, en mi Voto Concurrente supracitado, insistí en el énfasis a ser dado a la *prevención* del desarraigo (párr. 13), inclusive mediante las Medidas Provisionales de Protección

ahí la posición central ocupada, también en este contexto, por el principio de la *no-discriminación* (artículo 7). No sorprendentemente, el elenco de los derechos protegidos sigue una visión necesariamente holística o integral de los derechos humanos (abarcando derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales).

⁶⁶. Que prohíbe medidas de expulsión colectiva, y determina que cada caso de expulsión deberá ser "examinado y decidido individualmente", conforme a la ley (artículo 22).

adoptadas por la Corte en el presente caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiana en la República Dominicana* (2000).

La indivisibilidad de todos los derechos humanos, - proseguí, - "se manifiesta tanto en el fenómeno del desarraigo (cf. *supra*) como en la aplicación de las medidas provisionales de protección. Siendo así, no hay, jurídica y epistemológicamente, impedimento alguno a que dichas medidas, que hasta el presente han sido aplicadas por la Corte Interamericana en relación con los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal (artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sean aplicadas también en relación con otros derechos protegidos por la Convención Americana. Siendo todos estos derechos interrelacionados, se puede perfectamente, en mi entender, dictar medidas provisionales de protección de cada uno de ellos, siempre y cuando se reúnan los dos requisitos de la 'extrema gravedad y urgencia' y de la 'prevención de daños irreparables a las personas', consagrados en el artículo 63(2) de la Convención" (párr. 14).

En cuanto a los derechos protegidos, - agregué, - "entiendo que la extrema gravedad del problema del desarraigo acarrea la extensión de la aplicación de las medidas provisionales tanto a los derechos a la vida y a la integridad personal (artículos 4 y 5 de la Convención Americana) como a los derechos a la libertad personal, a la protección especial de los niños en la familia, y de circulación y residencia (artículos 7, 19 y 22 de la Convención), como en el presente caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en República Dominicana*. Es ésta la primera vez en su historia que la Corte procede de ese modo, a mi modo de ver correctamente, consciente de la necesidad de desarrollar, por su jurisprudencia evolutiva, nuevas vías de protección inspiradas en la realidad de la intensidad del propio sufrimiento humano" (párr. 15).

Después de algunas otras observaciones, concluí mi referido Voto Concurrente con la ponderación siguiente:

- "Al Derecho está reservado un papel de fundamental importancia para atender a las nuevas necesidades de protección del ser humano, particularmente en el mundo deshumanizado en que vivimos. Al inicio del siglo XXI, urge, en definitiva, situar el ser humano en el lugar que le corresponde, a

saber, en el centro de las políticas públicas de los Estados (como las poblacionales) y de todo proceso de desarrollo, y ciertamente por encima de los capitales, inversiones, bienes y servicios. Urge, además, desarrollar conceptualmente el derecho de la responsabilidad internacional, de modo a abarcar, a la par de la estatal, también la responsabilidad de actores no-estatales. Es éste uno de los mayores desafíos del poder público y de la ciencia jurídica en el mundo 'globalizado' en que vivimos, desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos" (párr. 25).

Más recientemente, en el caso de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó*, se planteó la cuestión de la protección de los miembros de una "Comunidad de Paz" en Colombia, ordenada por una Resolución, sobre Medidas Urgentes, dictada por el Presidente de la Corte Interamericana, el 09 de octubre de 2000. Dichas Medidas fueron ratificadas por la Corte en pleno, la cual, en su Resolución sobre Medidas Provisionales de 24 de noviembre de 2000, al extenderlas a todos los miembros de la Comunidad, requirió al Estado, *inter alia*, que asegurase las condiciones necesarias para que las personas de la mencionada Comunidad "que se hayan forzadas a desplazarse a otras zonas del país, regresen a sus hogares"⁶⁷.

En cuanto al ejercicio de su función consultiva, la Corte Interamericana emitió recientemente su 16a. Opinión Consultiva, de considerable importancia, sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (1999), la cual tiene incidencia en la cuestión de la protección de los desarraigados. La referida Opinión Consultiva sostuvo que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963) concierne a la protección de los derechos del detenido extranjero, a quien reconoce el derecho individual a la pronta información sobre la asistencia consular⁶⁸. Agregó que este derecho confiere eficacia, en los casos concretos, al derecho al debido proceso legal, susceptible de expansión; y que debe, así, ser respetado por todos los Estados Partes,

⁶⁷. Punto resolutivo n. 6 de la citada Resolución; y cf. el Voto Razonado Concurrente de los Jueces A. Abreu Burelli y S. García Ramírez.

⁶⁸. OC-16/99, de 01.10.1999, puntos resolutivos 1-3.

independientemente de su estructura federal o unitaria⁶⁹.

La inobservancia de tal derecho, acrecentó la Opinión Consultiva n. 16, afecta, por consiguiente, las garantías del debido proceso legal, y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida "arbitrariamente"⁷⁰, "con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación"⁷¹. Esta trascendental Opinión Consultiva de la Corte Interamericana tiene relevancia directa para toda persona privada de su libertad en el exterior, - inclusive, naturalmente, los migrantes.

En mi Voto Concurrente en esta Opinión Consultiva n. 16, observé que la evolución de las normas internacionales de protección ha sido "impulsada por nuevas y constantes valoraciones que emergen y florecen en el seno de la sociedad humana, y que naturalmente se reflejan en el proceso de la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos" (párr. 15). Y me permití, a seguir, formular la siguiente ponderación:

- "La acción de protección, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no busca regir las relaciones entre iguales, sino proteger los ostensiblemente más débiles y vulnerables. Tal acción de protección asume importancia creciente en un mundo dilacerado por distinciones entre nacionales y extranjeros (inclusive discriminaciones *de jure*, notadamente *vis-à-vis* los migrantes), en un mundo 'globalizado' en que las fronteras se abren a los capitales, inversiones y servicios pero no necesariamente a los seres humanos. Los extranjeros detenidos, en un medio social y jurídico y en un idioma diferentes de los suyos y que no conocen suficientemente, experimentan muchas veces una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar" (párr. 23).

⁶⁹. *Ibid.*, puntos resolutivos 6 y 8.

⁷⁰. En los términos del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁷¹. OC-16/99, de 01.10.1999, punto resolutivo n. 7.

Y concluí mi Voto Concurrente observando que, "en este final de siglo, tenemos el privilegio de testimoniar el proceso de *humanización* del derecho internacional, que hoy alcanza también este aspecto de las relaciones consulares. En la confluencia de estas con los derechos humanos, se ha cristalizado el derecho individual subjetivo a la información sobre la asistencia consular, de que son titulares todos los seres humanos que se vean en necesidad de ejercerlo: dicho derecho individual, situado en el universo conceptual de los derechos humanos, es hoy respaldado tanto por el derecho internacional convencional como por el derecho internacional consuetudinario" (párr. 35).

VIII. El Principio del *Non-Refoulement* como *Jus Cogens*.

El próximo punto a considerar concierne al principio del *non-refoulement*. Las primeras referencias al *non-refoulement* surgieron en la práctica internacional en el período del entre-guerras, sobre todo a partir de mediados de los años treinta⁷²; pero fue en el período posterior a la II guerra mundial que el *non-refoulement* se configuró como un *principio básico* del Derecho Internacional de los Refugiados, consagrado en el artículo 33 de la Convención Relativa al Status de los Refugiados de 1951, y, años después, también en el artículo II(3) de la Convención de la OUA Regiendo Aspectos Específicos de Problemas de Refugiados en África de 1969⁷³.

El contenido normativo del principio del *non-refoulement* también encontró expresión en tratados de derechos humanos, tales como la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 (artículo 3), la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (artículo 22(8)), y, más recientemente, y de manera categórica, en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura de

⁷². Cf., v.g., el artículo 3 de la Convención Relativa al Status Internacional de los Refugiados (de 1933), la cual, sin embargo, sólo alcanzó ratificaciones de ocho Estados.

⁷³. Cf. G.S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 117-124, y cf. pp. 135 y 167.

1984 (artículo 3)⁷⁴. Así, apesar de su desarrollo histórico relativamente reciente, puédesse decir que ya en los años siguientes al fin de la guerra del Vietnam (fines de los años setenta e inicio de los ochenta) el *non-refoulement* pasaba a ser considerado como un principio del propio derecho internacional consuetudinario más allá de la aplicación de los tratados de derecho de los refugiados y de derechos humanos.

El próximo paso fue dado por la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, que pasó a referir el principio del *non-refoulement* al dominio del propio *jus cogens*⁷⁵. Esta caracterización ha encontrado respaldo también en la doctrina contemporánea al respecto⁷⁶, - la cual necesita, sin embargo, un mayor desarrollo conceptual al respecto (cf. *infra*). Nunca es demasiado reiterar la importancia capital del principio del *non-refoulement*, verdadera piedra angular de toda la protección internacional de los refugiados.

Quizás sea, incluso, necesario, recordar en nuestros días el carácter imperativo del *non-refoulement*, en relación con la normativa tanto del Derecho Internacional de los Refugiados como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, - como oportunamente señala la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994⁷⁷. La ya citada Convención de Naciones Unidas contra la Tortura (1984) consagra el principio del *non-refoulement* esencialmente

⁷⁴. A su vez, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 prefiere centrarse más bien en el instituto del asilo (artículo 12(3)).

⁷⁵. Conclusión quinta.

⁷⁶. Cf., v.g., Jaime Ruiz de Santiago, "Derechos Humanos y Protección Internacional de los Refugiados", *XV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* (1988), Washington D.C., Secretaría-General de la OEA, 1989, pp. 250 y 243; Roberto Garretón, "Principio de No-Devolución: Fuerza Normativa, Alcances, Aplicación en los Países No Partes en la Convención", *10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados - Memoria del Coloquio Internacional* (San José, diciembre de 1994), San José de Costa Rica, ACNUR/IIDH, 1995, pp. 229-230.

⁷⁷. Conclusión decimosexta, letra (a).

para prevenir la tortura, en un contexto eminentemente de derechos humanos.

Así, se debe tener precaución en relación con ciertos neologismos *en vogue*, que pueden, cuando mal utilizados, sugerir una indebida relativización del principio de la no-devolución. Ya en 1980, por ejemplo, en su resolución n. 19(XXXI) sobre el llamado "refugio provisional", el Comité Ejecutivo del ACNUR consideró necesario advertir que se debería observar "escrupulosamente" el principio de no-devolución "en todas las situaciones de gran afluencia de refugiados" (ítem (a)).

Más recientemente, en su resolución n. 82(XLVIII) de 1997, el Comité Ejecutivo del ACNUR volvió a subrayar la importancia fundamental del *non-refoulement*, inclusive a la luz de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura de 1984 (ítem (d)(i)). Sería lamentable que el uso corriente, en nuestros días, de expresiones como "protección temporaria", vinieran a rebajar los estándares de protección consolidados a lo largo de años de lucha en pro de los derechos de los refugiados y desplazados. La nueva expresión "desplazados internos en tránsito", a veces utilizada en nuestro continente, además de peligrosa, es de difícil comprensión.

Y la expresión "refugiados en órbita", un tanto surrealista, apesar de parecer relativizar el propio concepto clásico de "refugiado", ha sido, sin embargo, incorporada al vocabulario de la bibliografía especializada contemporánea sobre la materia, sin mayor espíritu crítico. La metáfora parece haberse avanzado teniendo presente el imagen de astronautas... Pero si uno está "en órbita", es decir, es expulsado de un país a otro, difícilmente se caracterizaría como refugiado *stricto sensu*; aunque se pretenda más bien ampliar la protección de los refugiados al mayor número de personas en situaciones congéneres de vulnerabilidad - lo que me parece acertado, - se debería evitar el uso de palabras o expresiones inadecuadas, quizás vacías.

Con razón señaló la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos, sobre el problema de los llamados "refugiados en órbita", que en determinadas circunstancias la "expulsión repetida de un extranjero" puede plantear un problema bajo el artículo 3 de la Convención Europea, que prohíbe el

trato inhumano o degradante⁷⁸. Se evita, así, el uso de una expresión un tanto rara, tratando el asunto en términos más precisos y con clara base jurídica convencional⁷⁹.

Las ya mencionadas *convergencias* entre el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (cf. *supra*) han tenido el efecto de ampliar el contenido normativo del principio del *non-refoulement*⁸⁰. Identificado, el *non-refoulement*, en el marco del primero como la prohibición del rechazo en la frontera, pasó a también asociarse, en el marco del segundo, con la prohibición absoluta de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, como evidenciado por su previsión en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (1984)⁸¹.

⁷⁸. Application n. 8100/77, *X versus República Federal de Alemania* (no publicado), cit. in: N. Mole, *Problems Raised by Certain Aspects of the Present Situation of Refugees...*, op. cit. infra n. (83), p. 26; e in: N. Mole, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe/Directorate of Human Rights, doc. H/INF(2000)/8 prov., de mayo de 2000, p. 28.

⁷⁹. Para otras críticas que me permití formular al uso de expresiones inadecuadas, en el contexto del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, cf. A.A. Cançado Trindade, "Reflexiones sobre el Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", in *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (eds. J.E. Méndez y F. Cox), San José de Costa Rica, IIDH, 1998, pp. 573-603.

⁸⁰. A su vez, la Convención de la OUA que Regula los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África, de 1969, dedica particular atención, v.g., a las condiciones de la repatriación voluntaria (artículo 5, párrs. 1-5), y es categórica al afirmar que "ningún refugiado será repatriado en contra de su voluntad" (párr. 1). En la disposición sobre el derecho de asilo (artículo 2), prohíbe igualmente el rechazo en la frontera, la devolución o la expulsión (párr. 3).

⁸¹. W. Suntinger, "The Principle of Non-Refoulement: Looking Rather to Geneva than to Strasbourg?", 49 *Austrian Journal of Public and International Law* (1995) pp. 203-208; G.S. Goodwin-Gill, "The International Protection of Refugees: What Future?", 12 *International Journal of Refugee Law* (2000) pp. 2-3.

El principio del *non-refoulement* revela una dimensión preventiva, buscando evitar el simple *riesgo* de ser sometido a tortura o a tratos crueles, inhumanos o degradantes (resultante de una extradición, deportación o expulsión). Es lo que se desprende de la jurisprudencia internacional reciente, a niveles tanto regional como global. Lo ilustra, v.g., en materia extradicional, la célebre sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Soering versus Reino Unido* (1989), en el cual se infiere el *non-refoulement* bajo el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos⁸².

El mismo principio enunciado por la Corte Europea en el caso *Soering*, oponiéndose a la extradición con base en el artículo 3 de la Convención Europea, fue reafirmado por la misma Corte en el caso *Vilvarajah versus Reino Unido* (1991), en el cual sostuvo que la prohibición de malos tratos bajo el artículo 3 de la Convención Europea era absoluta y se aplicaba igualmente en casos de expulsión⁸³. La referida inferencia del *non-refoulement* se da, pues, en materia tanto de extradición como de expulsión, bajo el artículo 3 de la Convención Europea.

Se puede proceder del mismo modo bajo disposiciones sobre otros derechos protegidos, como, v.g., el derecho a la vida privada y familiar bajo el artículo 8 de la Convención Europea. Cuestiones planteadas en algunos casos recientes bajo la Convención Europea revelan que el artículo 8 puede efectivamente ser invocado para proteger migrantes de segunda generación, por ejemplo, contra la deportación o la expulsión, con base en sus vínculos familiares y sociales y en sus raíces firmemente establecidas en el país de residencia⁸⁴.

⁸². También el Comité de Derechos Humanos, bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, además de haber afirmado el principio del *non-refoulement* en sus "comentarios generales" n. 7/16 (de 1982) y 20/44 (1992), ha, en su práctica, tratado la materia en casos relativos a extradición (de personas corriendo el riesgo de la pena de muerte); *cit. in* W. Suntinger, *op. cit. supra* n. (81), pp. 205, 208 y 214.

⁸³. Cf. N. Mole, *Problems Raised by Certain Aspects of the Present Situation of Refugees from the Standpoint of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe (Human Rights Files n. 9 rev.), 1997, pp. 10, 16 y 18.

⁸⁴. Cf., v.g., los casos *Moustaquim versus Bélgica* (1991),

También ejemplifica la dimensión preventiva del principio del *non-refoulement*, en materia de expulsión, v.g., el caso *Mutombo versus Suiza* (1994): el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura⁸⁵ concluyó que la expulsión (o retorno forzado) por Suiza del peticionario a Zaire constituiría una violación del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, por cuanto existía en aquel país un "patrón consistente" de violaciones graves y masivas de los derechos humanos⁸⁶. Ciertos principios básicos, como el del *non-refoulement*, forman, pues, un mínimo irreductible de la protección de los derechos de la persona humana. Al contrario de Monsieur Jourdain, célebre personaje de Molière, que hablaba prosa sin saberlo⁸⁷, los órganos internacionales de salvaguardia de los derechos humanos saben perfectamente lo que hacen, aplicando el principio del *non-refoulement* sin decirlo...

En efecto, el ámbito de aplicación del principio del *non-refoulement* se ha ampliado, tanto *ratione personae* cuanto *ratione materiae*, sobre todo a partir de los años ochenta, bajo los tratados de derechos humanos, en beneficio, además de los refugiados, a los extranjeros en general, y, en última instancia, a todo y cualquier individuo, en casos de extradición, expulsión, deportación o devolución, hacia un Estado en que pueda estar en riesgo de ser sometido a tortura o trato cruel, inhumano o degradante (la dimensión preventiva)⁸⁸.

Beldjoudi versus Francia (1992), *Djeroud versus Francia* (1991), y *Lamguindaz versus Reino Unido* (1992-1993), cit. in: R. Cholewinski, "Strasbourg's 'Hidden Agenda': The Protection of Second-Generation Migrants from Expulsion under Article 8 of the European Convention on Human Rights", 3 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (1994) pp. 287-288, 292-294 y 297-299.

⁸⁵. Bajo la supracitada Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (1984).

⁸⁶. Cit. in W. Suntinger, *op. cit. supra* n. (81), pp. 210, 217 y 221-222.

⁸⁷. Molière, "Le bourgeois gentilhomme" (acto II, escena IV, y acto III, escena III), in *Oeuvres complètes*, Paris, Éd. Seuil, 1962, pp. 514-515 y 518.

⁸⁸. Henri Fourteau, *L'application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit interne*

Considerando que ya se ha conformado en nuestros días un verdadero régimen internacional contra la tortura, las desapariciones forzadas de personas, y las ejecuciones sumarias, extra-legales y arbitrarias⁸⁹, y que el principio del *non-refoulement*, con el aporte que le ha sido dado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pretende precisamente evitar el simple *riesgo* de someter a alguien a tortura (y a tratos crueles, deshumanos o degradantes), cuya prohibición es *absoluta*, - ya no hay cómo dudar, en mi entender, que el principio del *non-refoulement* recae en el dominio del *jus cogens*.

La consagración de este principio fundamental del Derecho Internacional de los Refugiados, ampliado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como siendo de *jus cogens*, acarrea, indudablemente, una limitación a la soberanía estatal (en materia de extradición, deportación, y expulsión), en favor de la integridad y del bien estar de la persona humana. Corresponde, además, a mi modo de ver, a una inequívoca manifestación de la visión crecientemente antropocéntrica del derecho internacional contemporáneo.

IX. Reflexiones Finales: La Conciencia Jurídica Universal y la Humanización del Derecho Internacional.

Lo anteriormente expuesto caracteriza el desarraigo como un problema contemporáneo de los derechos humanos particularmente grave, revelando las nuevas necesidades de protección del ser humano en este umbral del siglo XXI. En realidad, por un lado, a pesar de todos los logros alcanzados en el campo de la salvaguardia internacional de los derechos humanos en las últimas décadas, persisten violaciones y surgen nuevos desafíos a la labor de protección⁹⁰. Por otro lado, las

des États membres, Paris, LGDJ, 1996, pp. 211-212, 214, 219-220 y 227.

⁸⁹. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 345-358.

⁹⁰. Cf., al respecto, v.g., A.A. Cançado Trindade, "L'interdépendance de tous les droits de l'homme et leur mise en

reacciones a dichas violaciones de los derechos humanos y la movilización para enfrentar los nuevos desafíos son hoy día inmediatos. Esto se debe, en mi entender, al despertar de la conciencia jurídica universal (a la cual me he referido en mis Votos supracitados en la Corte Interamericana de Derechos Humanos) para la necesidad de asegurar la protección eficaz del ser humano en todas y cualesquiera circunstancias.

Al iniciarse el siglo XXI, podemos, pues, indagar sobre la aptitud del instrumental del Derecho Internacional Público para enfrentar nuevos problemas de los derechos humanos como el del desarraigo, afectando un segmento considerable de la población mundial (cf. *supra*). En la Introducción que tuve el privilegio de preparar a la edición en el idioma portugués de los consagrados *Principles of Public International Law* del Professor Ian Brownlie, distinguido *scholar* de la disciplina, me permití expresar mi entendimiento de las profundas transformaciones por que pasó el propio Derecho Internacional Público a lo largo del siglo XX, desde un ordenamiento de simple regulación hacia un instrumental jurídico sobre todo de libertación del ser humano.

Recordé, en efecto, que el derecho internacional tradicional, vigente en el inicio del siglo pasado, caracterizábase por el voluntarismo estatal ilimitado, que se reflejaba en la permisividad del recurso a la guerra, de la celebración de tratados desiguales, de la diplomacia secreta, del mantenimiento de colonias y protectorados y de zonas de influencia. Contra este orden oligárquico e injusto se insurgieron principios como los de la prohibición del uso y amenaza de la fuerza y de la guerra de agresión (y del no-reconocimiento de situaciones por estas generadas), de la igualdad jurídica de los Estados, de la solución pacífica de las controversias internacionales. Se dió, además, inicio al combate a las desigualdades (con la abolición de las capitulaciones, el establecimiento del sistema de protección de minorías bajo la Sociedad de las Naciones, y las primeras convenciones internacionales del trabajo de la OIT)⁹¹.

oeuvre: obstacles et enjeux", 158 *Revue internationale des sciences sociales* - Paris/UNESCO (1998) pp. 571-582.

⁹¹. A.A. Cançado Trindade, "Introdução à Edição em Língua Portuguesa", do livro de Ian Brownlie, *Princípios de Direito Internacional Público*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. IX-XX.

A mediados del siglo XX se reconoció la necesidad de la reconstrucción del derecho internacional con atención a los derechos inherentes a todo ser humano, de lo que dió elocuente testimonio la adopción de la Declaración Universal de 1948, seguida, a lo largo de cinco décadas, por más de 70 tratados de protección hoy vigentes en los planos global y regional⁹². El derecho internacional pasó a experimentar, en la segunda mitad del siglo XX, una extraordinaria expansión, fomentada en gran parte por la actuación de las Naciones Unidas y agencias especializadas, además de las organizaciones regionales.

La emergencia de los nuevos Estados, en medio al proceso histórico de descolonización, vino a marcar profundamente su evolución en las décadas de cincuenta y sesenta, en medio al gran impacto en el seno de las Naciones Unidas del derecho emergente de autodeterminación de los pueblos. Se desencadenó el proceso de *democratización* del derecho internacional⁹³. Al trascender los antiguos parámetros del derecho clásico de la paz y de la guerra, se equipó el derecho internacional para responder a las nuevas demandas y desafíos de la vida internacional, con mayor énfasis en la cooperación internacional⁹⁴. En las décadas de sesenta hasta ochenta, los foros multilaterales se involucraron en un intenso proceso de elaboración y adopción de sucesivos tratados y resoluciones de reglamentación de los espacios⁹⁵.

⁹². En la era de las Naciones Unidas se consolidó, paralelamente, el sistema de seguridad colectiva, el cual, sin embargo, dejó de operar satisfactoriamente en consecuencia de los impasses generados por la guerra fría.

⁹³. A.A. Cançado Trindade, "Introdução à Edição...", *op. cit. supra* n. (91), pp. IX-XX.

⁹⁴. Las Naciones Unidas gradualmente volvieron su atención también al dominio económico y social, a la par del comercio internacional, sin perjuicio de su preocupación inicial y continuada con la preservación de la paz y seguridad internacionales.

⁹⁵. En áreas distintas como las del espacio exterior e del derecho del mar.

Se comprendió, en el desarrollo del derecho internacional a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, que *la razón de Estado tiene límites*, en el atendimento de las necesidades y aspiraciones de la población, y en el tratamiento ecuánime de las cuestiones que afectan toda la humanidad⁹⁶. El ordenamiento internacional tradicional, marcado por el predominio de las soberanías estatales y la exclusión de los individuos, no fue capaz de evitar la intensificación de la producción y uso de armamentos de destrucción en masa, y tampoco las violaciones masivas de los derechos humanos en todas las regiones del mundo, y las sucesivas atrocidades del siglo XX, inclusive las contemporáneas⁹⁷.

Las notables transformaciones en el escenario mundial desencadenadas a partir de 1989, por el fin de la guerra fría y la irrupción de numerosos conflictos internos, caracterizaron los años noventa como un momento en la historia contemporánea marcado por una profunda reflexión, en escala universal, sobre las propias bases de la sociedad internacional y la formación gradual de la agenda internacional del siglo XXI. El ciclo de las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas del final del siglo XX⁹⁸ ha procedido a una reevaluación global de muchos conceptos a la luz de la consideración de temas que afectan la humanidad como un todo.

⁹⁶. A.A. Cançado Trindade, "A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado", in *Quem Está Escrevendo o Futuro? 25 Textos para o Século XXI* (ed. W. Araújo), Brasília, Ed. Letraviva, 2000, pp. 99-112.

⁹⁷. Como el holocausto, el *gulag*, seguidos de nuevos actos de genocidio, v.g., en el sudeste asiático, en Europa Central (ex-Yugoslavia) e en África (Ruanda), además de las violaciones masivas de los derechos humanos en América Latina, en el Medio Oriente y el Extremo Oriente.

⁹⁸. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, 1992; II Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, Viena, 1993; Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, Cairo, 1994; Cumbre Mundial para el Desarrollo Social, Copenhague, 1995; IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995; II Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos, Habitat-II, Istanbul, 1996. A estas se siguió, más recientemente, la Conferencia de Roma sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, 1998.

Su denominador común ha sido la atención especial a las *condiciones de vida* de la población (particularmente de los grupos vulnerables, en necesidad especial de protección), de ahí resultando el reconocimiento universal de la necesidad de situar los seres humanos, en definitiva, en el centro de todo proceso de desarrollo⁹⁹. En efecto, los grandes desafíos de nuestros tiempos - la protección del ser humano y del medio ambiente, la superación de las disparidades alarmantes entre los países y dentro de ellos así como de la exclusión social y del desarraigo generados por la llamada "globalización" de la economía, la erradicación de la pobreza crónica y el fomento del desarrollo humano, el desarme, - han incitado a la revitalización de los propios fundamentos y principios del Derecho Internacional contemporáneo, tendiendo a hacer abstracción de soluciones jurisdiccionales y espaciales (territoriales) clásicas y desplazando el énfasis para la noción de solidaridad.

Tal como me permití señalar en mi anteriormente citado Voto Concurrente en la Opinión Consultiva n. 16, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (1999),

"toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado, de forma convergente, a lo largo de las últimas décadas, una interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos del ser humano. (...) Las propias emergencia y consolidación del *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se deben a la reacción de la *consciencia jurídica universal* ante los recurrentes abusos cometidos contra los seres humanos, frecuentemente convalidados por la ley positiva: con ésto, el Derecho vino al encuentro del ser humano, destinatario último de sus normas de protección" (párrs. 3-4).

En seguida, en el referido Voto Concurrente, dejé constancia del reconocimiento, en nuestros días, de la necesidad de restituir al ser humano "la posición central - como *sujeto del*

⁹⁹. A.A. Cançado Trindade, "Introdução à Edição...", *op. cit. supra* n. (91), pp. IX-XX.

derecho tanto interno como internacional - de dónde fué indebidamente desplazado, con consecuencias desastrosas, evidenciadas en las sucesivas atrocidades conmetidas en su contra en las tres últimas décadas. Todo ésto ocurrió con la complacencia del positivismo jurídico, en su subserviencia típica al autoritarismo estatal" (párr. 12). Y acrecenté:

- "Con la desmistificación de los postulados del positivismo voluntarista, se tornó evidente que sólo se puede encontrar una respuesta al problema de los fundamentos y de la validez del derecho internacional general en la *conciencia jurídica universal*, a partir de la aserción de la idea de una justicia objetiva. Como una manifestación de esta última, se han afirmado los derechos del ser humano, emanados directamente del derecho internacional, y no sometidos, por lo tanto, a las vicisitudes del derecho interno" (párr. 14).

En efecto, las atrocidades y abusos que han victimado en las últimas décadas millones de seres humanos en todas partes, aumentando los contingentes de refugiados, desplazados y migrantes en búsqueda de la sobrevivencia, han en definitiva despertado la *conciencia jurídica universal* para la apremiante necesidad de reconceptualizar las propias bases del ordenamiento jurídico internacional. Pero urge, en nuestros días, que se estimule este despertar de la *conciencia jurídica universal* para intensificar el proceso de humanización del derecho internacional contemporáneo, - tal como enfatizé en mi ya citado Voto Concurrente en el caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiana en la República Dominicana* (Medidas Provisionales de Protección, 2000) ante la Corte Interamericana (párr. 12).

Más recientemente, en el caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (Sentencia sobre el fondo, de 25 de noviembre de 2000), también ante la misma Corte, me permití insistir en el punto, en mi Voto Razonado; al opinar que los avances en el campo de la protección internacional de los derechos de la persona humana se deben a la *conciencia jurídica universal* (párr. 28), expresé mi entendimiento en los siguientes términos:

"(...) en el campo de la ciencia del derecho, no veo cómo dejar de afirmar la existencia de una *conciencia jurídica universal* (correspondiente a la *opinio juris communis*), que constituye, en mi entender, la fuente *material* por excelencia (más allá de las fuentes formales) de todo el derecho de gentes, responsable por los avances del género humano no sólo en el plano jurídico sino también en el espiritual" (párr. 16).

Espero, sinceramente, que la doctrina jurídica del siglo XXI dedique a este punto considerablemente más atención que la dedicada por la doctrina jurídica a lo largo de todo el siglo pasado, el siglo XX. Hay que prestar mayor atención a la cuestión básica de los fundamentos y la validez del derecho internacional. La actitud más común de los jusinternacionalistas del siglo XX, al abordar, v.g., el capítulo atinente a las fuentes del derecho internacional, era atenerse a sus aspectos meramente formales, repitiendo *ad nauseam* la enumeración de las fuentes consagrada en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, una disposición enteramente anacrónica, - como tantas otras, mero fruto de su tiempo, - originalmente redactada al inicio de los años veinte!

Los desafíos del siglo XXI no más admiten tanta reserva mental, y tampoco la actitud, tan generalizada y cómoda, de eximirse de examinar la cuestión muchísimo más difícil de la fuente *material* del derecho internacional contemporáneo. Esta cuestión no puede ser abordada adecuadamente desde una perspectiva positivista, y haciendo abstracción de los valores, y del propio fin del Derecho, - en el presente contexto, la protección del ser humano. El derecho internacional no se reduce, en absoluto, a un instrumental a servicio del poder; su destinatario final es el ser humano, debiendo atender a sus necesidades, entre las cuales la realización de la justicia.

A contrario de lo afirmado, v.g., por Hans Kelsen, de que no era posible reconciliar el orden legal con el orden moral¹⁰⁰, pienso que la experiencia humana a lo largo del siglo XX, marcado por tantos avances en el dominio científico-tecnológico acompañados por atrocidades sin precedentes,

¹⁰⁰. H. Kelsen, "The Basis of Obligation in International Law", in *Estudios de Derecho Internacional - Homenaje al Profesor C. Barcía Trelles*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1958, p. 110.

demuestra que no es posible concibir el orden legal haciendo abstracción del orden moral. La afirmación de Kelsen se dió en su evaluación de un estudio clásico de J.L. Brierly, quien, como él, buscó examinar la base de la validez de las normas del derecho internacional. Brierly llegó a afirmar, en su estudio, que la conexión entre el derecho y la moral es "mucho más fundamental" que su distinción, y que la base última de una obligación internacional reside en la moral¹⁰¹; sin embargo, más adelante el propio Brierly confesó no saber cómo conciliar la convicción individual de actuar de acuerdo con el derecho con el carácter "imperativo" de este último¹⁰². Y, en su *Law of Nations*, Brierly se limitó, de manera insatisfactoria, a decir, *tout court*, que la respuesta a esta cuestión debe ser encontrada fuera del orden legal, debiendo la filosofía del derecho proveerla¹⁰³. Se detuvo, pues, en el medio del camino...

A mi juicio, hay elementos para abordar la materia, de modo más satisfactorio, tanto en la jurisprudencia internacional, como en la práctica de los Estados y organismos internacionales, como en la doctrina jurídica más lúcida. De estos elementos se desprende, - me permito insistir, - *el despertar de un conciencia jurídica universal*, para reconstruir, en este inicio del siglo XXI, el derecho internacional, con base en un nuevo paradigma, ya no más estatocéntrico, sino situando el ser humano en posición central y teniendo presentes los problemas que afectan a la humanidad como un todo (*supra*).

En cuanto a la *jurisprudencia internacional*, el ejemplo más inmediato reside en la jurisprudencia de los dos tribunales internacionales de derechos humanos hoy existentes, las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos¹⁰⁴. A ésta se puede agregar la jurisprudencia

¹⁰¹. J.L. Brierly, *The Basis of Obligation in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1958, p. 65.

¹⁰². Cf. *ibid.*, pp. 66-67, y cf. también pp. 68-80.

¹⁰³. J.L. Brierly, *The Law of Nations*, 6a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 54.

¹⁰⁴. El primer Protocolo (de 1998) a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos dispone sobre la creación, - cuando entre en vigor el Protocolo de Burkina Faso, - de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la cual todavía no

emergente de los dos Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, para la ex-Yugoslavia y Ruanda. Y la propia jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia contiene elementos desarrollados a partir, v.g., de consideraciones básicas de humanidad¹⁰⁵.

En cuanto a la *práctica internacional*¹⁰⁶, la idea de una conciencia jurídica universal ha marcado presencia en muchos debates de las Naciones Unidas (sobre todo de la Sexta Comisión de la Asamblea General), en los trabajos de las Conferencias de codificación del derecho internacional (el llamado "derecho de Viena") y los respectivos *travaux préparatoires* de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas¹⁰⁷. Más recientemente, ha ocupado un espacio importante en el ciclo de Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas de la década de los noventa (*supra*).

A la par de los trechos anteriormente citados de algunos de los documentos finales de dichas Conferencias, me limitaré a recordar un aspecto de los difíciles trabajos del Comité de Redacción de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), en los cuales tuve el privilegio de participar. En mi relato de aquellos trabajos, me referí a la iniciativa de insertar, en la Declaración y Programa de Acción de Viena (principal documento resultante de aquella Conferencia), una invocación al "espíritu de nuestra época" y a las "realidades de nuestro tiempo", a requerir que los Estados miembros de las Naciones Unidas y todos los pueblos del mundo se dedicasen a la tarea

ha sido establecida.

¹⁰⁵. Cf., v.g., A.A. Cançado Trindade, "La jurisprudence de la Cour Internationale de Justice sur les droits intangibles / The Case-Law of the International Court of Justice on Non-Derogable Rights", *Droits intangibles et états d'exception / Non-Derogable Rights and States of Emergency* (eds. D. Prémont, C. Stenersen y I. Oseredczuk), Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 73-89.

¹⁰⁶. Entendida ésta ya no más como la simple "práctica de los Estados", inspirada por sus llamados "intereses vitales", como en las sistematizaciones del pasado, sino más bien la práctica de los Estados y organismos internacionales en búsqueda de la realización de fines comunes y superiores.

¹⁰⁷. Este punto forma objeto de un estudio que estoy desarrollando en el presente, con conclusión programada para el año 2005.

verdaderamente global de promover y proteger todos los derechos humanos de modo a asegurarles goce pleno y universal. Y agregué, en mi relato:

- "En efecto, los debates sobre este último pasaje proporcionaron uno de los momentos más luminosos de los trabajos del Comité de Redacción de la Conferencia, en la tarde del 23 de junio [de 1993]. Originalmente se contemplaba hacer referencia sólo al 'espíritu de nuestra época', pero se decidió agregar otra referencia a las 'realidades de nuestro tiempo' en el entendimiento de que éstas habrían de ser apreciadas a la luz de aquél: el 'espíritu de nuestra época' se caracteriza por la aspiración común a valores superiores, al fortalecimiento de la promoción y protección de los derechos humanos intensificadas en la transición democrática e instauración del Estado de Derecho en tantos países, a la búsqueda de soluciones globales en el tratamiento de temas globales (mención hecha, v.g., a la necesidad de erradicación de la pobreza extrema). Este el entendimiento que prevaleció, al respecto, en el Comité de Redacción"¹⁰⁸.

También en la *doctrina del derecho internacional* encontramos elementos para el desarrollo de la materia, aunque, sorprendentemente, no suficientemente articulados hasta la fecha. La noción de lo que yo denomino de *conciencia jurídica universal* pasa a encontrar expresión doctrinal en tiempos relativamente recientes, a lo largo del siglo XX, con la emergencia del concepto de *communis opinio juris*, frente al viejo dogma positivista del consentimiento (*voluntas*) individual para la formación del derecho consuetudinario¹⁰⁹. En las tres primeras décadas del siglo XX, la expresión "conciencia jurídica internacional" fue efectivamente utilizada, en sentido ligeramente distinto, recordando la noción clásica de la *civitas maxima*, a fin de fomentar el espíritu de solidaridad internacional¹¹⁰.

¹⁰⁸. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 185-186.

¹⁰⁹. A. Carty, *The Decay of International Law? A Reappraisal of the Limits of Legal Imagination in International Affairs*, Manchester, University Press, 1986, pp. 26-28 y 33.

¹¹⁰. Cf., v.g., G. Tassitch, "La conscience juridique internationale", 65 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1938) pp. 310-311, 314, 316-317 y 320.

En un estudio clásico de 1946, Max Sorensen no se eximió de distinguir las fuentes formales del derecho internacional, - es decir, los métodos o procedimientos por los cuales son creadas las reglas del derecho internacional, - de su fuente material, la cual comprende, en sus palabras,

"(...) les éléments et les influences qui déterminent le contenu de la réglementation juridique, que ce soient les intérêts et besoins pratiques des États ou les exigences idéales que découlent, à un moment donné, de la conscience sociale, des idéologies prévalant dans la communauté internationale"¹¹¹.

Años después, en pleno proceso de descolonización, el martinicano Frantz Fanon publicó, en 1961 (el mismo año de su muerte prematura), su relato de los sacrificios (y, sobre todo, la crueldad mental) de la lucha anticolonial, titulado *Los Condenados de la Tierra*; al final del mismo, en una profesión de fe, destacó la importancia de la concientización de los nuevos países recién-emancipados, de cuyo centro "se erige y revive la conciencia internacional"¹¹².

En América Latina, referencias a "conciencia jurídica" y a "conciencia moral" se encuentran, por ejemplo, en la *Meditación sobre la Justicia* (1963) del jurista mexicano Antonio Gómez Robledo, en medio a su juiciosa crítica del positivismo jurídico¹¹³. Y dos décadas antes, el jurista chileno Alejandro Álvarez argumentaba que los grandes principios del derecho internacional, y la propia "justicia internacional", emanan de la "conciencia pública" o "conciencia de los

¹¹¹. Max Sorensen, *Les sources du droit international*, Copenhague, Munksgaard, 1946, pp. 13-14. - En otro estudio clásico, de 1947, al endosar la reacción contra el positivismo jurídico, Alf Ross afirmó que existen fuentes del derecho [internacional] "other than those positively formulated. (...) A realistic doctrine of the sources of law is based on experience but recognises that not all sources are positive in the sense that they are 'formally established'"; Alf Ross, *A Textbook of International Law - General Part*, London, Longmans, 1947, p. 95.

¹¹². Frantz Fanon, *Os Condenados da Terra*, Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 1968 (traducción del original francés de 1961), pp. 206-207.

¹¹³. A. Gómez Robledo, *Meditación sobre la Justicia*, México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1963, pp. 179 y 185.

pueblos"¹¹⁴. Estos son algunos ejemplos a revelar que, de los dos lados del Atlántico, hubo jusinternacionalistas que tuvieron la intuición y la sensibilidad para la realidad de la *conciencia humana*, mas allá de la "realidad" cruda de los hechos.

Sin que me vea en la necesidad de aquí evocar el mito platónico de la caverna (en realidad, el primer mito existencial, a revelar la precariedad de la condición humana, y, por consiguiente, la necesidad de la transcendencia, bien más allá del positivismo), y ateniéndome al dominio de la ciencia jurídica, cabería recordar los debates del *Institut de Droit International*, en su Sesión de Nueva York de 1929, sobre un proyecto de declaración sobre los derechos humanos. En la ocasión, al recordar "la vida espiritual de los pueblos", se observó que "un nuevo espíritu" de la época, y la "conciencia jurídica de los pueblos", requerían un nuevo derecho de gentes, con la afirmación de los derechos humanos¹¹⁵.

En un determinado momento de aquellos memorables debates de 1929 del *Institut*, - casi olvidados en nuestros días, - se ponderó, por ejemplo, que

"(...) Dans la conscience du monde moderne, la souveraineté de tous les États doit être limitée par le but commun de l'humanité. (...) L'État dans le monde n'est qu'un moyen en vue d'une fin, la perfection de l'humanité (...). La protection des droits de l'homme est le devoir de tout État envers la communauté internationale. (...)
(...) Il s'agit de proclamer les droits que la conscience du monde civilisé reconnaît aux individus en tant qu'hommes.(...)"¹¹⁶.

Al final de los referidos debates, el *Institut* (22a. Comisión) efectivamente adoptó una resolución

¹¹⁴. Alejandro Álvarez, *La Reconstrucción del Derecho de Gentes - El Nuevo Orden y la Renovación Social*, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1944, pp. 19-21 y 24-25, y cf. p. 488.

¹¹⁵. Cf. *Annuaire de l'Institut de Droit International* (Session de New York), vol. II, 1929, pp. 114, 134-135 y 137.

¹¹⁶. *Ibid.*, pp. 112 y 117.

conteniendo la "Déclaration des droits internationaux de l'homme", cuyo primer *considerandum* afirmó con énfasis que "la conscience juridique du monde civilisé exige la reconnaissance à l'individu de droits soustraits à toute atteinte de la part de l'État"¹¹⁷.

Estas palabras se anticiparon en dos décadas la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, adoptada poco después de los horrores de la II guerra mundial. Durante el período de 1939-1945 - en plena agonía de lo que se creía ser la "civilización", frente al holocausto, - Jacques Maritain escribió su ensayo "*Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*", síntesis de su pensamiento filosófico sobre los límites del poder estatal. El punto de partida de J. Maritain fue la existencia de la persona humana, que tiene su raíz en el espíritu; a partir de ahí, advirtió que el verdadero progreso significa la *ascensión de la conciencia*, de la igualdad y comunión de todos en la naturaleza humana, realizando así el bien común y la justicia¹¹⁸.

Propugnó, en seguida, por la liberación de las servidumbres materiales, para el desarrollo sobre todo de la vida del espíritu; en su visión, la humanidad sólo progresa cuando marcha en el sentido de la emancipación humana¹¹⁹. Al afirmar que "la persona humana trasciende el Estado", por cuanto tiene "un destino superior al tiempo"¹²⁰, J. Maritain agregó, categóricamente, que

"(...) El Estado no tiene autoridad para obligarme a reformar el juicio de mi conciencia, como tampoco tiene el poder de imponer a los espíritus su criterio sobre el bien y el mal (...). Por eso, cada vez que sale de sus límites naturales para penetrar, en nombre de las reivindicaciones totalitarias, en el santuario de la conciencia, se esfuerza en violar a ésta por medios monstruosos de envenenamiento psicológico, de mentira organizada y de terror.

¹¹⁷. *Cit. in ibid.*, p. 298.

¹¹⁸. Jacques Maritain, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires, Ed. Leviatán, 1982 (reimpr.), pp. 12, 18, 38, 43 y 94-96, y cf. p. 69.

¹¹⁹. *Ibid.*, pp. 50 y 105-108.

¹²⁰. *Ibid.*, pp. 79-80, y cf. p. 104.

Cada persona humana tiene el derecho de decidir por sí misma en lo que concierne a su destino personal (...)"¹²¹.

La evolución conceptual aquí examinada gradualmente se movía, a partir de los años sesenta, de la dimensión *internacional* a la *universal*, bajo la gran influencia del desarrollo del propio Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El reconocimiento de ciertos *valores* fundamentales, sobre la base de un sentido de justicia objetiva, en mucho contribuyó a la formación de la *communis opinio juris*¹²² en las últimas décadas del siglo XX. Lo mismo se puede decir de los intereses comunes de la comunidad internacional y del reconocimiento generalizado del imperativo de satisfacer las necesidades sociales básicas¹²³. Así, al inicio de los años setenta, el jurista nigeriano T.O. Elias, por ejemplo, no hesitó en referirse al "overwhelming trend toward consensus which is an expression of the juridical conscience of the world community"¹²⁴.

En los años ochenta, al recordar la formulación doctrinal italiana del derecho consuetudinario como el llamado "derecho espontáneo" (de R. Ago, R. Quadri, G. Sperduti, entre otros), F. Münch criticó el puro formalismo del enfoque positivista de las fuentes del derecho internacional, observando que las categorías señaladas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no pertenecían "ni siquiera a un orden lógico"¹²⁵. Giuseppe Sperduti, a su vez, al final de la década de ochenta no hesitó en afirmar, en otra crítica al positivismo jurídico, que

¹²¹. *Ibid.*, pp. 81-82.

¹²². Maarten Bos, *A Methodology of International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1984, p. 251, y cf. pp. 246 y 253-255.

¹²³. B. Stern, "La coutume au coeur du Droit international - quelques réflexions", *Mélanges offerts à Paul Reuter - Le droit international: unité et diversité*, Paris, Pédone, 1981, p. 487.

¹²⁴. T.O. Elias, "Modern Sources of International Law", *Transnational Law in a Changing Society: Essays in Honour of Ph.G. Jessup* (eds. W. Friedmann, L. Henkin y O. Lissitzyn), N.Y./London, Columbia University Press, 1972, p. 51.

¹²⁵. F. Münch, *op. cit. infra* n. (129), p. 835.

"(...) la doctrine positiviste n'a pas été en mesure d'élaborer une conception du droit international aboutissant à l'existence d'un véritable ordre juridique (...). Il faut voir dans la conscience commune des peuples, ou conscience universelle, la source des normes suprêmes du droit international"¹²⁶.

Referencias del género, susceptibles hoy día ciertamente de un desarrollo conceptual más amplio y profundizado, no se limitan al plano doctrinal; figuran igualmente en tratados internacionales. La Convención contra el Genocidio de 1948, v.g., se refiere, en su preámbulo, al "espíritu" de las Naciones Unidas. Transcurrido medio siglo, el preámbulo del Estatuto de Roma de 1998 del Tribunal Penal Internacional se refiere a la "conciencia de la humanidad" (segundo *considerandum*). Y el preámbulo de la Convención Interamericana de 1994 sobre la Desaparición Forzada de Personas, para citar otro ejemplo, menciona la "conciencia del hemisferio" (tercero *considerandum* del preámbulo).

Una cláusula de la mayor transcendencia merece destaque: la llamada *cláusula Martens*, que cuenta con más de un siglo de trayectoria histórica. Originalmente presentada por el Delegado de Rusia, Friedrich von Martens, a la I Conferencia de Paz de La Haya (1899), fue insertada en los preámbulos de la II Convención de La Haya de 1899 (párr. 9) y de la IV Convención de La Haya de 1907 (párr. 8), ambas relativas a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Su propósito - conforme la sabia premonición del jurista y diplomático ruso - era el de extender jurídicamente la protección a las personas civiles y los combatientes en todas las situaciones, aunque no contempladas por las normas convencionales; con este fin, la cláusula Martens invocaba "los principios del derecho de gentes" derivados de "los usos establecidos", así como "las leyes de humanidad" y "las exigencias de la conciencia pública".

Subsiguientemente, la cláusula Martens volvió a figurar en la disposición común, relativa a

¹²⁶. G. Sperduti, "La souveraineté, le droit international et la sauvegarde des droits de la personne", in *International Law at a Time of Perplexity - Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, Nijhoff, 1989, p. 884, y cf. p. 880.

la denuncia, de las cuatro Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario de 1949 (artículo 63/62/142/158), así como en el Protocolo Adicional I (de 1977) a dichas Convenciones (artículo 1(2)), - para citar algunas de las principales Convenciones de Derecho Internacional Humanitario. La cláusula Martens se ha revestido, pues, a lo largo de más de un siglo, de validez continuada, por cuanto, por más avanzada que sea la codificación de la normativa humanitaria, difícilmente podrá ser ésta última considerada verdaderamente completa.

La cláusula Martens continúa, así, a servir de advertencia contra la suposición de que lo que no esté expresamente prohibido por las Convenciones de Derecho Internacional Humanitario pudiera estar permitido; todo lo contrario, la cláusula Martens sostiene la aplicabilidad continuada de los principios del derecho de gentes, las leyes de humanidad y las exigencias de la conciencia pública, independientemente del surgimiento de nuevas situaciones y del desarrollo de la tecnología¹²⁷. La cláusula Martens impide, pues, el *non liquet*, y ejerce un rol importante en la hermenéutica de la normativa humanitaria.

El hecho de que los redactores de las Convenciones de 1899, 1907 y 1949, y del Protocolo I de 1977, hayan reiteradamente afirmado los elementos de la cláusula Martens, sitúa esta última en el plano de las propias *fuentes materiales* del Derecho Internacional Humanitario¹²⁸. De ese modo, ejerce una influencia continua en la formación espontánea del contenido de nuevas reglas del Derecho Internacional Humanitario¹²⁹. La doctrina jurídica contemporánea también ha

¹²⁷. B. Zimmermann, "Protocol I - Article 1", *Commentary on the Additional Protocols of 1977 to the Geneva Conventions of 1949* (eds. Y. Sandoz, Ch. Swinarski y B. Zimmermann), Geneva, ICRC/Nijhoff, 1987, p. 39.

¹²⁸. H. Meyrowitz, "Réflexions sur le fondement du droit de la guerre", *Études et essais sur le Droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet* (ed. Christophe Swinarski), Genève/La Haye, CICR/Nijhoff, 1984, pp. 423-424; y cf. H. Strebel, "Martens' Clause", *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), vol. 3, Amsterdam, North-Holland Publ. Co., 1982, pp. 252-253.

¹²⁹. F. Münch, "Le rôle du droit spontané", in *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional - Libro-Homenaje al Profesor Dr. Antonio Truyol Serra*, vol. II, Madrid, Universidad Complutense,

caracterizado la cláusula Martens como fuente del propio derecho internacional general¹³⁰; y nadie osaría hoy negar que las "leyes de humanidad" y las "exigencias de la conciencia pública" invocadas por la cláusula Martens pertenecen al dominio del *jus cogens*¹³¹. La referida cláusula, como un todo, ha sido concebida y reiteradamente afirmada, en última instancia, en beneficio de todo el género humano, manteniendo así su gran actualidad. Se puede considerarla como expresión de la *razón de la humanidad* imponiendo límites a la *razón de Estado (raison d'État)*.

Quisiera concluir estas reflexiones en un tono positivo. Si es cierto que el drama de los numerosos marginalizados y excluidos de la "globalización" económica, de los refugiados y desplazados, de los desarraigados en general, de las víctimas inocentes de conflictos armados internos e internacionales, presenta hoy un enorme desafío a la labor de protección internacional de los derechos de la persona humana, - también es cierto que las reacciones a las violaciones masivas de los derechos humanos son hoy inmediatas y contundentes, en razón del despertar de la conciencia jurídica universal para la necesidad de prevalencia de la dignidad de la persona humana en cualesquiera circunstancias. Se afirman hoy, con mayor vigor, los derechos humanos universales.

Ya no se sostienen el monopolio estatal de la titularidad de derechos ni los excesos de un positivismo jurídico degenerado, que excluyeron del ordenamiento jurídico internacional el destinatario final de las normas jurídicas: el ser humano. En nuestros días, el modelo westphaliano del ordenamiento internacional se configura en definitiva agotado y superado. Con ocasión, en 1968, del vigésimo aniversario de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos,

1986, p. 836; H. Meyrowitz, *op. cit. supra* n. (128), p. 420. Ya se ha señalado que, en *ultima ratio legis*, el Derecho Internacional Humanitario protege la propia humanidad, ante los peligros de los conflictos armados; Christophe Swinarski, *Principales Nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema Internacional de Protección de la Persona Humana*, San José de Costa Rica, IIDH, 1990, p. 20.

¹³⁰. F. Münch, *op. cit. supra* n. (129), p. 836.

¹³¹. S. Miyazaki, "The Martens Clause and International Humanitarian Law", *Études et essais... en l'honneur de J. Pictet*, *op. cit. supra* n. (128), pp. 438 y 440.

René Cassin, que participara del proceso preparatorio de su elaboración¹³², ponderó que

- "(...) S'il subsiste encore sur la terre, de grandes zones où des millions d'hommes ou de femmes résignés à leur destin n'osent pas préférer la moindre plainte ou même ne conçoivent pas qu'un recours quelconque soit possible, ces territoires se rétrécissent de jour en jour. La prise de conscience de ce qu'une émancipation est possible, est devenue de plus en plus générale. (...) La condition première de toute justice, c'est-à-dire la possibilité d'acculer les puissants à subir (...) un contrôle public, est remplie beaucoup plus souvent que jadis. (...) La plupart des Conventions et Pactes [des droits de l'homme], (...) incitent les États Parties à créer chez eux des instances de recours et prévoient certaines mesures de protection ou de contrôle international. (...) Le fait que la résignation sans espoir, que le mur du silence et que l'absence de tout recours soient en voie de réduction ou de disparition, ouvre à l'humanité en marche des perspectives encourageantes. (...)"¹³³.

La emancipación del ser humano *vis-à-vis* el propio Estado avanza lentamente, pero avanza. Nadie podría suponer o antever, hace algunos años atrás, que las causas de los desplazados, de los migrantes en búsqueda de alimento, vivienda, trabajo y educación (cf. *supra*), y de los niños

¹³². Como *rapporteur* del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, encargado de preparar el proyecto de la Declaración (mayo de 1947 a junio de 1948).

¹³³. R. Cassin, "Vingt ans après la Déclaration Universelle", 8 *Revue de la Commission Internationale de Juristes* (1967) n. 2, pp. 9-10. [Traducción: - "(...) Si todavía subsiste en la tierra grandes zonas donde millones de hombres o mujeres, resignados a su destino, no osan proferir la menor reclamación o ni siquiera a concibir que un recurso cualquier sea posible, éstos territorios disminuyen a cada día. La toma de consciencia de que una emancipación es posible, tórnase cada vez más general. (...) La primera condición de toda justicia, cual sea, la posibilidad de encorralar los poderosos para sujetarse a (...) un control público, se satisface hoy día mucho más frecuentemente que en el pasado. (...) Las Convenciones y Pactos [de derechos humanos] en su mayoría, (...) incitan los Estados Partes a en ellos crear las instancias de recursos y preven ciertas medidas de protección o de control internacional. (...) El hecho de que la resignación sin esperanza, de que el muro del silencio y de que la ausencia de todo recurso esten en vías de reducción o de desaparición, abre a la humanidad en marcha perspectivas alentadoras (...)"

abandonados en las calles¹³⁴ de las ciudades de América Latina, alcanzasen un tribunal internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³⁵. Ésto es fruto, sobre todo, del despertar de la conciencia humana para las necesidades de protección de los más débiles y de los olvidados.

Movida por esta conciencia, la propia dinámica de la vida internacional contemporánea ha cuidado de desautorizar el entendimiento tradicional de que las relaciones internacionales se regían por reglas derivadas enteramente de la libre voluntad de los propios Estados. El positivismo voluntarista se mostró incapaz de explicar el proceso de formación de las normas del derecho internacional general, y se tornó evidente que sólo se podría encontrar una respuesta al problema de los fundamentos y de la validez de este último en la *conciencia jurídica universal*, a partir de la afirmación de la idea de una justicia objetiva¹³⁶. En este umbral del siglo XXI, tenemos el privilegio

¹³⁴. Cf. CtIADH, caso de los "Niños de la Calle" (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*) (Sentencia sobre el Fondo, de 19 de noviembre de 1999, Serie C, n. 63).

¹³⁵. Para un estudio reciente sobre la trascendental importancia del acceso directo del ser humano a la justicia a nivel internacional, cf. A.A. Cançado Trindade, "Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos", in *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001 (en prensa).

¹³⁶. En esta línea de evolución también se insere la tendencia actual de 'criminalización' de violaciones graves de los derechos de la persona humana, paralelamente a la consagración del principio de la jurisdicción universal, - sumados al reconocimiento de la responsabilidad penal individual (a la par de la responsabilidad internacional del Estado), de capital importancia al combate a la impunidad (cf., v.g., la creación de los dos Tribunales *ad hoc*, para la ex-Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994), seguida de la adopción del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional (1988), - acrecidas de las tres Convenciones contra la Tortura, - la de las Naciones Unidas, 1984; la

de testimoniar e impulsar el proceso de *humanización* del derecho internacional, que pasa a ocupar más directamente de la identificación y realización de valores y metas comunes superiores. El reconocimiento de la centralidad de los derechos humanos corresponde a un nuevo *ethos* de nuestros tiempos.

En la construcción del ordenamiento jurídico internacional del nuevo siglo, testimoniamos, con la gradual erosión de la reciprocidad, la emergencia *pari passu* de consideraciones superiores de *ordre public*, reflejadas en las concepciones de las normas imperativas del derecho internacional general (el *jus cogens*), - en cuyo dominio hoy se sitúa el principio básico del *non-refoulement*, - de los derechos fundamentales inderogables, de las obligaciones *erga omnes* de protección (debidas a la comunidad internacional como un todo). La consagración de estas obligaciones representa la superación de un patrón de conducta erigido sobre la pretensa autonomía de la voluntad del Estado, del cual el propio derecho internacional buscó gradualmente liberarse ao consagrar el concepto de *jus cogens*¹³⁷.

Hay que dar seguimiento a la evolución alentadora de la consagración de las normas de *jus cogens* y obligaciones *erga omnes* de protección, buscando asegurar su plena aplicación práctica, en beneficio de todos los seres humanos¹³⁸. Estas nuevas concepciones se imponen en nuestros días, y de su fiel observancia, a mi juicio, dependerá en gran parte la evolución futura del propio Derecho

Interamericana, 1985; y la Europea, 1987).

¹³⁷. Cf. las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (de 1969 y 1986), artículos 53 y 64; y cf. comentarios in A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 412-420; A.A. Cançado Trindade, "The International Law of Human Rights at the Dawn of the XXIst Century", 3 *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional* - Castellón (1999) pp. 207-215.

¹³⁸. Cf., en ese sentido, mis Voto Razonado en el caso *Las Palmeras*, relativo a Colombia, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Sentencia sobre excepciones preliminares, 2000, Serie C, s/n., párrs. 1-15 - todavía no-publicado).

Internacional. En estas cercanías de la Catedral de La Habana, en el corazón de Cuba, no hesito en expresar mi entendimiento de que es este, efectivamente, el camino a seguir, con determinación, para que no más tengamos que continuar a convivir con las contradicciones trágicas, las injusticias y atrocidades que han marcado el siglo XX.
