

REVISTA IIDH

INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS
INSTITUT INTERAMÉRICAIN DES DROITS DE L'HOMME
INSTITUTO INTERAMERICANO DE DIREITOS HUMANOS
INTER-AMERICAN INSTITUTE OF HUMAN RIGHTS



40

**Edición especial sobre
Derechos económicos, sociales y culturales**
Julio-Diciembre 2004

 **Asdi**
AGENCIA SUECA
DE COOPERACION
INTERNACIONAL PARA
EL DESARROLLO

**NORWEGIAN MINISTRY
OF FOREIGN AFFAIRS**

REVISTA
IIDH

Instituto Interamericano de Derechos Humanos
Institut Interaméricain des Droits de l'Homme
Instituto Interamericano de Direitos Humanos
Inter-American Institute of Human Rights

© 2005, IIDH. INSTITUTO INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

Revista
341.481

Revista IIDH/Instituto Interamericano de Derechos
Humanos.-Nº1 (Enero/junio 1985)
-San José, C. R.: El Instituto, 1985-
v.; 23 cm.

Semestral

ISSN 1015-5074

1. Derechos humanos-Publicaciones periódicas

Las opiniones expuestas en los trabajos publicados en esta Revista son de exclusiva responsabilidad de sus autores y no corresponden necesariamente con las del IIDH o las de sus donantes.

Esta revista no puede ser reproducida en todo o en parte, salvo permiso escrito de los editores.

Diagramado y montaje electrónico de artes finales: Unidad de Información y Servicio Editorial del IIDH.

Impresión litográfica: Imprenta y Litografía Segura Hermanos S.A.

La Revista IIDH acogerá artículos inéditos en el campo de las ciencias jurídicas y sociales, que hagan énfasis en la temática de los derechos humanos. Los artículos deberán dirigirse a: Editores Revista IIDH; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Se solicita atender a las normas siguientes:

1. Se entregará un original y una copia escritos a doble espacio, dentro de un máximo de 45 cuartillas tamaño carta. El envío deberá acompañarse con disquetes de computador, indicando el sistema y el programa en que fue elaborado.
2. Las citas deberán seguir el siguiente formato: apellidos y nombre del autor o compilador; título de la obra (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada. Para artículos de revistas: apellidos y nombre del autor, título del artículo (entre comillas); nombre de la revista (en letra cursiva); volumen, tomo; editor; lugar y fecha de publicación; número de página citada.
3. La bibliografía seguirá las normas citadas y estará ordenada alfabéticamente, según los apellidos de los autores.
4. Un resumen de una página tamaño carta, acompañará a todo trabajo sometido.
5. En una hoja aparte, el autor indicará los datos que permitan su fácil localización (Nº fax, telef., dirección postal y correo electrónico). Además incluirá un breve resumen de sus datos académicos y profesionales.
6. Se aceptarán para su consideración todos los textos, pero no habrá compromiso para su devolución ni a mantener correspondencia sobre los mismos.

La Revista IIDH es publicada semestralmente. El precio anual es de US\$ 35,00. El precio del número suelto es de US\$ 21,00. Estos precios incluyen el costo de envío por correo regular.

Todos los pagos deben de ser hechos en cheques de bancos norteamericanos o giros postales, a nombre del Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Residentes en Costa Rica pueden utilizar cheques locales en dólares. Se requiere el pago previo para cualquier envío.

Dirigir todas las órdenes de suscripción a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Las instituciones académicas, interesadas en adquirir la Revista IIDH, mediante canje de sus propias publicaciones pueden escribir a la Unidad de Información y Servicio Editorial del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, A. P. 10.081-1000 San José, Costa Rica.

Índice

Presentación	7
<i>Roberto Cuéllar M.</i>	
 A modo de prólogo	
Derechos humanos y desarrollo económico y social.....	13
<i>Enrique V. Iglesias</i>	
 Doctrina	
Los derechos económicos, sociales y culturales y su protección en el sistema universal y en el sistema interamericano.....	25
<i>Mónica Pinto</i>	
Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales.....	87
<i>Manuel E. Ventura Robles</i>	
El Estado de Derecho y los derechos económicos, sociales y culturales de la persona humana.....	133
<i>Mariella Saettone</i>	
Las nuevas dimensiones de la igualdad.....	155
<i>Ernesto Ottone</i>	

Temas en derechos económicos, sociales y culturales

Trabajo

Derecho al trabajo y derechos de los trabajadores desde la perspectiva de los convenios internacionales sobre derechos económicos, sociales y culturales.....179
Rodolfo E. Piza Rocafort

Empresas recuperadas: Recuperación del derecho al trabajo.....237
Blanca Tirachini

Salud

El derecho a la salud.....265
Javier Vásquez

Derecho a la salud en México. Un análisis desde el debate teórico contemporáneo de la justicia sanitaria.....291
Lucía Montiel

Investigación biomédica: La responsabilidad moral de los agentes no estatales en el cumplimiento del derecho a la salud.....315
Julieta Arosteguy

Educación

Indicadores del derecho a la educación.....341
Katarina Tomasevski

Transversalidades

El desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal.....389
Antônio Augusto Cançado Trindade

Los retos de la sociedad civil en la defensa de los derechos económicos, sociales y culturales.....449
Flavia Piovesan

La discapacidad y el desarrollo de los pueblos.....475
Esteban Arias Monge

Presentación

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) se complace en presentar el número 40 de su Revista IIDH, correspondiente al segundo semestre de 2004. Se trata de una edición monográfica dedicada al tema *Derechos económicos, sociales y culturales*, eje temático del XXII Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos, llevado a cabo en San José, Costa Rica, del 16 al 27 de agosto de 2004, en concordancia con las prioridades temáticas de la estrategia institucional. Este número recoge las ponencias de algunos de los docentes, así como trabajos de investigación de varias personas participantes en este curso anual -preparados para optar por el Certificado Académico correspondiente al XXII Curso-, como lo hemos hecho en números monográficos anteriores (No. 32-33, Acceso a la justicia; No. 34-35, Participación política; No. 36, Educación en derechos humanos; No. 38, Justicia y seguridad).

El IIDH entiende los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) como una categoría fundamental de los derechos humanos, en clara interdependencia con los derechos protegidos individual y colectivamente en las constituciones nacionales, los instrumentos internacionales y en particular en el ámbito del sistema interamericano de protección de los derechos humanos. En cuanto a su contenido, subraya el valor del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (“Protocolo de San Salvador”, 1988) en el plano regional, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) en el universal y de la jurisprudencia de los órganos de protección de los derechos humanos. El Instituto Interamericano ha hecho un esfuerzo consistente y sostenido en este campo durante los últimos doce años, que se sintetizan en los puntos que siguen:

1. En 1993, el IIDH inició un proceso de discusión y análisis de la temática con ONG y organismos financieros, a partir del cual, en agosto de 1994 y agosto de 1996, organizó junto con la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) dos seminarios sobre la propuesta de transformación productiva con equidad y los DESC, cuyos resultados dieron origen al libro *La Igualdad de los Modernos: reflexiones acerca de la realización de los derechos económicos, sociales y culturales en América Latina*. La reflexión contenida en ese libro conserva una sorprendente actualidad, contituyéndose un excelente punto de partida para las discusiones del XXII Curso Interdisciplinario. Se acuñan en este estudio una serie de conceptos novedosos, tendientes a relacionar el acceso a los derechos económicos, sociales y culturales, con lo que aquí se denomina el “umbral de la ciudadanía”. De acuerdo con esta visión, la finalidad de los DESC no es tanto garantizar un umbral de sobrevivencia, sino más bien asegurar las condiciones que permitan la participación de las personas en la red de intercambios sociales, políticos, económicos y simbólicos, que definen la vida social. En otras palabras: una cosa es la sobrevivencia y otra la ciudadanía, y si bien los DESC pretenden garantizar la primera, apuntan también a asegurar la segunda. Y es que sin duda ser ciudadano es algo más que ser sujeto nominal de derechos ante el Estado, es también ser capaz de reclamarlos y ejercerlos. Y esto requiere, además de salud, vivienda y alimentación, educación, acceso a los medios de información y comunicación y sentido de pertenencia a una comunidad cultural, simbólica y política, sin importar el sistema económico prevaleciente.
2. El I y el II Curso Interamericano Sociedad Civil y Derechos Humanos (octubre 1998 y noviembre 2002) orientaron sus trabajos sobre esta misma temática; algunas conferencias y foros fueron publicados como libros en 2000 y 2002. También en los volúmenes I a VI de la Colección Estudios Básicos, se han publicado trabajos sobre el tema, encargados a varios expertos que han sido docentes de nuestros cursos y seminarios, entre los que cabe mencionar a Ligia Bolívar, Antônio Augusto Cançado Trindade, Roberto Garretón, María Elena Martínez Salgueiro, Emilio Fermín Mignone (†), Ernesto Ottone y Jaime Ordóñez.
3. Entre 1997 y 1999 el IIDH encargó investigaciones sobre experiencias de reclamación judicial de DESC en Argentina,

Nicaragua, República Dominicana y Venezuela, que fueron recogidas en el libro *Los derechos económicos, sociales y culturales: un desafío impostergable* (publicado en 1999).

4. El programa Mapas de Progreso en Derechos Humanos desarrolló - a partir del 2000 -, un esfuerzo de investigación piloto sobre tres campos de derechos: Acceso a la Justicia, Participación Política y Educación en Derechos Humanos. A partir del interés y entusiasmo generado en el XX Curso Interdisciplinario con esta metodología, surgieron un buen número de nuevas ideas por emprender, entre otras, la de elaborar un informe de alcance interamericano sobre el progreso del derecho a la educación en derechos humanos (EDH), consagrado en el artículo 13.2 del Protocolo de San Salvador, como uno de los derechos comprendidos en el marco del derecho a la educación en general. Desde entonces se han preparado y publicado ya tres informes sobre esta temática y está en curso la preparación del cuarto*.

Cabe mencionar respecto a esto último que la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (AGOE), llevada a cabo en Fort Lauderdale, Florida, del 5 al 7 de junio, aprobó dos resoluciones relativas a estas investigaciones, en las que reconoce la labor del IIDH. Las resoluciones en mención son la 2066 y la 2074. En su AG/RES. 2066, titulada *Difusión de los contenidos del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos en los centros de formación académica de los países del hemisferio*, la AGOE resolvió tomar en cuenta el *II informe interamericano de la educación en derechos humanos* del IIDH, sugiriendo a los Estados la implementación de sus recomendaciones en cuanto les sea posible. De esta manera le otorga al IIDH un papel central en materia de educación en derechos humanos en las Américas, a partir de las investigaciones que realiza en este campo.

La metodología que el IIDH ha desarrollado para llevar a cabo estas investigaciones es también reconocida. En la AG/RES. 2074, *Normas para la confección de los informes periódicos previstos en el Protocolo de San Salvador*, la AGOE resolvió solicitar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que proponga al Consejo Permanente para su eventual aprobación, los indicadores de progreso a ser empleados para cada agrupamiento de derechos protegidos sobre los que deba presentarse informe, teniendo en

* Estos informes están disponibles en el sitio web del IIDH:
http://www.iidh.ed.cr/informes_i_cont.htm.

cuenta, entre otros, los aportes del IIDH en este campo. En lo principal, esta resolución establece que los Estados Partes convienen en preparar y presentar periódicamente informes sobre el progreso que hubieren alcanzado en la protección jurídica de los derechos económicos, sociales y culturales, así como en la adopción de medidas para garantizar su cabal cumplimiento.

Hemos dividido este número de la Revista IIDH en dos partes: doctrina y temas en DESC -trabajo, salud, educación y tres perspectivas transversales desde las que podemos aproximarnos a la problemática. A modo de prólogo, incluimos la conferencia pública que ofreciera en el marco del XXII Curso Enrique Iglesias, entonces Presidente del Banco Interamericano de Desarrollo, *Derechos humanos y desarrollo económico y social*.

En la primera parte –doctrina– hemos incluido cuatro artículos, de Mónica Pinto (Argentina), jurista integrante de la Asamblea General del IIDH; Manuel E. Ventura (Costa Rica), Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Ernesto Ottone (Chile), sociólogo asesor principal del Presidente Ricardo Lagos en calidad de Director de Análisis Estratégico de la Presidencia de la República de Chile, y Mariella Saettone (Uruguay), profesora adjunta de Derecho Administrativo y Derechos Humanos de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay, los tres primeros ponentes en el Curso, la tercera participante. Tratan en sus artículos diversos aspectos relativos a la protección internacional de los DESC.

En el tema de salud contamos en este número con la contribución de Rodolfo E. Piza Rocafort, jurista costarricense que desarrolló, como ponente del curso, el tema del derecho al trabajo y los derechos de los trabajadores, desde la perspectiva de los convenios internacionales sobre DESC. Blanca Tirachini (Argentina), ex Defensora de la Provincia de Neuquén y participante en el curso, presenta en su artículo el problema de las leyes de flexibilización laboral en Argentina, que han contribuido a la erosión del derecho al trabajo en ese país, a partir del cual presenta el fenómeno de grupos de operarios que re-abren y ponen en funcionamiento empresas, analizando las pautas laborales que se auto-imponen estos grupos a modo de ver cómo esto ha permitido la recuperación del derecho al trabajo. En el tema de salud presentamos tres contribuciones. De Javier Vásquez (España), representante de la Organización Panamericana de la Salud/Organización Mundial de la Salud

(OPS/OMS), reproducimos la ponencia que ofreciera en el curso, titulada *El derecho a la salud*. Los trabajos de dos participantes del curso completan esta sección: de Lucía Montiel (México) publicamos su aporte sobre el derecho a la salud en México, análisis hecho desde el debate teórico de la justicia sanitaria; de Julieta Arosteguy (Argentina) su artículo sobre la responsabilidad moral de los agentes no estatales en el cumplimiento del derecho a la salud.

Sobre educación presentamos la ponencia de Katarina Tomasevsky (Croacia), ex Relatora de las Naciones Unidas para el Derecho a la Educación, quien propone un esquema para el desarrollo de indicadores del derecho a la educación. Le siguen tres artículos sobre perspectivas transversales: el problema del desarraigo; los retos que enfrenta la sociedad civil en la defensa de los DESC, y la discapacidad en el marco del desarrollo social. El primero es un aporte de Antônio A. Cançado Trindade (Brasil), Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; el segundo lo desarrolla Flávia Piovesan (Brasil), jurista, Procuradora del Estado de São Paulo desde 1991, ambos ponentes en el marco del curso. Esteban Arias (Costa Rica) es el autor del artículo sobre discapacidad, el cual preparó a solicitud del IIDH en su calidad de colaborador, como abogado especialista en derechos humanos.

Los invitamos a conocer los alcances de este tema, central para la vida política y social de todas las personas que habitamos este hemisferio, mediante los aportes e interesantes perspectivas de los autores y autoras. Dejamos abierta la invitación a todas aquellas personas que deseen enviar sus trabajos a la consideración del Comité Editorial de la Revista IIDH, aprovechando la oportunidad para agradecer, asimismo, a las agencias internacionales de cooperación, agencias del sistema de Naciones Unidas, agencias y organismos de la Organización de Estados Americanos, universidades y centros académicos, con cuyos aportes y contribuciones es posible la labor del IIDH.

*Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo*

Temas en derechos económicos, sociales y culturales

TRANSVERSALIDADES

El desarraigo como problema de derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal*

*Antônio Augusto Cançado Trindade***

Introducción

Difícilmente podría haber ocasión más adecuada que el presente Forum Deusto, referente al año 2002, para desarrollar algunas reflexiones sobre el drama de los desarraigados como un gran desafío contemporáneo a la protección de los derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal. El referido problema, de los más graves en este inicio del siglo XXI, se inserta perfectamente en el tema general del presente Forum, formulado en términos deliberadamente amplios, “Movimientos de Personas e Ideas y Multiculturalidad”, a modo de abarcar cuestiones conexas diversas.

No es mi propósito limitarme a una exposición didáctica o abstracta 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 concientización de la importancia del cultivo de *valores* superiores para enfrentar la tragedia contemporánea de los desarraigados. El mencionado problema afecta hoy a toda la humanidad, victimando millones de personas; lo abordaré como tal y desde la perspectiva de alguien que comparece

* El presente estudio sirvió de base, en versión preliminar, a la conferencia dictada por el autor, el 28 de noviembre del 2000, en el Seminario de San Carlos y San Ambrosio, en La Habana, Cuba, y, en versión definitiva, en el Forum Deusto, en la Universidad de Deusto, en Bilbao, España, el 21 de marzo del 2002.

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

a este Forum Deusto proviniendo del otro lado del Atlántico, y que tiene presente de modo especial la realidad del cotidiano de América Latina.

Para comenzar, me detendré en la llamada “globalización” de la economía y la exclusión social, así como en la glorificación del mercado y la distorsión del rol del Estado, con el consecuente cuadro mundial preocupante, resultante de ello en nuestros días.

Abordaré después las respuestas del Derecho, que puedo identificar hasta la fecha, a las nuevas necesidades de protección del ser humano víctima de la tragedia del desarraigo, a saber: a) la diversidad cultural y la universalidad de los derechos humanos; b) las convergencias entre el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; c) la prohibición de expulsión masiva de extranjeros; d) el reconocimiento del derecho de *permanecer* en el propio hogar; y d) los derechos humanos de los desarraigados.

Examinaré luego el fenómeno del desarraigo en la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Situaré el principio básico del *non-refoulement*, como no podría dejar de ser, en el dominio del *jus cogens*. El campo estará, por último, abierto a la presentación de mis reflexiones finales, acerca de lo que me permito denominar el despertar de la *conciencia jurídica universal* y el proceso de la *humanización del derecho internacional*, tal como hoy día lo identifico. Pasemos, pues, al examen de cada uno de los puntos anteriormente mencionados.

“Globalización” de la economía y exclusión social

El siglo XX dejó una trágica marca: nunca, como en el siglo pasado, se verificó tanto progreso en la ciencia y tecnología, acompañado paradójicamente de tanta destrucción y crueldad. A pesar de todos los avances registrados en las últimas décadas en la protección de los derechos humanos, han persistido violaciones graves y masivas de éstos¹. En este inicio del siglo XXI

¹ A las violaciones “tradicionales”, en particular de algunos derechos civiles y políticos (como las libertades de pensamiento, expresión e información, y el debido proceso legal), que continúan ocurriendo, desafortunadamente se han sumado graves discriminaciones “contemporáneas” (contra miembros de minorías y otros grupos vulnerables, de base étnica, nacional, religiosa y lingüística), además de violaciones de los derechos fundamentales y del Derecho Humanitario.

testimoniamos, más que una época de cambios, un cambio de época. Entre las graves interrogantes que hoy nos asaltan se encuentra la del futuro del Estado nacional en un mundo marcado por profundas contradicciones, como la que plantea la coexistencia de la llamada “globalización” de la economía a la par de las alarmantes disparidades socio-económicas *entre* países y *al interior* de éstos (entre segmentos de la población), y la irrupción de violentos conflictos internos en varias partes del mundo.

Los eventos que cambiaron dramáticamente el escenario internacional a partir de 1989, se siguen desencadenando a un ritmo avasallador, sin que podamos divisar lo que nos espera en el futuro inmediato. A las víctimas por los actuales conflictos internos en tantos países, se suman otros tantos en búsqueda de su identidad en este vertiginoso cambio de época. La creciente concentración de renta en escala mundial ha acarreado el trágico aumento de los marginados y excluidos en todas las partes del mundo.

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 ex Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Refugiados (Sra. Sadako Ogata), en dos recientes conferencias, dictadas en la Ciudad de México, el 29 de julio de 1999, y en la ciudad de La Habana, el 11 de mayo del 2000, respectivamente, las cuales por su importancia ameritan ser resumidas aquí. El argumento básico de la antigua Alta Comisionada es que, la rapidez con que los capitales de inversión entran y salen de determinadas regiones, en búsqueda de ganancias 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 humana².

² S. Ogata, *Los Retos de la Protección de los Refugiados* (Conferencia en la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, 29 de julio de 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 de mayo del 2000), Havana/Cuba, UNHCR, 2000, pp. 4, 6 y 8 (mecanografiado, circulación limitada).

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 marginación 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)³. 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 país⁴.

La Agenda Habitat y Declaración de Estambul, adoptadas por la II Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos (Estambul, junio de 1996), advierten sobre la situación precaria de más de 1,000 millones de personas que se encuentran hoy en día en el mundo en estado de abandono, sin vivienda adecuada y subsistiendo en condiciones infra-humanas⁵. Ante la realidad contemporánea, la llamada “globalización” de la economía se revela más bien como un eufemismo inadecuado, que no retrata la tragedia de la marginación y exclusión sociales de nuestros tiempos; todo lo contrario, busca ocultarla.

En efecto, en tiempos de la “globalización” de la economía se abren las fronteras a la libre circulación de bienes y capitales, pero no necesariamente de los seres humanos. Avances logrados por los esfuerzos y sufrimientos de las generaciones pasadas, inclusive los que eran considerados como una conquista definitiva de la civilización, como el derecho de asilo, pasan hoy día por un

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

⁴ S. Ogata, *Los Retos...*, *op. cit. supra* n. (3), pp. 4-6; S. Ogata, *Challenges...*, *op. cit. supra* n. (3), pp. 7-10. Y cf. también, e.g., J. F. Flauss, “L’action de l’Union Européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie”, *12 Revue trimestrielle des droits de l’homme* (2001) pp. 487-515.

⁵ Cf. United Nations, *Habitat Agenda and Istanbul Declaration* (II U.N. Conference on Human Settlements, 3-14 June 1996), N.Y., U.N., 1997, p. 47, y cf. pp. 6-7, 17-17, 78-79 y 158-159.

peligroso proceso de erosión⁶. Los nuevos marginados y excluidos sólo pueden contar con una esperanza, o defensa, la del Derecho. Ya no es posible intentar comprender este inicio del siglo XXI desde un prisma tan sólo político y económico: hay que tener presentes los verdaderos valores, aparentemente perdidos, así como el papel reservado al Derecho.

La glorificación del mercado y la distorsión del rol del Estado

Si, por un lado, con la revolución de los medios de comunicación vivimos en la actualidad en un mundo más transparente, por otro lado corremos el riesgo de la masificación y la irremediable pérdida definitiva de valores. Somos llamados a repensar todo el universo conceptual en el cual nos formamos, en nuestra visión tanto del sistema internacional como, a nivel nacional, de las instituciones públicas, comenzando por el propio Estado nacional.

Por Estado tenemos en mente el Estado de Derecho en una sociedad democrática, es decir, aquel dirigido al bien común, y cuyos poderes públicos, separados, están sometidos a la Constitución y al imperio de la ley, con garantías procesales efectivas de los derechos fundamentales y las libertades públicas.

Sólo hay un verdadero progreso de la humanidad cuando marcha en el sentido de la emancipación humana⁷. No hay que olvidarse

⁶ Cf., v.g., F. Crépeau, *Droit d'asile. De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 17-353. Como observa el autor, "*depuis 1951, avec le développement du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme, on avait pu croire que la communauté internationale se dirigeait vers une conception plus 'humanitaire' de la protection des réfugiés, vers une prise en compte plus poussée des besoins des individus réfugiés et vers une limitation croissante des prérogatives étatiques que pourraient contrecarrer la protection des réfugiés, en somme vers la proclamation d'un 'droit d'asile' dépassant le simple droit de l'asile actuel*" (p. 306). Lamentablemente, con el incremento de los flujos contemporáneos de migración, la noción de asilo vuelve a ser entendida de modo restrictivo y desde el prisma de la soberanía estatal: la decisión de conceder o no el asilo pasa a ser efectuada en función de los "*objectifs de blocage des flux d'immigration indésirable*" (p. 311).

⁷ J. Maritain, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires, Ed. Leviatán, 1982 (reimpr.), pp. 12, 18, 38, 43, 50, 94-96 y 105-108. Para Maritain, "la persona humana trasciende el Estado", por tener "un destino superior al tiempo"; *ibid.*, pp. 81-82. Sobre los "fines humanos del poder", cf. Ch. de Visscher, *Théories et réalités en Droit international public*, 4a. ed. rev., Paris, Pédone, 1970, pp. 18-32 *et seq.*

jamás que el Estado fue originalmente concebido para la realización del bien común. Ningún Estado puede considerarse por encima del Derecho, cuyas normas tienen por destinatarios últimos los seres humanos; en suma, el Estado existe para el ser humano, y no *vice versa*.

Una de las grandes interrogantes de nuestros días se refiere precisamente al futuro de los Estados nacionales en un mundo como el nuestro, marcado por contradicciones como la “globalización” de la economía y las reacciones concomitantes al interior de las sociedades nacionales. Las causas de las incertidumbres de ahí resultantes son conocidas: la falta de transparencia en la gestión pública, la utilización indebida del poder público en beneficio de intereses privados y la aparente incapacidad del Estado moderno de atender las crecientes demandas sociales.

Este cuadro genera un sentimiento no sólo de imprevisibilidad, sino también —y sobre todo— de inseguridad humana. La propia seguridad de la persona es una necesidad humana (como hace décadas han señalado los escritos al respecto), que el Estado moderno, desvirtuado por intereses ajenos a la realización del bien común, se muestra lamentablemente incapaz de atender. Al abordar este problema, el autor no descuida buscar vincular elementos de orden político y económico con el marco jurídico constitucional y administrativo de los Estados nacionales.

La glorificación del mercado ha generado quizás una nueva manifestación de darwinismo social, con un número cada vez mayor de marginados y excluidos. Recuérdese que, en el marco de los *travaux préparatoires* de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague, marzo de 1995), la CEPAL, al advertir sobre la situación en que se encontraban 200 millones de latinoamericanos, imposibilitados de satisfacer sus necesidades fundamentales (de los cuales 94 millones viven en situación de extrema pobreza)⁸, alertó igualmente sobre el “profundo deterioro” de dicha situación social.

Una de las manifestaciones más preocupantes de este deterioro, agregó la CEPAL, residía en el aumento del porcentaje de jóvenes que dejaron de estudiar y de trabajar, sumado a los altos niveles de

⁸ Naciones Unidas/CEPAL, *La Cumbre Social. Una Visión desde América Latina y el Caribe*, Santiago, CEPAL, 1994, p. 29.

desempleo entre los jefes de familia⁹. El cuadro general, nada alentador, fue así resumido por la CEPAL:

Entre 1960 y 1990, la disparidad de ingreso y de calidad de vida entre los habitantes del planeta aumentó en forma alarmante. Se estima que en 1960, el quintil de mayores ingresos de la humanidad recibía 70% del producto interno bruto global, mientras que el quintil más pobre recibía 2.3%. En 1990, esos coeficientes habían variado hasta alcanzar a 82.7% y 1.3%, respectivamente, lo que significa que si en 1960 la cúspide de la pirámide tenía un nivel de ingresos 30 veces superior al de la base, esa relación se había ampliado a 60 en 1990. Ese deterioro refleja la desigual distribución del ingreso que predomina en numerosos países, tanto industrializados como en desarrollo, así como la notoria diferencia del ingreso por habitante aún existente entre ambos tipos de países¹⁰.

A su vez, el Secretario General de las Naciones Unidas, en una Nota (de junio de 1994) al Comité Preparatorio de la referida Cumbre Mundial de Copenhague, advirtió que el desempleo abierto afecta hoy día a cerca de 120 millones de personas en el mundo entero, sumadas a 700 millones que se encuentran subempleadas; además, “los pobres que trabajan comprenden la mayor parte de quienes se hallan en absoluta pobreza en el mundo, estimados en 1,000 millones de personas”¹¹. En un mundo como éste, hablar desde este punto de vista de la “globalización” me parece un eufemismo, además de inadecuado, inmoral: en realidad, muy pocos son los “globalizantes” (los detentores del poder), en medio de tantos marginados y excluidos, los “globalizados”.

En su nota supracitada, el Secretario General de las Naciones Unidas propugna por un “renacimiento de los ideales de justicia

⁹ *Ibid.*, p. 16.

¹⁰ *Ibid.*, p. 14.

¹¹ Naciones Unidas, documento A/CONF.166/PC/L.13, del 3 de junio 1994, p. 37. El documento agrega que “más de 1,000 millones de personas en el mundo hoy en día viven en la pobreza y cerca de 550 millones se acuestan todas las noches con hambre. Más de 1,500 millones carecen de acceso a agua no contaminada y saneamiento, cerca de 500 millones de niños no tienen ni siquiera acceso a la enseñanza primaria y aproximadamente 1,000 millones de adultos nunca aprenden a leer ni a escribir”; *ibid.*, p. 21. El documento advierte, además, sobre la necesidad —como “tarea prioritaria”— de reducir la carga de la deuda externa y del servicio de la deuda; *ibid.*, p. 16.

social” para la solución de los problemas de nuestras sociedades, así como por un “desarrollo mundial de la humanidad”; advierte, además, teniendo presente el porvenir de la humanidad, para las responsabilidades sociales del saber, por cuanto “la ciencia sin conciencia no es más que la ruina del alma”¹². La Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social, adoptada por la Cumbre Mundial de 1995, enfatiza debidamente la necesidad apremiante de buscar solución a los problemas sociales contemporáneos¹³.

Como fue señalado en el caso *Villagrán Morales y Otros versus Guatemala* (fondo, 1999), el caso paradigmático de los llamados “Niños de la Calle” ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos,

El derecho a la vida implica no sólo la obligación negativa de no privar a nadie de la vida arbitrariamente, sino también la obligación positiva de tomar las medidas necesarias para asegurar que no sea violado aquel derecho básico. (...) El derecho a la vida no puede seguir siendo concebido restrictivamente, como lo fue en el pasado, referido sólo a la prohibición de la privación arbitraria de la vida física. (...) El deber del Estado de tomar medidas positivas *se acentúa* precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo, como son los niños en la calle. La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. (...)

En los últimos años, se han deteriorado notoriamente las condiciones de vida de amplios segmentos de la población de los Estados Partes en la Convención Americana, y una interpretación del derecho a la vida no puede hacer abstracción de esta realidad, sobre todo cuando se trata de los niños en situación de riesgo en las calles de nuestros países de América Latina.

Las necesidades de protección de los más débiles, –como los niños en la calle– requieren en definitiva una interpretación del derecho a

¹² *Ibid.*, pp. 3-4 y 6.

¹³ Particularmente en sus párrafos 2, 5, 16, 20 y 24; texto en Naciones Unidas, documento A/CONF.166/9, del 19 de abril de 1995, *Informe de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social* (Copenhague, 6 al 12 de marzo de 1995), pp. 5-23.

la vida de modo que comprenda las condiciones mínimas de una vida digna. (...)

Una persona que en su infancia vive, como en tantos países de América Latina, en la humillación de la miseria, sin la menor condición siquiera de crear su proyecto de vida, experimenta un estado de padecimiento equivalente a una muerte espiritual; la muerte física que a ésta sigue, en tales circunstancias, es la culminación de la destrucción total del ser humano. Estos agravios hacen víctimas no sólo a quienes los sufren directamente, en su espíritu y en su cuerpo; se proyectan dolorosamente en sus seres queridos, en particular en sus madres, que comúnmente también padecen el estado de abandono¹⁴.

Los cambios vertiginosos en medio a la búsqueda de nuevas formas de organización política, social y económica ponen de manifiesto la creciente vulnerabilidad de los seres humanos, y sus necesidades cada vez mayores de protección. De ahí la necesidad de replantearse, en el plano nacional, la operación de los mecanismos constitucionales e internos de protección, a la par de buscarse asegurar la aplicabilidad directa de las normas internacionales de protección de los derechos humanos en el ámbito del derecho interno¹⁵.

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 mundial¹⁶. Esta gran paradoja no deja de ser trágica, considerándose los extraordinarios avances en la

¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Villagrán Morales y Otros versus Guatemala* (Caso de los “Niños de la Calle”), Sentencia (sobre el fondo) del 19 de noviembre de 1999, Serie C, n. 63, Voto Concurrente Conjunto de los Jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, pp. 105-108, párrafos 2-4, 6-7 y 9.

¹⁵ Siempre he sostenido que, en el presente dominio de protección, el derecho internacional y el derecho interno se encuentran en constante interacción, dada la identidad básica de propósito, de uno y de otro, en cuanto a la protección de la persona humana.

¹⁶ S. Ogata, *Challenges...*, *op. cit. supra* n. (3), pp. 7-9; S. Ogata, *Los Retos...*, *op. cit. supra* n. (3), p. 11.

ciencia y tecnología en las 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 poblacionales 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 marginados y excluidos en todo el mundo, según revelan las 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 del egoísmo exacerbado y de la sociedad materialista de la actualidad, urge buscar la “revalorización de lo humano y de lo humanitario”¹⁷. 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 del 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 noventa¹⁸, 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

¹⁷ 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.

¹⁸ 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.

(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 formas¹⁹. En los últimos años, la llamada “flexibilidad” en las relaciones laborales, en medio de la “globalización” de la economía, también ha generado movilidad, acompañada de inseguridad personal y de un creciente miedo del desempleo²⁰.

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 injusticia²¹. 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”²².

En la misma época y línea de pensamiento, Hannah Arendt alertaba sobre los padecimientos de los desarraigados (la pérdida del hogar y de la familiaridad de lo 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

¹⁹ 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. Y cf. también, v.g., H. Domenach y M. Picouet, *Les migrations*, Paris, PUF, 1995, pp. 42-126.

²⁰ N. Van Hear, *op. cit. supra* n. (20), 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.

²¹ *Ibid.*, p. 152.

²² Simone Weil, *The Need for Roots*, London/N.Y., Routledge, 1952 (reprint 1995), p. 41.

predecesoras)²³. También en esta línea de razonamiento, en un 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 cultura²⁴.

Como bien señaló en un 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 victimados²⁵. En definitiva, sólo la firme determinación de reconstrucción de la comunidad internacional²⁶ sobre la base de la solidaridad humana²⁷ podrá llevar a la superación de las trágicas paradojas anteriormente mencionadas.

La diversidad cultural y la universalidad de los derechos humanos

Otro gran debate, generado y conducido en medio de las contradicciones del mundo contemporáneo, se refleja en la pretendida contraposición entre la universalidad de los derechos humanos y los llamados “particularismos culturales”. De mi parte,

²³ Hannah Arendt, *La tradition cachée*, Paris, Ch. Bourgeois Éd., 1987 (ed. orig. 1946), pp. 58-59 y 125-127.

²⁴ J. M. Domenach, *Le retour du tragique*, Paris, Éd. Seuil, 1967, p. 285.

²⁵ Jaime Ruiz de Santiago, “Derechos Humanos, Migraciones y Refugiados: Desafíos en los Inicios del Nuevo Milenio”, *III Encuentro sobre Movilidad Humana: Migrantes y Refugiados*, San José de Costa Rica, ACNUR/IIDH, 2001.

²⁶ Cf., v.g., A. A. Caçado Trindade, “Human Development and Human Rights in the International Agenda of the XXIst Century”, in *Human Development and Human Rights Forum* (August 2000), San José of Costa Rica, UNDP, 2001, pp. 23-38.

²⁷ Sobre el significado de esta última, cf., en general, L. de Sebastián, *La Solidaridad*, Barcelona, Ed. Ariel, 1996, pp. 12-196; J. de Lucas, *El Concepto de Solidaridad*, 2a. ed., México, Fontamara, 1998, pp. 13-109; entre otros.

siempre he defendido la universalidad de los derechos humanos²⁸. Mi experiencia de Delegado a la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, junio de 1993), y mi participación en los trabajos de su Comité de Redacción, han inclusive reforzado mi convicción.

Nadie osaría cuestionar la importancia de las culturas (como vínculo entre cada ser humano y el mundo exterior). Se debe dar expresión a las culturas en el campo del Derecho. Mas allá del tenue juridicismo formal, las normas jurídicas encierran valores (morales, culturales, y otros), que el jurista no puede ignorar. No se trata, en absoluto, de un “relativismo cultural”, sino más bien del reconocimiento de la relevancia de la identidad y diversidad culturales para la efectividad de las normas jurídicas. Los adeptos del llamado “relativismo cultural” parecen olvidarse de algunos datos básicos incuestionables.

Primero, las culturas no son estáticas, se manifiestan dinámicamente *en el tiempo*, y se han mostrado abiertas a los avances en el dominio de los derechos humanos en las últimas décadas. Segundo, muchos tratados de derechos humanos han sido ratificados por Estados con las más diversas culturas; tercero, hay tratados más recientes –como la Convención sobre los Derechos del Niño (1989)–, que, en sus *travaux préparatoires*, tomaron en debida cuenta la diversidad cultural, y hoy disfrutan de una aceptación virtualmente universal²⁹; cuarto, la diversidad cultural jamás obstaculizó la formación de un núcleo universal de derechos fundamentales inderogables, consagrado en muchos tratados de derechos humanos. Además, la diversidad cultural no ha frenado la tendencia contemporánea de criminalización de las violaciones *graves* de los derechos humanos, ni los avances en el derecho penal internacional, ni la consagración de la jurisdicción universal en algunos tratados de derechos humanos³⁰, ni el combate universal a los crímenes contra la humanidad.

²⁸ Cf., recientemente, A. A. Cañado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 15-455.

²⁹ Por ejemplo, también las Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario (1949) cuentan hoy con una aceptación virtualmente universal.

³⁰ A ejemplo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (1984), entre otros.

La diversidad cultural tampoco ha impedido la creación, en nuestros días, de un verdadero régimen internacional contra la tortura, las desapariciones forzadas de personas, y las ejecuciones sumarias, extra-legales y arbitrarias³¹. Todo esto impone la salvaguardia de los derechos inderogables en cualesquiera circunstancias. En suma, la diversidad cultural (enteramente distinta del llamado “relativismo cultural”, con todas sus distorsiones) ha contribuido al primado de la universalidad de los derechos humanos.

En efecto, la conciencia de la necesidad de atender las necesidades básicas de todos los seres humanos ha generado una ética global que hoy en día repercute, *inter alia*, en desarrollos recientes en el dominio del Derecho (en lo civil y lo penal, en lo procesal, en lo ambiental, en el combate a todo tipo de discriminación, en la atención especial a las personas en situación vulnerable). Se afirma hoy la legitimidad de la preocupación de toda la comunidad internacional con la situación y las condiciones de vida de todos los seres humanos en todas partes.

Cabe concebir nuevas formas de protección de los seres humanos ante la actual diversificación de las fuentes de violaciones de sus derechos (v.g., por los detentores del poder económico, o del poder de las comunicaciones, por grupos clandestinos, por la corrupción y la impunidad). El actual paradigma de protección –del individuo *vis à vis* el poder público– corre el riesgo de tornarse insuficiente y anacrónico, por no mostrarse equipado para hacer frente a tales violaciones diversificadas entendiéndose que también en esta situaciones, permanece el Estado –aunque debilitado– responsable por omisión, por no tomar medidas positivas de protección. En definitiva, no pueden el Estado y otras formas de organización política, social y económica, simplemente eximirse de tomar

³¹ Cf. A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 338-358. - Siendo así, el llamado “relativismo cultural” en el campo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos padece, pues, de demasiadas falacias. Tampoco puedo aceptar el llamado “relativismo jurídico” en el dominio del Derecho Internacional Público: dicho relativismo nada más es que una visión neopositivista del ordenamiento jurídico internacional, desde una anacrónica perspectiva estatocéntrica y no comunitaria (la *civitas maxima gentium*). Igualmente insostenible me parece la corriente “realista” en las ciencias jurídicas y sociales contemporáneas, con su cobardía intelectual y su capitulación frente a la “realidad” bruta de los hechos (como si se redujeron éstos a fruto de una simple inevitabilidad histórica).

medidas de protección redoblada de los seres humanos, particularmente en medio de las dudas e incertidumbres de este cambio de época que vivimos.

Las convergencias entre el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Los conflictos internos de nuestros tiempos han generado numerosas víctimas³², y presentado nuevos desafíos para el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Refugiados. Urge que se contemplen medios de asegurar que las mutaciones del Estado contemporáneo, y la emergencia de nuevas formas de organización política y social en medio a los rumbos de la economía mundial, se desarrollen teniendo presentes las necesidades básicas de todos los seres humanos y el imperativo de la protección de sus derechos.

A mediados de los años noventa, me permití avanzar algunas reflexiones sobre lo que me permití denominar como *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 Humanitario³³. Transcurrida casi una 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,

³² Cf., en general, v.g., *Human Rights and Ethnic Conflicts* (eds. P. R. Baehr, F. Baudet y H. Werdmölder), Utrecht, SIM, 1999, pp. 1-99.

³³ A. A. Cançado Trindade, “Derecho Internacional de los 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.

a la 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), —en 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 forzado³⁴, 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 universo conceptual de los derechos humanos³⁵.

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 complementario³⁶. 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

³⁴ 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).

³⁵ 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. (34), pp. 5-477.

³⁶ Preámbulo y conclusiones tercera y décima-sexta (a).

conflictos, de los éxodos de refugiados y de las graves crisis humanitarias³⁷.

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 relevantes³⁸. El referido documento de CIREFCA reconoció expresamente la existencia de

(...) 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 desplazadas³⁹.

El documento de *evaluación* de la puesta en práctica de las disposiciones del documento “Principios y Criterios”, de 1994, fue aún más allá. Contiene una sección enteramente dedicada a la observancia de los derechos humanos⁴⁰, 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

³⁷ Cf. A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 328-331.

³⁸ 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.

³⁹ 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.

⁴⁰ Párrs. 80-85 del documento de evaluación de la puesta en práctica de “Principios y Criterios”, doc. CIREFCA/REF/94/1.

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”⁴¹. La protección efectiva de los refugiados, agregó, “requiere que se consideren y apliquen derechos humanos fundamentales”⁴².

El referido documento de 1994, al abordar en sus conclusiones los logros del proceso de la citada Conferencia⁴³, 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”⁴⁴. Aún así, subrayó, 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)⁴⁵.

A su vez, en el continente europeo, frente al temor de una erosión del derecho de asilo⁴⁶, se han buscado nuevas formas de protección contra tratos inhumanos o degradantes infligidos a los desarraigados⁴⁷. En los últimos años, se ha desarrollado bajo el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos una

⁴¹ *Ibid.*, párr. 16, y cf. párrs. 13-18.

⁴² *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).

⁴³ 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.

⁴⁴ *Ibid.*, párr. 91.

⁴⁵ *Ibid.*, párr. 100.

⁴⁶ F. Crépeau, *Droit d’asile...*, *op. cit. supra* n. (7), pp. 17-353; V. Oliveira Batista, *União Européia. Livre Circulação de Pessoas e Direito de Asilo*, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1998, pp. 39-227.

⁴⁷ Para un estudio general, cf. A. A. Cançado Trindade y J. Ruiz de Santiago, *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*, San José de Costa Rica, ACNUR, 2001, pp. 19-119.

jurisprudencia que extiende una protección más amplia contra el *refoulement* que la propia Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados⁴⁸. Se ha señalado, al respecto, que tal jurisprudencia ha interpretado el artículo 3 de la Convención Europea de modo incondicional, extendiendo una amplia protección a los amenazados de expulsión, deportación o extradición, y elevando el *non-refoulement* no sólo a un principio básico del Derecho Internacional de los Refugiados sino también a una norma perentoria del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴⁹ (cf. *infra*).

La prohibición de expulsión masiva de extranjeros

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 éstos no hayan sido admitidos legalmente en el Estado receptor, e independientemente de haber llegado individual o masivamente (principio 12). E instó a 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, la misma fue citada en los argumentos ante el Tribunal de Reclamaciones Irán/Estados Unidos, en el caso *Leach versus Iran* (del 8 de diciembre de 1988), como “evidencia de limitaciones procesales” de la prerrogativa estatal de expulsión⁵⁰. El Protocolo n.

⁴⁸ H. Lambert, “Protection against *Refoulement* from Europe: Human Rights Law Comes to the Rescue”, 48 *International and Comparative Law Quarterly* (1999) pp. 515-516, y cf. pp. 520, 536 y 538.

⁴⁹ *Ibid.*, pp. 516-518 y 544.

⁵⁰ *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.

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 ellos⁵¹.

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 migratorios) habían sido victimados por una nueva ley británica⁵² 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 Humanos⁵³. Años después, la misma Comisión Europea confirmó su posición 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 implementar políticas basadas en la discriminación racial⁵⁴.

⁵¹ H.G. Schermers, “The Bond between Man and State”, *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für R. Bernhardt* (eds. U. Beyerlin et al), Berlin, Springer Verlag, 1995, pp. 192-194.

⁵² Promulgada poco después de la política de “africanización” adoptada por los gobiernos de Kenia y Uganda.

⁵³ 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 y 695.

⁵⁴ *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 por sus consideraciones en el caso *A. et alii versus*

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 Europea⁵⁵.

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 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* se encuentra:

(...) 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

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.

⁵⁵ 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.

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 familiar⁵⁶.

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”⁵⁷; el objetivo fundamental del ACNUR es, pues, “asegurar que las personas en necesidad de protección reciban tal protección”⁵⁸. 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 es 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.

El Programa de Acción adoptado por la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (Cairo, 5 al 13 de septiembre de 1994), a su vez, advirtió que, en el período de 1985-1993, el número de refugiados se duplicó (de 8 y medio millones a 19 millones), a consecuencia de factores múltiples y complejos, inclusive “violaciones masivas de derechos humanos”⁵⁹, e instó a 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 fuercen a huir⁶⁰. Significativamente, el documento final de la Conferencia del Cairo insistió en el “pleno respeto por los varios

⁵⁶ UNHCR, *Statement by the United Nations High Commissioner for Refugees (Mrs. Sadako Ogata) to the XLIX Session of the Commission on Human Rights*, Ginebra, 3 de marzo de 1993, p. 10 (mecanografiado, circulación interna).

⁵⁷ *Ibid.*, p. 11.

⁵⁸ *Ibid.*, p. 12.

⁵⁹ U.N., *Population and Development. Programme of Action Adopted at the International Conference on Population and Development* (Cairo, 5-13 September 1994), doc. ST/ESA/Ser.A/149, N.Y., U.N., 1995, p. 55, párr. 10/21.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 56, párrs. 10/27 y 10/23.

valores éticos y religiosos y *backgrounds* culturales del pueblo de cada país”⁶¹.

En su Informe sobre *Derechos Humanos y Éxodos en Masa* (1997), el entonces Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos recordó la importancia atribuida por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Estambul, Habitat-II, 1996) a los asentamientos humanos en la realización de los derechos humanos. Recordó, además, las recomendaciones de la Conferencia Mundial de Estambul 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”⁶².

En efecto, un examen detallado de la Declaración de Estambul 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 Habitat-II de Estambul 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 Estambul destacó el valor cultural y espiritual de los estándares de asentamiento humano y su conservación y rehabilitación⁶³.

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 migraciones⁶⁴. Además, destacó la importancia de la preservación de la identidad cultural de los migrantes, y de la

⁶¹ *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.

⁶² Naciones Unidas, documento E/CN.4/1997/42, de 14 de enero de 1997, p. 21, párr. 61.

⁶³ 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.

⁶⁴ *Ibid.*, pp. 78-79 y 158-159.

igualdad de oportunidades para el desarrollo personal, cultural, social y espiritual de todos⁶⁵. La Agenda Habitat enfatizó la importancia del cultivo, por las nuevas generaciones, de su herencia histórica, cultural y espiritual, indispensable para una vida comunitaria estable⁶⁶. 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”⁶⁷.

De los mencionados documentos finales de las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas de la década de los 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 por los juristas. La globalización de la economía se hace acompañar de la persistencia (y en varias partes del mundo del agravamiento) de las disparidades nacionales; se puede por ejemplo constatar un contraste marcado entre la pobreza de los países de origen de las migraciones (a veces clandestinas) y los recursos incomparablemente mayores de los países receptores de migrantes⁶⁸.

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)⁶⁹. A esto se suma el choque o la distancia cultural, que hace que los migrantes busquen cultivar nuevos lazos de solidaridad, como referencias colectivas, y el cultivo de sus raíces y prácticas culturales originales y de sus valores espirituales (como, de modo especial, los relativos a los ritos fúnebres, al respeto a sus muertos y su memoria)⁷⁰.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 15, 23 y 34.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 98 y 121-122.

⁶⁷ *Ibid.*, p. 12.

⁶⁸ H. Domenach y M. Picouet, *Les migrations*, Paris, PUF, 1995, pp. 58-61 y 111.

⁶⁹ *Ibid.*, p. 66.

⁷⁰ *Ibid.*, pp. 48 y 82-83, y cf. pp. 84-85.

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)⁷¹, logró adoptar los llamados *Principios Básicos sobre Desplazamiento Interno* de 1998 (*Guiding Principles on Internal Displacement*), con miras a reforzar y fortalecer las vías de protección ya existentes⁷²; 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 1998⁷³, el cual cuida de enumerar los mismos derechos, de los desplazados internos, y de los cuales disfrutaban las demás personas en su país⁷⁴.

Los referidos *Principios Básicos* de 1998 determinan que el desplazamiento no puede 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 de 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)⁷⁵. La

⁷¹ 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.

⁷² 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.

⁷³ Principios 1 (1), 4 (1), 22, 24 (1).

⁷⁴ Afirma, además, la prohibición del “desplazamiento arbitrario” (Principio 6).

⁷⁵ 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 de abril de 1998, p. 5.

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 derechos⁷⁶.

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 y desplazados como un acto internacionalmente ilícito (sobre todo ante la presencia del elemento de *culpa lata*)⁷⁷. 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 los refugiados; a partir de esta constatación, se invoca una norma consuetudinaria de derecho humanitario prohibitivo de la provocación de flujos de refugiados⁷⁸. 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 representan, a mi modo de ver, aspectos tanto positivos como negativos. Por un lado, amplían 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

⁷⁶ R. Cohen y F. Deng, *op. cit. supra* n. (73), p. 74.

⁷⁷ 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.

⁷⁸ 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.

económico-financiera anti-histórica (que hace abstracción de los sufrimientos de las generaciones pasadas), de la irrupción de tantos conflictos internos desagregadores, ¿cómo identificar el origen “individualizado” de tanta violencia, cómo trazar la línea divisoria, como singularizar Estados responsables –a la exclusión de otros Estados– por migraciones forzadas, cómo justificar represalias?

Tal como señalé en obra reciente⁷⁹, no me parece ser éste 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 contemporánea⁸⁰, con énfasis especial en la prevención.

Las iniquidades del actual sistema económico-financiero internacional requieren el desarrollo conceptual del derecho de la responsabilidad internacional, para 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 se sitúa, 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 *rapporteur* especial sobre la cuestión de los

⁷⁹ A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 272-276.

⁸⁰ 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).

derechos humanos y éxodos en masa. Posteriormente, se relacionó este tema con la cuestión de los desplazados internos⁸¹. Todo esto revela, en última instancia, la importancia de la prevalencia del derecho al desarrollo como un derecho humano, así como la *dimensión preventiva* de las interrelaciones del desarrollo con los derechos humanos⁸². 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 consideración⁸³ (cf. *supra*).

El fenómeno del desarraigo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El fenómeno del desarraigo como problema de los derechos humanos, que en los últimos años empezó a atraer la atención de la bibliografía especializada⁸⁴, 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 sido sometida a la consideración de la Corte Interamericana en el caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana*; la Corte adoptó Medidas Provisionales de Protección en Resolución adoptada el día 18 de agosto del 2000. Dichas medidas tuvieron por objeto 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

⁸¹ Cf. ONU, documento E/CN.4/1995/CRP.1, de 30 de enero de 1995, pp. 1-119.

⁸² Cf., recientemente, v.g., PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2000*, Madrid, Ed. Mundi-Prensa, 2000, pp. 1-290.

⁸³ 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", en *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.

⁸⁴ 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", en *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.

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 sentido histórico (párrs. 2-3).

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

(...) el ser humano ha sido por sí mismo situado en escala de prioridad inferior a la atribuida 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)⁸⁵.

⁸⁵ 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

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).

Sobre este primer aspecto del problema, concluí que:

el problema del desarraigo debe ser 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, 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

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. Civilização Brasileira, 1968, pp. 141-143 y 163-165.

sujetos a sus propios criterios soberanos. No sorprende que de ahí advengan inconsistencias y arbitrariedades (párr. 8).

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 subyacentes⁸⁶. En relación con el problema en cuestión, 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 Familiares⁸⁷, una década después de aprobada, aún no haya entrado en vigor” (párr. 9).

A 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

⁸⁶ 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 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).

⁸⁷ 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).

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 que debe darse a la *prevención* del desarraigo (párr. 13), inclusive mediante las Medidas Provisionales de Protección 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, a 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 9 de octubre del 2000. Dichas medidas fueron ratificadas por la Corte en pleno, la cual, en su Resolución sobre Medidas Provisionales del 24 de noviembre del 2000, al extenderlas a todos los miembros de la Comunidad, requirió al Estado 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"⁸⁸.

En cuanto al ejercicio de su función, la Corte Interamericana emitió el día 1 de octubre de 1999, su 16a. Opinión Consultiva sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Un pronunciamiento pionero, que ha servido desde entonces de inspiración a la jurisprudencia internacional *in statu nascendi* al respecto, y que tiene incidencia en la cuestión de la protección de los desarraigados.

La referida 16a. Opinión Consultiva de la Corte Interamericana sostuvo que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre

⁸⁸ Punto resolutivo n. 6 de la citada Resolución; y cf. el Voto Razonado Concurrente de los Jueces A. Abreu Burelli y S. García Ramírez.

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 consular⁸⁹. Agregó que este derecho confiere eficacia, en los casos concretos, al derecho al debido proceso legal, susceptible de expansión; y que debe ser respetado por todos los Estados Partes, independientemente de su estructura federal o unitaria⁹⁰.

La inobservancia de tal derecho subrayó la Opinión Consultiva No. 16, afecta 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”⁹¹, “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”⁹². 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 No. 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 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.

⁸⁹ OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, puntos resolutivos 1-3.

⁹⁰ *Ibid.*, puntos resolutivos 6 y 8.

⁹¹ 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.

⁹² OC-16/99, de 1 de octubre de 1999, punto resolutivo n. 7.

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).

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).

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 de entre-guerras, sobre todo a partir de mediados de los años treinta⁹³; 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 por la que se Regulan Aspectos Específicos de Problemas de Refugiados en África de 1969⁹⁴.

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

⁹³ 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.

⁹⁴ 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.

(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 1984 (artículo 3)⁹⁵. A pesar de su desarrollo histórico relativamente reciente, se puede 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 consuetudinario⁹⁶ 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*⁹⁷. Esta caracterización ha encontrado respaldo también en la doctrina contemporánea al respecto⁹⁸ la cual necesita, sin embargo, un mayor desarrollo

⁹⁵ 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)).

⁹⁶ Recientemente, esta tesis fue reiterada por el Instituto Internacional de Derecho Humanitario, de San Remo. Con ocasión del cincuentenario de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, el referido Instituto adoptó la *Declaración de San Remo sobre el Principio del Non-Refoulement* (de septiembre de 2001), según la cual aquel principio, consagrado en el artículo 33 de la citada Convención, forma “parte integrante del derecho internacional consuetudinario”. En su *Nota Explicativa* sobre el mismo principio, afirmó el Instituto de San Remo: “*The principle of non-refoulement of refugees can be regarded as embodied in customary international law on the basis of the general practice of States supported by a strong opinio juris. The telling point is that, in the last half-century, no State has expelled or returned a refugee to the frontiers of a country where his life or freedom would be in danger –on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion– using the argument that refoulement is permissible under contemporary international law. Whenever refoulement occurred, it did so on the grounds that the person concerned was not a refugee (as the term is properly defined) or that a legitimate exception applied. As the International Court of Justice pointed out in a different context, in the 1986 Nicaragua Judgment, the application of a particular rule in the practice of States need not be perfect for customary international law to emerge: if a State acts in a way prima facie incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, this confirms rather than weakens the rule as customary international law*”. International Institute of Humanitarian Law, *San Remo Declaration on the Principle of Non-Refoulement*, San Remo, IHL, 2001, pp. 1-2.

⁹⁷ Conclusión quinta.

⁹⁸ 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,

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 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 1994⁹⁹. La ya citada Convención de Naciones Unidas contra la Tortura (1984) consagra el principio del *non-refoulement* esencialmente para prevenir la tortura, en un contexto eminentemente de derechos humanos.

Por ello 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 No. 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 No. 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, de difícil comprensión.

Y la expresión “refugiados en órbita”, un tanto surrealista, a pesar de parecer relativizar el propio concepto clásico de “refugiado”, ha sido sin embargo incorporada al vocabulario de la bibliografía

“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.

⁹⁹ Conclusión decimosexta, letra (a).

especializada contemporánea sobre la materia, sin mayor espíritu crítico. La metáfora parece surgida teniendo en cuenta la imagen de los 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 degradante¹⁰⁰. Se evita, así, el uso de una expresión un tanto rara, tratando el asunto en términos más precisos y con clara base jurídica convencional¹⁰¹.

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*¹⁰². 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

¹⁰⁰ Application No. 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. (106), 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.

¹⁰¹ 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”, en *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.

¹⁰² 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).

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)¹⁰³.

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 en materia de extradición 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 Humanos¹⁰⁴.

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 expulsión¹⁰⁵. La referida inferencia del *non-refoulement* se da 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 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

¹⁰³W. 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.

¹⁰⁴También 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. (104), pp. 205, 208 y 214.

¹⁰⁵Cf. 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.

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 residencia¹⁰⁶.

También ejemplifica la dimensión preventiva del principio del *non-refoulement*, en materia de expulsión el caso *Mutombo versus Suiza* (1994): el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura¹⁰⁷ 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 humanos¹⁰⁸. Ciertos principios básicos, como el del *non-refoulement*, forman 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 saberlo¹⁰⁹, 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)¹¹⁰.

¹⁰⁶Cf., v.g., los casos *Moustaquim versus Bélgica* (1991), *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.

¹⁰⁷Bajo la supracitada Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (1984).

¹⁰⁸Cit. in W. Suntinger, *op. cit. supra* n. (104), pp. 210, 217 y 221-222.

¹⁰⁹Molière, “Le bourgeois gentilhomme” (acto II, escena IV, y acto III, escena III), in *Oeuvres complètes*, Paris, Éd. Seuil, 1962, pp. 514-515 y 518.

¹¹⁰Henri Fourteau, *L’application de l’article 3 de la Convention européenne des droits de l’homme dans le droit interne des États membres*, Paris, LGDJ, 1996, pp. 211-212, 214, 219-220 y 227.

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 arbitrarias¹¹¹, 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.

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 protección¹¹². Por otro lado, las reacciones a dichas violaciones de los derechos humanos y la movilización para enfrentar los nuevos desafíos son hoy en día inmediatas. Esto se debe, a mi entender, al despertar de la conciencia jurídica universal (a la cual me he referido

¹¹¹ A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 345-358.

¹¹² Cf., al respecto, A. A. Cançado Trindade, "L'interdépendance de tous les droits de l'homme et leur mise en oeuvre: obstacles et enjeux", 158 *Revue internationale des sciences sociales*, Paris/UNESCO (1998) pp. 571-582.

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.

En este inicio del siglo XXI, podemos 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 una evaluación muy reciente de las profundas transformaciones por que pasó el Derecho Internacional Público a lo largo del siglo XX y de los rumbos de la disciplina en este inicio del siglo XXI, me permití expresar mi entendimiento de que tales desarrollos del Derecho Internacional Público en este período revelan una evolución desde un ordenamiento de simple regulación hacia un instrumental jurídico sobre todo de liberación del ser humano (o sea, desde un *jus inter gentes* hacia un nuevo *jus gentium* –derecho universal de la humanidad– en el siglo XXI).

Recordé, en efecto, que el derecho internacional tradicional, vigente en el inicio del siglo pasado, se caracterizaba por el voluntarismo estatal ilimitado, reflejado 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 dio, 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)¹¹³.

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 dio 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

¹¹³ A. A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, cap. 24, pp. 1039-1048 y 1086-1109.

los planos global y regional¹¹⁴. 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 los 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 internacional¹¹⁵. 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 internacional¹¹⁶. En las décadas de los sesenta hasta los ochenta, los foros multilaterales se involucraron en un intenso proceso de elaboración y adopción de sucesivos tratados y resoluciones de reglamentación de los espacios¹¹⁷.

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 la atención de las necesidades y aspiraciones de la población, y en el tratamiento ecuánime de las cuestiones que afectan toda la humanidad¹¹⁸. 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

¹¹⁴ 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.

¹¹⁵ A. A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional...*, *op. cit. supra* n. (114), pp. 1048-1085.

¹¹⁶ 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.

¹¹⁷ En áreas distintas como las del espacio exterior y del derecho del mar.

¹¹⁸ 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.

masiva y tampoco las violaciones de los derechos humanos en todas las regiones del mundo y las sucesivas atrocidades del siglo XX, inclusive las contemporáneas¹¹⁹.

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 XX¹²⁰ ha procedido a una reevaluación global de muchos conceptos a la luz de la consideración de temas que afectan la humanidad como un todo.

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 resulta el reconocimiento universal de la necesidad de situar los seres humanos, en definitiva, en el centro de todo proceso de desarrollo¹²¹. 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

¹¹⁹ Como el holocausto, el *gulag*, seguidos de nuevos actos de genocidio, en el sudeste asiático, en Europa Central (ex-Yugoslavia) y en África (Ruanda), además de las violaciones masivas de los derechos humanos en América Latina, en el Medio Oriente y el Extremo Oriente.

¹²⁰ 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, Estambul, 1996. A estas siguió, más recientemente, la Conferencia de Roma sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, 1998.

¹²¹ A. A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional...*, *op. cit. supra* n. (114), pp. 1083-1085.

(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 No. 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. (...) La propia emergencia y consolidación del *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se debe a la reacción de la *conciencia jurídica universal* ante los recurrentes abusos cometidos contra los seres humanos, frecuentemente convalidados por la ley positiva: con esto, 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 derecho tanto interno como internacional*– de donde fue indebidamente desplazado, con consecuencias desastrosas, evidenciadas en las sucesivas atrocidades cometidas en su contra en las tres últimas décadas. Todo esto ocurrió con la complacencia del positivismo jurídico, en su subserviencia típica al autoritarismo estatal” (párr. 12). Y recalqué: “Con la desmitificación de los postulados del positivismo voluntarista, se tornó evidente que sólo se puede encontrar una respuesta al problema de los fundamentos y de la validez del derecho internacional general en la *conciencia jurídica universal*, a partir de la aserción de la idea de una justicia objetiva. Como una manifestación de esta última, se han afirmado los derechos del ser humano, emanados directamente del derecho 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 a millones de seres humanos en todas partes, aumentando los contingentes de refugiados, desplazados y migrantes en búsqueda de la sobrevivencia, han 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 enfatice 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, 25 de noviembre del 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 el capítulo atinente a las fuentes del derecho internacional, era atenerse a sus aspectos meramente formales, repitiendo *ad nauseam* la enumeración de las fuentes formales 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 admiten más 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 la cuales está la realización de la justicia.

Contrario de lo afirmado por Hans Kelsen, de que no era posible reconciliar el orden legal con el orden moral¹²², 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, demuestra que no es posible concebir el orden legal haciendo abstracción del orden moral. La afirmación de Kelsen se dio 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 moral¹²³; 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 último¹²⁴. 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 proveerla¹²⁵. Se detuvo, pues, a 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, y 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*).

¹²²H. Kelsen, “The Basis of Obligation in International Law”, en *Estudios de Derecho Internacional. Homenaje al Profesor C. Barcía Trelles*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1958, p. 110.

¹²³J. L. Brierly, *The Basis of Obligation in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1958, p. 65.

¹²⁴Cf. *ibid.*, pp. 66-67, y cf. también pp. 68-80.

¹²⁵J. L. Brierly, *The Law of Nations*, 6a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 54.

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 Humanos¹²⁶. A ésta se puede agregar la jurisprudencia 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 de consideraciones básicas de humanidad¹²⁷.

En cuanto a la *práctica internacional*¹²⁸, 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 Unidas¹²⁹. 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

¹²⁶El 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 ha sido establecida.

¹²⁷Cf., 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.

¹²⁸Entendida 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.

¹²⁹Este punto forma objeto de un estudio que estoy desarrollando en el presente, con conclusión programada para el año 2005.

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 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 Redacción¹³⁰.

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 consuetudinario¹³¹. 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

¹³⁰ A. A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Vol. I, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 185-186.

¹³¹ 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.

civitas maxima, a fin de fomentar el espíritu de solidaridad internacional¹³².

En un estudio clásico de 1946, Max Sorensen no eximió 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*”¹³³. Años después, en pleno proceso de descolonización, el martinico 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”¹³⁴.

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 jurídico¹³⁵. 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”

¹³²Cf., 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.

¹³³Max 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 recognizes 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.

¹³⁴Frantz Fanon, *Os Condenados da Terra*, Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 1968 (traducción del original francés de 1961), pp. 206-207.

¹³⁵A. Gómez Robledo, *Meditación sobre la Justicia*, México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1963, pp. 179 y 185.

o “conciencia de los pueblos”¹³⁶. 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*, más allá de la “realidad” cruda de los hechos.

Sin que me vea en la necesidad de 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 trascendencia, más allá del positivismo), y ateniéndome al dominio de la ciencia jurídica, cabría 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 humanos¹³⁷.

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 (...)*¹³⁸.

Al final de los referidos debates, el *Institut* (22a. Comisión) efectivamente adoptó una resolución 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*”¹³⁹.

¹³⁶ 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.

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

¹³⁸ *Ibid.*, pp. 112 y 117.

¹³⁹ *Cit. in ibid.*, p. 298.

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 justicia¹⁴⁰.

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 humana¹⁴¹. Al afirmar que “la persona humana trasciende el Estado”, por cuanto tiene “un destino superior al tiempo”¹⁴², 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. Cada persona humana tiene el derecho de decidir por sí misma en lo que concierne a su destino personal (...) ¹⁴³.

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

¹⁴⁰ 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.

¹⁴¹ *Ibid.*, pp. 50 y 105-108.

¹⁴² *Ibid.*, pp. 79-80, y cf. p. 104.

¹⁴³ *Ibid.*, pp. 81-82.

objetiva, en mucho contribuyó a la formación de la *communis opinio juris*¹⁴⁴ 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 básicas¹⁴⁵.

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*”¹⁴⁶. Al término de los años setenta, René-Jean Dupuy criticó la resistencia de los positivistas a la idea de una comunidad internacional y su apego dogmático a una visión puramente estatocéntrica del derecho internacional¹⁴⁷.

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”¹⁴⁸. Giuseppe Sperduti, a su vez, al final de la década de ochenta no hesitó en afirmar, en otra crítica al positivismo jurídico, que

*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*¹⁴⁹.

¹⁴⁴Maarten Bos, *A Methodology of International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1984, p. 251, y cf. pp. 246 y 253-255.

¹⁴⁵B. 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.

¹⁴⁶T.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.

¹⁴⁷R. J. Dupuy, “Communauté internationale et disparités de développement. Cours général de Droit international public”, 165 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1979) p. 27, y cf. pp. 28-31.

¹⁴⁸F. Münch, *op. cit. infra* n. (153), p. 835.

¹⁴⁹G. Sperduti, “La souveraineté, le droit international et la sauvegarde des droits de la personne”, en *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.

Referencias del género, susceptibles hoy día a 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, 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 mayor trascendencia merece destacarse: 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 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 más avanzada que sea la codificación de la normativa humanitaria, difícilmente podrá ser ésta última considerada verdaderamente completa.

La cláusula Martens continúa, sirviendo 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 tecnología¹⁵⁰. 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 Humanitario¹⁵¹. De ese modo, ejerce una influencia continua en la formación espontánea del contenido de nuevas reglas del Derecho Internacional Humanitario¹⁵². La doctrina jurídica contemporánea también ha caracterizado la cláusula Martens como fuente del propio derecho internacional general¹⁵³; 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*¹⁵⁴. 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

¹⁵⁰B. 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.

¹⁵¹H. 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. Strebelt, “Martens’ Clause”, *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), vol. 3, Amsterdam, North-Holland Publ. Co., 1982, pp. 252-253.

¹⁵²F. Münch, “Le rôle du droit spontané”, en *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional. Libro Homenaje al Profesor Dr. Antonio Truyol Serra*, vol. II, Madrid, Universidad Complutense, 1986, p. 836; H. Meyrowitz, *op. cit. supra* n. (152), 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.

¹⁵³F. Münch, *op. cit. supra* n. (153), p. 836.

¹⁵⁴S. Miyazaki, “The Martens Clause and International Humanitarian Law”, *Études et essais... en l'honneur de J. Pictet, op. cit. supra* n. (152), pp. 438 y 440.

considerar como una 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, René Cassin, que participara del proceso preparatorio de su elaboración¹⁵⁵, 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

¹⁵⁵ 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).

*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. (...)*¹⁵⁶.

La emancipación del ser humano *vis à vis* al 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 abandonados en las calles¹⁵⁷ de las ciudades de América Latina, alcanzasen un tribunal internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹⁵⁸. Esto 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

¹⁵⁶R. Cassin, “Vingt ans après la Déclaration Universelle”, 8 *Revue de la Commission Internationale de Juristes* (1967) n. 2, pp. 9-10. [Traducción: “(...) Si todavía subsisten 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 concebir que un recurso cualquier sea posible, éstos territorios disminuyen a cada día. La toma de consciencia de que una emancipación es posible, se generaliza. (...) La primera condición de toda justicia, cual sea, la posibilidad de acorralar a 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 a los Estados partes a crear las instancias de recursos y prever 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 estén en vías de reducción o de desaparición, abre a la humanidad en marcha perspectivas alentadoras (...)”].

¹⁵⁷Cf. 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).

¹⁵⁸Para 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”, en *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, tomo I, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 3-68.

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 objetiva¹⁵⁹. En este umbral del siglo XXI, tenemos el privilegio de testimoniar e impulsar el proceso de *humanización* del derecho internacional, que pasa a ocuparse 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 a consagrar el concepto de *jus cogens*¹⁶⁰.

Hay que dar seguimiento a la evolución alentadora de la consagración de las normas de *jus cogens* y obligaciones *erga omnes*

¹⁵⁹En esta línea de evolución también se inserta 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., 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), basadas en las tres Convenciones contra la Tortura, la de las Naciones Unidas, 1984; la Interamericana, 1985; y la Europea, 1987).

¹⁶⁰Cf. las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (de 1969 y 1986), artículos 53 y 64; y cf. comentarios en 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.

de protección, buscando asegurar su plena aplicación práctica, en beneficio de todos los seres humanos¹⁶¹. 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 Internacional. En este Forum Deusto de 2002, no hesito en expresar mi entendimiento de que es este, efectivamente, el camino a seguir, con determinación, para que no más tengamos que continuar conviviendo con las contradicciones trágicas, las injusticias y atrocidades que han marcado el siglo XX.

¹⁶¹Cf., en ese sentido, mi 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).