

# EL DESARRAIGO COMO PROBLEMA HUMANITARIO Y DE DERECHOS HUMANOS FRENTE A LA CONCIENCIA JURÍDICA UNIVERSAL \*

ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE \*\*

## I. INTRODUCCIÓN

Este inicio del siglo XXI es una ocasión oportuna para desarrollar algunas reflexiones sobre el drama contemporáneo de los desarraigados como un gran desafío contemporáneo a la protección de los derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal. Trátase de uno de los más graves problemas sociales de la actualidad, que afecta hoy a toda la humanidad, victimando millones de personas. 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, con el fin de fomentar una mayor concientización de la importancia del cultivo de valores superiores para enfrentar la tragedia contemporánea de los desarraigados.

De inicio, 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, de ahí resultante en nuestros días.

Abordaré, en seguida, 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

\* El presente estudio sirvió de base, en versión preliminar, a la conferencia dictada por el autor, el 28 de noviembre de 2000, en el Seminario de San Carlos y San Ambrosio, La Habana, Cuba, y, en versión definitiva, en el Forum Deusto, en la Universidad de Deusto, Bilbao, España, el 21 de marzo de 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 y Miembro de los Consejos Directivos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos y del Instituto Internacional de Derechos Humanos (Estrasburgo).

de expulsión masiva de extranjeros; d) el reconocimiento del derecho de permanecer en el propio hogar; y e) los derechos humanos de los desarraigados.

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

## II. “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 éstos<sup>1</sup>. En este inicio del siglo XXI testimoniamos, más que una época de cambios, un cambio de época. Entre los 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 socioeconómicas 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 ritmo avasallador, sin que podamos divisar lo que nos espera en el futuro inmediato. A las víctimas de los actuales conflictos internos en tantos países, se suman otras tantas en búsqueda de su identidad en este vertiginoso cambio de época. La creciente concentración de renta a escala mundial ha acarreado el trágico aumento de los marginados y excluidos en todas partes del mundo.

Las respuestas humanitarias a los graves problemas contemporáneos que afectan crecientes segmentos de la población en numerosos países, han buscado curar tan solo 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),

<sup>1</sup> 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.

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 de 2000, respectivamente, las cuales, por su importancia, ameritan ser aquí resumidas. 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 contribuido seguramente, junto con otros factores, a algunas de las más graves crisis financieras de la última década, generando movimientos poblacionales en medio de un fuerte sentimiento de inseguridad humana <sup>2</sup>.

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 que se verifica el debilitamiento del control del Estado sobre los flujos de capital y bienes y su incapacidad de proteger a los miembros más débiles o vulnerables de la sociedad (v.gr., los inmigrantes, los trabajadores extranjeros, los refugiados y desplazados) <sup>3</sup>. 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 país <sup>4</sup>.

La Agenda Hábitat 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 en el mundo hoy en día se encuentran en estado de abandono, sin vivienda adecuada y viviendo en condiciones infrahumanas <sup>5</sup>. 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 los bienes y capitales, pero no necesariamente de los seres humanos. Avances logrados por los esfuerzos y sufrimientos de las

<sup>2</sup> OGATA, “Los retos de la protección de los refugiados”, Conferencia en la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, 29 de julio de 1999, ACNUR, México, 1999, ps. 2/3 y 9 (mecanografiado, circulación limitada); “Challenges of Refugee Protection”. Statement at the University of Havana, 11 de mayo de 2000, UNHCR, Havana, 2000, ps. 4, 6 y 8 (mecanografiado, circulación limitada).

<sup>3</sup> OGATA, “Los retos...”, cit., ps. 3/4; “Challenges...”, cit., p. 6.

<sup>4</sup> OGATA, “Los retos...”, cit., ps. 4/6; “Challenges...”, cit., ps. 7/10. Y conf. también, e.g., FLAUSS, J.-F., “L’action de l’Union Européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie”, *Revue Trimestrielle des Droits de l’Homme*, nro. 12, 2001, ps. 487/515.

<sup>5</sup> Conf. United Nations, “Habitat Agenda and Istanbul Declaration”, II UN Conference on Human Settlements, 3-14 de junio de 1996, UN, New York, 1997, p. 47, y conf. ps. 6/7, 17, 78/79 y 158/159.

generaciones pasadas, inclusive los que eran considerados como una conquista definitiva de la civilización, como el derecho de asilo, pasan hoy por un peligroso proceso de erosión<sup>6</sup>. 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.

### III. LA GLORIFICACIÓN DEL MERCADO Y LA DISTORSIÓN DEL ROL DEL ESTADO

Si, por un lado, con la revolución de los medios de comunicación, vivimos actualmente 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 humana<sup>7</sup>. No hay que olvidarse 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 viceversa.

<sup>6</sup> Conf., v.gr., CRÉPEAU, F., *Droit d'asile - De l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruylant, Bruxelles, 1995, ps. 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).

<sup>7</sup> MARITAIN, J., *Los derechos del hombre y la ley natural*, reimpr., Leviatán, Buenos Aires, 1982, ps. 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" (ps. 81/82). Sobre los "fines humanos del poder", conf. VISSCHER, Ch. de, *Théories et réalités en droit international public*, 4ª ed. rev., Pédone, Paris, 1970, ps. 18/32 et seq.

Uno de los 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 resultante 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 otros intereses que la realización del bien común, se muestra lamentablemente incapaz de atender. Al abordar este problema, el autor no descuida de 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 trabajos preparatorios 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 vivían en situación de extrema pobreza)<sup>8</sup>, 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 desempleo entre los jefes de familia<sup>9</sup>. 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 países”<sup>10</sup>.

<sup>8</sup> Naciones Unidas - Cepal, *La Cumbre Social. Una visión desde América latina y el Caribe*, Cepal, Santiago, 1994, p. 29.

<sup>9</sup> Naciones Unidas - Cepal, *La Cumbre Social...*, cit., p. 16.

<sup>10</sup> Naciones Unidas - Cepal, *La Cumbre Social...*, cit., p. 14.

A su vez, el secretario general de 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 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”<sup>11</sup>. En un mundo como éste, hablar, desde este ángulo, de “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 la nota citada, el secretario general de Naciones Unidas propugna por un “renacimiento de los ideales de justicia 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, sobre las responsabilidades sociales del saber, por cuanto “la ciencia sin conciencia no es más que la ruina del alma”<sup>12</sup>. 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 contemporáneos<sup>13</sup>.

Como se señaló en el caso “Villagrán Morales y otros v. Guatemala” (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

<sup>11</sup> Naciones Unidas, documento A/CONF.166/PC/L.13, 3 de junio de 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”; Naciones Unidas - Cepal, *La Cumbre Social...*, cit., 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; también, p. 16.

<sup>12</sup> Naciones Unidas - Cepal, *La Cumbre Social...*, cit., ps. 3/4 y 6.

<sup>13</sup> Particularmente en sus párrs. 2, 5, 16, 20 y 24; texto en Naciones Unidas, doc. A/CONF.166/9, del 19 de abril de 1995. Informe de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social (Copenhague, 6-12 de marzo de 1995), ps. 5/23.

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 Parte 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 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 abandono”<sup>14</sup>.

Los cambios vertiginosos en medio de 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 buscar asegurar la aplicabilidad directa de las normas internacionales de protección de los derechos humanos en el ámbito del derecho interno<sup>15</sup>.

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 la necesidad creciente de protección de los refugiados, los desplazados y los migrantes, en pleno umbral del siglo XXI, lo que exige una solidaridad en escala mundial<sup>16</sup>. Esta gran paradoja no deja de ser trágica, considerándose los extraordinarios avances en la 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 de poblaciones en razón de la globalización de la miseria, el despertar de una verdadera solidaridad a nivel global.

<sup>14</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Villagrán Morales y otros v. Guatemala” (caso de los “Niños de la Calle”), sentencia (sobre el fondo), 19 de noviembre de 1999, Serie C, nro. 63, voto concurrente conjunto de los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, ps. 105/108, párrs. 2-4, 6-7 y 9.

<sup>15</sup> 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.

<sup>16</sup> OGATA, “Challenges...”, cit., ps. 7/9; “Los retos...”, cit., p. 11.

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

En medio del egoísmo exacerbado y de la sociedad materialista de la actualidad, urge buscar la “revalorización de lo humano y de lo humanitario”<sup>17</sup>. El aumento de la competitividad económica está acompañado por el crecimiento de la pobreza y del endeudamiento; la apertura de las fronteras a los capitales (en búsqueda de intereses inmediatos) por el 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”, por la irrupción de numerosos y desagregadores conflictos internos en diversas partes del mundo.

Las migraciones y los desplazamientos forzados, intensificados en la década del '90<sup>18</sup>, se han caracterizado particularmente por las disparidades en las condiciones de vida entre el lugar de origen y el de destino de los migrantes. Sus causas son múltiples: colapso económico y desempleo, colapso en los servicios públicos (educación, salud, entre otros), desastres naturales, conflictos armados generando flujos de refugiados y desplazados, represión y persecución, violaciones sistemáticas de los derechos humanos, rivalidades étnicas y xenofobia, violencia de distintas formas<sup>19</sup>. 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 al desempleo<sup>20</sup>.

<sup>17</sup> CARRILLO SALCEDO, J. A., “El derecho internacional ante un nuevo siglo”, *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, nro. 48, 1999-2000, p. 257, y conf. p. 260.

<sup>18</sup> 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*, UNHCR/Oxford University Press, Oxford, 2000, p. 9.

<sup>19</sup> VAN HEAR, N., *New Diasporas. The Mass Exodus, Dispersal and Regrouping of Migrant Communities*, UCL Press, London, 1998, ps. 19/20, 29, 109/110, 141, 143 y 151; DENG, F. M., *Protecting the Dispossessed. A Challenge for the International Community*, Brookings Institution, Washington DC, 1993, ps. 3/20. Y conf. también, v.gr., DOMÉNACH, H. - PICOUET, M., *Les migrations*, PUF, Paris, 1995, ps. 42/126.

<sup>20</sup> VAN HEAR, N., *New Diasporas...*, cit., ps. 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” (p. 260).

Las migraciones y los desplazamientos forzados, con el consecuente desarraigo de tantos seres humanos, acarrearán traumas. El testimonio de migrantes da cuenta del sufrimiento que ocasiona el abandono del hogar, a veces con separación o desagregación familiar, la pérdida de bienes personales, como así también de las arbitrariedades y humillaciones por parte de autoridades fronterizas y oficiales de seguridad, generando un sentimiento permanente de injusticia <sup>21</sup>. 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” <sup>22</sup>.

En las mismas 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 sobre la ilusión de intentar olvidarse del pasado (dada la influencia que ejercen sobre cada uno sus antepasados, las generaciones predecesoras) <sup>23</sup>. También en esta línea de razonamiento, en notable libro publicado en 1967, titulado *Le retour du tragique*, J.-M. Doménach 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 cultura <sup>24</sup>.

Como bien ha señalado, en artículo reciente, Jaime Ruiz de Santiago, el drama de los refugiados y los migrantes —de los desarraigados en general— sólo podrá ser eficazmente tratado en medio de un espíritu de verdadera solidaridad humana hacia las víctimas <sup>25</sup>. En definitiva, sólo la firme determinación de reconstrucción de la comunidad internacional <sup>26</sup>, sobre la base de la solidaridad humana <sup>27</sup>, podrá llevar a la superación de las trágicas paradojas anteriormente mencionadas.

<sup>21</sup> VAN HEAR, N., *New Diasporas...*, cit., p. 152.

<sup>22</sup> WEIL, Simone, *The Need for Roots*, Routledge, London-New York, 1952 (reprint 1995), p. 41.

<sup>23</sup> ARENDT, Hannah. *La tradition cachée*, Ch. Bourgois, Paris, 1987 (ed. orig. 1946), ps. 58/59 y 125/127.

<sup>24</sup> DOMÉNACH, J.-M., *Le retour du tragique*, Seuil, Paris, 1967, p. 285.

<sup>25</sup> RUIZ DE SANTIAGO, Jaime, “Derechos humanos, migraciones y refugiados: desafíos en los inicios del nuevo milenio”, en *Actas del III Encuentro sobre Movilidad Humana: Migrantes y Refugiados*, ACNUR-IIDH, San José, Costa Rica, 2001 (en prensa).

<sup>26</sup> Conf., v.gr., CANÇADO TRINDADE, A. A., “Human Development and Human Rights in the International Agenda of the XXIst Century”, en *Human Development and Human Rights Forum*, agosto 2000, UNDP, San José, Costa Rica, 2001, ps. 23/38.

<sup>27</sup> Sobre el significado de esta última, conforme, en general, DE SEBASTIÁN, L., *La solidaridad*, Ariel, Barcelona, 1996, ps. 12/196; DE LUCAS, J., *El concepto de solidaridad*, 2ª ed., Fontamara, México, 1998, ps. 13/109; entre otros.

#### IV. 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, siempre he defendido la universalidad de los derechos humanos<sup>28</sup>. Mi experiencia como delegado a la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, junio de 1993), y mi participación en los trabajos de su Comité de Redacción, inclusive han 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. Más 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 trabajos preparatorios, tomaron en cuenta la diversidad cultural, y hoy disfrutan de una aceptación virtualmente universal<sup>29</sup>; 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 a los derechos humanos, ni los avances en el derecho penal internacional, ni la consagración de la jurisdicción universal en algunos tratados de derechos humanos<sup>30</sup>, ni el combate universal a los crímenes contra la humanidad.

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, extralegales y arbitrarias<sup>31</sup>.

<sup>28</sup> Conf., recientemente, CANÇADO TRINDADE, A. A., *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2001, ps. 15/455.

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

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

<sup>31</sup> Conf. CANÇADO TRINDADE, A. A., *Tratado de direito internacional dos direitos humanos*, vol. II, Fabris, Porto Alegre, 1999, ps. 338/358. Siendo así, el llamado “relativismo cultural” en el cam-

Todo esto impone la salvaguardia de los derechos inderogables en cualquier circunstancia. 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 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.gr., por los detentores del poder económico, o el 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 contar con los medios para hacer frente a tales violaciones diversificadas, entendiéndose que, también en estas 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 medidas de protección redoblada de los seres humanos, particularmente en medio de las incertezas y perplejidades de este cambio de época que vivimos.

## V. 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 víctimas <sup>32</sup>, 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,

---

po 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: que es nada más 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 jurídica 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).

<sup>32</sup> Conf., BAEHR, P. R. - BAUDET, F. - WERDMÖLDER, H. (eds.), *Human Rights and Ethnic Conflicts*, SIM, Utrecht, 1999, ps. 1/99.

y la emergencia de nuevas formas de organización política y social en medio de los rumbos de la economía mundial, se desarrollen teniendo presente 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 en algunas reflexiones sobre lo que denominé 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 humanitario <sup>33</sup>. 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 presente aquellas convergencias, al fenómeno, o más bien, 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 forzado <sup>34</sup>, y del derecho de refugio en su amplia dimensión, examinadas bajo la óptica de las necesidades de protección del ser humano en cualquier circunstancia, en el universo conceptual de los derechos humanos <sup>35</sup>.

<sup>33</sup> CANÇADO TRINDADE, A. A., “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, Costa Rica, diciembre 1994), IIDH/ACNUR/Gob. Costa Rica. San José, 1995, ps. 77/168; CANÇADO TRINDADE, A. A., “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), CICR/ACNUR/Gob. Suiza, San José, 1996, ps. 33/88.

<sup>34</sup> 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).

<sup>35</sup> 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, conf. el tomo de actas *Diez Años de la Declaración...*, cit., ps. 5/477.

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 complementario <sup>36</sup>. La nueva Declaración, además, reconoció que la violación de los derechos humanos es una de las causas de los desplazamientos y que, por lo tanto, la protección de tales derechos y el fortalecimiento del sistema democrático constituyen la mejor medida para la búsqueda de soluciones duraderas, así como para la prevención de los conflictos, de los éxodos de refugiados y de las graves crisis humanitarias <sup>37</sup>.

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 relevantes <sup>38</sup>. 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 relativos a los derechos humanos proporcionan reglas a los Estados y a las organizaciones internacionales para el tratamiento de refugiados, repatriados y personas desplazadas” <sup>39</sup>.

El documento de evaluación de la puesta en práctica de las disposiciones de “Principios y criterios”, de 1994, fue aún más allá. Contuvo una sección enteramente dedicada a la observancia de los derechos humanos <sup>40</sup>, en la cual se refirió al fortalecimiento de las instituciones nacionales democráticas y de defensa de los derechos humanos. En otro pasaje dedicado a la materia, advirtió

<sup>36</sup> Preámbulo y conclusiones tercera y decimosexta (a).

<sup>37</sup> Conf. CANÇADO TRINDADE, A. A., *Tratado...*, cit., vol. I, ps. 328/331.

<sup>38</sup> 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 res. 1503 (XLVIII), de 1970, del Ecosoc”; párr. 34 del documento “Principios y criterios”, de CIREFCA.

<sup>39</sup> Párr. 72 del documento “Principios y criterios”, 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 éstos con el ACNUR— con miras a complementar la protección internacional de los refugiados en la región; *ibid.*, párr. 73.

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

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

El referido documento de 1994, al abordar, en sus conclusiones, los logros del proceso de la citada Conferencia<sup>43</sup>, 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”<sup>44</sup>. Aun así, acrecentó, hay que profundizar en el examen de determinados elementos (como, v.gr., 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)<sup>45</sup>.

A su vez, en el continente europeo, frente al temor de una erosión del derecho de asilo<sup>46</sup>, se han buscado nuevas formas de protección contra tratos inhumanos o degradantes infligidos a los desarraigados<sup>47</sup>. Así, en los últimos años, se ha desarrollado bajo el art. 3, Convención Europea de Derechos Humanos, una jurisprudencia que extiende la protección contra el *refoulement* respecto de la propia Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados<sup>48</sup>. Se ha señalado, al respecto, que esa jurisprudencia ha interpretado el art. 3, 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

<sup>41</sup> Doc. CIREFCA/REF/94/1, párr. 16, y conf. párrs. 13-18.

<sup>42</sup> Doc. CIREFCA/REF/94/1, 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).

<sup>43</sup> 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 Dres. Antônio Augusto Cançado Trindade, Reinaldo Galindo-Pohl y César Sepúlveda; conf. *ibid.*, p. 3, párr. 5.

<sup>44</sup> Doc. CIREFCA/REF/94/1, párr. 91.

<sup>45</sup> Doc. CIREFCA/REF/94/1, párr. 100.

<sup>46</sup> CRÉPEAU, F., *Droit d'asile...*, cit., ps. 17/353; OLIVEIRA BATISTA, V., *União Européia. Livre circulação de pessoas e direito de asilo*, Del Rey, Belo Horizonte, 1998, ps. 39/227.

<sup>47</sup> Para un estudio general, conf. CANÇADO TRINDADE, A. A. - RUIZ DE SANTIAGO, J., *La nueva dimensión de las necesidades de protección del ser humano en el inicio del siglo XXI*, ACNUR, San José, Costa Rica, 2001, ps. 19/119.

<sup>48</sup> LAMBERT, H., “Protection against refoulement from Europe: Human rights law comes to the rescue”, *International and Comparative Law Quarterly*, nro. 48, 1999, ps. 515/516, y conf. ps. 520, 536 y 538.

refugiados sino también a una norma perentoria del derecho internacional de los derechos humanos <sup>49</sup>.

## VI. LA PROHIBICIÓN DE EXPULSIÓN MASIVA DE EXTRANJEROS

En 1986, la International Law Association adoptó (en su 62<sup>a</sup> sesión, en Seúl), 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). 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, fue citada en los argumentos ante el Tribunal de Reclamaciones Irán/Estados Unidos, en el caso “Leach v. Irán” (8 de diciembre de 1988), como “evidencia de limitaciones procesales” de la prerrogativa estatal de expulsión <sup>50</sup>. El Protocolo IV (1963) a la Convención Europea de Derechos Humanos prohíbe efectivamente la expulsión colectiva de extranjeros (art. 4). Y aun en casos individuales, si la expulsión de un extranjero genera una separación de los miembros de la unidad familiar, acarrea una violación del art. 8, Convención Europea de Derechos Humanos; por consiguiente, los Estados Parte en esta última ya no tienen discrecionalidad total para expulsar de su territorio extranjeros que ya hayan establecido un “vínculo genuino” con ellos <sup>51</sup>.

Los límites de la discrecionalidad estatal en cuanto al trato de cualquier persona bajo la jurisdicción de los Estados Parte en tratados de derechos humanos fueron resaltados, v.gr., en los casos célebres de los *East African Asians*. En aquellos casos, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos concluyó que veinticinco de los demandantes (que habían retenido su *status* de ciudadanos británicos después de la independencia de Kenia y Uganda para verse libres

<sup>49</sup> LAMBERT, H., “Protection...”, cit., ps. 516/518 y 544.

<sup>50</sup> Cit. LUKE, T. Lee, “Progressive Development of Refugee Law and its Codification”, en PATAK, R. S. - DHOKALIA, R. P. (eds.), *International Law in Transition. Essays in Memory of Judge Nagendra Singh*, New Delhi/Dordrecht, Lancers/Nijhoff, 1992, ps. 114/115.

<sup>51</sup> SCHERMERS, H. G., “The bond between man and State”, en BEYERLIN, U. *et al.* (eds.), *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung. Festschrift für R. Bernhardt*, Springer-Verlag, Berlin, 1995, ps. 192/194.

de controles inmigratorios) habían sido víctimas de una nueva ley británica <sup>52</sup> 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 art. 3, Convención Europea de Derechos Humanos <sup>53</sup>. Años después, la misma Comisión Europea confirmó su posición al respecto, en el caso “Abdulaziz, Cabales y Balkandali v. Reino Unido” (1985), en el cual advirtió que la discrecionalidad estatal en materia de inmigración tiene límites, por cuanto un Estado no puede, v.gr., implementar políticas basadas en la discriminación racial <sup>54</sup>.

A pesar de que la Convención Europea no contiene el derecho a no ser expulsado de uno de los Estados Parte, muy temprano en la operación de la Convención se aceptó que había límites a la facultad de los Estados Parte de controlar la entrada y salida de extranjeros, en razón de las obligaciones contraídas bajo la misma Convención, como ilustrado, v.gr., por las referentes al art. 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 art. 8, Convención Europea <sup>55</sup>.

## VII. 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 dé-

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

<sup>53</sup> 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. HARRIS, D. J. - O'BOYLE, M. - WARBRICK, C., *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, London, 1995, ps. 81/82 y 695.

<sup>54</sup> Cit. HARRIS, D. J. - O'BOYLE, M. - WARBRICK, C., *Law of the European...*, cit., p. 82. La antigua Comisión Europea cuidó de caracterizar la “expulsión colectiva de extranjeros”, para la aplicación de la prohibición contenida en el art. 4, Protocolo IV a la Convención Europea, tal como ilustrado, v.gr., por sus consideraciones en el caso “A. *et al.* v. Holanda” (1988), interpuesto por veintitrés personas de nacionalidad surinamesa; conf. European Commission of Human Rights, application 14.209/1988 (decisión del 16 de diciembre de 1988), en *Decisions and Reports*, vol. 59, Strasbourg, C. E., 1989, ps. 274/280.

<sup>55</sup> VILLIGER, M. E., “Expulsion and the right to respect for private and family life (art. 8 of the Convention). An introduction to the Commission’s Case-Law”, en MATSCHER, F. - PETZOLD, H. (eds.), *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*, C. Heymanns Verlag, Köln-Berlin, 1988, ps. 657/658 y 662.

cada del '90. 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 encuéntrase “[...] implícito en el derecho de salir del propio país y de retornar a él. En su forma más simple se podría decir que incluye el derecho a la libertad de movimiento y residencia dentro del propio país. Es inherente al art. 9, Declaración Universal de Derechos Humanos que nadie será sometido a exilio arbitrario. Está vinculado también a otros derechos humanos fundamentales porque, cuando las personas son forzadas a abandonar sus hogares, toda una serie de otros derechos es amenazada, inclusive el derecho a la vida, libertad y seguridad de la persona, la no-discriminación, el derecho a no ser sometido a tortura o tratamiento degradante, el derecho a la privacidad y a la vida familiar”<sup>56</sup>.

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”<sup>57</sup>; el objetivo fundamental del ACNUR es, pues, “asegurar que las personas en necesidad de protección reciban tal protección”<sup>58</sup>. Para esto hay que examinar las causas de los problemas de los refugiados y desplazados, lo que sólo es posible dentro del marco de la plena vigencia de los derechos humanos. Dicho examen, además, es de la esencia de la prevención, dirigida al mejoramiento de las condiciones de vida de la población, así como al perfeccionamiento de las instituciones nacionales que protegen los derechos humanos.

El Programa de Acción adoptado por la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (El Cairo, 5-13 de septiembre de 1994), a su vez, advirtió que, en el período 1985-1993, el número de refugiados que se duplicó (de ocho y medio millones a diecinueve millones), como consecuencia de factores múltiples y complejos, inclusive “violaciones masivas de derechos humanos”<sup>59</sup>, instó a los Estados a “respetar el principio del *non-refoulement*” y a salvaguardar el derecho de las personas de “permanecer en seguridad en sus hogares”, absteniéndose de políticas y prácticas que las fuercen a huir<sup>60</sup>. Significativa-

<sup>56</sup> UNHCR, “Statement by the United Nations High Commissioner for Refugees (Mrs. Sadako Ogata) to the XLIX Session of the Commission on Human Rights”, Geneva, 3 de marzo de 1993, p. 10 (mecanografiado, circulación interna).

<sup>57</sup> UNHCR, “Statement...”, cit., p. 11.

<sup>58</sup> UNHCR, “Statement...”, cit., p. 12.

<sup>59</sup> UN, “Population and Development”. Programme of Action Adopted at the International Conference on Population and Development (El Cairo, 5-13 de septiembre de 1994), doc. ST/ESA/Ser.A/149, UN, New York, 1995, p. 55, párr. 10/21.

<sup>60</sup> UN, “Population...”, cit., p. 56, párrs. 10/27 y 10/23.

mente, el documento final de la Conferencia de El Cairo insistió en el “pleno respeto por los varios valores éticos y religiosos y *backgrounds* culturales del pueblo de cada país”<sup>61</sup>.

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, Hábitat-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”<sup>62</sup>.

En efecto, un examen detallado de la Declaración de Estambul sobre Asentamientos Humanos y de la Agenda Hábitat (1996) revela que, de todos los documentos finales de las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas de la década del '90, los de la Conferencia Hábitat 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 rehabilitación<sup>63</sup>.

En la misma línea de pensamiento, la Agenda Hábitat, al detenerse en la protección de los refugiados, desplazados y migrantes (en relación con la falta de abrigo adecuado), identificó a la pobreza y a las violaciones de los derechos humanos como factores que conllevan migraciones<sup>64</sup>. Además, destacó la importancia de la preservación de la identidad cultural de los migrantes, y de la igualdad de oportunidades para el desarrollo personal, cultural, social y espiritual de todos<sup>65</sup>. La Agenda Hábitat enfatizó la importancia del cultivo, por las nuevas generaciones, de su herencia histórica —cultural y espiritual— indispensable para una vida comunitaria estable<sup>66</sup>. En fin, desde esta óptica, la Agenda Hábitat propugnó la construcción de un mundo de paz y estabilidad, sobre la base de una “visión ética y espiritual”<sup>67</sup>.

<sup>61</sup> UN, “Population...”, cit., p. 74, párr. 14/3(f); p. 79, párr. 15/13; y 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.

<sup>62</sup> Naciones Unidas, doc. E/CN.4/1997/42, de 14 de enero de 1997, p. 21, párr. 61.

<sup>63</sup> UN, “Habitat Agenda and Istanbul Declaration II”, Conference on Human Settlements, Istanbul, June 1996), UN, New York, 1996, ps. 7/8.

<sup>64</sup> UN, “Habitat...”, cit., ps. 78/79 y 158/159.

<sup>65</sup> UN, “Habitat...”, cit., ps. 15, 23 y 34.

<sup>66</sup> UN, “Habitat...”, cit., ps. 98 y 121/122.

<sup>67</sup> UN, “Habitat...”, cit., p. 12.

De los documentos finales de las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas de la década del '90 (cit. *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. El análisis de la materia, desde el prisma no sólo jurídico sino también sociológico, destaca aspectos que no pueden pasar desapercibidos a 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, v.gr., constatar un marcado contraste entre la pobreza de los países de origen de las migraciones (a veces clandestinas) y los recursos incomparablemente mayores de los países receptores de migrantes <sup>68</sup>.

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

## VIII. 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 (F. M. Deng) <sup>71</sup>, 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 existentes <sup>72</sup>;

<sup>68</sup> DOMÉNACH, H. - PICOUET, M., *Les migrations*, PUF, Paris, 1995, ps. 58/61 y 111.

<sup>69</sup> DOMÉNACH, H. - PICOUET, M., *Les migrations*, cit., p. 66.

<sup>70</sup> DOMÉNACH, H. - PICOUET, M., *Les migrations*, cit., ps. 48 y 82/83, y conf. ps. 84/85.

<sup>71</sup> 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 (DENG, F. M., "Internally displaced persons [Interim Report]", RPG-DHA, New York, 1994, p. 21.

<sup>72</sup> Sobre todo mediante las convergencias entre el derecho internacional de los derechos humanos,

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 1998 <sup>73</sup>, el cual cuida de enumerar los mismos derechos, para los desplazados internos, de que disfrutaban las demás personas en su país <sup>74</sup>.

Los referidos Principios Básicos de 1998 determinan que el desplazamiento no puede efectuarse de modo que viole los derechos a la vida, a la dignidad, a la libertad y a la seguridad de los afectados (principios 8 y siguientes). El documento también afirma otros derechos, como el derecho al respeto a la vida familiar (principio 17), el derecho a un patrón adecuado de vida (principio 18), el derecho a la igualdad ante la ley (principio 20), el derecho a la educación (principio 23) <sup>75</sup>. La idea básica que subyace en todo el documento es 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 derechos <sup>76</sup>.

Una corriente de la doctrina europea contemporánea ha invocado la responsabilidad internacional del Estado para declarar la práctica estatal generadora de refugiados —y desplazados— como constituyendo un acto internacionalmente ilícito (sobre todo ante la presencia del elemento de culpa lata) <sup>77</sup>. La justificación para esta elaboración doctrinaria 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 que prohíbe la provocación de flujos de refugiados <sup>78</sup>, y a partir de ahí, se establecen las consecuencias de ese acto internacionalmente ilícito —que se aplicarían *a fortiori* a flujos migratorios súbitos— inclusive para efectos de reparaciones.

---

el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los refugiados; conf. COHEN, R. - DENG, F., *Masses in Flight: The Global Crisis of Internal Displacement*, Brookings Institution, Washington DC, 1998, cap. III, ps. 75 y 78/85.

<sup>73</sup> Principios 1.1, 4.1, 22, 24.1.

<sup>74</sup> Afirma, además, la prohibición del “desplazamiento arbitrario” (principio 6).

<sup>75</sup> El documento se refiere, en fin, al retorno, reasentamiento y reintegración de los desplazados (principios 28-30). Para la adopción del documento, conf. ONU, doc. E/CN.4/1998/L.98, de 14 de abril de 1998, p. 5.

<sup>76</sup> COHEN, R. - DENG, F., *Masses...*, cit., p. 74.

<sup>77</sup> AKHAVAN, P. - BERGSMO, M., “The Application of the Doctrine of State Responsibility to Refugee Creating States”, *Nordic Journal of International Law. Acta Scandinavica Juris Gentium*, nro. 58, 1989, ps. 243/256; y conf. HOFMANN, R., “Refugee-Generating Policies and the Law of State Responsibility”, *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, nro. 45, 1985, ps. 694/713.

<sup>78</sup> CZAPLINSKI, W. - STURMA, P., “La responsabilité des États pour les flux de réfugiés provoqués par eux”, *Annuaire Français de Droit International*, nro. 40, 1994, ps. 156/169.

Estos esfuerzos doctrinales presentan, 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 al Estado receptor como al 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 iusprivatista, justificando inclusive sanciones a aquellos Estados que, en rigor, no son los únicos responsables por los flujos poblacionales forzados. En un mundo “globalizado” de profundas desigualdades e iniquidades como el de nuestros días, del primado de la crueldad económico-financiera antihistórica (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?, ¿cómo singularizar Estados responsables —con la exclusión de otros Estados— por migraciones forzadas?, ¿cómo justificar represalias?

Tal como señalé en obra reciente <sup>79</sup>, no me parece que éste sea el camino que se deba 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 las víctimas— debe ser tratada como verdadero tema global (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 contemporánea <sup>80</sup>, con énfasis especial en la prevención.

Las iniquidades del actual sistema económico-financiero internacional requieren el desarrollo conceptual del derecho de la responsabilidad internacional, que abarque, a la par de los Estados, a los agentes del sistema financiero internacional y a 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, por ejemplo, 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*

<sup>79</sup> CANÇADO TRINDADE, A. A., *Tratado...*, cit., vol. II, ps. 272/276.

<sup>80</sup> Conf., en ese sentido, mis votos razonados en los siguientes casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso “Blake v. Guatemala” (sentencia sobre el fondo, 1998, Serie C, nro. 36, párrs. 26-30); caso “Blake v. Guatemala” (sentencia sobre reparaciones, 1999, Serie C, nro. 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).

especial sobre la cuestión de los derechos humanos y éxodos en masa. Posteriormente se relacionó este tema con la cuestión de los desplazados internos <sup>81</sup>. 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 humanos <sup>82</sup>. La materia ha atraído considerable atención en las ya citadas Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas de la década del '90, que han proveído importantes elementos para su consideración <sup>83</sup>.

#### IX. 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 empieza a atraer la atención de la bibliografía especializada <sup>84</sup>, 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 del 18 de agosto de 2000. Esas medidas tuvieron por objeto, *inter alia*, proteger la vida e integridad personal de cinco individuos, evitar la deportación o expulsión de dos de ellos, permitir el retorno inmediato a la República Dominicana de otros dos, y la reunificación familiar de dos de ellos con sus hijos menores, además de la investigación de los hechos.

En mi voto concurrente en la resolución de la Corte en el referido caso, me permití, al señalar la dimensión verdaderamente global del fenómeno contemporáneo del desarraigo —que se manifiesta en diferentes regiones del mundo y representa un gran desafío al derecho internacional de los derechos huma-

<sup>81</sup> Conf. ONU, doc. E/CN.4/1995/CRP.1, 30 de enero de 1995, ps. 1/119.

<sup>82</sup> Conf., recientemente, PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2000*, Mundi-Prensa, Madrid, 2000, ps. 1/290.

<sup>83</sup> Para un estudio reciente, CANÇADO TRINDADE, A.A., "Sustainable human development and conditions of life as a matter of legitimate international concern: The legacy of the UN 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, ps. 285/309.

<sup>84</sup> Conf., v.gr., TRIMARCO, V., "Reflexiones sobre la protección internacional en los '90", en IRIGOIN BARRENNE, J. (ed.), *Derecho internacional de los refugiados*, Universidad de Chile, Santiago, 1993, ps. 88/113; GARCÍA-SAYÁN, D., "El refugio en situación de violencia política", en IRIGOIN BARRENNE, J. (ed.), *Derecho...*, cit., ps. 114/125; ZELEDÓN, C., "Derechos humanos y políticas frente a la mundialización de los flujos migratorios y del exilio", en *Migrações Contemporâneas: Desafio à Vida, à Cultura e à Fé*, CSEM, Brasília, 2000, ps. 97/111.

nos— advertir que, en efecto, en un mundo “globalizado” —el nuevo eufemismo en boga— “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 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 éste es un cuadro revelador de que, en el 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)<sup>85</sup>.

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 a 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 pre-

<sup>85</sup> En el párrafo siguiente, observé que “ya en 1948, en un ensayo luminoso, el historiador Arnold Toynbee, cuestionando [en su libro *Civilization on Trial*] las propias bases de lo que se entiende por civilización, ‘o sea, avances bastante modestos en los planos social y moral’, lamentó que el dominio alcanzado por el hombre sobre la naturaleza no-humana desafortunadamente no se extendió al plano espiritual” (párr. 5). Ya a mediados del siglo XX, corrientes distintas del pensamiento filosófico de entonces se rebelaban contra la deshumanización de las relaciones sociales y la despersonalización del ser humano, generadas por la sociedad tecnocrática, que trata al individuo como simple agente de producción material (conf., GARAUDY, R., *Perspectivas do Homem*, 3ª ed., Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1968, ps. 141/143 y 163/165).