

sente la indivisibilidad de todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales)” (párr. 7).

En seguida pasé a abordar, en mi voto concurrente, a la par de la dimensión global, el otro aspecto del problema del desarraigo, a saber, el de la responsabilidad estatal. Después de dejar constancia de “los vacíos y lagunas de la normativa de protección existente” sobre la materia, me permití advertir: “Nadie cuestiona, por ejemplo, la existencia de un derecho a emigrar, como corolario del derecho a la libertad de movimiento. Pero los Estados aún no aceptaron un derecho a inmigrar y a permanecer donde uno se encuentre. En lugar de políticas poblacionales, los Estados, en su gran mayoría, ejercen más bien la función policial de proteger sus fronteras y controlar los flujos migratorios, sancionando los llamados migrantes ilegales. Como, a juicio de los Estados, no hay un derecho humano de inmigrar y de permanecer donde uno esté, el control de los ingresos migratorios, sumado a los procedimientos de deportaciones y expulsiones, encuéntrase sujetos a sus propios criterios soberanos. No sorprende que de ahí advengan inconsistencias y arbitrariedades” (párr. 8). Y agregué: “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 subyacentes <sup>86</sup>. En relación con el problema en cuestión, algunas normas de protección ya existen, pero falta 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 Familiares <sup>87</sup>, una década después de aprobada, aún no haya entrado en vigor” (párr. 9).

“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”, continué advirtiendo, “sigue siendo tratado de forma atomizada por los Estados, con la visión de un

<sup>86</sup> 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 que ésta 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 (art. 7). No sorprenden, 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).

<sup>87</sup> Que prohíbe medidas de expulsión colectiva, y determina que cada caso de expulsión deberá ser “examinado y decidido individualmente”, conforme a la ley (art. 22).

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

Por último, en mi voto concurrente antes citado, insistí en el énfasis que se debe dar 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 haitiano en la República Dominicana (2000).

La indivisibilidad de todos los derechos humanos —proseguí— “se manifiesta tanto en el fenómeno del desarraigo 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 (arts. 4 y 5, Convención Americana sobre Derechos Humanos), sean aplicadas también en relación con otros derechos protegidos por la Convención Americana. Siendo todos estos derechos interrelacionados, se puede perfectamente, en mi entender, dictar medidas provisionales de protección de cada uno de ellos, siempre y cuando se reúnan los dos requisitos de la ‘extrema gravedad y urgencia’ y de la ‘prevención de daños irreparables a las personas’, consagrados en el art. 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 (arts. 4 y 5, 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 (arts. 7, 19 y 22, 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 de 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 “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 de 2000, que fueron ratificadas por la Corte en pleno, la cual, en su resolución sobre medidas provisionales de 24 de noviembre de 2000, al extenderlas a todos los miembros de la Comunidad, requirió al Estado, *inter alia*, que asegurase las condiciones necesarias para que las personas de esa Comunidad “que se hayan forzadas a desplazarse a otras zonas del país, regresen a sus hogares”<sup>88</sup>.

En cuanto al ejercicio de su función consultiva, la Corte Interamericana emitió el día 1º de octubre de 1999, su 16ª Opinión Consultiva, de considerable importancia, sobre el Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal. Es un pronunciamiento pionero, el cual desde entonces ha servido 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 Opinión Consultiva de la Corte Interamericana sostuvo que el art. 36, Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963) concierne a la protección de los derechos del detenido extranjero, a quien reconoce el derecho individual a la pronta información sobre la asistencia consular<sup>89</sup>. Agregó que este derecho confiere eficacia, en los casos concretos, al derecho al debido proceso legal, susceptible de expansión; y que debe, así, ser respetado por todos los Estados Parte, independientemente de su estructura federal o unitaria<sup>90</sup>.

La inobservancia de tal derecho, agregó la Opinión Consultiva, afecta, por consiguiente, las garantías del debido proceso legal, y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida “arbitrariamente”<sup>91</sup>, “con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la res-

<sup>88</sup> Punto resolutivo 6 de la citada resolución; conf. el voto razonado concurrente de los jueces A. Abreu Burelli y S. García Ramírez.

<sup>89</sup> OC-16/99, 1º de octubre de 1999, puntos resolutivos 1-3.

<sup>90</sup> OC-16/99, 1º de octubre de 1999, puntos resolutivos 6 y 8.

<sup>91</sup> En los términos del art. 4, Convención Americana sobre Derechos Humanos, y del art. 6, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

ponsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación”<sup>92</sup>. 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, 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 a 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*, notablemente *vis-à-vis* los migrantes), en un mundo ‘globalizado’ en que las fronteras se abren a los capitales, inversiones y servicios pero no necesariamente a los seres humanos. Los extranjeros detenidos, en un medio social y jurídico y en un idioma diferentes de los suyos y que no conocen suficientemente, experimentan muchas veces una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar” (párr. 23).

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 éstas 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).

## X. 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 entre-guerras, sobre todo a partir de mediados de los años treinta<sup>93</sup>; pero fue en el período posterior a la Segunda Guerra Mundial que el *non-refoulement* se configuró como un principio básico del derecho in-

<sup>92</sup> OC-16/99, 1º de octubre de 1999, punto resolutivo 7.

<sup>93</sup> Conf., el art. 3. Convención relativa al Estatuto Internacional de los Refugiados (1933), la cual, sin embargo, sólo alcanzó ratificaciones de ocho Estados.

ternacional de los refugiados, consagrado en el art. 33, Convención relativa al Estatuto de los Refugiados de 1951, y, años después, también en el artículo II(3) de la Convención de la OUA Rigiendo Aspectos Específicos de Problemas de Refugiados en África de 1969 <sup>94</sup>.

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 (art. 3), la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (art. 22.8), y, más recientemente, y de manera categórica, en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura de 1984 (art. 3) <sup>95</sup>. Así, a pesar de su desarrollo histórico relativamente reciente, se puede decir que ya en los años siguientes al fin de la guerra de Vietnam (fines de los años setenta e inicio de los ochenta) el *non-refoulement* pasaba a ser considerado como un principio del propio derecho internacional consuetudinario <sup>96</sup> 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* <sup>97</sup>. Esta caracterización ha encontrado respaldo también en la doctrina contemporánea al respecto <sup>98</sup>, la cual necesita, sin embargo, un mayor

<sup>94</sup> Conf. GOODWIN-GILL, G. S., *The Refugee in International Law*, 2ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, ps. 117/124, y conf. ps. 135 y 167.

<sup>95</sup> A su vez, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 prefiere centrarse más bien en el instituto del asilo (art. 12.3).

<sup>96</sup> 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* (septiembre de 2001), según la cual aquel principio, consagrado en el art. 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, ps. 1/2).

<sup>97</sup> Conclusión quinta.

<sup>98</sup> Conf., RUIZ DE SANTIAGO, Jaime, "Derechos humanos y protección internacional de los refugiados", XV Curso de Derecho Internacional, organizado por el Comité Jurídico Interamericano (1988), Secretaría General de la OEA, Washington DC, 1989, ps. 250 y 243; GARRETÓN, Roberto,

desarrollo conceptual al respecto. Nunca es demasiado reiterar la importancia capital del principio del *non-refoulement*, verdadera piedra angular de toda la protección internacional de los refugiados.

Quizás sea, incluso, necesario, recordar en nuestros días el carácter imperativo del *non-refoulement*, en relación con la normativa tanto del derecho internacional de los refugiados como del derecho internacional de los derechos humanos, como oportunamente señala la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994<sup>99</sup>. 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.

Así, se debe tener precaución en relación con ciertos neologismos en *vogue*, que pueden, cuando son mal utilizados, sugerir una indebida relativización del principio de la no-devolución. Ya en 1980, por ejemplo, en su res. 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” (*item [a]*).

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

En cuanto a 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 especializada contemporánea sobre la materia, sin mayor espíritu crítico. La metáfora parece haber avanzado teniendo presente la imagen de astronautas... Pero si uno está “en órbita”, es decir, es expulsado de un país a otro, difícilmente se caracterizaría como refugiado *stricto sensu*; aunque se pretenda ampliar la protección de los refugiados al mayor número de personas en situación de vulnerabilidad —lo que me parece acertado— se debería evitar el uso de palabras o expresiones inadecuadas, quizás vacías.

---

“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), ACNUR/IIDH, San José, Costa Rica, 1995, ps. 229/230.

<sup>99</sup> Conclusión decimosexta, letra (a).

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 art. 3, Convención Europea, que prohíbe el trato inhumano o degradante <sup>100</sup>. Se evita, así, el uso de una expresión un tanto rara, tratando el asunto en términos más precisos y con clara base jurídica convencional <sup>101</sup>.

Las convergencias entre el derecho internacional de los refugiados y el derecho internacional de los derechos humanos han tenido el efecto de ampliar el contenido normativo del principio del *non-refoulement* <sup>102</sup>. Identificado, el *non-refoulement*, en el marco del primero como la prohibición del rechazo en la frontera, pasó también a asociarse, en el marco del segundo, con la prohibición absoluta de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, como evidenciado por su previsión en el art. 3, Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (1984) <sup>103</sup>.

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 nivel tanto regional como global. Lo ilustra, v.gr., en materia de extradición, la célebre sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso “Soering v. Reino Unido” (1989), en el cual se infiere el *non-refoulement* bajo el art. 3, Convención Europea de Derechos Humanos <sup>104</sup>.

<sup>100</sup> Application 8100/1977, “X v. República Federal de Alemania” (no publicado), cit. en MOLE, N., *Problems Raised by Certain Aspects of the Present Situation of Refugees...*, cit., p. 26; *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Council of Europe/Directorate of Human Rights, Strasbourg, doc. H/INF(2000)/8 prov., mayo 2000, p. 28.

<sup>101</sup> Para otras críticas que me permití formular al uso de expresiones inadecuadas, en el contexto del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, conf. CANÇADO TRINDADE, A. A., “Reflexiones sobre el futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos”, en MÉNDEZ, J. E. - COX, F. (eds.), *El futuro del sistema interamericano de protección de los derechos humanos*, IIDH, San José, Costa Rica, 1998, ps. 573/603.

<sup>102</sup> 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.gr., a las condiciones de la repatriación voluntaria (art. 5, párrs. 1 a 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, prohíbe igualmente el rechazo en la frontera, la devolución o la expulsión (art. 2, párr. 3).

<sup>103</sup> SUNTINGER, W., “The principle of non-refoulement: Looking rather to Geneva than to Strasbourg?”, *Austrian Journal of Public and International Law*, nro. 47, 1995, ps. 203/208; GOODWIN-GILL, G. S., “The international protection of refugees: What future?”, *International Journal of Refugee Law*, nro. 12, 2000, ps. 2/3.

<sup>104</sup> También el Comité de Derechos Humanos, bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, además de haber afirmado el principio del *non-refoulement* en sus “comentarios generales”, nros. 7/16 (de 1982) y 20/44 (1992), en la práctica ha tratado la materia en casos relativos a extradición (de personas corriendo el riesgo de la pena de muerte); SUNTINGER, W., “The principle...”, cit., ps. 205, 208 y 214.

El mismo principio enunciado por la Corte Europea en el caso “Soering”, oponiéndose a la extradición con base en el art. 3, Convención Europea, fue reafirmado por la misma Corte en el caso “Vilvarajah v. Reino Unido” (1991), en el cual sostuvo que la prohibición de malos tratos bajo el art. 3, Convención Europea era absoluta y se aplicaba igualmente en casos de expulsión<sup>105</sup>. La referida inferencia del *non-refoulement* se da, pues, tanto en materia de extradición como de expulsión, bajo el art. 3, Convención Europea.

Se puede proceder del mismo modo respecto de otros derechos protegidos, como, v.gr., el derecho a la vida privada y familiar, según el art. 8, Convención Europea. Cuestiones planteadas en algunos casos recientes bajo la Convención Europea revelan que el art. 8 puede efectivamente ser invocado para proteger migrantes de segunda generación, por ejemplo, contra la deportación o la expulsión, con base en sus vínculos familiares y sociales y en sus raíces firmemente establecidas en el país de residencia<sup>106</sup>.

También ejemplifica la dimensión preventiva del principio del *non-refoulement*, en materia de expulsión, v.gr., el caso “Mutombo v. Suiza” (1994): el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura<sup>107</sup> concluyó que la expulsión (o retorno forzado) por Suiza del peticionario a Zaire constituía una violación del art. 3, Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, por cuanto existía en aquel país un “patrón consistente” de violaciones graves y masivas a los derechos humanos<sup>108</sup>. Ciertos principios básicos, como el del *non-refoulement*, forman, pues, un mínimo irreductible de la protección de los derechos de la persona humana. Al contrario de monsieur Jourdain, célebre personaje de Molière, que hablaba prosa sin saberlo<sup>109</sup>, 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, de los extranjeros en general, y, en última instancia, a

<sup>105</sup> Conf. MOLE, N., “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, nro. 9 rev., 1997, ps. 10, 16 y 18.

<sup>106</sup> Conf., los casos “Moustaquim v. Bélgica” (1991), “Beldjoudi v. Francia” (1992), “Djeroud v. Francia” (1991), y “Languindaz v. Reino Unido” (1992-1993), cit. en CHOLEWINSKI, R., “Strasbourg’s ‘Hidden Agenda’?: The Protection of Second-Generation Migrants from Expulsion under Article 8 of the European Convention on Human Rights”, *Netherlands Quarterly of Human Rights*, nro. 3, 1994, ps. 287/288, 292/294 y 297/299.

<sup>107</sup> Bajo la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (1984).

<sup>108</sup> Cit. en SUNTINGER, W., “The Principle...”, cit., ps. 210, 217 y 221/222.

<sup>109</sup> MOLIÈRE, “Le bourgeois gentilhomme” (acto II, escena IV, y acto III, escena III), in *Oeuvres complètes*, Seuil, Paris, 1962, ps. 514/515 y 518.

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) <sup>110</sup>.

Considerando que en nuestros días se ha conformado un verdadero régimen internacional contra la tortura, las desapariciones forzadas de personas, y las ejecuciones sumarias, extralegales y arbitrarias <sup>111</sup>, y que el principio del *non-refoulement*, con el aporte que le ha dado el derecho internacional de los derechos humanos, pretende precisamente evitar el simple riesgo de someter a alguien a tortura (y a tratos crueles, inhumanos o degradantes), cuya prohibición es absoluta, ya no hay cómo dudar, según mi opinión, 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 bienestar de la persona humana. Corresponde, además, a mi modo de ver, a una inequívoca manifestación de la visión crecientemente antropocéntrica del derecho internacional contemporáneo.

## XI. 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 protección <sup>112</sup>. Por otro lado, las reacciones a dichas violaciones de los derechos humanos y la movilización para enfrentar los nuevos desafíos son hoy día inmediatos. Esto se debe, en mi entender, al despertar de la conciencia jurídica universal (a la cual me he referido en mis votos antes citados de la Corte Interamericana de Derechos Humanos) para la necesidad de asegurar la protección eficaz del ser humano en todas y cualesquiera circunstancias.

<sup>110</sup> FOURTEAU, H., *L'application de l'article 3 de la Convention Européenne des Droits de l'Homme dans le droit interne des États membres*, LGDJ, Paris, 1996, ps. 211/212, 214, 219/220 y 227.

<sup>111</sup> CANÇADO TRINDADE, A. A., *Tratado...*, cit., vol. II, ps. 345/358.

<sup>112</sup> Conf., al respecto, CANÇADO TRINDADE, A. A., "L'interdépendance de tous les droits de l'homme et leur mise en oeuvre: obstacles et enjeux", *Revue Internationale des Sciences Sociales*, nro. 158, Unesco, Paris, 1998, ps. 571/582.

En este inicio del siglo XXI, podemos, pues, indagar sobre la aptitud del instrumental del derecho internacional público para enfrentar nuevos problemas de los derechos humanos como el del desarraigo, afectando un segmento considerable de la población mundial. En una evaluación muy reciente de las profundas transformaciones por las 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, considero 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).

En efecto, el derecho internacional tradicional, vigente en el inicio del siglo pasado, se caracterizaba por el voluntarismo estatal ilimitado, que se reflejaba en la permisividad del recurso a la guerra, de la celebración de tratados desiguales, de la diplomacia secreta, del mantenimiento de colonias y protectorados y de zonas de influencia. Contra este orden oligárquico e injusto surgieron 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. Además, se comenzó a combatir 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) <sup>113</sup>.

A mediados del siglo XX se reconoció la necesidad de la reconstrucción del derecho internacional teniendo en cuenta 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 los planos global y regional <sup>114</sup>. 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 del proceso histórico de descolonización, marcó profundamente su evolución en las décadas del '50 y '60, junto al gran impacto que en el seno de las Naciones Unidas produjo el derecho emergente de autodeterminación de los pueblos. Se desencadenó el pro-

<sup>113</sup> CANÇADO TRINDADE, A.A., *O direito internacional em um mundo em transformação*, Renovar, Rio de Janeiro, 2002, cap. 24, ps. 1039/1048 y 1086/1109.

<sup>114</sup> En la era de las Naciones Unidas se consolidó, paralelamente, el sistema de seguridad colectiva, el cual, sin embargo, dejó de operar satisfactoriamente como consecuencia de los *impasses* generados por la guerra fría.

ceso de democratización del derecho internacional <sup>115</sup>. 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 internacional <sup>116</sup>. En las décadas del '60 hasta '80, los foros multilaterales se involucraron en un intenso proceso de elaboración y adopción de sucesivos tratados y resoluciones de reglamentación de los espacios <sup>117</sup>.

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 a toda la humanidad <sup>118</sup>. El ordenamiento internacional tradicional, marcado por el predominio de las soberanías estatales y la exclusión de los individuos, no fue capaz de evitar la intensificación de la producción y uso de armamentos de destrucción en masa, y tampoco las violaciones masivas de los derechos humanos en todas las regiones del mundo, y las sucesivas atrocidades del siglo XX, inclusive las contemporáneas <sup>119</sup>.

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 Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas a fines del siglo XX <sup>120</sup> produjo 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, con necesidad

<sup>115</sup> CANÇADO TRINDADE, A. A., *O direito...*, cit., ps. 1048/1085.

<sup>116</sup> 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.

<sup>117</sup> En áreas distintas como las del espacio exterior y del derecho del mar.

<sup>118</sup> CANÇADO TRINDADE, A. A., "A emancipação do ser humano como sujeito do direito internacional e os limites da razão de Estado", en ARAÚJO, W. (ed.), *Quem está escrevendo o futuro? 25 Textos para o Século XXI*, Letraviva, Brasília, 2000, ps. 99/112.

<sup>119</sup> Como el holocausto, el *gulag*, seguidos de nuevos actos de genocidio, v.gr., 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.

<sup>120</sup> 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, El 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, Hábitat-II, Estambul, 1996. A éstas se siguió, más recientemente, la Conferencia de Roma sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, 1998.

especial de protección), a través del reconocimiento universal de la necesidad de situar a los seres humanos, en definitiva, en el centro de todo proceso de desarrollo <sup>121</sup>. En efecto, los grandes desafíos de nuestros tiempos, la protección del ser humano y del medio ambiente, la superación de las disparidades alarmantes entre los países y dentro de ellos así como de la exclusión social y del desarraigo generados por la llamada “globalización” de la economía, la erradicación de la pobreza crónica y el fomento del desarrollo humano, el desarme, han incitado a la revitalización de los propios fundamentos y principios del derecho internacional contemporáneo, tendiendo a hacer abstracción de soluciones jurisdiccionales y espaciales (territoriales) clásicas y desplazando el énfasis hacia la noción de solidaridad.

Tal como me permití señalar en el anteriormente citado voto concurrente en la Opinión Consultiva 16, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal (1999), “toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado, de forma convergente, a lo largo de las últimas décadas, una interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos del ser humano [...]. Las propias emergencias y consolidación del *corpus juris* del derecho internacional de los derechos humanos se deben 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 *subserviência* típica al autoritarismo estatal” (párr. 12). Y agregué: “Con la desmistificación de los postulados del positivismo voluntarista, se tornó evidente que sólo se puede encontrar una respuesta al problema de los fundamentos y de la validez del derecho internacional general en la conciencia jurídica universal, a partir de la aserción de la idea de una justicia objetiva. Como una manifestación de esta última, se han afirmado los derechos del ser humano, emanados directamente del derecho internacional, y no sometidos, por lo tanto, a las vicisitudes del derecho interno” (párr. 14).

En efecto, las atrocidades y abusos que han victimado en las últimas décadas a millones de seres humanos en todas partes, aumentando los contingentes

<sup>121</sup> CANÇADO TRINDADE, A. A., *O direito...*, cit., ps. 1083/1085.

tes de refugiados, desplazados y migrantes en búsqueda de la sobrevivencia, despertaron, en definitiva, 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 haitiano en la República Dominicana (“Medidas provisionales de protección”, 2000) ante la Corte Interamericana (párr. 12).

Más recientemente, en el caso “Bámaca Velásquez v. Guatemala” (sentencia sobre el fondo, de 25 de noviembre de 2000), también ante la misma Corte, me permití insistir en el punto, en mi voto razonado; al opinar que los avances en el campo de la protección internacional de los derechos de la persona humana se deben a la conciencia jurídica universal (párr. 28), expresé mi entendimiento en los siguientes términos: “[...] en el campo de la ciencia del derecho, no veo cómo dejar de afirmar la existencia de una conciencia jurídica universal (correspondiente a la *opinio juris communis*), que constituye, en mi entender, la fuente material por excelencia (más allá de las fuentes formales) de todo el derecho de gentes, responsable por los avances del género humano no sólo en el plano jurídico sino también en el espiritual” (párr. 16).

Espero, sinceramente, que la doctrina jurídica del siglo XXI dedique a este punto considerablemente más atención que la dedicada por la doctrina jurídica a lo largo de todo el siglo pasado, el siglo XX. Hay que prestar mayor atención a la cuestión básica de los fundamentos y la validez del derecho internacional. La actitud más común de los iusinternacionalistas del siglo XX, al abordar, v.gr., 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 art. 38, 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 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 al servicio del poder; su destinatario final es el ser humano, debiendo atender a sus necesidades, entre las cuales se encuentra la realización de la justicia.

A contrario de lo afirmado, v.gr., por Hans Kelsen, de que no era posible reconciliar el orden legal con el orden moral <sup>122</sup>, pienso que la experiencia humana a lo largo del siglo XX, marcada 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 moral <sup>123</sup>; 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 último <sup>124</sup>. 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 proveerla <sup>125</sup>. Se detuvo, pues, en el medio del camino...

A mi juicio, hay elementos para abordar la materia, de modo más satisfactorio, tanto en la jurisprudencia internacional, como en la práctica de los Estados y organismos internacionales, como en la doctrina jurídica más lúcida. De estos elementos se desprende —me permito insistir— el despertar de un conciencia jurídica universal, para reconstruir, en este 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.

En cuanto a la jurisprudencia internacional, el ejemplo más inmediato reside en la de los dos tribunales internacionales de derechos humanos que existen hoy, las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos <sup>126</sup>. 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 que contiene elementos desarrollados a partir, v.gr., de consideraciones básicas de humanidad <sup>127</sup>. En cuanto a la prác-

<sup>122</sup> KELSEN, H., “The basis of obligation in international law”, en *Estudios de derecho internacional. Homenaje al profesor C. Barcía Trelles*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 1958, p. 110.

<sup>123</sup> BRIERLY, J. L., *The basis of obligation in international law*, Clarendon Press, Oxford, 1958, p. 65.

<sup>124</sup> Conf. BRIERLY, J. L., *The basis...*, cit., ps. 66/67, y también ps. 68/80.

<sup>125</sup> BRIERLY, J. L., *The Law of Nations*, 6ª ed., Clarendon Press, Oxford, 1963, p. 54.

<sup>126</sup> El primer Protocolo (de 1998) a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos dispone la creación —cuando entre en vigor el Protocolo de Burkina Faso— de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que todavía no ha sido establecida.

<sup>127</sup> Conf., v.gr., CANÇADO TRINDADE, A. A., “La jurisprudencia de la Cour Internationale de Jus-

tica internacional <sup>128</sup>, la idea de una conciencia jurídica universal estuvo presente 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 Unidas <sup>129</sup>. Más recientemente, ha ocupado un espacio importante en el ciclo de conferencias mundiales de las Naciones Unidas de la década de los ’90.

Además de algunos de los documentos finales de dichas Conferencias, antes citados, me limitaré a recordar un aspecto de los difíciles trabajos del Comité de Redacción de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), en los cuales tuve el privilegio de participar. En mi relato de aquellos trabajos, me referí a la iniciativa de insertar, en la Declaración y Programa de Acción de Viena (principal documento resultante de aquella Conferencia), una invocación al “espíritu de nuestra época” y a las “realidades de nuestro tiempo”, a requerir que los Estados miembros de las Naciones Unidas y todos los pueblos del mundo se dediquen a la tarea verdaderamente global de promover y proteger todos los derechos humanos de modo de asegurar su 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.gr., a la necesidad de erradicación de la pobreza extrema). Éste es el entendimiento que prevaleció, al respecto, en el Comité de Redacción” <sup>130</sup>.

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 conciencia ju-

---

tice sur les droits intangibles/The case-law of the International Court of Justice on non-derogable rights”, en PRÉMONT, D. - STENERSEN, C. - OSEREDCZUK, I. (eds.), *Droits intangibles et états d'exception/non-derogable rights and states of emergency*, Bruylant, Bruxelles, 1996, ps. 73/89.

<sup>128</sup> Entendida ésta ya no más como la simple “práctica de los Estados”, inspirada por sus llamados “intereses vitales”, como en las sistematizaciones del pasado, sino más bien la práctica de los Estados y organismos internacionales en búsqueda de la realización de fines comunes y superiores.

<sup>129</sup> Este punto forma parte de un estudio que estoy desarrollando en el presente, con conclusión programada para el año 2005.

<sup>130</sup> CANÇADO TRINDADE, A. A., *Tratado...*, cit., vol. I, ps. 185/186.

rídica universal, encuentra 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 consuetudinario <sup>131</sup>. En las tres primeras décadas del siglo XX, la expresión “conciencia jurídica internacional” fue efectivamente utilizada, en sentido ligeramente distinto, recordando la noción clásica de la *civitas maxima*, a fin de fomentar el espíritu de solidaridad internacional <sup>132</sup>.

En un estudio clásico de 1946, Max Sorensen no se eximió de distinguir las fuentes formales del derecho internacional —es decir, los métodos o procedimientos por los cuales son creadas las reglas del derecho internacional— de su fuente material, la cual comprende, en sus palabras, “les éléments et les influences qui déterminent le contenu de la réglementation juridique, que ce soient les intérêts et besoins pratiques des États ou les exigences idéales que découlent, à un moment donné, de la conscience sociale, des idéologies prévalant dans la communauté internationale” <sup>133</sup>. Años después, en pleno proceso de descolonización, el martinicano Frantz Fanon publicó, en 1961 (el mismo año de su muerte prematura), su relato de los sacrificios (y, sobre todo, la crueldad mental) de la lucha anticolonial, titulado *Los condenados de la tierra*; al final del mismo, en una profesión de fe, destacó la importancia de la concientización de los nuevos países recién emancipados, de cuyo centro “se erige y revive la conciencia internacional” <sup>134</sup>.

En América latina, referencias a “conciencia jurídica” y a “conciencia moral” se encuentran, por ejemplo, en *Meditación sobre la justicia* (1963) del jurista mexicano Antonio Gómez Robledo, en su juiciosa crítica del positivismo jurídico <sup>135</sup>. Y dos décadas antes, el jurista chileno Alejandro Álvarez argumentaba que los grandes principios del derecho internacional, y la propia “justicia internacional”, emanan de la “conciencia pública” o “conciencia

<sup>131</sup> CARTY, A., *The Decay of International Law? A Reappraisal of the Limits of Legal Imagination in International Affairs*, University Press, Manchester, 1986, ps. 26/28 y 33.

<sup>132</sup> Conf., v.gr., TASSITCH, G., “La conscience juridique internationale”. *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, nro. 58, 1938, ps. 310/311, 314, 316/317 y 320.

<sup>133</sup> SORENSEN, Max, *Les sources du droit international*, Munksgaard, Copenhague, 1946, ps. 13/14. En otro estudio clásico, de 1947, al endosar la reacción contra el positivismo jurídico, Alf Ross afirmó que existen fuentes del derecho [internacional] “other than those positively formulated (...). A realistic doctrine of the sources of law is based on experience but recognises that not all sources are positive in the sense that they are ‘formally established’” (ROSS, Alf, *A Textbook of International Law - General Part*, Longmans, London, 1947, p. 95).

<sup>134</sup> FANON, Frantz, *Os condenados da terra*, Civilização Brasileira, Rio de Janeiro, 1968 (traducción del original francés de 1961), ps. 206/207.

<sup>135</sup> GÓMEZ ROBLEDOS, A., *Meditación sobre la justicia*, Fondo de Cultura Económica, México-Buenos Aires, 1963, ps. 179 y 185.

de los pueblos”<sup>136</sup>. Éstos son algunos ejemplos a revelar que, de los dos lados del Atlántico, hubo iusinternacionalistas 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 aquí 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, bien 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 humanos<sup>137</sup>.

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 [...]”<sup>138</sup>.

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 considerando 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”<sup>139</sup>.

Estas palabras se anticiparon en dos décadas a la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, adoptada poco después de los horrores de la Segunda Guerra Mundial. Durante el período 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 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 justicia<sup>140</sup>.

<sup>136</sup> ÁLVAREZ, A., *La reconstrucción del derecho de gentes - El nuevo orden y la renovación social*, Nascimento, Santiago de Chile, 1944, ps. 19/21 y 24/25, y conf. p. 488.

<sup>137</sup> Conf. *Annuaire de l’Institut de Droit International*, vol. II, 1929, ps. 114, 134/135 y 137.

<sup>138</sup> *Annuaire de l’Institut de Droit International*, cit., ps. 112 y 117.

<sup>139</sup> Cit. en *Annuaire de l’Institut de Droit International*, cit., p. 298.

<sup>140</sup> MARITAIN, J., *Los derechos del hombre y la ley natural*, Leviatán, Buenos Aires, 1982 (reimpr.), ps. 12, 18, 38, 43 y 94/96, y conf. p. 69.

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 humana <sup>141</sup>. Al afirmar que “la persona humana trasciende el Estado”, por cuanto tiene “un destino superior al tiempo” <sup>142</sup>, 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 [...]” <sup>143</sup>.

La evolución conceptual aquí examinada gradualmente se movía, a partir de los años sesenta, de la dimensión internacional a la universal, bajo la gran influencia del desarrollo del propio derecho internacional de los derechos humanos. El reconocimiento de ciertos valores fundamentales, sobre la base de un sentido de justicia objetiva, en mucho contribuyó a la formación de la *communis opinio juris* <sup>144</sup> 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 básicas <sup>145</sup>.

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” <sup>146</sup>. 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 internacional <sup>147</sup>.

En los años ochenta, al recordar la formulación doctrinal italiana del derecho consuetudinario como el llamado “derecho espontáneo” (Ago, Quadri, Sperduti, entre otros), F. Münch criticó el puro formalismo del enfoque posi-

<sup>141</sup> MARITAIN, J., *Los derechos...*, cit., ps. 50 y 105/108.

<sup>142</sup> MARITAIN, J., *Los derechos...*, cit., ps. 79/80, y conf. p. 104.

<sup>143</sup> MARITAIN, J., *Los derechos...*, cit., ps. 81/82.

<sup>144</sup> BOS, M., *A Methodology of International Law*, North-Holland, Amsterdam, 1984, p. 251, y conf. ps. 246 y 253/255.

<sup>145</sup> STERN, B., “La coutume au coeur du droit international - quelques réflexions”, *Mélanges offerts à Paul Reuter - Le droit international: unité et diversité*. Pédone, Paris, 1981, p. 487.

<sup>146</sup> ELIAS, T. O., “Modern Sources of International Law”, en FRIEDMANN, W. - HENKIN, L. - LISITZYN, O. (eds.), *Transnational Law in a Changing Society: Essays in Honour of Ph. G. Jessup*, Columbia University Press, New York-London, 1972, p. 51.

<sup>147</sup> DUPUY, R.-J., “Communauté internationale et disparités de développement - Cours général de droit international public”, *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, nro. 165, 1979, p. 27, y conf. ps. 28/31.

tivista de las fuentes del derecho internacional, observando que las categorías señaladas en el art. 38, Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no pertenecían “ni siquiera a un orden lógico”<sup>148</sup>. Giuseppe Sperduti, a su vez, al final de la década del '80 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”<sup>149</sup>.

Referencias del género, susceptibles hoy de un desarrollo conceptual más amplio y profundizado, no se limitan al plano doctrinal; figuran igualmente en tratados internacionales. La Convención contra el Genocidio de 1948, v.gr., 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” (*considerandum* segundo). Y el preámbulo de la Convención Interamericana de 1994 sobre la Desaparición Forzada de Personas, para citar otro ejemplo, menciona la “conciencia del hemisferio” (*considerandum* tercero del preámbulo).

Una cláusula de la mayor trascendencia merece ser destacado: 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”.

Luego, 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 (arts. 63/62/142/158), así como en el Protocolo Adicional I (de 1977) a dichas Convenciones (art. 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 con-

<sup>148</sup> MÜNCH, F., “Le rôle du droit spontané”, en *Pensamiento jurídico y sociedad internacional. Libro en homenaje al profesor Dr. Antonio Truyol Serra*, vol. II, Universidad Complutense, Madrid, 1986, p. 835.

<sup>149</sup> SPERDUTI, G., “La souveraineté, le droit international et la sauvegarde des droits de la personne”, en DINSTEIN, Y. (ed.), *International Law at a Time of Perplexity - Essays in Honour of Shabtai Rosenne*, Dordrecht, Nijhoff, 1989, p. 884, y conf. p. 880.

tinuada, por cuanto, por más avanzada que sea la codificación de la normativa humanitaria, difícilmente podrá ser esta última considerada verdaderamente completa.

La cláusula Martens sirve así de advertencia contra la suposición de que lo que no esté expresamente prohibido por las Convenciones de derecho internacional humanitario puede 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 tecnología <sup>150</sup>. Además impide 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 afirmado reiteradamente los elementos de la cláusula Martens, la sitúa en el plano de las propias fuentes materiales del derecho internacional humanitario <sup>151</sup>. De ese modo, ejerce una influencia continua en la formación espontánea del contenido de nuevas reglas del derecho internacional humanitario <sup>152</sup>. La doctrina jurídica contemporánea también ha caracterizado la cláusula Martens como fuente del propio derecho internacional general <sup>153</sup>; y nadie osaría hoy negar que las “leyes de humanidad” y las “exigencias de la conciencia pública”, invocadas por la cláusula, pertenecen al dominio del *jus cogens* <sup>154</sup>. 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 la puede considerar como expresión de la razón de la humanidad imponiendo límites a la razón de Estado (*raison d'État*).

Quisiera concluir estas reflexiones en un tono positivo. Si es cierto que el drama de los numerosos marginados y excluidos de la “globalización” econó-

<sup>150</sup> ZIMMERMANN, B., “Protocol I, art. 1”, en SANDOZ, Y. - SWINARSKI, Ch. - ZIMMERMANN, B. (eds.), *Commentary on the Additional Protocols of 1977 to the Geneva Conventions of 1949*, ICRC/Nijhoff, Geneva, 1987, p. 39.

<sup>151</sup> MEYROWITZ, H., “Réflexions sur le fondement du droit de la guerre”, en SWINARSKI, Ch. (ed.), *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet*, CICR/Nijhoff, Geneva-La Haye, 1984, ps. 423/424; y conf. STREBEL, H., “Martens' Clause”, en BERNHARDT, R. (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, vol. 3, North-Holland Publ. Co., Amsterdam, 1982, ps. 252/253.

<sup>152</sup> MÜNCH, F., “Le rôle...”, cit., vol. II, p. 836; MEYROWITZ, H., “Réflexions...”, cit., 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; SWINARSKI, Ch., *Principales nociones e institutos del derecho internacional humanitario como sistema internacional de protección de la persona humana*, IIDH, San José, Costa Rica, 1990, p. 20.

<sup>153</sup> MÜNCH, F., “Le rôle...”, cit., p. 836.

<sup>154</sup> MIYAZAKI, S., “The Martens Clause and International Humanitarian Law”, *Études et essais...*, cit., ps. 438 y 440.

mica, 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 que hace prevalecer la dignidad de la persona humana en cualquier circunstancia. Se afirman hoy, con mayor vigor, los derechos humanos universales.

Ya no se sostiene 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 westfaliano 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 elaboración <sup>155</sup>, 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 actes [des droits de l’homme] [...], incitent les États Parties à créer chez eux des instances de recours et prévoient certaines mesures de protection ou de contrôle international [...]. Le fait que la résignation sans espoir, que le mur du silence et que l’absence de tout recours soient en voie de réduction ou de disparition, ouvre à l’humanité en marche des perspectives encourageantes [...]” <sup>156</sup>.

<sup>155</sup> 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).

<sup>156</sup> CASSIN, R., “Vingt ans après la Déclaration Universelle”, *Revue de la Commission Internationale de Juristes*, nro. 8, 1967, n. 2, ps. 9/10: “[...] 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, estos territorios disminuyen a cada día. La toma de conciencia de que una emancipación es posible, tórnase cada vez más general [...]. La primera condición de toda justicia, cual sea, la posibilidad de acorralar los poderosos para sujetarse a [...] un control público, se satisface hoy día mucho más frecuentemente que en el pasado [...]. Las Convenciones y Pactos [de derechos humanos] en su mayoría [...], incitan los Estados Parte a crear en ellos las instancias de recursos y prevén 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 [...]” (traducción).

La emancipación del ser humano, *vis-à-vis* el propio Estado, avanza lentamente, pero avanza. Nadie podía suponer o prever, hace algunos años atrás, que las causas de los desplazados, de los migrantes en búsqueda de alimento, vivienda, trabajo y educación, y de los niños abandonados en las calles <sup>157</sup> de las ciudades de América latina, llegasen a un tribunal internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos <sup>158</sup>. 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 se ha cuidado de desautorizar el entendimiento tradicional de que las relaciones internacionales se regían por reglas derivadas totalmente de la libre voluntad de los propios Estados. El positivismo voluntarista se mostró incapaz de explicar el proceso de formación de las normas del derecho internacional general, y se tornó evidente que sólo se podría encontrar una respuesta al problema de los fundamentos y de la validez de este último en la conciencia jurídica universal, a partir de la afirmación de la idea de una justicia objetiva <sup>159</sup>. En este umbral del siglo XXI tenemos el privilegio de testimoniar e impulsar el proceso de humanización del derecho internacional, que se ocupa 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

<sup>157</sup> Conf. CIADH, caso de los “Niños de la Calle” (“Villagrán Morales y otros v. Guatemala”) (sentencia sobre el fondo, de 19 de noviembre de 1999, Serie C, nro. 63).

<sup>158</sup> Para un estudio reciente sobre la transcendental importancia del acceso directo del ser humano a la justicia a nivel internacional, conf. CANÇADO TRINDADE, A. A., “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*, t. I, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2001, ps. 3/68.

<sup>159</sup> En 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 para el combate de la impunidad (conf., v.gr., 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]—, además de las tres Convenciones contra la Tortura: la de las Naciones Unidas, 1984, la Interamericana, 1985, y la Europea, 1987).

consagración de estas obligaciones representa la superación de un patrón de conducta erigido sobre la pretendida autonomía de la voluntad del Estado, del cual el propio derecho internacional buscó gradualmente liberarse al consagrar el concepto de *jus cogens* <sup>160</sup>.

Es necesario tener en cuenta la evolución alentadora de la consagración de las normas de *jus cogens* y obligaciones *erga omnes* de protección, buscando asegurar su plena aplicación práctica, en beneficio de todos los seres humanos <sup>161</sup>. 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. Es éste, efectivamente, el camino a seguir, con determinación, para que no tengamos que continuar conviviendo con las contradicciones trágicas, las injusticias y las atrocidades que han marcado el siglo XX.

<sup>160</sup> Conf. las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (de 1969 y 1986), arts. 53 y 64; y comentarios en CANÇADO TRINDADE, A. A., *Tratado...*, cit., vol. II, ps. 412/420; "The International Law of Human Rights at the Dawn of the XXIst Century", *Cursos Euromediterráneos Bancaja de derecho internacional - Castellón*, nro. 3, 1999, ps. 207/215.

<sup>161</sup> 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).