

# "La protección internacional de refugiados en las Américas"

# Créditos:

**Compilación de ensayos:**  
Alto Comisionado de las Naciones Unidas  
para los Refugiados (ACNUR)

**Con el apoyo de:**  
Alto Comisionado de las Naciones Unidas  
para los Refugiados (ACNUR).

Oficina del Alto Comisionado de las  
Naciones Unidas para los Derechos  
Humanos (OACDH).

**Edición de textos:**  
María M. Pessina I.

**Coordinación:**  
Andrea Durango

**Fotografías:**  
ACNUR  
C. Bennett  
X. Creach

**Diseño y diagramación:**  
Mantis Comunicación  
mantis@mantis.com.ec

**Impresión**  
Mantis Comunicación  
1000 ejemplares  
Diciembre 2011

Quito - Ecuador

# Contenido

Presentación, Guillermo Fernández-Maldonado C.	6
Prólogo, Luis Varese	9
Política del Ecuador en materia de refugio	15
El derecho de asilo y la protección de refugiados en el continente americano, Juan Carlos Murillo González	51
El Registro Ampliado de Refugiados en la Frontera Norte del Ecuador: Un proyecto pionero en la protección internacional de refugiados en la región, Johanna Roldán León	75
La Contribución del Proceso de Cartagena al Desarrollo del Derecho Internacional de Refugiados en América Latina, Leonardo Franco y Jorge Santistevan de Noriega	89
El asilo en América Latina: Uso de los sistemas regionales para fortalecer el sistema de protección de refugiados de las Naciones Unidas, Francisco Galindo Vélez	173
Aproximaciones y convergencias revisitadas: diez años de interacción entre el derecho internacional de los derechos humanos, el derecho internacional de los refugiados, y el derecho internacional humanitario (De Cartagena/1984 a San José/1994 y México/2004), Antônio Augusto Cançado Trindade	229

Sistema de protección de los derechos humanos de la ONU: Recomendaciones sobre la situación de las personas refugiadas en el Ecuador, Guillermo Fernández-Maldonado 311

---

El instituto del refugio en Brasil después de la creación del Comité Nacional para los Refugiados – CONARE, Luiz Paulo Teles Ferrerira Barreto y Renato Zerbini Ribeiro Leao 327

---

Anexos 341

- Declaración de Brasilia sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano, 2010 343
- Declaración de Cartagena sobre Refugiados, 1984 347
- Plan de Acción de México para fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina, 2004 360
- Definición Ampliada de Refugiado en América Latina. Incorporación de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados en la legislación de los países de la región 372

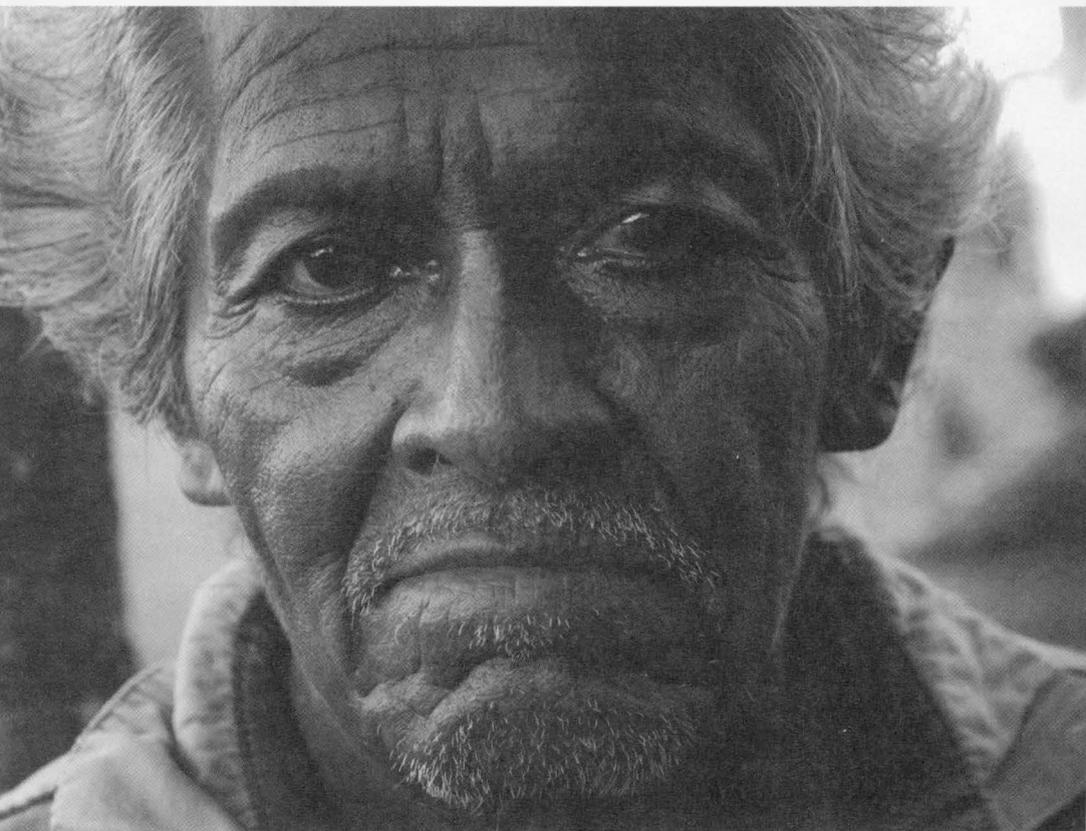
Aproximaciones y convergencias  
revisitadas: diez años de interacción  
entre el derecho internacional de  
los derechos humanos, el derecho  
internacional de los refugiados, y el  
derecho internacional humanitario

(De Cartagena/1984 a San José/1994 y México/2004)

Antônio Augusto Cançado Trindade<sup>300</sup>

---

300 Ph.D. (Cambridge); Juez y ex-Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; Profesor Titular de la Universidad de Brasília; Miembro Titular del Institut de *Droit International*; Miembro del *Curatorium* de la Academia de Derecho Internacional de La Haya



X. Creach / UNHCR.  
Refugiado colombiano en el Río Putumayo.

# I. LAS CONVERGENCIAS CONTINUADAS Y CONSOLIDADAS ENTRE LAS VERTIENTES DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA HUMANA

Difícilmente podría haber ocasión más oportuna para retomar el examen del tema central de las aproximaciones y convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional Humanitario que la presente Reunión de Consultas de México (noviembre de 2004), en conmemoración de los 20 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados. Hace precisamente una década, al presentar mi estudio original de la materia en el Coloquio de Costa Rica (diciembre de 1994), conmemorativo de los 10 años de la Declaración de Cartagena, de la cual resultó la Declaración de San José sobre Refugiados y Desplazados Internos, me permití señalar, de inicio, que:

“Una revisión crítica de la doctrina clásica revela que ésta padeció de una visión compartimentalizada de las tres grandes vertientes de protección internacional de la persona humana - Derechos Humanos, Derecho de los Refugiados, Derecho Humanitario - en gran parte debido a un énfasis exagerado en los orígenes históricos distintos de las tres ramas (...). Tal vez la más notoria distinción resida en el ámbito personal de aplicación - la *legitimatío ad causam*, - por cuanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha reconocido el derecho de petición individual (titularidad de los individuos), que no encuentra paralelo en el Derecho Internacional Humanitario ni en el Derecho Internacional de los Refugiados. Pero esto no excluye la posibilidad, ya concretada en la práctica, de la aplicación simultánea de las tres vertientes de protección, o de dos de ellas, precisamente porque son esencialmente complementarias. Y, aún más, se dejan guiar por una identidad de propósito básico: la protección de la persona humana en todas y cualesquiera circunstancias. La práctica internacional se encuentra repleta de casos de operación simultánea o concomitante de órganos que pertenecen a los tres sistemas de protección”<sup>301</sup>.

301 A.A. Cançado Trindade, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias”, en ACNUR, en Díez

El propósito común de la salvaguardia de los derechos de la persona humana en todas y cualesquiera circunstancias llevó a las aproximaciones o convergencias en las tres referidas vertientes de protección de la persona humana, - identificadas en aquel estudio de 1994 - y manifestadas en los planos normativo, hermenéutico y operativo, las cuales ampliaron y fortalecieron las vías de protección. Con ésto, se superó la visión compartimentalizada del pasado, y se evolucionó hacia la interacción entre las tres vertientes, en beneficio de los seres humanos protegidos<sup>302</sup>. Transcurrida otra década, efectivamente no veo cómo dudar, en 2004, que la evolución de la normativa de estas tres vertientes de la protección de los derechos de la persona humana se ha inclinado de modo definitivo en esta dirección, en beneficio de todos los seres humanos protegidos.

Es innegable que las *consideraciones básicas de humanidad* subyacen tanto al Derecho Internacional Humanitario como al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional de los Refugiados. En realidad, a mi juicio dichas consideraciones subyacen a todo el Derecho Internacional Público contemporáneo, al nuevo *jus gentium* de este inicio del siglo XXI<sup>303</sup>. Sucesivas resoluciones adoptadas por las Conferencias Internacionales de la Cruz Roja, desde fines de la década de sesenta (1969 en adelante), pasaron a expresamente vincular la aplicación de las normas de derecho humanitario al respeto de los derechos humanos<sup>304</sup>. Es, además, ampliamente reconocida la influencia de la normativa de la protección internacional de los derechos humanos en la elaboración de los dos Protocolos Adicionales (de 1977) a las Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario de 1949, que son una expresión elocuente las garantías fundamentales consagradas en el artículo 75

---

*Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados - Memoria del Coloquio Internacional* (San José de Costa Rica, 05-07.12.1994), San José de Costa Rica, ACNUR/IIDH, 1995, pp. 79-80 (en adelante citado como "A.A.C.T., Aproximaciones y Convergencias"). Y cf. también A.A. Cançado Trindade, "Aproximaciones o Convergencias entre el Derecho Internacional Humanitario y la Protección Internacional de los Derechos Humanos", *Seminario Interamericano sobre la Protección de la Persona en Situaciones de Emergencia - Memoria* (Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, junio de 1995), San José, CICR/ACNUR/Gob Suiza, 1996, pp. 33-88; A.A. Cançado Trindade, "Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 1-435; Ch. Swinarski, *Principales Nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema Internacional de Protección de la Persona Humana*, San José de Costa Rica, IIDH, 1990, pp. 83-88; C. Sepúlveda, *Derecho Internacional y Derechos Humanos, México, Comisión Nacional de Derechos Humanos*, 1991, pp. 105-107 y 101-102.

302 Cf. A.A.C.T., *Aproximaciones y Convergencias*, op. cit. supra n. (1), pp. 80-84.

303 A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, pp. 1039-1109; A.A. Cançado Trindade, "La Humanización del Derecho Internacional y los Límites de la Razón de Estado", 40 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* - Belo Horizonte (2001) pp. 11-23.

304 Cf. A.A.C.T., *Aproximaciones y Convergencias*, op. cit. supra n. (1), pp. 116-121.

del Protocolo I y en los artículos 4-5 del Protocolo II<sup>305</sup>, comunes a ambas vertientes de protección de los derechos de la persona humana.

Desde el inicio de la década del ochenta (1981 en adelante) hasta la fecha, a su vez, también el Comité Ejecutivo del Programa del ACNUR, en sucesivas conclusiones adoptadas, ha, expresamente, reconocido la relación directa entre los movimientos y problemas de los refugiados y la normativa de los derechos humanos, y ha ampliado su enfoque de modo a abarcar no sólo la etapa intermedia de protección (refugio) sino también las etapas "previa" de prevención y "posterior" de solución durable (repatriación voluntaria, integración local, reasentamiento)<sup>306</sup>. Se evolucionó gradualmente, de ese modo, de la aplicación de "un criterio subjetivo de calificación de los individuos, según las razones que les habrían llevado a abandonar sus hogares, a un criterio *objetivo* centrado más bien en las necesidades de protección"<sup>307</sup>.

Se pasó a dedicar mayor atención a la dimensión preventiva de la protección de la persona humana, la cual ya contaba inclusive con reconocimiento judicial en la jurisprudencia internacional<sup>308</sup>. En suma, en América Latina, la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984) enmarcó la materia en el universo conceptual de los derechos humanos. La "violación masiva" de los derechos humanos pasó a figurar entre los elementos que componen la definición ampliada de refugiado<sup>309</sup>. Transcurrida una década, la Declaración de San José sobre los Refugiados y Personas Desplazadas (1994) enfatizó cuestiones centrales de la época que no estaban tan elaboradas en la Declaración anterior de Cartagena<sup>310</sup>, y, significativamente, 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>311</sup>.

En la misma línea de pensamiento, tal como lo señale en mi estudio presentado en el Coloquio de San José de Costa Rica una década atrás, las

---

305 *Ibid.*, pp. 117-118 y 121-122.

306 Cf. A.A.C.T., *Aproximaciones y Convergencias*, op. cit. *supra* n. (1), pp. 85-89.

307 *Ibid.*, pp. 89-90, y cf. pp. 91-93.

308 Cf. *ibid.*, pp. 93-97.

309 Conclusión tercera.

310 Como, v.g., las del desplazamiento forzado; de los derechos económicos, sociales y culturales; del desarrollo humano sostenible; de las poblaciones indígenas; de los derechos del niño; del enfoque de género; del derecho de refugio en su amplia dimensión.

311 Preámbulo y conclusiones tercera y décima-sexta (a). Cf. A.A.C.T., *Aproximaciones y Convergencias*, op. cit. *supra* n. (1), pp. 97-98.

convergencias supracitadas entre el Derecho Internacional de los Refugiados, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario, también se desprenden del 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), y, aún más claramente, del documento de evaluación de la puesta en práctica de las disposiciones del documento "Principios y Criterios", de 1994.

El primero 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) 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"<sup>312</sup>. Posteriormente, el segundo documento, sobre la puesta en práctica de las disposiciones del documento "Principios y Criterios", de 1994<sup>313</sup>, al abordar, en sus conclusiones, los logros del proceso de la citada Conferencia<sup>314</sup>, fue aún más allá. Contuvo una sección enteramente dedicada a la observancia de los derechos humanos<sup>315</sup>, y 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>316</sup> (párr. 91).

En mi supracitado estudio presentado al Coloquio Internacional de San José de Costa Rica hace una década, me referí a otras ilustraciones en el mismo sentido, a saber: los *Informe sobre los Desplazados Internos* a la

312 Párrafo 72 del documento "Principios y Criterios" de 1989, de CIREFCA.

313 Documento de evaluación de la puesta en práctica de "Principios y Criterios", doc. CIREFCA/REF/94/1.

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

315 Párrafos 80-85 del documento de evaluación de la puesta en práctica de los "Principios y Criterios", doc. CIREFCA/REF/94/1; y cf. también párrafos 16-17 y 13-14.

316 Párrafo 91 del documento sobre la puesta en práctica de los "Principios y Criterios", de 1994, de CIREFCA; y cf. también párrafo 100. Para un estudio general, cf. A.A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 183-265.

Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas del Representante del Secretario-General de Naciones Unidas (F. Deng), la actuación del ACNUR en el proceso preparatorio de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 2003), y la intervención del ACNUR en aquella Conferencia Mundial<sup>317</sup>. Y me permití agregar que:

"La contribución del ACNUR tuvo repercusión en la Conferencia Mundial, habiendo sido debidamente registrada en la Declaración y Programa de Acción de Viena, principal documento adoptado por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (junio de 1993); en efecto, dicha Declaración reconoció (...) que las violaciones masivas de derechos humanos, inclusive en conflictos armados, se encuentran entre los factores múltiples y complejos que llevan a desplazamientos de personas.

La Declaración de Viena sostuvo un enfoque integral de la materia, al incluir el desarrollo de estrategias que tomen en cuenta las causas y efectos de movimientos de refugiados y otras personas desplazadas, el fortalecimiento de mecanismos de respuesta a situaciones de emergencia, el otorgamiento de protección y asistencia eficaces (teniendo en cuenta las necesidades especiales de la mujer y del niño), la búsqueda de soluciones duraderas (...)"<sup>318</sup>.

De igual modo, también abordé, en el mismo estudio, la participación del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en la misma II Conferencia Mundial de Derechos Humanos de 2003 y su proceso preparatorio: ahí el CICR señaló la complementariedad y las convergencias entre el derecho humanitario y los derechos humanos<sup>319</sup>.

Desde entonces, ha continuado e intensificado la interacción entre el Derecho Internacional de los Refugiados, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Trascurrida una década, y con el aumento e intensificación de conflictos internos en diferentes partes del mundo<sup>320</sup>, los ejemplos de aquella interacción se

---

317 Cf. A.A.C.T., *Aproximaciones y Convergencias*, op. cit. supra n. (1), pp. 98-105.

318 *Ibid.*, pp. 105-106.

319 *Ibid.*, pp. 160-165; y cf. también, v.g., C. Sommaruga, "Os Desafios do Direito Internacional Humanitário na Nova Era", 79/80 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1992) pp. 7-11.

320 Cf., v.g., J.-D. Vigny y C. Thompson, "Fundamental Standards of Humanity: What Futures?", 20 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (2002) pp. 186-190 and 198.

multiplican. Los *Guiding Principles on Internal Displacement*, resultantes de los Informes de F. Deng, concluidos en Viena en 1998 y de los cuales tomó nota la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas también en 1998, conyugan la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario, y del Derecho Internacional de los Refugiados, de modo a aplicarse y extender protección a todas las personas que de ella necesiten, en cualesquiera circunstancias, inclusive en conflictos, tensiones o disturbios internos<sup>321</sup>.

El reconocimiento del carácter objetivo de las obligaciones de protección ha impulsado la interpretación convergente de los instrumentos internacionales de Derecho Internacional Humanitario, Derecho Internacional de los Refugiados, y Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>322</sup>. En el plano operativo, ha proseguido, a lo largo de la última década, la actuación concomitante, en sucesivos conflictos, de órganos de supervisión internacional de los derechos humanos, del ACNUR y del CICR (como en los casos de Haití y Ex-Yugoslavia)<sup>323</sup>, entre otros, - en algunas ocasiones, no sin dificultades (como en los casos de Cambodia y Bosnia)<sup>324</sup>. En el caso de Kosovo (1998-1999), el ACNUR y el CICR actuaron con algún grado de coordinación, en medio a muchas dificultades<sup>325</sup>, y teniendo presente también la normativa internacional de derechos humanos. A su vez, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha tenido presentes tanto esta normativa como las de derecho de los refugiados y derecho humanitario, en las presencias *in loco* que ha establecido a partir de 1996 (en los casos de Colombia, Abjasia-Georgia y República Democrática del Congo, entre otros)<sup>326</sup>.

---

321 Cf. W. Kalin, *Guiding Principles on Internal Displacement - Annotations*, Washington D.C., ASIL/Brookings Institution, [1999], pp. 1-74, y cf. pp. 79-276.

322 Cf. A.A.C.T., *Aproximaciones y Convergencias*, op. cit. supra n. (1), pp. 125-128. Los problemas de los refugiados, y del derecho de asilo, sólo pueden ser abordados adecuadamente hoy día a partir del enfoque de las convergencias entre el Derecho Internacional de los Refugiados, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario; C. Ramón Chornet, "Los Refugiados del Nuevo Siglo", in *Los Retos Humanitarios del Siglo XXI* (ed. C. Ramón Chornet), Valencia, PUUV/Univ. de Valencia, 2004, pp. 193-195.

323 Cf., v.g., A.A. Cañzado Trindade, G. Peytrignet y J. Ruiz de Santiago, *Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana*, México, Ed. Porrúa/Univ. Iberoamericana, 2003, pp. 1-169; Y. Daudet y R. Mehdi (eds.), *Les Nations Unies et l'Ex-Yugoslavie* (Colloque d'Aix-en-Provence de 1997), Paris, Pédone, 1998, pp. 165-200.

324 Cf., v.g., U. Palwankar (ed.), *Symposium on Humanitarian Action and Peace-keeping Operations* (Geneva, 1994), Geneva, ICRC, [1994], pp. 18-98; D. Rieff, *Una Cama por una Noche - El Humanitarismo en Crisis*, Bogotá, Taurus, 2003, pp. 133-164 y 241-275.

325 Cf. Independent International Commission on Kosovo, *The Kosovo Report - Conflict, International Response, Lessons Learned*, Oxford, University Press, 2000, pp. 77, 142, 201 y 208-209.

326 Cf., v.g., J.L. Gómez del Prado, *Operaciones de Mantenimiento de la Paz - Presencias en el Terreno del Alto Comisionado de*

El *Institut de Droit International*, al examinar, en su sesión de Berlín de 1999, el tema "La Aplicación del Derecho Internacional Humanitario y de los Derechos Humanos Fundamentales en Conflictos Armados en que Toman Parte Entidades No-Estatales", adoptó una resolución que toman en cuenta, conjuntamente y de modo convergente, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Tanto su preámbulo como los artículos II, III, VI, VII, X, XI y XII se refieren, de modo expreso, conjuntamente a los derechos humanos y al derecho humanitario<sup>327</sup>. La resolución se refirió, en su preámbulo, a la cuestión tratada como un problema que afecta los intereses de la comunidad internacional como un todo.

El relator del tema (M. Sahovic) destacó la "interdependencia" entre el respeto de las normas de derecho humanitario y las de derechos humanos, y observó que la presencia creciente de entes no-estatales en los conflictos armados contemporáneos es evidencia de la superación de la dimensión estrictamente inter-estatal de derecho internacional clásico<sup>328</sup>. Al advertir para la necesidad de extender mayor protección a las víctimas de los conflictos internos contemporáneos, reconoció la "legitimidad del control por la comunidad internacional", así como la necesidad de diseminación de las normas de derecho humanitario y de derechos humanos aplicables en conflictos armados internos<sup>329</sup>. Efectivamente, los conflictos armados internos de nuestros tiempos han generado numerosas víctimas<sup>330</sup>, y presentado nuevos desafíos para el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en sus relaciones entre sí<sup>331</sup>. Urge que se contemplen medios de asegurar que nuevas formas de protección a las numerosos individuos por ellos afectados, teniendo presentes sus necesidades básicas desde una amplia perspectiva de salvaguardia de todos los derechos de la persona humana.

---

las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Bilbao, Universidad de Deusto, 1998, pp. 28-88.

327 Institut de Droit International, *L'application du Droit international humanitaire et des droits fondamentaux de l'homme dans les conflits armés auxquels prennent part des entités non étatiques* (Résolution de Berlín du 25.08.1999), Paris, Pédone, 2003, pp. 7-12.

328 *Ibid.*, p. 14.

329 *Ibid.*, p. 16.

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

331 Sobre el corpus normativo de las Convenciones de Ginebra como sistema de protección internacional de la persona humana, cf., en general, v.g., C. Swinarski, *A Norma e a Guerra*, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1991, pp. 23-49.

## II. LAS CONVERGENCIAS INTENSIFICADAS ENTRE LAS TRES VERTIENTES DE PROTECCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

En mi ya mencionado estudio presentado en el Coloquio Internacional de San José de Costa Rica con ocasión de los diez años de la Declaración de Cartagena, me permití referirme a las convergencias, manifestadas en el ámbito jurisprudencial, de la normativa de las tres vertientes de protección de los derechos de la persona humana. En aquel estudio, identifiqué los primeros casos en que se verificara tal fenómeno en los planos tanto regional (sistemas interamericano y europeo de protección) como global (sistema de Naciones Unidas de protección)<sup>332</sup>. Desde entonces, a lo largo de la última década, dichas convergencias en materia jurisprudencial se han ampliado e intensificado.

La bibliografía especializada hoy día reconoce ampliamente la intensificación de las convergencias entre, v.g., el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales *Ad Hoc* para la Ex-Yugoslavia y para Rwanda<sup>333</sup>. La intensificación de dicha interacción es particularmente ilustrada por la jurisprudencia reciente de las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos, que han tomado en cuenta la normativa del Derecho Internacional Humanitario en su interpretación y aplicación de las Convenciones Americana y Europea de Derechos Humanos, respectivamente<sup>334</sup>. A la jurisprudencia pertinente de la Corte Interamericana en especial me referiré seguidamente, a lo largo del presente estudio (cf. *infra*).

En el continente europeo, frente al temor de una erosión del derecho de asilo<sup>335</sup>, se han buscado nuevas formas de protección contra tratos in-

---

332 Cf. A.A.C.T., *Aproximaciones y Convergencias*, op. cit. *supra* n. (1), pp. 106-116.

333 Cf. S. Zappalà, "Le Droit international humanitaire devant les tribunaux internationaux des Nations Unies pour l'Ex-Yugoslavie et le Rwanda", in *Les nouvelles frontières du Droit international humanitaire* (ed. J.-F. Flauss), Bruxelles, Bruylant, 2003, p. 91: "On peut certes considérer le Droit international humanitaire et le Droit international des droits de l'homme comme des secteurs frères du Droit international contemporain, et on ne peut nier une évolution historique qui tend, de plus en plus, à éliminer les distinctions de départ".

334 Cf. J.-F. Flauss, "Le Droit international humanitaire devant les instances de contrôle des Conventions européenne et interaméricaine des droits de l'homme", in *Les nouvelles frontières du Droit international humanitaire* (ed. J.-F. Flauss), Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 117-133.

335 F. Crépeau, *Droit d'asile - De l'hospitalité à ux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 17-353; V. Oliveira

humanos o degradantes infligidos a los desarraigados<sup>336</sup>. Así, en los últimos años, se ha desarrollado bajo el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos una jurisprudencia que extiende una protección más amplia contra el *refoulement* que la propia Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados<sup>337</sup>. Se ha señalado, al respecto, que tal jurisprudencia ha interpretado el artículo 3 de la Convención Europea de modo incondicional, extendiendo una amplia protección a los amenazados de expulsión, deportación o extradición, y elevando el *non-refoulement* no sólo a un principio básico del Derecho Internacional de los Refugiados sino también a una norma perentoria del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>338</sup>.

En un Coloquio copatrocinado por el ACNUR y el Consejo de Europa, y realizado en Estrasburgo en 02-03 de octubre de 1995, se señaló precisamente que el artículo 3 de la Convención Europea (prohibición de la tortura y trato inhumano o degradante) ha sido ampliamente utilizado por los peticionarios para impedir el *refoulement*; del mismo modo, el artículo 13 de la Convención (derecho a un recurso eficaz) ha sido invocado por los refugiados o los que buscan asilo. Así, como admitió en el referido evento un representante del ACNUR, la protección de los refugiados se ha transformado en "un esquema de derechos humanos"<sup>339</sup>.

Como el referido artículo 3 de la Convención Europea está formulado en términos absolutos o incondicionales, amplía la protección contra el *refoulement*, evitando así los riesgos de malos tratos<sup>340</sup>. Esta jurisprudencia protectora ha sido construída en casos atinentes a expulsión, extradición y deportación<sup>341</sup>. Así, la disposición del artículo 3 ha sido clave para esta construcción jurisprudencial, pero algunas veces el artículo 3 ha sido combinado con el artículo 13 (*supra*), y otras veces con el artículo 8 (derecho al respeto a la vida privada o familiar) de la Convención Europea; a su vez, el artículo 5 de la Convención ha sido interpretado como una garantía contra la arbitrariedad de la detención de los que buscan asilo<sup>342</sup>.

---

Batista, *União Européia - Livre Circulação de Pessoas e Direito de Asilo*, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 1998, pp. 39-227.

336 Para un estudio general, cf. A. A. Cançado Trindade y J. Ruiz de Santiago, *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*, 3a. edición, San José de Costa Rica, ACNUR, 2004, pp. 27-127.

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

338 *Ibid.*, pp. 516-518 y 544.

339 UNHCR/Council of Europe, *The European Convention on Human Rights and the Protection of Refugees, Asylum-Seekers and Displaced Persons* (1995 Strasbourg Colloquy), Strasbourg, UNHCR (Regional Bureau for Europe), [1996], pp. 3-5 (intervención de D. McNamara).

340 *Ibid.*, pp. 8, 16-17 y 65 (intervenciones de S. Egelund y N. Mole).

341 *Ibid.*, pp. 36-37 (intervención de N. Mole).

342 *Ibid.*, pp. 54 y 59 (intervención de N. Mole).

Lo mismo ha ocurrido bajo la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, en casos de proyectada expulsión de individuos que tuvieron las solicitudes de asilo rechazadas (v.g., caso *Mutombo versus Suiza*, 1993)<sup>343</sup>. Las anteriormente referidas convergencias, intensificadas en materia jurisprudencial, han sido objeto de una sistematización de la materia, en forma de repertorio de jurisprudencia en el sentido señalado, preparado por el propio ACNUR (Bureau Regional para Europa). La referida publicación, titulada *UNHCR Manual on Refugee Protection and the European Convention on Human Rights*, ordena sistemáticamente numerosas decisiones pertinentes de la Corte Europea de Derechos Humanos a lo largo de los últimos años (hasta 2003), que ilustran fehacientemente las mencionadas convergencias<sup>344</sup>.

---

343 *Ibid.*, p. 63 (intervención de N. Mole).

344 Cf. UNHCR, *UNHCR Manual on Refugee Protection and the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, UNHCR (Regional Bureau for Europe, 2003, pp. 1-55.

### III. LAS DECLARACIONES DE CARTAGENA (1984) Y DE SAN JOSÉ (1994) EN PERSPECTIVA HISTÓRICA

En la época de su adopción, la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, al concentrarse en el derecho aplicable, vino atender a nuevas necesidades de protección de la persona, mediante su definición ampliada de las personas a ser protegidas. En la época, en razón del conflicto armado centroamericano, se pasó a concebir el procedimiento colectivo de calificación, a efectos de protección, cuando la individualización ya se mostraba imposible. Se llenó, así, un aparente limbo jurídico para establecer un régimen de tratamiento protector mínimo en situaciones de afluencia masiva, y se trasladó el énfasis de los requisitos formales para la concesión del asilo, para la condición existencial de la persona humana.

Transcurrida una década, la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994, también en respuesta a nuevas necesidades de protección, amplió aún más el derecho aplicable, para extender la protección en particular a los desplazados internos (la nueva dimensión del problema de la época). El derecho continuó evolucionando, y la Declaración de San José sobre los Refugiados y Personas Desplazadas (1994) 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, y del derecho de refugio en su amplia dimensión, - examinadas bajo la óptica de las necesidades de protección del ser humano en cualesquiera circunstancias, en el universo conceptual de los derechos humanos.

En San José en 1994, se sistematizaron las aproximaciones o convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario, dado su carácter complementario<sup>345</sup>, en beneficio de todas las personas protegidas, para maximizar la salvaguardia de sus derechos. La Declaración de San José de 1994, además, reconoció que la violación de los derechos humanos es una de las causas de los desplazamientos y

---

345 Cf. su preámbulo y sus conclusiones tercera y décima-sexta (a).

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>346</sup>. A partir de entonces, la atención continuó a ser dada a la condición existencial de la persona humana, tanto en el Derecho Internacional de los Refugiados como en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (con el gradual acceso directo de los individuos a los tribunales internacionales de derechos humanos)<sup>347</sup>.

En mi Prefacio en el tomo de la *Memoria* del Coloquio Internacional sobre los 10 años de la Declaración de Cartagena realizado en diciembre de 1994 en San José de Costa Rica, y del cual guardo el más grato recuerdo, me permití señalar que la Declaración de Cartagena de 1984 "pasó a enmarcar la temática de los refugiados, desplazados y repatriados en el contexto más amplio de la observancia de los derechos humanos y de la construcción de la paz (inicialmente en la región centroamericana)"<sup>348</sup>. Y agregué:

"Las Declaraciones de Cartagena de 1984 y de San José de 1994 son, cada una, fruto de determinado momento histórico. La primera fue motivada por necesidades urgentes generadas por una crisis concreta de grandes proporciones, en la medida en que esta crisis se fue superando, gracias en parte a aquella Declaración, su legado pasó a proyectarse a otras regiones y subregiones del continente. La segunda Declaración [...fue] adoptada en medio a una crisis distinta, más difusa, marcada por el deterioro de las condiciones socioeconómicas de amplios segmentos de la población en distintas regiones (...). En suma, Cartagena y San José son producto de su tiempo. (...) El *aggiornamento* del Coloquio de San José [dió] igualmente un énfasis especial en la identificación de las necesidades de protección del ser humano en cualesquiera circunstancias. En lugar de categorizaciones subjetivas de personas (de acuerdo con las razones que las llevaron a abandonar sus hogares), propias del pasado, se impone hoy día la adopción

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

347 Cf. A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104.

348 ACNUR, *10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados - Memoria del Coloquio Internacional* (San José de Costa Rica, 05-07.12.1994), San José de Costa Rica, ACNUR/IIDH, 1995, p. 12.

del criterio objetivo de las necesidades de protección, lo que de ese modo abarca un número considerablemente mayor de personas (inclusive los desplazados internos) tan vulnerables como los refugiados, o aún más que éstos. No hay lugar para *vacatio legis*<sup>349</sup>.

Las Declaraciones tanto de Cartagena como de San José tuvieron presentes las necesidades de protección de su época. Y ambas se proyectaron hacia el futuro. Así, la Declaración de Cartagena enfrentó en gran drama humano de los conflictos armados en Centroamérica, pero además presintió el agravamiento del problema de los desplazamientos internos. La Declaración de San José, a su vez, se profundizó en la cuestión de la protección, a la par de los refugiados, también de los desplazados internos, pero además presintió el agravamiento del problema de los flujos migratorios forzados. Me permití señalar este punto en mi discurso de clausura de la Reunión de San José de Costa Rica, al momento de la adopción de la Declaración sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994, en los siguientes términos:

“La Declaración de San José de 1994 [dió] un énfasis especial no sólo a la problemática del desplazamiento interno, sino también, más ampliamente, a los retos que plantean las nuevas situaciones de desarraigo humano en América Latina y el Caribe, incluyendo los movimientos migratorios forzados originados por causas diferentes a las previstas en la Declaración de Cartagena. La nueva Declaración reconoció que la violación de los derechos humanos es una de las causas de los desplazamientos y que por lo tanto la protección de los mismos y el fortalecimiento del sistema democrático constituyen la mejor medida para la búsqueda de soluciones duraderas, así como para la prevención de los conflictos, los éxodos de refugiados y las graves crisis humanitarias<sup>350</sup>.

En realidad, si nos detenemos en lo que ha sido la experiencia de la comunidad internacional en los últimos 20 años, es difícil evitar la impresión de que pasamos continuamente de una crisis a otra. De los conflictos armados centroamericanos, que generaron un gran número de refugiados, en la época de adopción de la Declaración de Cartagena, pasamos al

---

349 *Ibid.*, pp. 14-15.

350 *Ibid.*, pp. 431-432.

agravamiento de la crisis económico-social en numerosos países, con sus efectos desagregadores, entre los cuales los grandes flujos de desplazados internos en la época de adopción de la Declaración de San José.

El Coloquio del cual resultó la Declaración de Cartagena hace dos décadas contó con la participación de delegados gubernamentales de 10 países<sup>351</sup>, además de 14 expertos y del equipo del ACNUR<sup>352</sup>. Una década después, el Coloquio del cual resultó la Declaración de San José contó con la participación de delegados gubernamentales de 17 países, además de 15 expertos y del equipo del ACNUR<sup>353</sup>. O sea, la evaluación de los 10 años de la Declaración de Cartagena contó con la participación de delegados gubernamentales y expertos provenientes de países que inclusive no habían participado del proceso de elaboración y adopción de aquella Declaración, pero reconocían y recogían su legado, y lo ampliaban. El aumento de la participación público del ejercicio lanzado por el ACNUR resultó en la ampliación, mediante la Declaración de San José, del derecho aplicable, tanto *ratione materiae* como *ratione personae*.

Esto es muy significativo para todos los que participamos de las consultas corrientes del ACNUR del año 2004, que son aún más amplias que las de las dos décadas anteriores, con tres reuniones subregionales (San José de Costa Rica, Brasilia y Cartagena de Indias) y dos reuniones del grupos de expertos (Brasilia y Cartagena de Indias) en preparación de la Conferencia de México de noviembre de 2004. Es de esperarse que este ejercicio de reflexión colectiva, con amplia participación pública, resulte en nueva expansión del derecho aplicable, a abarcar a un número cada vez mayor de personas que necesiten de protección.

---

351 Belice, Costa Rica, Colombia, El Salvador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá y Venezuela.

352 Cf. ACNUR, *La Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios* (Memorias del Coloquio en Cartagena de Indias), Bogotá, Universidad Nacional de Colombia, 1986, pp. 16-19.

353 ACNUR, *10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados - Memoria del Coloquio Internacional* (San José de Costa Rica, 05-07.12.1994), San José de Costa Rica, ACNUR/IIDH, 1995, pp. 471-476.

## IV. NUEVOS DESAFÍOS: EL DETERIORO Y AGRAVAMIENTO DE LAS CONDICIONES DE VIDA DE LA POBLACIÓN

¿Y que testimoniamos hoy día? Hoy día, transcurridas dos décadas desde la adopción de la Declaración de Cartagena, los refugiados han disminuído, pero han aumentado los migrantes<sup>354</sup>, y no hay cómo dejar de estudiar conjuntamente el problema de los refugiados y el fenómeno migratorio. El aumento de la marginación y exclusión sociales, en escala mundial, ha generado los grandes flujos de migraciones forzadas de nuestros días. O sea, las causas de los conflictos del pasado siguen lamentablemente presentes, y con la agravación de la situación regional y mundial. Hay que considerar dichas causas y estos nuevos desafíos en estrecha relación con la exigibilidad y justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

Desafortunadamente, hoy día hay mucho más personas que abandonan los países de origen en la región que en la época de los conflictos armados, hace 20 años. En el pasado fue precisamente al revés: gracias a políticas migratorias liberales y abiertas, refugiados se tornaron migrantes para resolver su situación. Hoy es todo lo contrario, debido a las restricciones migratorias recientes. Verifícase hoy, además, a la par de un recrudecimiento de la intolerancia y la xenofobia, una lamentable erosión del derecho de asilo<sup>355</sup>. Se necesita seguir dando atención, y aún más atención, a la condición existencial de la persona humana, para atender a sus nuevas necesidades de protección.

La mayoría de los países hoy día son de "tránsito" y de migrantes. Hace 10 años, el tema central era de los desplazados internos, hoy es el de los migrantes. Durante la década 1994-2004, nuevos ejemplos de las convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos,

---

354 Según la Organización Internacional para las Migraciones (O.I.M.), de 1965 a 2000 el total de migrantes en el mundo más que duplicó, elevándose de 75 millones a 175 millones de personas; y las proyecciones para el futuro son en el sentido de que este total aumentará aún mucho más en los próximos años; I.O.M., *World Migration 2003 - Managing Migration: Challenges and Responses for People on the Move*, Geneva, I.O.M., 2003, pp. 4-5; y cf. también, en general, P. Stalker, *Workers without Frontiers*, Geneva/London, International Labour Organization (I.L.O.)/L. Rienner Publs, 2000, pp. 26-33.

355 Cf., e.g., F. Crepeau, *Droit d'asile - de l'hospitalité aux contrôles migratoires*, op. cit. supra n. (34), pp. 17-353; Ph. Ségur, *La crise du droit d'asile*, Paris, PUF, 1998, pp. 5-171.

el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario, se han producido, como veremos más adelante (cf. *infra*). Hay que vincular la presente temática con el valor justicia, con el imperativo de la justicia. Y hay, además, que hacer prevalecer el principio de la no-regresividad: si ya se ha alcanzado un determinado grado de evolución, en la legislación y los tratados de protección, no se puede admitir regresiones ulteriores. El gran tema hoy es el de los migrantes, y el gran aporte pionero a este tema ha sido hasta la fecha el de la Opinión Consultiva n. 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 17.09.2003, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*.

La Reunión de San José de 1994 sobre los 10 años de la Declaración de Cartagena se dió bajo el impacto positivo de la Declaración y Programa de Acción de Viena de 1993, adoptada por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos. Había un cierto optimismo y ánimo, y era todavía temprano para evaluar el impacto de la implosión de Yugoslavia y la URSS, además de los nuevos conflictos. Hoy día, vivimos en un mundo mucho más peligroso, aparentemente sin parámetros, flagelado por numerosos conflictos, las diversas formas de terrorismo, el continuado crecimiento de la pobreza, y una crisis de valores de escala mundial. Los desafíos son muchos mayores, en medio a la apatía y al desánimo.

A pesar de algunos avances registrados en las últimas décadas en la protección de los derechos humanos (en particular las libertades públicas), han persistido violaciones graves y masivas de éstos<sup>356</sup>. En este inicio del siglo XXI testimoniamos, más que una época de cambios, un cambio de época. Los eventos que cambiaron dramáticamente el escenario internacional, a partir de 1989, se han desencadenando en un ritmo avasallador, sin que podamos divisar lo que nos espera en el futuro inmediato. A los victimados por los actuales conflictos internos en tantos países, se suman otros tantos en búsqueda de su identidad en este vertiginoso cambio de época. La creciente concentración de renta en escala mundial ha acarreado el trágico aumento de los marginados y excluidos en todas las partes del mundo.

Las respuestas humanitarias a los graves problemas contemporáneos afectando crecientes segmentos de la población en numerosos países

---

356 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 a ocurrir, 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.

han buscado curar tan sólo los síntomas de los conflictos, pero se han mostrado incapaces de remover, por sí mismas, sus causas y raíces. En la oportuna advertencia de la ex-Alta-Comisionada de las Naciones Unidas para los Refugiados (Sra. Sadako Ogata), la rapidez con que hoy día los capitales de inversión entran y salen de determinadas regiones, en búsqueda de ganancias fáciles e inmediatas, ha, seguramente, contribuído, junto con otros factores, a algunas de las más graves crisis financieras de la última década, generando movimientos poblacionales en medio a un fuerte sentimiento de inseguridad humana<sup>357</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 ésto, la marginación y exclusión social), al mismo tiempo en que se verifica el debilitamiento del control del Estado sobre los flujos de capital y bienes y su incapacidad de proteger los miembros más débiles o vulnerables de la sociedad (v.g., los inmigrantes, los trabajadores extranjeros, los refugiados y desplazados)<sup>358</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>359</sup>.

La Agenda Habitat y Declaración de Estambul, adoptadas por la II Conferencia Mundial de Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos (Estambul, junio de 1996), advertieron para la situación precaria de más de 1.000 millones de personas que en el mundo hoy día se encuentran en estado de abandono, sin vivienda adecuada y viviendo en condiciones *infra-humanas*<sup>360</sup>. Ante la realidad contemporánea, la llamada "globalización" de la economía se revela más bien como un eufemismo inadecuado y disimulado, que, al dejar de retratar la tragedia de la marginación y exclusión social de nuestros tiempos, busca, al revés, ocultarla.

---

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

358 S. Ogata, *Los Retos...*, op. cit. *supra* n. (57), pp. 3-4; S. Ogata, *Challenges...*, op. cit. *supra* n. (57), p. 6.

359 S. Ogata, *Los Retos...*, op. cit. *supra* n. (57), pp. 4-6; S. Ogata, *Challenges...*, op. cit. *supra* n. (57), pp. 7-10. Y cf. también, e.g., J.-F. Flauss, "L'action de l'Union Européenne dans le domaine de la lutte contre le racisme et la xénophobie", 12 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2001) pp. 487-515.

360 Cf. United Nations, *Habitat Agenda and Istanbul Declaration* (II U.N. Conference on Human Settlements, 03-14 June 1996), N.Y., U.N., 1997, p. 47, y cf. pp. 6-7, 17-17, 78-79 y 158-159.

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 generaciones pasadas, inclusive los que eran considerados como una conquista definitiva de la civilización, como el derecho de asilo, pasan hoy día por un peligroso proceso de erosión<sup>361</sup>. Los nuevos marginados y excluidos sólo pueden contar con una esperanza, o defensa, la del Derecho.

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 día a cerca de 120 millones de personas en el mundo entero, sumadas a 700 millones que se encuentran subempleadas; además, "los pobres que trabajan comprenden la mayor parte de quienes se hallan en absoluta pobreza en el mundo, estimados en 1.000 millones de personas"<sup>362</sup>. En su referida Nota, el Secretario-General de Naciones Unidas propugnó 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"<sup>363</sup>. La Declaración de Copenhague sobre Desarrollo Social, adoptada por la Cumbre Mundial de 1995, enfatizó debidamente la necesidad apremiante de buscar solución a los problemas sociales contemporáneos<sup>364</sup>.

Las migraciones y los desplazamientos forzados, intensificados en la década de los noventa<sup>365</sup>, se han caracterizado particularmente por las

---

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

362 Naciones Unidas, documento A/CONF.166/PC/L.13, del 03.06.1994, p. 37. El documento agrega que "más de 1.000 millones de personas en el mundo hoy en día viven en la pobreza y cerca de 550 millones se acuestan todas las noches con hambre. Más de 1.500 millones carecen de acceso a agua no contaminada y saneamiento, cerca de 500 millones de niños no tienen ni siquiera acceso a la enseñanza primaria y aproximadamente 1.000 millones de adultos nunca aprenden a leer ni a escribir"; *ibid.*, p. 21. El documento advierte, además, para la necesidad - como "tarea prioritaria" - de reducir la carga de la deuda externa y del servicio de la deuda; *ibid.*, p. 16.

363 *Ibid.*, pp. 3-4 y 6.

364 Particularmente en sus párrafos 2, 5, 16, 20 y 24; texto in Naciones Unidas, documento A/CONF.166/9, del 19.04.1995, *Informe de la Cumbre Mundial sobre Desarrollo Social* (Copenhague, 06-12.03.1995), pp. 5-23.

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

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>366</sup>. En los últimos años, la llamada "flexibilidad" en las relaciones laborales, en medio a la "globalización" de la economía, también ha generado movilidad, acompañada de inseguridad personal y de un creciente miedo del desempleo<sup>367</sup>.

Las migraciones y los desplazamientos forzados, con el consecuente desarraigo de tantos seres humanos, acarrear traumas. Testimonios de migrantes dan cuenta del sufrimiento del abandono del hogar, a veces con separación o desagregación familiar, de la pérdida de bienes personales, de arbitrariedades y humillaciones por parte de autoridades fronterizas y oficiales de seguridad, generando un sentimiento permanente de injusticia<sup>368</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>369</sup>. En la misma época y línea de pensamiento, Hannah Arendt alertaba para los padecimientos de los desarraigados (la pérdida del hogar y de la familiaridad del cotidiano, la pérdida de la profesión y del sentimiento de utilidad a los demás, la pérdida del idioma materno como expresión espontánea de los sentimientos), así como para la ilusión de intentar olvidarse del pasado (dada la influencia que ejercen sobre cada uno sus antepasados, las generaciones predecesoras)<sup>370</sup>.

También en esta línea de razonamiento, en notable libro publicado en 1967, titulado *Le retour du tragique*, J.-M. Domenach observó que no hay cómo negar las raíces del propio espíritu humano, por cuanto la propia

---

UNHCR/Oxford University Press, 2000, p. 9.

366 N. Van Hear, *New Diasporas - The Mass Exodus, Dispersal and Regrouping of Migrant Communities*, London, UCL Press, 1998, pp. 19-20, 29, 109-110, 141, 143 y 151; F.M. Deng, *Protecting the Dispossessed - A Challenge for the International Community*, Washington D.C., Brookings Institution, 1993, pp. 3-20. Y cf. también, v.g., H. Domenach y M. Picouet, *Les migrations*, Paris, PUF, 1995, pp. 42-126.

367 N. Van Hear, *op. cit.* supra n. (20), pp. 251-252. Como bien se ha resaltado, "the ubiquity of migration is a result of the success of capitalism in fostering the penetration of commoditization into far-flung peripheral societies and undermining the capacity of these societies to sustain themselves. Insofar as this 'success' will continue, so too will migrants continue to wash up on the shores of capitalism's core"; *ibid.*, p. 260.

368 *Ibid.*, p. 152.

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

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

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>371</sup>. El drama de los desarraigados en general sólo podrá ser eficazmente tratado en medio a un espíritu de verdadera solidaridad humana hacia los victimados<sup>372</sup>. En definitiva, sólo la firme determinación de reconstrucción de la comunidad internacional<sup>373</sup> sobre la base de la solidaridad humana<sup>374</sup> podrá llevar a la superación de las trágicas paradojas anteriormente mencionadas.

---

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

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

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

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

## V. LA RELEVANCIA Y PREVALENCIA DE LOS PRINCIPIOS BÁSICOS

A pesar del deterioro y agravamiento de las condiciones de vida de la población (cf. *supra*), la anteriormente mencionada sucesión de crisis en escala mundial ha, sin embargo, generado una pronta reacción de la conciencia humana, fuente material de todo el Derecho<sup>375</sup>, en el sentido de fomentar, aún más, las aproximaciones y convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados. En mi entender, estas tres grandes vertientes de la protección internacional de los derechos de la persona interactúan y se interpenetran, hoy día aún más, en beneficio de todos los seres humanos protegidos. Impulsadas por la conciencia humana, han enfrentado todas las crisis y resultan fortalecidas en el propósito común de protección, precisamente en razón de sus convergencias.

Es importante y necesario que, en el momento sombrío testimoniamos del alarmante recrudecimiento de uso de la fuerza al margen de la Carta de Naciones Unidas, y de crisis por que pasan tanto las tres referidas vertientes de protección como el propio Derecho Internacional (v.g., Kósovo, Guantánamo, Irak), los principios fundamentales que los inspiran, y su *corpus juris* como un todo, sean rescatados y reafirmados, y transmitidos a las nuevas generaciones, como profesión de las *consideraciones básicas de humanidad* y manifestación intergeneracional de la fe en el primado del Derecho sobre la fuerza bruta. Además, 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. Sólo hay un verdadero progreso de la humanidad cuando marcha en el sentido de la emancipación humana<sup>376</sup>.

---

375 A.A. Cançado Trindade, "Reflexiones sobre el Desarraigo como Problema de Derechos Humanos Frente a la Conciencia Jurídica Universal", en *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI* (eds. A.A. Cançado Trindade y J. Ruiz de Santiago), 3a. ed., San José de Costa Rica, ACNUR, 2004, pp. 27-86.

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

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 vice versa. La amplia dimensión de la actual crisis mundial, con sus millones de desarraigados (refugiados, desplazados internos, migrantes documentados e indocumentados), torna difícil, en nuestros días, prever las consecuencias de los conflictos y los flujos poblacionales actuales, que afectan, en última instancia, la comunidad internacional como un todo. Resulta, así, imprescindible destacar la *vocación universal* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional de los Refugiados y del Derecho Internacional Humanitario, cuya observancia representa la última esperanza del primado del Derecho y de la razón sobre la fuerza bruta.

A lo largo de las últimas décadas, tanto el Derecho Internacional Humanitario como el Derecho Internacional de los Refugiados han enfrentado situaciones críticas, a veces desesperadas, han conocido violaciones. Sin embargo, como lo señala una compilación del Derecho Internacional Humanitario publicado con ocasión del centenario de las Convenciones de La Haya y cincuentenario de las Convenciones de Ginebra<sup>377</sup>, así como una compilación del Derecho Internacional de los Refugiados editada con ocasión del cincuentenario de la Convención de 1951 relativa al Estatuto de los Refugiados<sup>378</sup>, uno y otro se han reafirmado, adaptado a las nuevas realidades del escenario internacional, se han consolidado y perfeccionado.

Frente a los actuales atentados contra sus normas, se impone reafirmar la validez continuada de sus principios básicos. En mi Voto Concurrente en la reciente Opinión Consultiva n. 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados* (del 17.09.2003), me permití subrayar la importancia de los principios, para todo sistema jurídico, inclusive las tres vertientes de protección de los derechos de la persona humana, en los siguientes términos (párrafos 44 y 46):

---

377 P. Tavernier y L. Burgorgue-Larsen (eds.), *Un siècle de droit international humanitaire*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 1-213.

378 V. Chetail (ed.), *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au Statut des Réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 3-417.

"Todo sistema jurídico tiene principios fundamentales, que inspiran, informan y conforman sus normas. Son los principios (derivados etimológicamente del latín *principium*) que, evocando las causas primeras, fuentes o orígenes de las normas y reglas, confieren cohesión, coherencia y legitimidad a las normas jurídicas y al sistema jurídico como un todo. Son los principios generales del derecho (*prima principia*) que confieren al ordenamiento jurídico (tanto nacional como internacional) su ineluctable dimensión axiológica; son ellos que revelan los valores que inspiran todo el ordenamiento jurídico y que, en última instancia, proveen sus propios fundamentos. Es así como concibo la presencia y la posición de los principios en cualquier ordenamiento jurídico, y su rol en el universo conceptual del Derecho. (...) De los *prima principia* emanan las normas y reglas, que en ellos encuentran su sentido. Los principios encuéntrase así presentes en los orígenes del propio Derecho. (...) Al contrario de los que intentan - a mi juicio en vano - minimizarlos, entiendo que, si no hay principios, tampoco hay verdaderamente un sistema jurídico. Sin los principios, el 'orden jurídico' simplemente no se realiza, y deja de existir como tal".

En el referido Voto Concurrente, ponderé que las causas de las migraciones forzadas de personas (en búsqueda de sobrevivencia, de trabajo y de mejores condiciones de vida) "no son fundamentalmente distintas de las del desplazamiento poblacional", y no es mera casualidad que el principio básico de la igualdad y no-discriminación ocupe "una posición central" en el documento adoptado por Naciones Unidas en 1998 conteniendo los *Principios Básicos sobre Desplazamiento Interno (Guiding Principles on Internal Displacement)*<sup>379</sup> (párrafo 63). Y agregué que:

"La idea básica de todo el documento es en el sentido de que los desplazados internos no pierden los derechos que les son inherentes como seres humanos en razón del desplazamiento, y están protegidos por la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario<sup>380</sup>. En la misma línea

379 Cf. ONU, documento E/CN.4/1998/L.98, del 14.04.1998, p. 5, cf. los principios 1(1), 4(1), 22 y 24(1). El principio 3(2), a su vez, afirma el derecho de los desplazados internos a la asistencia humanitaria. - Para comentarios al documento supracitado como un todo, cf., vg., W. Kälin, *Guiding Principles on Internal Displacement - Annotations*, Washington D.C., ASIL/Brookings Institution, 2000, pp. 1-276.

380 R. Cohen y F. Deng, *Masses in Flight: The Global Crisis of Internal Displacement*, Washington D.C., Brookings Institution, 1998, p. 74.

de razonamiento, la idea básica subyacente a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares (1990) es en el sentido de que todos los trabajadores calificados como migrantes bajo sus disposiciones 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<sup>381</sup>. En suma, los trabajadores migrantes, inclusive los indocumentados, son titulares de los Derechos Humanos fundamentales, que no se condicionan por su situación jurídica (irregular o no)<sup>382</sup>. En conclusión sobre este punto, al principio fundamental de la igualdad y no-discriminación está reservada, desde la Declaración Universal de 1948, una posición verdaderamente central en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos" (párrafo 64).

A lo largo de las últimas décadas, se han efectivamente cristalizado los principios básicos comunes al Derecho Internacional de los Refugiados, al Derecho Internacional Humanitario y al Derecho Internacional de los Refugiados, tales como, v.g., el supracitado principio de la igualdad y la no-discriminación, el principio de la inviolabilidad de la persona humana, el principio de la inalienabilidad e irrenunciabilidad de los derechos de la persona humana, el principio de la non-devolución (*non-refoulement*), el principio de la seguridad de la persona. Subyacente a la consolidación de los principios encuéntrase las consideraciones básicas de humanidad (emanadas de la conciencia humana), de las cuales es expresión elocuente, v.g., la *cláusula Martens*.

El hecho de que esta última haya sido reiterada en sucesivos instrumentos del Derecho Internacional Humanitario<sup>383</sup> por más de un siglo (de la I Conferencia de Paz de La Haya de 1899 hasta nuestros días) sitúa la referida *cláusula Martens* - como lo señalé en mi referido Voto Concurrente en la Opinión Consultiva n. 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocu-*

---

381 Tal como enunciado en su artículo 7.

382 A.A. Cançado Trindade, *Elementos para un Enfoque de Derechos Humanos del Fenómeno de los Flujos Migratorios Forzados*, Ciudad de Guatemala, OIM/IIIDH (Cuadernos de Trabajo sobre Migración n. 5), 2001, pp. 13 y 18.

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

mentados en el plano de fuente del propio derecho internacional general (párrafo 29). La he caracterizado, en realidad, como expresión de la razón de humanidad, imponiendo límites a la razón de Estado<sup>384</sup>.

En la misma línea de pensamiento, en varios de mis Votos en el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>385</sup>, he expresado mi convicción de que la conciencia jurídica universal constituye la fuente material *por excelencia* de todo el derecho de gentes. Además, nadie osaría hoy día negar que las "leyes de humanidad" y las "exigencias de la conciencia pública" invocadas por la *cláusula Martens* pertenecen al dominio del *jus cogens*<sup>386</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.

Como me he permitido señalar en el Coloquio Internacional sobre los 10 años de la Declaración de Cartagena (1994), el *corpus juris* de salvaguardia de los derechos de la persona ha superado conceptualizaciones del pasado, al admitir la aplicación simultánea o concomitante de normas de protección - sean del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, sean del Derecho Internacional de los Refugiados, sean del Derecho Internacional Humanitario - en beneficio de los seres humanos en todas y cualesquiera circunstancias<sup>387</sup>. Hoy día, transcurrida una segunda década desde la adopción de la Declaración de Cartagena (2004), se puede constatar que las convergencias entre las tres vertientes de protección de la persona humana siguen encontrando expresión concreta en la teoría así como en la práctica.

---

384 A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 497-509.

385 En la Opinión Consultiva n. 16 sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (1999), párrafos 3-4 y 14 del Voto; en las Medidas Provisionales de Protección en el caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana* (2000), párrafo 12 del Voto; en la Sentencia sobre el fondo en el caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (2000), párrafos 16 y 28 del Voto; en la anteriormente citada Opinión Consultiva n. 18 sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados* (2003), párrafos 23-25 y 28-30 del Voto; entre otros.

386 S. Miyazaki, "The Martens Clause and International Humanitarian Law", in *Études et essais... en l'honneur de J. Pictet*, *op. cit. supra* n. (76), pp. 438 y 440.

387 A.A. Cançado Trindade, "Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias", in ACNUR, *10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados - Memoria del Coloquio Internacional* (San José de Costa Rica, 05-07.12.1994), San José de Costa Rica, ACNUR/IIDH, 1995, pp. 77-168.

## VI. LA CONTRIBUCIÓN DEL CICLO DE CONFERENCIAS MUNDIALES DE NACIONES UNIDAS.

La evaluación realizada en San José de Costa Rica hace una década, en diciembre de 1994, se efectuó todavía bajo el impacto - como no podría dejar de ser - de los resultados de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Naciones Unidas (Viena, 1993), en la cual la visión integrada anteriormente señalada encontró expresión. Desde la evaluación de San José de 1994 hasta la fecha, tuvo seguimiento el ciclo de Conferencias Mundiales de Naciones Unidas. Además de las tres Conferencias ya entonces realizadas (Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, 1992; Derechos Humanos, Viena, 1993; y Población y Desarrollo, Cairo, 1994), siguiéronse cinco más (Desarrollo Social, Copenhagen, 1995; Derechos de la Mujer, Beijing, 1995; Asentamientos Humanos - Habitat-II, Istanbul, 1996; Jurisdicción Penal Internacional Permanente, Roma, 1998; y Combate al Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia y Formas Conexas de Intolerancia, Durban, 2001).

Este ciclo de Conferencias Mundiales de Naciones Unidas ha despertado la conciencia jurídica universal para la necesidad de reconceptualizar las propias bases del ordenamiento internacional, de modo de equiparlo para tratar con eficacia los temas que afectan a la humanidad como un todo. Como denominador común de ahí resultando,

"El actual reconocimiento de la centralidad de las *condiciones de vida* de todos los seres humanos en la agenda internacional del siglo XXI corresponde a un nuevo ethos de nuestros tiempos. Tal concepción, a su vez, corresponde, en nuestros días, a la búsqueda continuada de la realización del ideal de la *civitas maxima gentium*, visualizado y cultivado por los fundadores del Derecho Internacional. (...) Con la referida evolución del ordenamiento jurídico internacional hacia la realización del ideal de la *civitas maxima gentium*, volvemos (...) a los orígenes del propio Derecho Internacional, el cual, inicialmente, no era un derecho estrictamente interestatal, sino más bien el *derecho de gentes*. La base de las relaciones entre el Estado y los seres humanos bajo su jurisdicción, así como de las relaciones de los Estados entre sí, no es la

soberanía estatal, sino más bien la solidaridad humana. El ser humano es, en última instancia, el destinatario final de las normas jurídicas, el sujeto último del derecho tanto interno como internacional<sup>388</sup>.

El Programa de Acción adoptado por la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (Cairo, 05-13.09.1994), a su vez, advirtió que, en el período de 1985-1993, el número de refugiados había más que duplicado (de 8 y medio millones a 19 millones), a consecuencia de factores múltiples y complejos, inclusive "violaciones masivas de derechos humanos"<sup>389</sup>, instó los Estados a "respetar el principio del *non-refoulement*" (cf. *infra*) y a salvaguardar el derecho de las personas de "permanecer en seguridad en sus hogares", absteniéndose de políticas y prácticas que las forcen a huir<sup>390</sup>. Significativamente, el documento final de la Conferencia del Cairo insistió en el "pleno respeto por los varios valores éticos y religiosos y *backgrounds* culturales del pueblo de cada país"<sup>391</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, Habitat-II, 1996) a los asentamientos humanos en la realización de los derechos humanos. Recordó, además, las recomendaciones de la Conferencia Mundial de Estambul sobre "la prevención de las expulsiones, el fomento de los centros de refugio y el apoyo prestado a los servicios básicos y las instalaciones de educación y salud en favor de las personas desplazadas, entre otros grupos vulnerables"<sup>392</sup>.

En efecto, un examen detallado de la Declaración de Estambul sobre Asentamientos Humanos y de la Agenda Habitat (1996) revela que, de todos los documentos finales de las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas de la década de los noventa, los de la Conferencia Habitat-II de Estambul de 1996 fueron los que mejor articularon las dimensiones cultural y espirituales de la protección de los desplazados y los migrantes.

---

388 A.A. Cançado Trindade, "La Humanización del Derecho Internacional y los Límites de la Razón de Estado", 40 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Minas Gerais* - Belo Horizonte (2001) pp. 20-21.

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

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

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

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

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>393</sup>.

En la misma línea de pensamiento, la Agenda Habitat, al detenerse en la protección de los refugiados, desplazados y migrantes (en relación con la falta de abrigo adecuado), identificó en la pobreza y las violaciones de los Derechos Humanos factores que conllevan a migraciones<sup>394</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>395</sup>. La Agenda Habitat enfatizó la importancia del cultivo, por las nuevas generaciones, de su herencia histórica, - cultural y espiritual, - indispensable para una vida comunitaria estable<sup>396</sup>. En fin, desde esta óptica, la Agenda Habitat propugnó por la construcción de un mundo de paz y estabilidad, sobre la base de una "visión ética y espiritual"<sup>397</sup>.

De los mencionados documentos finales de las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas de la década de noventa (*supra*), se puede desprender que el Derecho Internacional pasa a ocuparse cada vez más de la cuestión de las migraciones, y del desarraigo como problema de los derechos humanos. Los análisis de la materia, desde el prisma no sólo jurídico sino también sociológico, destacan aspectos que no pueden pasar desapercibidos de los juristas<sup>398</sup>. 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.g., constatar un contraste marcante entre la pobreza de los países de origen de las migraciones (a veces clandestinas) y los recursos incomparablemente mayores de los países receptores de migrantes<sup>399</sup>.

Los migrantes (particularmente los indocumentados) se encuentran frecuentemente en una situación de gran vulnerabilidad (mayor que la de los nacionales), ante el riesgo del empleo precario (en la llamada "eco-

---

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

394 *Ibid.*, pp. 78-79 y 158-159.

395 *Ibid.*, pp. 15, 23 y 34.

396 *Ibid.*, pp. 98 y 121-122.

397 *Ibid.*, p. 12.

398 Para un estudio general, cf., v.g., [Varios Autores,] *Movimientos de Personas e Ideas y Multiculturalidad* (Forum Deusto), vol. I, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, pp. 11-277.

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

nomía informal"), el propio desempleo y la pobreza (también en el país receptor)<sup>400</sup>. A esto se suma el choque o la distancia cultural, que hace con que los migrantes busquen cultivar nuevos lazos de solidaridad, con referencias colectivas, y el cultivo de sus raíces y prácticas culturales originales, y de sus valores espirituales (como, de modo especial, los atinentes a los ritos fúnebres, al respeto a sus muertos y su memoria)<sup>401</sup>.

En conclusión, los documentos finales de las recientes Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas (realizadas en el período de 1992 hasta 2001) reflejan la reacción de la conciencia jurídica universal contra los atentados y afrentas a la dignidad de la persona humana en todo el mundo. En realidad, el referido ciclo de Conferencias Mundiales ha consolidado el reconocimiento de "la legitimidad de la preocupación de toda la comunidad internacional con las violaciones de derechos humanos en todas partes y en cualquier momento"<sup>402</sup>.

---

400 *Ibid.*, p. 66.

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

402 A.A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, p. 413, y cf. p. 88.

## VII. EL FENÓMENO CONTEMPORÁNEO DEL DESARRAIGO COMO PROBLEMA DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA HUMANA

Desafortunadamente, la práctica revela que no siempre ha prevalecido el derecho de *permanecer en el hogar*; pero siempre que ocurre el desplazamiento, hay que salvaguardar los Derechos Humanos de los desarraigados. A pesar de la persistencia del problema del desplazamiento interno a lo largo sobre todo de las dos últimas décadas, solamente en el primer trimestre de 1998, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, teniendo presentes los informes del Representante del Secretario-General de las Naciones Unidas sobre Desplazados Internos (Sr. F.M. Deng)<sup>403</sup>, logró en fin 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>404</sup>; 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>405</sup>, el cual cuida de enumerar los mismos derechos, de los desplazados internos, de que disfrutaban las demás personas en su país<sup>406</sup>.

Los referidos *Principios Básicos* de 1998 determinan que el desplazamiento no se puede efectuar y violar los derechos a la vida, a la dignidad, a la libertad y a la seguridad de los afectados (Principios 8 y siguientes). El documento también afirma otros derechos, como el derecho al respeto a la vida familiar (Principio 17), el derecho a un patrón adecuado de vida (Principio 18), el derecho a la igualdad ante la ley (Principio 20), el dere-

---

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

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

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

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

cho a la educación (Principio 23)<sup>407</sup>. La idea básica subyacente a todo el documento es en el sentido de que los desplazados internos no pierden sus derechos inherentes, en razón del desplazamiento, y pueden invocar la normativa internacional pertinente de protección para salvaguardar sus derechos<sup>408</sup>.

Una corriente de la doctrina europea contemporánea ha invocado el derecho de la responsabilidad internacional del Estado para declarar la práctica estatal generadora de refugiados - y desplazados - como constituyendo un acto internacionalmente ilícito (sobre todo ante la presencia del elemento de *culpa lata*)<sup>409</sup>. Una justificativa para esta elaboración doctrinal reside en el hecho de que los instrumentos internacionales de protección de los refugiados han limitado la previsión de obligaciones solamente a los Estados de recepción, pero no en relación con los Estados de origen, de refugiados; a partir de esta constatación, se invoca una norma consuetudinaria de derecho humanitario prohibitiva de la provocación de flujos de refugiados<sup>410</sup>. Y a partir de ahí, se establecen las consecuencias del acto internacionalmente ilícito de generar flujos de refugiados - que se aplicarían a *fortiori* a flujos migratorios súbitos, - inclusive para efectos de reparaciones.

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

---

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

408 R. Cohen y F. Deng, *op. cit. supra* n. (80), p. 74.

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

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

“individualizado” de tanta violencia, como trazar la línea divisoria, como singularizar Estados responsables - a la exclusión de otros Estados - por migraciones forzadas, como justificar las represalias.

Tal como señalé en obra reciente<sup>411</sup>, no me parece este el camino a seguir. El mal es de la propia condición humana; la cuestión de los flujos poblacionales forzados - directamente ligada a las precarias condiciones de vida de los victimados - debe ser tratada como verdadero *tema global* que es (a la par de la responsabilidad estatal), teniendo presentes las obligaciones *erga omnes* de protección del ser humano. El desarrollo conceptual de tales obligaciones constituye una alta prioridad de la ciencia jurídica contemporánea<sup>412</sup>, con énfasis especial en la prevención.

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

En cuanto a la prevención del desarraigo, recuérdese que el antecedente, en el plano de las Naciones Unidas, del sistema de “alerta inmediata” (*early warning*), emanó de una propuesta, al inicio de los años ochenta, del *rapporteur* 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>413</sup>. Todo ésto 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>414</sup>. La materia ha atraído considerable atención en las

---

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

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

413 Cf. ONU, documento E/CN.4/1995/CRP.1, de 30.01.1995, pp. 1-119.

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

ya citadas Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas de la década de noventa, que han proveído importantes elementos para su consideración<sup>415</sup> (cf. *supra*).

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares (1990), a pesar de algunas insuficiencias (como la de su artículo 3, al excluir de su ámbito, *inter alii*, los refugiados y apátridas), extiende protección a todos los migrantes - tanto "regulares" como "irregulares" - en distintas situaciones<sup>416</sup>. Además, la adopción de la referida Convención, - que ha recientemente entrado en vigor, en julio de 2003, - ha contribuído decisivamente para superar la visión compartimentalizada que prevalecía anteriormente a su adopción en el sistema de Naciones Unidas, mediante la cual las Naciones Unidas sólo se ocupaban - en esta area específica - de la protección de los derechos de los extranjeros y los no-ciudadanos, mientras que la OIT sólo se ocupaba de la protección de los migrantes en su condición de trabajadores<sup>417</sup>.

A partir de la adopción de la supracitada Convención de 1990, el tratamiento del tema de los derechos de los migrantes pasó a efectuarse desde una perspectiva más amplia, holística. Y la reciente Opinión Consultiva n. 18 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, del 17.09.2003, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*, constituye un marco de trascendental importancia en esta línea de evolución hacia una protección integral de los derechos de todos los migrantes (documentados e indocumentados). Además, en nuestros días, no se justifica disociar el problema de derechos humanos de los migrantes del de los refugiados; no hay cómo dejar de considerar conjuntamente, desde un enfoque integral.

---

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

416 R. Cholewinski, *Migrant Workers in International Human Rights Law - Their Protection in Countries of Employment*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 153 y 182. Y, sobre el contenido normativo de la Convención de 1990 en general, cf., v.g., J. Bonet Pérez, "La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares", in *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en los Albores del Siglo XXI* (eds. F. Gómez Isa y J.M. Pureza), Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, pp. 321-349.

417 *Ibid.*, pp. 139-140. - Sobre el lento y difícil proceso de las ratificaciones de la Convención de 1990, cf. S. Hune y J. Niessen, "Ratifying the U.N. Migrant Workers Convention: Current Difficulties and Prospects", 12 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (1994) pp. 393-404.

## VIII. EL FENÓMENO DEL DESARRAIGO EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

El fenómeno del desarraigo, actualmente en escala universal, como problema de los derechos de la persona humana, que en los últimos años empieza a atraer atención de la bibliografía especializada<sup>418</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 fue fin sido sometida a la consideración de la Corte Interamericana, inicialmente en el caso de los Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana; la Corte adoptó Medidas Provisionales de Protección en Resolución adoptada el día 18 de agosto de 2000. Dichas medidas tuvieron por objeto, *inter alia*, proteger la vida e integridad personal de cinco individuos, evitar la deportación o expulsión de dos de ellos, permitir el retorno inmediato a la República Dominicana de otros dos, y la reunificación familiar de dos de ellos con sus hijos menores, además de la investigación de los hechos.

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

- "En efecto, en un mundo 'globalizado' - el nuevo eufemismo en *vogue*, - se abren las fronteras a los capitales, inversiones, bienes y servicios, pero no necesariamente a los seres humanos. Se concentran las riquezas cada vez más en manos de pocos, al mismo tiempo en que lamentablemente aumentan, de forma creciente (y estadísticamente comprobada), los marginados y excluidos. Las lecciones del pasado

---

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

parecen olvidadas, los sufrimientos de generaciones anteriores parecen haber sido en vano. El actual frenesí 'globalizante', presentado como algo inevitable e irreversible, - en realidad configurando la más reciente expresión de un perverso neodarwinismo social, - muéstrase enteramente desprovisto de todo sentido histórico" (párrs. 2-3).

Proseguí ponderando que este es, para mí, un cuadro revelador de que, en este umbral del siglo XXI, "(...) el ser humano ha sido por sí mismo situado en escala de prioridad inferior a la atribuida a los capitales y bienes, - a pesar de todas las luchas del pasado, y de todos los sacrificios de las generaciones anteriores. (...) Como consecuencia de esta tragedia contemporánea - causada esencialmente por el propio hombre, - perfectamente evitable si la solidaridad humana primase sobre el egoísmo, surge el nuevo fenómeno del desarraigo, sobre todo de aquellos que buscan escapar del hambre, de las enfermedades y de la miseria, - con graves consecuencias e implicaciones para la propia normativa internacional de la protección del ser humano" (párr. 4)<sup>419</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).

Y, sobre este primer aspecto del problema, concluí que "el problema del desarraigo debe ser considerado en un marco de la acción orientada a la erradicación de la exclusión social y de la pobreza extrema, - si es que se desea llegar a sus causas y no solamente combatir sus síntomas. Se impone el desarrollo de respuestas a nuevas demandas de protección, aunque no estén literalmente contempladas en los instrumentos internacionales de protección del ser humano vigentes. El problema sólo puede ser enfrentado adecuadamente teniendo presente la indivisibilidad de

---

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

todos los derechos humanos (civiles, políticos, económicos, sociales y culturales)" (párr. 7).

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

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

Y acrecenté: - "La normativa de protección atinente a los Derechos Humanos sigue siendo insuficiente, ante la falta de acuerdo en cuanto a las bases de una verdadera cooperación internacional referente a la protección de todos los desarraigados. No hay normas jurídicas eficaces sin los valores correspondientes, a ellas subyacentes<sup>420</sup>. En relación con el problema en cuestión, algunas normas de protección ya existen, pero faltan el reconocimiento de los valores, y la voluntad de aplicarlas; no es mera casualidad, por ejemplo, que la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares<sup>421</sup>, una década después de aprobada, aún no haya entrado en vigor" (párr. 9).

420 Obsérvese que la propia doctrina jurídica contemporánea ha sido simplemente omisa en relación con la Convención de Naciones Unidas sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares (1990), - a pesar de la gran significación de que ésta se reviste. La idea básica subyacente en esta Convención es que todos los migrantes - inclusive los *indocumentados e ilegales* - deben disfrutar de sus derechos humanos independientemente de su situación jurídica. De ahí la posición central ocupada, también en este contexto, por el principio de la *no-discriminación* (artículo 7). No sorprendentemente, el elenco de los derechos protegidos sigue una visión necesariamente holística o integral de los derechos humanos (abarcando derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales).

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

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

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

Por último, en mi Voto Concurrente supracitado, insistí en el énfasis a ser dado a la prevención del desarraigo (párr. 13), inclusive mediante las Medidas Provisionales de Protección 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 (cf. *supra*) como en la aplicación de las medidas provisionales de protección. Siendo así, no hay, jurídica y epistemológicamente, impedimento alguno a que dichas medidas, que hasta el presente han sido aplicadas por la Corte Interamericana en relación con los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal (artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sean aplicadas también en relación con otros derechos protegidos por la Convención Americana. Siendo todos estos derechos interrelacionados, se puede perfectamente, en mi entender, dictar medidas provisionales de protección de cada uno de ellos, siempre y cuando se reúnan los dos requisitos de la 'extrema gravedad y urgencia' y de la 'prevención de daños irreparables a las personas', consagrados en el artículo 63(2) de la Convención" (párr. 14).

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

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

- "Al Derecho está reservado un papel de fundamental importancia para atender a las nuevas necesidades de protección del ser humano, particularmente en el mundo deshumanizado en que vivimos. Al inicio del siglo XXI, urge, en definitiva, situar el ser humano en el lugar que le corresponde, a saber, en el centro de las políticas públicas de los Estados (como las poblacionales) y de todo proceso de desarrollo, y ciertamente por encima de los capitales, inversiones, bienes y servicios. Urge, además, desarrollar conceptualmente el derecho de la responsabilidad internacional, de modo a abarcar, a la par de la estatal, también la responsabilidad de actores no estatales. Es éste uno de los mayores desafíos del poder público y de la ciencia jurídica en el mundo 'globalizado' en que vivimos, desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos" (párr. 25).

Posteriormente, en el caso de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó*, se planteó la cuestión de la protección de los miembros de una "Comunidad de Paz" en Colombia, ordenada por una Resolución, sobre Medidas Urgentes, dictada por el Presidente de la Corte Interamericana, el 09 de octubre de 2000. Dichas Medidas fueron ratificadas por la Corte en pleno, la cual, en su Resolución sobre Medidas Provisionales de 24 de noviembre de 2000, al extenderlas a todos los miembros de la Comunidad, requirió al Estado, *inter alia*, que asegurase las condiciones necesarias para que las personas de la mencionada Comunidad "que se hayan forzadas a desplazarse a otras zonas del país, regresen a sus hogares"<sup>422</sup>.

---

422 Punto resolutivo n. 6 de la citada Resolución; y cf. el Voto Razonado Concurrente de los Jueces A. Abreu

En cuanto al ejercicio de su función consultiva, la Corte Interamericana emitió el día 01 de octubre de 1999, su Opinión Consultiva n. 16, de considerable importancia, sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*. Trátase de 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 n. 16 de la Corte Interamericana sostuvo que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963) concierne a la protección de los derechos del detenido extranjero, a quien reconoce el derecho individual a la pronta información sobre la asistencia consular<sup>423</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 Partes, independientemente de su estructura federal o unitaria<sup>424</sup>.

La inobservancia de tal derecho, acrecentó la Opinión Consultiva n. 16, afecta, por consiguiente, las garantías del debido proceso legal, y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida "arbitrariamente"<sup>425</sup>, "con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación"<sup>426</sup>. Esta transcendental Opinión Consultiva de la Corte Interamericana tiene relevancia directa para toda persona privada de su libertad en el exterior, - inclusive, naturalmente, los migrantes.

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

- "La acción de protección, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no busca regir las relaciones entre iguales,

---

Burelli y S. García Ramírez.

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

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

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

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

sino proteger los ostensiblemente más débiles y vulnerables. Tal acción de protección asume importancia creciente en un mundo dilacerado por distinciones entre nacionales y extranjeros (inclusive discriminaciones *de jure*, 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 diferente de los suyos y que no conocen suficientemente, experimentan muchas veces una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar" (párr. 23).

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

No hay que pasar desapercibido, en la jurisprudencia de la Corte en materia contenciosa, la amplia dimensión del propio derecho a la vida, sostenida por la Corte Interamericana en el caso *Villagrán Morales y Otros versus Guatemala* (fondo, 1999, - el de los llamados "*Niños de la Calle*"), a abarcar igualmente las condiciones que aseguren una vida digna (párrafo 144). Como se señaló en aquel caso paradigmático ante la Corte Interamericana,

"El derecho a la vida implica no solo 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 homi-

cidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. (...)

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

Las necesidades de protección de los más débiles, - como los niños en la calle, - requieren en definitiva una interpretación del derecho a 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>427</sup>.

Posteriormente, la Corte Interamericana se pronunció sobre las violaciones de derechos humanos ocurridas en el primer caso en toda su historia relativo a una masacre (Sentencia del 29 de abril de 2004); en mi Voto Razonado en este caso de la *Masacre de Plan de Sánchez*, relativo a Guatemala, retomé el tema que había desarrollado hace una década con ocasión del Coloquio sobre los 10 años de la Declaración de Cartagena, en los siguientes términos:

"La presente Sentencia de la Corte Interamericana en el caso de la *Masacre de Plan de Sánchez* va más allá del denominador común del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario, y contiene elementos conceptuales propios también del Derecho Internacional de los Refugiados: es el caso, v.g., de la referencia expresa al criterio del 'temor fundado de persecución' (párr. 42.28), propia de esta última vertiente de protección de los derechos

---

427 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Villagrán Morales y Otros versus Guatemala* (Caso de los "Niños de la Calle"), Sentencia (sobre el fondo) del 19.11.1999, Serie C, n. 63, Voto Concurrente Conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli, pp. 105-108, párrafos 2-4, 6-7 y 9.

de la persona humana. En efecto, hechos como los del presente caso (de masacres y planes de 'tierra arrasada') dieron lugar a desplazamientos forzados y llegada de refugiados en México (sobre todo a partir de 1981- 1982)<sup>428</sup>. Del presente caso se desprenden, en efecto, las *aproximaciones o convergencias* entre las tres vertientes de protección, que, como vengo sosteniendo hace algunos años, se manifiestan en los planos tanto normativo y hermenéutico así como operativo, de modo a maximizar la protección de los derechos de la persona humana<sup>429</sup> (párrafo 23).

En su Opinión Consultiva n. 18, del 17.09.2003, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*<sup>430</sup>, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determinó que los Estados deben respetar y asegurar el respeto de los derechos humanos a la luz del principio general y básico de la igualdad y no-discriminación, y que cualquier trato discriminatorio atinente a la protección y ejercicio de los Derechos Humanos (con base en, v.g., el estatuto migratorio o cualquier otra condición) genera la responsabilidad internacional de los Estados. En el entender de la Corte, el principio fundamental de la igualdad y no-discriminación ha ingresado en el dominio del *ius cogens*.

Agregó la Corte que los Estados no pueden discriminar o tolerar situaciones discriminatorias en detrimento de los migrantes, y deben garantizar el debido proceso legal a cualquier persona, independientemente de su estatuto migratorio. Este último no puede ser una justificación para privar una persona del goce y ejercicio de sus derechos humanos, incluyendo sus derechos laborales. Los trabajadores migrantes indocumentados tienen los mismos derechos laborales que otros trabajadores del Estado de empleo, y debe este último respetar tales derechos en la práctica. Los Estados no pueden subordinar o condicionar la observancia del principio

---

428 ACNUR, *Memoria - Presencia de los Refugiados Guatemaltecos en México*, México, ACNUR/Comisión Mexicana de Ayuda a Refugiados, 1999, pp. 41, 45, 167, 235 y 314.

429 Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo I, 1a. ed., Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1997, cap. VIII, pp. 269-352; A.A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2001, cap. V, pp. 183-265; A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario - Aproximaciones y Convergencias*, Ginebra, CICR, [2001], pp. 1-66.

430 En el curso del procedimiento consultivo ante la Corte Interamericana atinente a la Opinión Consultiva n. 18, el ACNUR, al enfatizar la situación de vulnerabilidad de los migrantes, se refirió al nexo existente entre migración y asilo, y agregó con lucidez que la naturaleza y complejidad de los desplazamientos contemporáneos dificultan establecer una clara línea de distinción entre refugiados y migrantes. Esta situación, - como lo señalé en mi Voto Concurrente en la presente Opinión Consultiva, - involucrando millones de seres humanos, "revela una nueva dimensión de la protección del ser humano en determinadas circunstancias, y subraya la importancia capital del principio fundamental de la igualdad y no-discriminación", (párrafo 34).

de igualdad ante la ley y no-discriminación a los propósitos de sus políticas migratorias y de otra naturaleza.

En mi Voto Concurrente en esta Opinión Consultiva n. 18, me permití examinar detalladamente nueve puntos, a saber: a) la *civitas maxima gentium* y la universalidad del género humano; b) las disparidades del mundo contemporáneo y la vulnerabilidad de los migrantes; c) la reacción de la conciencia jurídica universal; d) la construcción del derecho individual subjetivo del asilo; e) la posición y el rol de los principios generales del Derecho; f) los principios fundamentales como *substratum* del propio ordenamiento jurídico; g) el principio de igualdad y la no-discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; h) la emergencia, el contenido normativo y el alcance del *jus cogens*; y i) la emergencia, el contenido y el alcance de las obligaciones *erga omnes* de protección (sus dimensiones horizontales y verticales).

En el referido Voto Concurrente, me permití recordar, de inicio, que, desde los orígenes del Derecho de Gentes, el ideal de la *civitas maxima gentium* fue propugnado y cultivado en los escritos de los llamados fundadores del Derecho Internacional (como en las célebres *Relecciones Teológicas* (1538-1539), sobre todo la *De Indis - Relectio Prior*, de Francisco de Vitoria; el tratado *De Legibus ac Deo Legislatore* (1612), de Francisco Suárez; el *De Jure Belli ac Pacis* (1625), de Hugo Grotius; el *De Jure Belli* (1598), de Alberico Gentili; el *De Jure Naturae et Gentium* (1672), de Samuel Pufendorf; y el *Jus gentium Methodo Scientifica Pertractatum* (1749), de Christian Wolff), - los cuales tuvieron presente la humanidad como un todo (párrafos 4-8). Señalé, además, que:

"ya en la época de la elaboración y divulgación de las obras clásicas de F. Vitoria y F. Suárez (*supra*), el *jus gentium* se había liberado de sus orígenes de derecho privado (del derecho romano), para aplicarse universalmente a todos los seres humanos (...). El nuevo *jus gentium* (...) abrió camino para la concepción de un derecho internacional universal. (...) En el marco de la nueva concepción universalista se afirmó, a partir de F. Vitoria, el *ju communicationis*, erigiendo la libertad de movimiento y de intercambio comercial como uno de los pilares de la propia comunidad internacional. Los controles de ingreso de extranjeros sólo se manifestaron en época histórica bien más reciente (...), a la par de los grandes flujos migratorios y del desarrollo del derecho de los refugiados y desplazados" (párrafos 11-12).

Esta cuestión constituye, en nuestros días, "una preocupación legítima

de toda la comunidad internacional", y, en realidad, de "la humanidad como un todo" (párrafo 2). Así, proseguí, "hoy día, en una era de grandes migraciones, se constata lamentablemente una distancia cada vez mayor del ideal universalista de la *societas gentium* de los fundadores del Derecho Internacional. Las migraciones y los desplazamientos forzados, intensificados en la década de noventa, se han caracterizado particularmente por las disparidades en las condiciones de vida entre el lugar de origen y el de destino de los migrantes" (párr. 13). Además,

"Como circunstancias agravantes, el Estado abdica de su ineludible función social, y entrega irresponsablemente al 'mercado' los servicios públicos esenciales (educación y salud, entre otros), transformándolos en mercaderías a las cuales el acceso se torna cada vez más difícil para la mayoría de los individuos. Éstos últimos pasan a ser vistos como meros agentes de producción económica, en medio a la triste mercantilización de las relaciones humanas. Verifícase hoy, además, a la par de un recrudescimiento de la intolerancia y la xenofobia, una lamentable erosión del derecho de asilo (...). Todos estos peligrosos desarrollos apuntan hacia un nuevo mundo vacío de valores, que se adhiere, sin mayor reflexión, a un modelo insostenible" (párr. 17).

Esta situación preocupante, - agregué en el mismo Voto, - presenta, en nuestros días,

"un gran desafío a la salvaguardia de los derechos de la persona humana en nuestros días, en este inicio del siglo XXI. (...) En efecto, sólo en la segunda mitad del siglo XIX, cuando la *inmigración* penetró en definitiva en la esfera del derecho *interno*, pasó a sufrir restricciones sucesivas y sistemáticas. De ahí la importancia creciente de la prevalencia de determinados derechos, como el derecho de acceso a la justicia (el derecho a la justicia *lato sensu*), el derecho a la vida privada y familiar (comprendiendo la unidad familiar), el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes; es este un tema que trasciende a la dimensión puramente estatal o interestatal, y que tiene que ser abordado a la luz de los derechos humanos fundamentales de los trabajadores migrantes, inclusive los indocumentados" (párrafo 35).

En fin, en mi supracitado Voto Concurrente, propugné por una pronta reconstrucción de "un verdadero derecho individual al asilo" (párrafo 38),

del reconocimiento de la relevancia del principio de la igualdad y no-discriminación como integrante del derecho internacional general o consuetudinario (párrafo 60), así como de la ampliación del contenido sustantivo del *jus cogens* (párrafos 65-73) y de la consolidación de las obligaciones *erga omnes* de protección (párrafos 74-85). Y concluí que la Opinión Consultiva n. 18, al rescatar “la visión universalista que marcó los orígenes de la mejor doctrina del Derecho Internacional”, contribuye para:

“la construcción del nuevo *jus gentium* del siglo XXI, orientado por los principios generales del derecho (entre los cuales el principio fundamental de la igualdad y no- discriminación), caracterizado por la intangibilidad del debido proceso legal en su amplio alcance, sedimentado en el reconocimiento del *jus cogens* e instrumentalizado por las consecuentes obligaciones *erga omnes* de protección, y erigido, en última instancia, sobre el pleno respeto y la garantía de los derechos inherentes a la persona humana” (párrafo 89).

En la misma línea de razonamiento adoptada por la Corte Interamericana en el caso de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó* (2000), más recientemente, en el caso de las *Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*, también relativo a Colombia, la Corte adoptó Medidas Provisionales de Protección, el 06 de marzo de 2003, para asegurar a todas las personas por ellas amparadas seguir viviendo en su residencial habitual, y proporcionar a las personas desplazadas de aquellas comunidades las condiciones necesarias para regresar a sus hogares. En mi Voto Concurrente en este caso de las *Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*, me permití señalar que

“(…) Han sido, efectivamente, las nuevas necesidades de protección del ser humano - reveladas por situaciones como la del presente caso - que han, en gran parte, impulsado en los últimos años las convergencias, - en los planos normativo, hermenéutico y operativo, - entre las tres vertientes de protección de los derechos de la persona humana, a saber, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados.

Las medidas adoptadas por esta Corte, tanto en el presente caso de las *Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*, como en los casos anteriores de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó* (2000-2002) y de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en la República Dominicana* (2000-2002), apuntan en el sentido de la gradual formación de un

verdadero derecho a la asistencia humanitaria. Dichas medidas ya han salvado muchas vidas, han protegido el derecho a la integridad personal y el derecho de circulación y residencia de numerosos seres humanos, estrictamente dentro del marco del Derecho. Se impone, en nuestros días, concentrar la atención en el contenido y los efectos jurídicos del derecho emergente a la asistencia humanitaria, en el marco de los tratados de derechos humanos, del Derecho Humanitario, y del Derecho de los Refugiados, de modo a refinar su elaboración, en beneficio de los *titulares* de ese derecho.

La práctica reciente de la Corte Interamericana en materia de medidas provisionales de protección, en beneficio de miembros de colectividades humanas, demuestra que es perfectamente posible sostener el derecho a la asistencia humanitaria en el *marco del Derecho*, y jamás mediante en uso indiscriminado de la fuerza. El énfasis debe incidir en las personas de los beneficiarios de la asistencia humanitaria, y no en el potencial de acción de los agentes materialmente capacitados a prestarla, - en reconocimiento del necesario primado del Derecho sobre la fuerza. El fundamento último del ejercicio del derecho a la asistencia humanitaria reside en la dignidad inherente de la persona humana. Los seres humanos son los titulares de los derechos protegidos, y las situaciones de vulnerabilidad y padecimiento en que se encuentran, sobre todo en situaciones de pobreza, exploración económica, marginación social y conflicto armado, realzan las obligaciones *erga omnes* de la protección de los derechos que les son inherentes.

El reconocimiento de dichas obligaciones se enmarca en el actual proceso de humanización del derecho internacional. En efecto, a la construcción de una comunidad internacional más institucionalizada corresponde un nuevo *jus gentium*, centrado en las necesidades y aspiraciones del ser humano y no de las colectividades políticas o sociales a las cuales pertenece.(...)” (párrafos 5-8).

En fin, en los aún más recientes casos del *Pueblo Indígena Kankuamo* (Medidas de Protección del 05.07.2004), atinente a Colombia, y del *Pueblo Indígena de Sarayaku* (Medidas de Protección del 06.07.2004), referente al Ecuador, la Corte Interamericana requirió a ambos Estados que garantizaran el derecho de libre circulación de las personas de los dos pueblos indígenas. En mis Votos Concurrentes en ambos casos, destacué la relevancia tanto de las obligaciones *erga omnes* de protección bajo la Convención Americana con sus efectos también *vis-à-vis* terceros particulares (el *Drittwirkung*), así como de las convergencias, - en los planos normativo,

hermenéutico y operativo, - entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados<sup>431</sup>. Y volví a referirme al *derecho emergente a la asistencia humanitaria*, en los siguientes términos:

"En el seno del *Institut de Droit International*, he sostenido que, en el ejercicio del derecho emergente a la asistencia humanitaria, el énfasis debe incidir en las personas de los beneficiarios de la asistencia humanitaria, y no en el potencial de acción de los agentes materialmente capacitados a prestarla. El fundamento último del ejercicio de aquel derecho reside en la dignidad inherente de la persona humana; los seres humanos son efectivamente los *titulares* de los derechos protegidos, así como del propio derecho a la asistencia humanitaria, y las situaciones de vulnerabilidad y padecimiento en que se encuentran, - sobre todo en situaciones de pobreza, exploración económica, marginación social y conflicto armado, - realzan la necesidad de las obligaciones *erga omnes* de la protección de los derechos que les son inherentes.

Además, los titulares de los derechos protegidos son los más capacitados a identificar sus necesidades básicas de asistencia humanitaria, la cual constituye una respuesta, basada en el Derecho, a las nuevas necesidades de protección de la persona humana. En la medida en que la personalidad y la capacidad jurídicas internacionales de la persona humana se consoliden en definitivo, sin margen a dudas, el derecho a la asistencia humanitaria puede tornarse gradualmente justiciable<sup>432</sup>. A su vez, el fenómeno actual de la expansión de dichas personalidad y capacidad jurídicas internacionales responde, como se desprende del presente caso (...), a una necesidad apremiante de la comunidad internacional de nuestros días. En fin, el desarrollo doctrinal y jurisprudencial de las obligaciones *erga omnes* de protección de la persona humana, en toda y cualquier situación o circunstancia, ciertamente contribuirá a la formación de una verdadera *ordre public internacional* basada en el respeto y observancia de los derechos humanos, capaz de asegurar una mayor cohesión de la comunidad internacional organizada (la *civitas maxima gentium*), centrada en la persona como sujeto del derecho internacional"<sup>433</sup>.

431 Párrafos 8-9 de mi Voto en el caso del Pueblo Indígena Kankuamo, y párrafos 6-7 de mi Voto en el caso del Pueblo Indígena de Sarayaku.

432 Cf. A.A. Cançado Trindade, "Reply [- Assistance Humanitaire]", 70 *Annuaire de l'Institut de Droit International* - Session de Bruges (2002-2003) n. 1, pp. 536-540.

433 Párrafos 12-13 de mi Voto en el caso del Pueblo Indígena Kankuamo, y párrafos 10-11 de mi Voto en el caso del Pueblo Indígena de Sarayaku.

## IX. LAS CONVERGENCIAS ENTRE LAS TRES VERTIENTES DE PROTECCIÓN EN LA NUEVA CONCEPCIÓN DE LA SEGURIDAD HUMANA

A lo largo de la última década, las tres vertientes de protección de los derechos de la persona han marcado presencia, de forma convergente, en relación con el tema de la seguridad, y más propiamente de la seguridad humana. La cuestión ha sido planteada de forma expresa en el marco de la adopción de medidas de privación de libertad, ligadas a los llamados ataques armados "preventivos" en la lucha contra actos de terrorismo. Cada uno de estos aspectos amerita consideración especial.

### 1. Las tres vertientes de Protección en el concepto de la Seguridad Humana.

A lo largo de la última década, las convergencias entre las tres vertientes de protección de los derechos de la persona humana han marcado presencia también en la nueva construcción conceptual de la *seguridad humana*, considerando las crecientes amenazas de nuestros días (aumento de la marginación social, el crimen organizado, el narcotráfico, el comercio de armas, los ataques terroristas, entre otros). La vieja expresión "seguridad de los Estados", de triste memoria por contener toda una historia de represión y violación masiva de los Derechos Humanos en la experiencia reciente de muchos países latinoamericanos, es debidamente remplazada por la expresión "seguridad humana".

No hay que pasar desapercibido que, la propia Convención Interamericana contra el Terrorismo, adoptada en 2002 por la Asamblea General de la OEA en Barbados (en la cual tuve el honor de representar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos), si bien dispone sobre la denegación de asilo (artículo 13) y de la condición de refugiado (artículo 12) a personas respecto de las cuales haya "motivos fundados para considerar" que han cometido un acto terrorista, sin embargo determina que las medidas adoptadas por los Estados Partes en el marco de la mencionada Convención tienen que llevarse a cabo con "pleno respeto al estado de Derecho" y a "los derechos humanos y las libertades fundamentales" (ar-

título 15(1)). La misma disposición asegura a los detenidos "el goce de todos los derechos y garantías" (artículo 15(3)), y se refiere expresamente al amplio *corpus juris* conformado por "el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional de los Refugiados" (artículo 15(2))<sup>434</sup>.

Esta disposición, que da expresión concreta a las convergencias de las tres vertientes de protección de los derechos de la persona, fue insertada en la referida Convención, de forma dramática (como bien me acuerdo), en los últimos minutos de los debates al respecto, en la Asamblea General de la OEA en Bridgetown, Barbados, en 2002. Así, ni siquiera la llamada lucha contra el terrorismo podrá servir de pretexto para menoscabar los derechos inherentes a la persona.

Hay otros dos elementos que hay que señalar al respecto. Fue precisamente para dar un nuevo enfoque a la temática de la seguridad que las Naciones Unidas determinaron la creación, en el marco de la Cumbre del Milenio (2000), de su Comisión sobre Seguridad Humana, dirigida por la Ex-Alto-Comisionada de Naciones Unidas para los Refugiados (Sra. Sadako Ogata). Tuve la ocasión de transmitir mis reflexiones a esta Comisión, hace un par de años. La Comisión sobre Seguridad Humana, en su Informe de 2003<sup>435</sup>, reafirma la importancia del multilateralismo y rechaza categóricamente la acción unilateral para la solución pacífica de conflictos (págs. 12 y 49). Su enfoque se fundamenta en derechos y "estrategias humanitarias" (pág. 27), evitando, así, evidentemente, referirse al concepto de seguridad del Estado. Precisamente por esto, insiste en el nuevo concepto de "seguridad humana", refiriéndose expresamente a las tres vertientes del derecho internacional de los derechos humanos, del derecho internacional de los refugiados y del derecho internacional humanitario (pág. 49). Además, hace un llamado al necesario control de armamentos, para asegurar la "seguridad de las personas" (pág. 134).

Por último, otro documento internacional reciente, la Declaración sobre Seguridad en las Américas, adoptada en la Ciudad de México por la reciente Conferencia Especial sobre Seguridad, de la OEA, de octubre de 2003 (en la cual otra vez tuve el honor de representar la Corte Interamericana de Derechos Humanos), destacó el "carácter multidimensional" de la seguridad (preámbulo e ítem II(2)), invocó los principios de la Carta de Naciones Unidas y de la Carta de la OEA (ítem I(1)), enfatizó la "di-

434 Texto in: OEA, documento OEA/Ser/P/AC/doc.4100/02/rev.1, del 03.06.2002, pp. 1-11.

435 U.N. Commission on Human Security, *Human Security Now*, N.Y., U.N., 2003, pp. 2-152.

mención humana" del problema (item II(4)(e)), y afirmó su compromiso con el multilateralismo (item II(4)(z)). La adopción de esta Declaración, en estos términos (y con una u otra imprecisión), puede ser considerada como otro triunfo, tampoco fácil, de la diplomacia latinoamericana<sup>436</sup>.

## 2. Las tres vertientes de protección en relación con la privación de libertad.

Todas las veces en que se ha intentado disociar la normativa de Derecho Internacional de los Derechos Humanos de la del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Refugiados los resultados han sido desastrosos. Un ejemplo contemporáneo se encuentra en medidas de privación de libertad en el contexto de la llamada lucha contra el terrorismo. El 13 de noviembre de 2001 el Presidente de Estados Unidos emitió, como Comandante-Jefe de las Fuerzas Armadas de aquel país, una *Orden del Ejecutivo* (de naturaleza militar), titulado "*Detención, Tratamiento y Enjuiciamiento de Ciertos Extranjeros en la Guerra contra el Terrorismo*", en respuesta a la agresión terrorista del 11 de septiembre de 2001. El referido *Orden del Ejecutivo* abarca extranjeros que el Presidente de los Estados Unidos considere deban ser detenidos y procesados como responsables por actos de terrorismo<sup>437</sup>.

Es manifiesta e inaceptable la violación, en que incurre el *Orden del Ejecutivo*, de los principios básicos de la no-discriminación y de la igualdad de todos ante la ley. El terrorismo no es siquiera definido, dada la generalidad de los términos del documento, lo que complica con el principio de la legalidad. En lugar del principio de la presunción de la inocencia (consagrado en todos los sistemas jurídicos), la medida presidencial presume la culpabilidad. El llamado *Patriot Act* atenta igualmente contra los principios generales del derecho y lesiona las garantías fundamentales. El *Orden del Ejecutivo* del 13.11.2001 atribuye un poder discrecional ilimitado al Presidente de la República. Dispone que los acusados serán juzgados por comisiones militares especiales a ser creadas, - sean o no militares

---

436 Me acuerdo que, durante los debates de esta Conferencia de 2003 en México, la Asociación de Parlamentarios Latinoamericanos, por ejemplo, sostuvo que, en lugar de "guerra preventiva", se impone la diplomacia preventiva. Y las ONG's mexicanas destacaron la importancia del derecho internacional de los refugiados en el marco del multilateralismo reforzado. Cf. el texto de la Declaración in OEA, documento OEA/Ser/K/XXXVIII/CES/CG/doc.1/03, de 28.10.2003, pp. 1-14.

437 Para intentar justificarla, el Procurador General norteamericano declaró (en 26.11.2001) que terroristas extranjeros "no ameritan la protección de la Constitución" de su país.

los detenidos, - excluidos los tribunales ordinarios, en flagrante lesión al derecho al juez natural.

Olvidado de las conquistas norteamericanas en pro de los *civil rights*, el *Orden del Ejecutivo* nada dispone sobre el derecho de los acusados de comunicarse libremente con sus abogados (derecho de defensa), ni sobre la protección contra confesiones forzadas, ni tampoco sobre la publicidad de los juicios (por consiguiente, secretos). Y excluye expresamente la aplicación de principios generales del derecho en materia probatoria, así como cualquier recurso ante tribunales norteamericanos o internacionales: solamente el Presidente de los Estados Unidos, o el Secretario de Defensa, pueden revisar las decisiones de las comisiones militares, que pueden inclusive imponer la pena de muerte. Estas disposiciones se chocan con el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas (que vincula los Estados Unidos).

Las comisiones militares a que alude el *Orden del Ejecutivo* no integran el Poder Judicial independiente, pero sí el Ejecutivo. Su Jefe atribuye así responsabilidad a las Fuerzas Armadas de "administrar justicia" en casos de terrorismo, a la par de su función de combatir y destruir el terrorismo; pero no se puede ser concomitantemente parte beligerante y "juez" en una situación de conflicto armado internacional, como pretende el referido orden presidencial. Al firmarla, el Presidente norteamericano adoptó exactamente las mismas medidas condenadas por los Estados Unidos cuando otros países en el pasado reciente pretendieran aplicarlas, o efectivamente las aplicaron<sup>438</sup>.

A ningún Estado es permitido considerarse por encima del Derecho; no se puede combatir el terrorismo con la represión indiscriminada, al margen del Derecho. No se puede luchar contra el terrorismo con sus propias armas. El necesario combate a actos de terrorismo es hoy día reglado por doce convenciones internacionales (adoptadas entre 1970 y 2000), que cabe aplicar. De igual modo, para poner fin a arsenales de armas de destrucción en masa, hay mecanismos multilaterales de control y prohibición, creados por convenciones internacionales, que hay igualmente que aplicar y fortalecer, todo dentro del Derecho. Solamente con el primado del Derecho sobre la fuerza, las víctimas inocentes de los atentados del 11.09.2001, y otras tantas de quienes no se tiene noticia, serán verdaderamente reivindicadas.

El 12 de marzo de 2002 la Comisión Interamericana de Derechos Hu-

---

438 ¿Cómo podrán en adelante los Estados Unidos reclamar la observancia del debido proceso legal en otros países, cuando la niegan en su propio sistema penal? Hay una vasta jurisprudencia internacional condenatoria de medidas de excepción (como el fuero militar especial).

manos ordenó medidas cautelares con miras a la determinación, por los Estados Unidos, del estatuto jurídico de los detenidos en Guantánamo. Los Estados Unidos prontamente cuestionaron la competencia de la Comisión para adoptar dichas medidas, y, en escrito subsiguiente, del 15 de julio de 2002, argumentaron que los derechos de los conflictos armados y los derechos humanos eran distintos *corpus* normativos, siendo el primero *lex specialis*, y no se aplicando el segundo; además, se refirió el documento a la figura de los "combatientes ilegales", con fines restrictivos<sup>439</sup>.

Al contrario de lo argumentado por los Estados Unidos, el Derecho Internacional Humanitario determina que toda persona capturada en conflictos armados internacionales recae en el ámbito de su normativa. Si se trata de combatientes, recaen bajo la III Convención de Ginebra de 1949, si se trata de civiles, no-combatientes, recaen bajo la IV Convención de Ginebra de 1949. La expresión "combatientes ilegales" no se encuentra utilizada en las Convenciones de Ginebra, y es utilizada por los Estados Unidos para evitar la definición del estatuto jurídico de determinados detenidos, ignorando así las Convenciones de Ginebra. La III Convención determina (artículo 5) que, en caso de duda, tal estatuto jurídico debe ser definido por un tribunal competente e independiente.

Los Estados Unidos no pueden clasificar como bien entienden los detenidos, unilateralmente, según sus propios criterios, ignorando el derecho universalmente aplicable, que es una verdadera conquista de la civilización. No se puede ignorar las garantías del I Protocolo (de 1977) a las Convenciones de Ginebra, que son de derecho internacional consuetudinario, y se extienden a todas las personas capturadas. No hay aquí un vacío o limbo jurídico<sup>440</sup>; lo que está ocurriendo en las prisiones de Guantánamo y Abu Ghraib es una violación del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. A ningún Estado es permitido "escojer" a quien aplicar las Convenciones de Ginebra y substraer su aplicación a los demás.

Además, también en circunstancias como las presentes se aplican, concomitantemente, el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y el Derecho Internacional de los Refugiados. En lo que concierne a las normas aplicables del Derecho

---

439 Cf. U.S., *Additional Response of the United States to Request for Precautionary Measures of the Inter-American Commission on Human Rights - Detainees in Guantanamo Bay, Cuba*, of 15.07.2002, pp. 1-35.

440 Comobien ha aclarado en su jurisprudencia el Tribunal Penal Internacional *Ad Hoc* para la ex-Yugoslavia, en el caso *Celebici* (1998, párr. 271).

Internacional de los Derechos Humanos, las más pertinentes son las de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, y las del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (que vincula los Estados Unidos). Es enteramente infundado el argumento de los Estados Unidos de que, siendo el Derecho Internacional Humanitario *lex specialis* (de la manera como lo entienden), su aplicación (según sus propios criterios) excluiría la de la normativa internacional de los derechos humanos.

Las normativas del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de Derechos Humanos se aplican simultánea y concomitantemente, y la práctica internacional en las últimas décadas está llena de ejemplos en ese sentido. Varias entidades humanitarias han protestado contra la argumentación desagregadora avanzada por los Estados Unidos, y contra los abusos que propicia<sup>441</sup>. Basta recordar las recientes noticias de casos comprobados de práctica de tortura cometida en las prisiones de Abu Ghraib y Guantánamo, y las protestas que han generado en todo el mundo. Son enteramente infundados los argumentos invocados para intentar crear un limbo jurídico en que puedan prevalecer ciertas prácticas que se encuentran hace mucho condenadas, en términos perentorios, por la conciencia universal. No hay vacío o limbo jurídico. Lo que ha habido es una violación sistemática de preceptos básicos del derecho internacional.

Es verdaderamente aterrador el intento de relativizar la prohibición de la tortura en la llamada "guerra contra el terrorismo". La tortura está rigurosamente prohibida por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en términos absolutos y en cualesquiera circunstancias. Se ha conformado un verdadero régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de todas las formas de tortura, tanto física como psicológica<sup>442</sup>. Esta prohibición cuenta hoy día con reconocimiento judicial, en la jurisprudencia protectora de las Cortes Interamericana y Europea de Derechos Humanos y del Tribunal Penal Internacional *Ad hoc* para la Ex-Yugoslavia<sup>443</sup>. La prohibición absoluta de la tortura, en toda y cualquier circunstancia, recae actualmente en el dominio del *ius cogens* inter-

---

441 Cf., v.g., Amnesty International, *Memorandum to the United States Government on the Rights of People in U.S. Custody in Afghanistan and Guantánamo Bay*, of April 2002, pp. 1-59; Human Rights Watch, *Background Paper on Geneva Conventions and Persons Held by U.S. Forces*, of 29.01.2002, pp. 1-6; International Committee of the Red Cross, *International Humanitarian Law and the Challenges of Contemporary Armed Conflicts - Report* (28th International Conference of the Red Cross and Red Crescent, 02-06.12.2003), Geneva, ICRC, 2003, pp. 3-70.

442 A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 345-352.

443 A.A. Cançado Trindade, "A Proibição Absoluta da Tortura", in *Correio Braziliense - Suplemento 'Direito e Justiça'*, Brasília, 23.08.2004, p. 1.

nacional. Hay que reafirmar con firmeza, cuantas veces sea necesario, el primado del Derecho sobre la fuerza bruta, como una conquista definitiva de la civilización.

### 3. La falacia de los ataques armados "preventivos".

Los graves abusos y violaciones del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos que hoy testimoniamos se han originado de actos ilícitos internacionales, en el marco de acciones armadas dichas "preventivas", y la llamada "legítima defensa preventiva", que no tienen fundamento alguno en el derecho internacional<sup>444</sup>. Para intentar justificar el uso indiscriminado de la fuerza en el plano internacional se ha invocado la llamada "legítima defensa preventiva". No se puede consentir pasivamente en esta desconstrucción del derecho internacional por los detenedores del poder económico y militar, que lamentablemente ya se encuentra en curso hace media-década, y mediante la cual se intenta "relativizar" uno de los principios básicos de la Carta de las Naciones Unidas, consagrado en su artículo 2(4), el de la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza. Las llamadas "doctrinas" de la "autorización implícita", por el Consejo de Seguridad de Naciones Unidas, del uso de la fuerza, invocada para intentar "justificar" el bombardeo de Irak en 1998, y de la "autorización *ex post facto*", por el mismo Consejo de Seguridad, del uso de la fuerza, invocada para intentar "explicar" el bombardeo del Kosovo en 1999, no encuentran respaldo en el derecho internacional.

Los principios de la prohibición de la amenaza o uso de la fuerza en las relaciones interestatales y de la solución pacífica de las controversias internacionales son los alicerces del sistema de seguridad colectiva de la Carta de las Naciones Unidas, que permanece esencial para la paz mundial<sup>445</sup>. Estos principios advierten que cualquier excepción a la operación regular de tal sistema debe ser restrictivamente interpretada<sup>446</sup>. La doctrina jurídica más lúcida y todos los comentarios más autorizados de Carta

---

444 Ian Brownlie, "International Law and the Use of Force by States' Revisited", 21 *Australian Year Book of International Law* (2000-2001) pp. 21-37; J.A. Pastor Ridruejo, "Ha Sido Legal el Uso de la Fuerza en Afganistán?", in *Los Retos Humanitarios del Siglo XXI* (ed. C. Ramón Chornet), Valencia, PUV/Universidad de Valencia, 2004, pp. 95-109; O. Corten, *Le retour des guerres préventives: le droit international menacé*, Bruxelles, Éd. Labor, 2003, pp. 5-95.

445 A.A. Cançado Trindade, "Foundations of International Law: The Role and Importance of Its Basic Principles", in *XXX Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* - OEA (2003) pp. 359-415.

446 L.-A. Sicilianos, "L'autorization par le Conseil de Sécurité de recourir à la force: une tentative d'évaluation", 106 *Revue générale de Droit international public* (2002) pp. 5-50, esp. pp. 47-48; B. Conforti, "Puissance et justice", in *Ouvertures en Droit international - Hommage à René-Jean Dupuy*, Paris, SFDI/Pédone, 2000, pp. 105-109, esp. p. 109.

de las Naciones Unidas señalan que la letra y el espíritu de su artículo 51 (sobre la legítima defensa) se oponen a la pretensión de la llamada "legítima defensa preventiva", y la desautorizan en definitivo<sup>447</sup>. Su propio histórico legislativo indica claramente que el artículo 51 se subordina al principio fundamental de la prohibición general de la amenaza o uso de la fuerza (artículo 2(4) de la Carta), además de sujetarse al control del Consejo de Seguridad<sup>448</sup>.

Los intentos frustrados e inconvincentes de ampliar su alcance, para abarcar una pretenciosa e insostenible "legítima defensa preventiva", jamás lograron dar una respuesta a la objeción en el sentido de que admitirla sería abrir las puertas a las represalias, al uso generalizado de la fuerza, a la agresión, en medio a la más completa imprecisión conceptual<sup>449</sup>. Además, en nuestros días, con la alarmante proliferación de armas de destrucción en masa, el principio de no-amenaza y del no-uso de la fuerza se impone con aún más vigor, revelando un carácter verdaderamente imperativo<sup>450</sup>.

En el caso de la invasión de Irak del 2003, la violación flagrante de la Carta de Naciones Unidas y del derecho internacional por las potencias invasoras conllevó a violaciones del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Refugiados<sup>451</sup>. Para intentar "justificar" su acción armada, al margen de la Carta de las Naciones Unidas, las potencias invasoras inicialmente, intentaron extraer una "autorización implícita" de la

---

447 Cf., v.g., B. Simma (ed.), *The Charter of the United Nations - A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 1994, pp. 675-676; A. Cassese, "Article 51", in *La Charte des Nations Unies - Commentaire article par article* (eds. J.-P. Cot y A. Pellet), Paris/Bruelles, Economica/Bruylant, 1985, pp. 770, 772-773, 777-778 y 788-789; I. Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, Oxford, Clarendon Press, 1981 [reprint], pp. 275-278; J. Zourek, *L'interdiction de l'emploi de la force en Droit international*, Leiden/Genève, Sijthoff/Inst. H. Dunant, 1974, p. 106, y cf. pp. 96-107; H. Kelsen, *Collective Security under International Law* (1954), Union/New Jersey, Lawbook Exchange Ltd, 2001 [reprint], pp. 60-61; Chr. Gray, *International Law and the Use of Force*, Oxford, Oxford University Press, 2000, pp. 112-115 y 192-193.

448 Cf. H. Kelsen, *The Law of the United Nations*, London, Stevens, 1951, p. 792.

449 J. Delivanis, *La légitime défense en Droit international public moderne*, Paris, LGDJ, 1971, pp. 50-53, y cf. pp. 42, 56 y 73; y cf. L.D. San Martino, *Legítima Defensa Internacional*, Buenos Aires, Fundación Centro de Estudios Políticos y Administrativos, 1998, pp. 20-21, 30-31, 40-42 y 48-49.

450 A.A. Cançado Trindade, "El Primado del Derecho sobre la Fuerza como Imperativo del *Jus Cogens*", in *Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional* (eds. A.A. Cançado Trindade y F. Vidal Ramírez), vol. II, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, pp. 51-66; R.St.J. Macdonald, "Reflections on the Charter of the United Nations", in *Des Menschen Recht zwischen Freiheit und Verantwortung - Festschrift für Karl Josef Partsch*, Berlin, Duncker & Humblot, 1989, p. 45; R. Macdonald, "The Charter of the United Nations in Constitutional Perspective", 20 *Australian Year Book of International Law* (1999) p. 215.

451 Cf., v.g., *inter alia*, E. Metcalfe, "Inequality of Arms: The Right to a Fair Trial in Guantanamo Bay", 6 *European Human Rights Law Review* (2003) pp. 573-584; C. Moore, "The United States, International Humanitarian Law and the Prisoners at Guantánamo Bay", 7 *International Journal of Human Rights* (2003) pp. 1-27; J.-C. Paye, "Lutte antiterroriste: la fin de l'état de Droit", 15 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2004) n. 57, pp. 61-75.

resolución 1441 del Consejo de Seguridad, de noviembre de 2002, lo que se mostró inocuo<sup>452</sup>, además de infundado.

Los Estados Unidos y el Reino Unido sabían que tendrían que obtener una autorización expresa del Consejo de Seguridad, tanto que circularon (en la época juntamente con España) un proyecto de resolución con este fin, el 24.02.2003, que luego lo retiraron y no lo sometieron al Consejo de Seguridad, anticipándose al anunciado veto de Francia y Rusia, y frente a la oposición de Alemania y tantos otros. En el momento en que la gran mayoría de los Estados miembros de Naciones Unidas se mantenía favorable a la continuación de las misiones de inspecciones de armas en Irak, los Estados Unidos y el Reino Unido, con su así llamada "coalición", optaron por la invasión de este último sin la autorización del Consejo de Seguridad<sup>453</sup>.

En seguida, intentaron vincular la citada resolución 1441 a las anteriores resoluciones 678 (de 1990) y 687 (de 1991), del Consejo de Seguridad, adoptadas en contexto distinto hace más de una década, pero que tampoco autorizaban el uso de la fuerza armada contra Irak. Éste fue un argumento central de los Estados Unidos y del Reino Unido, que se mostró igualmente infundado. A partir de entonces, se invocó la "acción armada preventiva", la "guerra preventiva", la "legítima defensa preventiva", para intentar encubrir una flagrante violación de la Carta de Naciones Unidas y del Derecho Internacional<sup>454</sup>. En más de una ocasión los numerosos países no-alineados se opusieron a la amenaza de agresión armada contra Irak<sup>455</sup>, la cual fue condenada por la mayoría de los países miembros de Naciones Unidas<sup>456</sup>, que favorecía la continuación de las inspecciones de armas en Irak en el marco de las decisiones de Naciones Unidas.

Un crimen grave como el terrorismo no determina la calificación jurídica de un "acto de guerra", que está prohibido por el derecho internacional. No se puede confundir el *jus in bello* con el *jus ad bellum*, como está ocurriendo; trátase de un preocupante retroceso, dado que el *jus ad*

---

452 Dado el tenor vago y genérico de su párrafo operativo 13.

453 F. Nguyen-Rouault, "L'intervention armée en Irak et son occupation au regard du Droit international", 108 *Revue générale de Droit international public* (2003) pp. 835-864; O. Corten, "Opération 'Iraqi Freedom': peut-on admettre l'argument de l'autorisation implicite' du Conseil de Sécurité?", 36 *Revue belge de Droit international* (2003) pp. 205-243.

454 Tampoco fue posible calificar la invasión de Irak de "contramedida", por cuanto el artículo 50 de los artículos sobre responsabilidad de los Estados de la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas de 2001 excluye el recurso a la fuerza armada y prohíbe, así, las represalias armadas.

455 Comunicados de 18.09.2002, de 16.10.2002, de 25.02.2003, de 24.03.2003.

456 F. Nguyen-Rouault, "L'intervention armée en Irak...", *op. cit. supra* n. (153), pp. 835-864; O. Corten, "Opération 'Iraqi Freedom'...", *op. cit. supra* n. (153), pp. 205-243.

*bellum* está prohibido por el derecho internacional contemporáneo<sup>457</sup>. No se puede consentir en la destrucción del sistema de seguridad colectiva de la Carta de Naciones Unidas, adoptada, como señala su preámbulo, para preservar las generaciones venideras del flagelo de la guerra y de sufrimientos indecibles a la humanidad. La violación de principios básicos de la Carta de Naciones Unidas no genera una "nueva práctica", sino más bien compromete la responsabilidad internacional de los responsables por su violación.

Actos ilícitos, en flagrante violación del derecho internacional, no generan efectos jurídicos en el sentido de crear una "nueva práctica". *Ex injuria jus non oritur*. Una o más violaciones de determinadas normas del derecho internacional no significan que dichas normas no más existen, sino que han sido violadas. Tanto el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como el Derecho Internacional Humanitario, como el Derecho Internacional de los Refugiados, han conocido violaciones, y muchas, y ni por eso han dejado de existir. Al contrario, los violadores de sus normas han intentado negar los hechos, o su responsabilidad, o encontrar "justificaciones", o proponer nuevas "teorías", - y las tres vertientes de protección han salido fortalecidas, contando, además, con la observancia por parte de la gran mayoría de los Estados, y de los demás sujetos del derecho internacional<sup>458</sup>.

Nada en la Carta de Naciones Unidas transfiere a uno o más de sus Estados miembros el poder de decidir unilateralmente que los medios pacíficos de solución de controversias internacionales están "agotados", y nada en la Carta de las Naciones Unidas autoriza a uno o más de sus miembros decidir *motu proprio* y de acuerdo con sus criterios (o falta de los mismos) y estrategias acerca del uso de la fuerza armada. El infundado artificio de la "legítima defensa preventiva" fue repudiado, de modo categórico, por el XXII Congreso do Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (IHLADI, en septiembre de 2002). En su resolución entonces adoptada, que tuvo el honor de copatrocinar, en la compañía de jusinternacionalistas de 15 otros países, y que fue aprobada por amplia mayoría, en 13.09.2001, el IHLADI, en la parte preambular de la referida resolución, expresó su preocupación por la "acentuada tendencia

---

457 C. Abi-Saab, "Les Protocoles Additionnels, 24 ans après", in *Les nouvelles frontières du Droit international humanitaire* (ed. J.-F. Flauss), Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 17-39, esp. pp. 34-36; Y. Sandoz, "L'application du Droit international humanitaire aux actions terroristes", in *ibid.*, pp. 54-55 and 71-72; L. Condorelli, in *ibid.*, pp. 181-188.

458 [Varios Autores,] *La pratique et le Droit international* (Colloque de Genève de la SFDI, 2003), Paris, SFDI/Pédone, 2004, pp. 116 y 300-301.

de ciertos Estados que anteponen intereses particulares a los superiores de la comunidad internacional", y por "hechos que, como el terrorismo, gravísima violación de los derechos humanos, la afectan en su conjunto". Manifestó su preocupación también por "conductas unilaterales que debilitan instituciones ya consolidadas en el Derecho Internacional y que son garantía de la paz y de la seguridad"<sup>459</sup>.

En la parte operativa, la referida declaración advirtió que la Carta de Naciones Unidas, el derecho internacional consuetudinario y los principios generales del derecho "constituyen el ámbito jurídico al cual debe ajustarse necesariamente el ejercicio del derecho de legítima defensa", que debe, además, observar plenamente, en cualesquiera circunstancias, las normas y los principios del Derecho Internacional Humanitario. La declaración del IHLADI expresó, enseguida, su "categórico rechazo a la denominada legítima defensa preventiva como medio para combatir el terrorismo internacional" (párr. 3). Y manifestó, en fin, su igual y "firme repudio" al terrorismo internacional, a ser "severamente sancionado", en el "ámbito del Derecho", por "todos los Estados de la comunidad internacional" (párr. 4)<sup>460</sup>.

Otras manifestaciones han ocurrido. En resolución adoptada en su Sesión de Bruges (Bélgica) en 2003, el *Institut de Droit International* aprobó por amplia mayoría (y con mi voto favorable) una declaración en que condenó la guerra de agresión, conclamó al respeto del Derecho Internacional Humanitario, y recordó que la ocupación beligerante no implica cesión o transferencia de soberanía, y la potencia ocupante no puede disponer como bien entiende de los recursos naturales - que no le pertenecen - del país ocupado. Tal potencia tiene, además, el deber de satisfacer las necesidades básicas de la población local, y la responsabilidad por la manutención del orden y la garantía de la seguridad de los habitantes del país<sup>461</sup>. Las resoluciones pertinentes de las Naciones Unidas han tratado la ocupación como una cuestión de hecho, sin legitimarla, y han advertido para la necesidad, durante la ocupación y siempre, del respeto de los derechos humanos y de la aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario<sup>462</sup>.

---

459 Texto in: 16 *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americano del Derecho Internacional* (2003) pp. 657-658.

460 *In ibid.*, p. 658.

461 I.D.I., *Bruges Declaration on the Use of Force*, del 02.09.2003, pp. 1-3 (circulación interna, a ser publicada próximamente en el *Annuaire* del I.D.I. de la Sesión de Bruges).

462 J. Cardona Lloréns, "Libération ou occupation? Les droits et devoirs de l'État vainqueur", in *L'intervention en Irak et le Droit international* (eds. K. Bannelier, O. Corten, Th. Christakis y P. Klein), Paris, Pédone/CEDIN, 2004, pp. 221-250.

Otra importante iniciativa ha sido el manifiesto firmado por 300 profesores de Derecho Internacional de varios países, del 15.01.2003, divulgado por la Universidad Libre de Bruselas, que repudió la "legítima defensa preventiva" como contraria al derecho internacional, condenó la guerra de agresión como un crimen contra la paz, y reafirmó la responsabilidad principal del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas por la manutención de la paz y seguridad internacional<sup>463</sup>. En suma, no hay, bajo la Carta de Naciones Unidas, justificativa alguna para la llamada acción armada preventiva o la "legítima defensa anticipatoria", que se muestra en flagrante violación del derecho internacional. En sus discursos de 2003 y 2004 ante la Asamblea General de Naciones Unidas, el Secretario General de la Organización (Sr. Kofi Annan) advirtió que la nueva argumentación de las potencias invasoras de Irak desafía los principios básicos que han asegurado la paz y seguridad internacionales en las seis últimas décadas<sup>464</sup>.

No es sorprendente que la aplastante mayoría de los Estados rechace la llamada "legítima defensa preventiva" y el unilateralismo armado, como manifestamente contrarios al derecho internacional. Precisamente porque el mundo en que vivimos es mucho más peligroso, hay que rechazar con mayor vigor estas violaciones del derecho internacional. Cualquier acción preventiva se basa en una apreciación enteramente subjetiva de la supuesta amenaza. Si, distintamente, un Estado es víctima de un ataque armado, se aplica el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas, y el derecho clásico de legítima defensa se rige por los principios de la buena fe, la necesidad y la proporcionalidad. Si no ocurrió el ataque armado, como determinar si la acción armada "preventiva", - en respuesta a una supuesta amenaza, apreciada subjetivamente, - observa los principios de la necesidad y proporcionalidad.

Como bien ha observado Th. Christakis, la "doctrina" de la "legítima defensa preventiva" conduce, así, a un absurdo jurídico: si un Estado es víctima de una agresión armada, su derecho de legítima defensa es limitado, pero si no lo es, su legítima defensa anticipatoria o preventiva sería ilimitada! No sorprende la total ausencia de resoluciones de Naciones

463 Cf. "Appel de juristes de Droit international concernant le recours à la force contre l'Irak", 36 *Revue belge de Droit international* (2003) pp. 266-274.

464 L. Condorelli, "Vers une reconnaissance d'un droit d'ingérence à l'encontre des 'États voyous'", in *L'intervention en Irak et le Droit international* (eds. K. Bannelier, O. Corten, Th. Christakis y P. Klein), Paris, Pédone/CEDIN, 2004, pp. 47-57, esp. pp. 51-52 y 55-56.

Unidas avalando dichas acciones "preventivas o anticipatorias", las cuales, además de lógicamente absurdas, son manifiestamente ilegales<sup>465</sup>.

Frente al recrudescimiento del uso de la fuerza en nuestros días, todo verdadero jusinternacionalista tiene el deber ineludible de rescatar y reafirmar los principios, fundamentos e instituciones del Derecho Internacional, en que se encuentran los elementos para detener y combatir la violencia, los actos terroristas y el uso arbitrario del poder. Muchos analistas, en lugar de concentrarse en tales principios, fundamentos e instituciones, lamentablemente prefieren teorizar sobre lo que hay de más retrógrado en el ordenamiento internacional, o sea, la práctica de represalias y el uso de la fuerza en general. Ataques armados "preventivos" y "contramedidas" indefinidas no encuentran respaldo alguno en el Derecho Internacional. Al contrario, lo violan abiertamente<sup>466</sup>.

Son "doctrinas" falsas que muestran el camino de vuelta a la barbarie, además de multiplicar sus víctimas silenciosas e inocentes, en medio de violaciones sistemáticas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario, y del Derecho Internacional de los Refugiados. Lo que es preventivo es el Derecho, es la diplomacia, y no la guerra. La peligrosa escalada de violencia en este inicio del siglo XXI sólo podrá ser contenida mediante el fiel apego al Derecho. Es en los momentos difíciles de crisis como el actual, de consecuencias mundiales imprevisibles, que hay que preservar los principios y valores fundamentales en los cuales se basan las sociedades democráticas.

En conferencia magna que he recientemente proferido en el Instituto Diplomático Rio Branco en Brasilia, el 28 de octubre de 2004, copatrocinada por dicho Instituto y por el Comité Internacional de la Cruz Roja, me permití sostener mis argumentos en respaldo de diez puntos, que resumo a continuación. Primero, las convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario (en los planos normativo, hermenéutico y operativo) se han intensificado en la última década, y toda vez que se ha intentado disociar un dominio de protección del otro (como han pretendido los Estados Unidos para "justificar" los abusos en Guantánamo, *supra*) los resultados son desastrosos. Segundo, no se

465 Th. Christakis, "Vers une reconnaissance de la notion de guerre préventive?", in *L'intervention en Irak et le Droit international* (eds. K. Bannelier, O. Corten, Th. Christakis et P. Klein), Paris, Pédone/CEDIN, 2004, pp. 9-45, esp. pp. 20-23.

466 A.A. Caçado Trindade, "O Direito e os Limites da Força", in *12 Fonte - Procuradoria Geral do Estado do Ceará - Fortaleza/Brasil* (agosto/octubre de 2002), n. 51, p. 2.

confunden el *jus in bello* con el *jus ad bellum*, siendo este último condenado perentoriamente por el derecho internacional contemporáneo.

Tercero, no hay alternativa al multilateralismo; el unilateralismo atenta contra los principios básicos del derecho internacional público, y hoy se impone el fortalecimiento del sistema de Naciones Unidas. Cuarto, la "legítima defensa preventiva" o "guerra preventiva" es jurídicamente infundada, lógicamente absurda y manifiestamente ilegal. Quinto, las normas del Derecho Internacional Humanitario se aplican necesariamente a todos los capturados en conflictos armados, no habiendo vacío o limbo jurídico alguno, y no habiendo razón alguna para "revisión" del Derecho Internacional Humanitario, que es un derecho universal. Sexto, el uso de la fuerza armada en violación de la Carta de Naciones Unidas no genera una "nueva práctica", sino más bien la responsabilidad internacional del Estado en cuestión por la agresión. Séptimo, el necesario combate al terrorismo debe darse dentro del ámbito del Derecho (habiendo 12 Convenciones internacionales sobre la materia), y con pleno respeto de las normativas del Derecho Internacional Humanitario, del Derecho Internacional de los Refugiados, y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Octavo, la ocupación territorial no implica cesión o transferencia de soberanía, y la potencia ocupante tiene el deber de cumplir las normativas de las tres vertientes de protección internacional de los derechos de la persona. Novena, la potencia ocupante no puede apropiarse de los recursos naturales del país ocupado, que no le pertenecen. Y décimo, en toda y cualquier circunstancia, se impone el primado del Derecho sobre la fuerza, como conquista definitiva de la civilización.

## X. EL CARÁCTER DE *JUS COGENS* DEL PRINCIPIO DEL *NON-REFOULEMENT*.

El próximo punto a considerar en el presente estudio concierne al principio del *non-refoulement*. Las primeras referencias al *non-refoulement* surgieron en la práctica internacional en el período del entre-guerras, sobre todo a partir de mediados de los años 30<sup>467</sup>; pero fue en el período posterior a la II guerra mundial que el *non-refoulement* se configuró como un principio básico del Derecho Internacional de los Refugiados, consagrado en el artículo 33 de la Convención Relativa al Estatuto de los Refugiados de 1951, y, años después, también en el artículo II(3) de la Convención de la OUA que regula los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África de 1969<sup>468</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 (artículo 3), la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (artículo 22(8)), y, más recientemente, y de manera categórica, en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura de 1984 (artículo 3)<sup>469</sup>. Así, apesar de su desarrollo histórico relativamente reciente, puédesse decir que ya en los años siguientes al fin de la guerra del Vietnam (fines de los años setenta e inicio de los ochenta) el *non-refoulement* pasaba a ser considerado como un principio del propio derecho internacional consuetudinario<sup>470</sup> más allá de

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

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

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

470 Recientemente, esta tesis fue reiterada por el Instituto Internacional de Derecho Humanitaria, de San Remo. Con ocasión del cincuentenario de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, el referido Instituto adoptó la *Declaración de San Remo sobre el Principio del Non-Refoulement* (de septiembre de 2001), según la cual aquel principio, consagrado en el artículo 33 de la citada Convención, forma "parte integrante del derecho internacional consuetudinario". En su *Nota Explicativa* sobre el mismo principio, afirmó el Instituto de San Remo: - "The principle of non-refoulement of refugees can be regarded as embodied in customary international law on the basis of the general practice of States supported by a strong *opinio juris*. The telling point is that, in the last half-century, no State has expelled or returned a refugee to the frontiers of a country where his life or freedom would be in danger - on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion - using the argument that *refoulement* is permissible under contemporary international law. Whenever *refoulement* occurred, it did so on the grounds that the person concerned was not a refugee (as the term is properly defined) or that a legitimate exception applied. As the International Court of Justice pointed out in a different context, in the 1986 *Nicaragua* Judgment, the application of a particular rule in the practice of States need not be perfect for customary international law

la aplicación de los tratados de derecho de los refugiados y de derechos humanos.

El paso siguiente 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>471</sup>. Esta caracterización ha encontrado respaldo también en la doctrina contemporánea al respecto<sup>472</sup>, - la cual necesita, sin embargo, un mayor desarrollo conceptual al respecto (cf. *infra*). Nunca es demasiado reiterar la importancia capital del principio del *non-refoulement*, verdadera piedra angular de toda la protección internacional de los refugiados. El principio del *non-refoulement* ha sido correctamente caracterizado como la "columna vertebral" del sistema jurídico protector de los refugiados, no admitiendo disposición en contrario, e integrando así el dominio del *jus cogens*<sup>473</sup>.

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>474</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. Y, en relación con lo dispuesto en el artículo 22(8) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en mi Voto Concurrente en el supracitado caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en República Dominicana* (2000) ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sostuve que el principio fundamental del *non-refoulement* había ingresado en el derecho internacio-

---

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, IIHL, 2001, pp. 1-2.

471 Conclusión quinta.

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

473 Jaime Ruiz de Santiago, "El Derecho Internacional de los Refugiados en su Relación con los Derechos Humanos y en su Evolución Histórica", in *Derecho Internacional de los Refugiados* (ed. J. Irigoin), Santiago de Chile, Universidad de Chile, 1993, p. 67. Y para la caracterización del principio del *non-refoulement* como "garantía básica" del asilo, cf. Leonardo Franco, "El Derecho Internacional de los Refugiados y su Aplicación en América Latina", *Anuario Jurídico Interamericano - OEA* (1982) pp. 178-179.

474 Conclusión decimosexta, letra (a).

nal consuetudinario e inclusive en el dominio del *jus cogens* (párr. 7 n. 5).

Así, se debe tener precaución en relación con ciertos neologismos en boga, que pueden, cuando mal utilizados, sugerir una indebida relativización del principio de la no-devolución. Ya en 1980, por ejemplo, en su resolución n. 19(XXXI) sobre el llamado "refugio provisional", el Comité Ejecutivo del ACNUR consideró necesario advertir que se debería observar "escrupulosamente" el principio de no-devolución "en todas las situaciones de gran afluencia de refugiados" (item (a)). Más recientemente, en su resolución n. 82(XLVIII) de 1997, el Comité Ejecutivo del ACNUR volvió a subrayar la importancia fundamental del *non-refoulement*, inclusive a la luz de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura de 1984 (item (d)(i)). Sería lamentable que el uso corriente, en nuestros días, de expresiones como "protección temporaria", vinieran a rebajar los estándares de protección consolidados a lo largo de años de lucha en pro de los derechos de los refugiados y desplazados. La nueva expresión "desplazados internos en tránsito", a veces utilizada en nuestro continente, además de peligrosa, es de difícil comprensión.

Y la expresión "refugiados en órbita", un tanto surrealista; apesar de parecer relativizar el propio concepto clásico de "refugiado", ha sido, sin embargo, incorporada al vocabulario de la bibliografía especializada contemporánea sobre la materia, sin mayor espíritu crítico. Si uno está "en órbita", es decir, es expulsado o enviado de un país a otro, difícilmente se caracterizaría como refugiado *stricto sensu*; aunque se pretenda más bien ampliar la protección de los refugiados al mayor número de personas en situaciones congéneres de vulnerabilidad - lo que me parece acertado, - se debería evitar el uso de palabras o expresiones inadecuadas, quizás vacías. Con razón señaló la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos, sobre el problema de los llamados "refugiados en órbita", que en determinadas circunstancias la "expulsión repetida de un extranjero" puede plantear un problema bajo el artículo 3 de la Convención Europea, que prohíbe el trato inhumano o degradante<sup>475</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>476</sup>.

475 Application n. 8100/77, *X versus República Federal de Alemania* (no publicado), cit. in: N. Mole, *Problems Raised by Certain Aspects of the Present Situation of Refugees...*, op. cit. *infra* n. (180), p. 26; e in: N. Mole, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe/Directorate of Human Rights, doc. H/INF(2000)/8 prov., de mayo de 2000, p. 28.

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

Neologismos nefastos han surgido también en el dominio del Derecho Internacional Humanitario, con un nítido propósito de desconstrucción: "legítima defensa preventiva", "guerra preventiva", "intervención humanitaria" (en lugar de derecho a la asistencia humanitaria), "combatientes ilegales", entre otros. Como ya he señalado, son infundados y vacíos de sentido, y su uso debe ser definitivamente evitado (cf. *supra*). Es lamentable como expresiones sin el menor sentido pasan a ser utilizadas en el dominio de la protección internacional de los derechos de la persona, inclusive por "operadores del derecho", sin el menor espíritu crítico y sin la menor reflexión. Se impone un mínimo de rigor terminológico, inclusive para preservar las conquistas de generaciones anteriores en pro de los derechos de la persona. A mi juicio, en el presente *derecho de protección* no hay espacio para relativizaciones ni retrocesos.

Las ya mencionadas *convergencias* entre el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (cf. *supra*) han tenido el efecto de ampliar el contenido normativo del principio del *non-refoulement*<sup>477</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 artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (1984)<sup>478</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 niveles tanto regional como global. Lo ilustra, v.g., en materia extradicional, la célebre sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Soering versus Reino Unido* (1989), en el cual se infiere el *non-refoulement* bajo el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos

---

1998, pp. 573-603.

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

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

Humanos<sup>479</sup>. El mismo principio enunciado por la Corte Europea en el caso *Soering*, oponiéndose a la extradición con base en el artículo 3 de la Convención Europea, fue reafirmado por la misma Corte en el caso *Vilvarajah versus Reino Unido* (1991), en el cual sostuvo que la prohibición de malos tratos bajo el artículo 3 de la Convención Europea era absoluta y se aplicaba igualmente en casos de expulsión<sup>480</sup>. La referida inferencia del *non-refoulement* se da, pues, en materia tanto de extradición, como de deportación, como de expulsión, bajo el artículo 3 de la Convención Europea (cf. *supra*).

Se puede proceder del mismo modo bajo disposiciones sobre otros derechos protegidos, como, v.g., el derecho a la vida privada y familiar bajo el artículo 8 de la Convención Europea. Cuestiones planteadas en algunos casos recientes bajo la Convención Europea revelan que el artículo 8 puede efectivamente ser invocado para proteger migrantes de segunda generación, por ejemplo, contra la deportación o la expulsión, con base en sus vínculos familiares y sociales y en sus raíces firmemente establecidas en el país de residencia<sup>481</sup>.

También ejemplifica la dimensión preventiva del principio del *non-refoulement*, en materia de expulsión, v.g., el ya mencionado caso *Mu-tombo versus Suiza* (1994): el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura<sup>482</sup> concluyó que la expulsión (o retorno forzado) por Suiza del peticionario a Zaire constituiría una violación del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, por cuanto existía en aquel país un "patrón consistente" de violaciones graves y masivas de los derechos humanos<sup>483</sup>. En la misma línea de razonamiento, igualmente el Comité de Derechos Humanos (bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas) ha considerado sucesivos casos de posibilidad o amenaza de extradición a la luz de la prevalencia de los dere-

---

479 También el Comité de Derechos Humanos, bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, además de haber afirmado el principio del *non-refoulement* en sus "comentarios generales" n. 7/16 (de 1982) y 20/44 (1992), ha, en su práctica, tratado la materia en casos relativos a extradición (de personas corriendo el riesgo de la pena de muerte), cit. in W. Suntinger, *op. cit. supra* n. (178), pp. 205, 208 y 214.

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

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

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

483 Cit. in W. Suntinger, *op. cit. supra* n. (178), pp. 210, 217 y 221-222.

chos humanos protegidos, entendiendo como revistiéndose del carácter de *jus cogens* la prohibición de malos tratos y tortura (aunque probables o potenciales, en el Estado requerente)<sup>484</sup>.

Ciertos principios básicos, como el del *non-refoulement*, forman, pues, un mínimo irreductible de la protección de los derechos de la persona humana, y tienen, inclusive, una proyección en el derecho interno de los Estados<sup>485</sup>. Al contrario de Monsieur Jourdain, célebre personaje de Molière, que hablaba en prosa sin saberlo<sup>486</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, a los extranjeros en general, y, en última instancia, a todo y cualquier individuo, en casos de extradición, expulsión, deportación o devolución, hacia un Estado en que pueda estar en riesgo de ser sometido a tortura o trato cruel, inhumano o degradante (la dimensión preventiva)<sup>487</sup>.

Considerando que ya se ha conformado en nuestros días un verdadero régimen internacional contra la tortura, las desapariciones forzadas de personas, y las ejecuciones sumarias, extra-legales y arbitrarias<sup>488</sup>, y que el principio del *non-refoulement*, con el aporte que le ha sido dado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pretende precisamente evitar el simple *riesgo* de someter a alguien a tortura (y a tratos crueles, deshumanos o degradantes), cuya prohibición es *absoluta*, - ya no hay cómo dudar, en mi entender, que el principio del *non-refoulement* recae en el dominio del *jus cogens*.

484 F. Pocar, "Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici ed Estradizione", in *Diritti dell'Uomo, Estradizione ed Espulsione - Atti del Convegno di Ferrara per Salutare G. Battaglini* (ed. F. Salerno), Padova/Milano, CEDAM, 2003, pp.79-95.

485 En Suiza, por ejemplo, hoy se reconoce el "carácter perentorio de la prohibición del *refoulement*" (a partir de una iniciativa del Consejo Federal Suizo de 1994); la Constitución Federal Suiza revisada de 1999 aclara que ninguna enmienda constitucional puede entrar en conflicto con normas del *jus cogens*; Erika de Wet, "The Prohibition of Torture as an International Norm of *Jus Cogens* and Its Implications for National and Customary Law", 15 *European Journal of International Law* (2004) pp. 101-102.

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

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

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

El carácter de *jus cogens* del *non-refoulement* ubica a este último por encima de las consideraciones políticas tanto de los Estados como de los órganos políticos de organizaciones internacionales<sup>489</sup>; de ese modo, también llama la atención para la importancia del acceso de los individuos a la justicia en el plano internacional<sup>490</sup>. La consagración de este principio fundamental del Derecho Internacional de los Refugiados, del *non-refoulement*, confirmado y 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. Corresponde, además, a mi modo de ver, a una inequívoca manifestación de la visión crecientemente antropocéntrica del derecho internacional contemporáneo.

---

489 J. Allain, "The *Jus Cogens* Nature of *Non-Refoulement*", 13 *International Journal of Refugee Law* (2002) n. 4, pp. 538-558.

490 Cf., sobre este punto, A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104.

## XI. LA OBLIGACIÓN GENERAL DE "RESPETAR" Y "HACER RESPETAR": LA PROTECCIÓN *ERGA OMNES* DE LOS DERECHOS DE LA PERSONA HUMANA

A partir de la célebre Resolución XXIII, titulada "Derechos Humanos en Conflictos Armados", adoptada el 12.05.1968 por la I Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Teherán, las propias Conferencias Internacionales de la Cruz Roja pasaron a adoptar sucesivas resoluciones refiriéndose a los "derechos humanos". La consolidación, en los últimos años, de un verdadero régimen jurídico internacional de prohibición absoluta de la tortura; de los tratos o punitivos crueles, inhumanos o degradantes; de la detención y la prisión arbitrarias; y de las ejecuciones sumarias, arbitrarias y extrajudiciales<sup>491</sup>, han impulsado en mucho las convergencias normativas entre las tres vertientes de protección de los derechos de la persona humana. Tales convergencias se tornaron notorias, v.g., en la proyección de la evolución de los derechos humanos en la consagración de las garantías fundamentales en los dos Protocolos Adicionales (de 1977) a las Convenciones de Ginebra de 1949<sup>492</sup>.

En el estudio que presenté al Coloquio Internacional conmemorativo de los 10 años de la Declaración de Cartagena (1994), me centré en el amplio alcance de las obligaciones convencionales de protección, a partir del deber general de *respetar* y *hacer respetar* los derechos consagrados en los tratados humanitarios. Tal deber - consignado tanto en las Convenciones de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I de 1977 como en los tratados de derechos humanos<sup>493</sup> - trae a colación las obligaciones *erga omnes* de protección<sup>494</sup>. Como ponderé en aquel estudio:

"Se trata de obligaciones incondicionales, exigibles por todo Estado independientemente de su participación en un determinado conflicto, y cuyo cumplimiento integral interesa a la comunidad internacional como un todo (...).

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

492 Cf. A.A.C.T., *Aproximaciones y Convergencias*, op. cit. *supra* n. (1), pp. 119-122.

493 V.g., Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, artículo 2(1); Convención sobre Derechos del Niño, artículo 2(1); Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 1; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1(1); entre otros.

494 Cf. *ibid.*, pp. 128-134.

En virtud del referido deber general de 'hacer respetar' el Derecho Humanitario, se configura la existencia de un *interés jurídico común*, en virtud del cual todos los Estados Partes en los Convenios de Ginebra, y cada Estado en particular, tienen interés jurídico y están capacitados para actuar para asegurar el respeto del Derecho Humanitario (artículo 1 común a los cuatro Convenios de 1949), no solamente contra un Estado autor de violación de una disposición de los Convenios de Ginebra, sino también contra los demás Estados Partes que no cumplen la obligación (de conducta o de comportamiento) de 'hacer respetar' el Derecho Humanitario<sup>495</sup>.

Lo mismo se aplica a la normativa de los Derechos Humanos<sup>496</sup>. En el referido estudio, me permití referirme a los casos en que aquel deber general (de *respetar y hacer respetar*) tuvo particular incidencia, - en lo que concierne las interacciones entre los derechos humanos y el derecho humanitario, - a saber, el *conflicto Irán/Irak* (1983-1984), el contencioso *Nicaragua versus Estados Unidos* (1984-1986), los casos de *ex-Yugoslavia* (1992-1993) y del *Kuwait bajo la ocupación iraquí* (1992)<sup>497</sup>, 129-143 entre otros. A lo largo de la última década (1994-2004), el énfasis en el deber general de los Estados Partes en tratados humanitarios de *respetar y hacer respetar* los derechos protegidos de la persona humana ha marcado una presencia constante, y nadie osaría cuestionar su amplio alcance en nuestros días.

Tanto es así que se ha recientemente sugerido que este deber general, de *respetar y hacer respetar*, del mismo modo que la célebre *cláusula Martens*, pertenecen al "grupo selecto de normas y principios" sostenidos por la comunidad internacional como un todo para la promoción de *consideraciones básicas de humanidad* y la construcción de un verdadero *ordre public international*<sup>498</sup>. En reciente intervención en el Institute de San Remo de Derecho Internacional Humanitario, el Presidente del Comité Internacional de la Cruz Roja (J. Kellenberger) argumentó que, en adición al deber general de *respetar y hacer respetar*, el artículo 1 común de las cuatro Convenciones

---

495 *Ibid.*, pp. 129-130.

496 En la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos, aquel deber general (de *respetar y hacer respetar*) fue objeto de atención, v.g., en los casos clásicos de *Irlanda versus Reino Unido* (1976-1978) y de *Chipre versus Turquía* (1975), bajo la Convención Europea de Derechos Humanos, y en toda la jurisprudencia, en materia contenciosa, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos hasta la fecha, bajo la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

497 Cf. A.A.C.T., *Aproximaciones y Convergencias*, op. cit. *supra* n. (1), pp. 129-143.

498 Cf. L. Boisson de Chazournes y L. Condorelli, "Common Article 1 of the Geneva Conventions Revisited: Protecting Collective Interests", 82 *Revue internationale de la Croix Rouge* (2000) n. 837, p. 85.

de Ginebra de 1949<sup>499</sup> también requiere que los Estados se abstengan de respaldar cualquier acción armada en violación del derecho humanitario y tomen medidas positivas para evitar dicha violación<sup>500</sup>.

El Presidente del CICR insistió, en otra ocasión reciente, insistió en las convergencias entre las tres vertientes de protección de los derechos de la persona humana, en los siguientes términos:

"The common underlying purpose of international humanitarian and international human rights law is the protection of the life, health and dignity of human beings. (...) The guiding principle is that individuals have the right to be protected from arbitrariness and abuse because they are human, which was an idea which revolutionized international law and had a lasting impact on international relations. (...)

(...) Like international human rights, international humanitarian law aims, among other things, to protect human life, prevent and punish torture and ensure fundamental judicial guarantees to persons subject to criminal process. (...) One of the basic tenets of international refugee law aimed also at safeguarding, among other things, the right to life, is the principle of *non-refoulement*.

As regards torture and other forms of cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, it hardly needs to be emphasized that such acts are prohibited under both international humanitarian law and other bodies of law in all circumstances, and are considered crimes under international law. (...)

Fundamental judicial guarantees are another example of norms that are common to international humanitarian and human rights law. (...) The ICRC's Study on Customary International Humanitarian Law Applicable in Armed Conflicts (...) confirms the overlapping nature of a number of fundamental guarantees provided for in both humanitarian and human rights law"<sup>501</sup>.

Es ésta una de las manifestaciones de reconocimiento de la intensificación, a lo largo de la última década, de las convergencias entre las

---

499 Y la disposición correspondiente de diversos tratados de derechos humanos.

500 J. Kellenberger, "Striving to Improve Respect for International Humanitarian Law", *XXVIII Round Table on Current Problems of International Humanitarian Law*, San Remo, 02.09.2004, p. 3 (disponible en versión electrónica: [www.cicr.org](http://www.cicr.org)).

501 J. Kellenberger, "International Humanitarian Law and Other Legal Regimes: Interplay in Situations of Violence" (Address of September 2003), *85 Revue internationale de la Croix Rouge* (2003) n. 851, pp. 646-649.

tres vertientes de protección de los derechos de la persona humana, - en los planos normativo, hermenéutico y operativo. En el plano normativo, por ejemplo, hoy día hay instrumentos internacionales que combinan, en su propio contenido material, normas tanto de derechos humanos como de derecho humanitario; es el caso, v.g., del Protocolo Facultativo de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño Relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados (2000). Recientemente también se ha dedicado atención, v.g., a la convergencia entre los derechos humanos y el derecho de los refugiados con atención especial al derecho de asilo<sup>502</sup>.

La diversificación de las fuentes de violaciones de los derechos de la persona humana, la cual se evidencia en los desafíos actuales que enfrenta la aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional de los Refugiados y del Derecho Internacional Humanitario, atribuye, a mi modo de ver, una importancia aún mayor a la obligación general de los Estados de *respetar y hacer respetar* aquellos derechos, en todas las circunstancias. Como me permití resaltar en mi Voto Razonado en el caso *Las Palmeras* (Excepciones Preliminares, Sentencia del 04.02.2000), relativo a Colombia, al sostener (como lo vengo haciendo hace años) las convergencias entre el *corpus juris* de las tres vertientes de protección de la persona (en los planos normativo, hermenéutico y operativo), pienso que el propósito concreto y específico del desarrollo de las obligaciones *erga omnes* de protección (cuya necesidad vengo igualmente sosteniendo hace mucho tiempo) puede ser mejor servido por la clara identificación y el fiel cumplimiento de la referida *obligación general de garantía* del ejercicio de los derechos de la persona (párr. 7).

El tenor de dicha obligación general es claro: trátase de *respetar y hacer respetar* las normas de protección, en todas las circunstancias. Dicha obligación puede conducirnos a la consolidación de las obligaciones *erga omnes* de protección<sup>503</sup> (párr. 8), teniendo presente el gran potencial de aplicación de la noción de *garantía colectiva*, subyacente a los tratados humanitarios (párr. 9). El concepto de obligaciones *erga omnes* ya ha marcado presencia en la jurisprudencia internacional<sup>504</sup>, la cual, sin embargo, toda-

502 Cf., v.g., C.W. San Juan y M. Manly, "El Asilo y la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina: Análisis Crítico del Dualismo 'Asilo-Refugio' a la Luz del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", in *El Asilo y la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina* (coord. Leonardo Franco), Buenos Aires, Univ. Nac. Lanus/ACNUR, 2003, pp. 29-30 y 53-61.

503 Cf. A.A.C.T., *Aproximaciones y Convergencias*, op. cit. *supra* n. (1), pp. 143-149, y cf. también pp. 149-160.

504 Como lo ilustran, en lo que concierne a la Corte Internacional de Justicia, sus Sentencias en los casos de

vía las consecuencias de la afirmación de la existencia de tales obligaciones, ni de sus violaciones, y tampoco ha definido su régimen jurídico<sup>505</sup> (párrafo 10). Pero si, por un lado, no hemos todavía logrado alcanzar la oponibilidad de una obligación de protección a la comunidad internacional como un todo, por otro lado, - me permití agregar en mi referido Voto Razonado en el caso *Las Palmeras*,:

“el Derecho Internacional de los Derechos Humanos hoy nos proporciona los elementos para la consolidación de la oponibilidad de obligaciones de protección a todos los Estados Partes en tratados de derechos humanos (obligaciones *erga omnes partes*)<sup>506</sup>. Así, diversos tratados, tanto de derechos humanos<sup>507</sup> como de Derecho Internacional Humanitario<sup>508</sup>, disponen sobre la obligación general de los Estados Partes de garantizar el ejercicio de los derechos en ellos consagrados y su observancia”.

Como correctamente señaló el *Institut de Droit International*, en una resolución adoptada en la sesión de Santiago de Compostela de 1989, tal obligación es aplicable *erga omnes*, por cuanto cada Estado tiene un interés legal en la salvaguardia de los derechos humanos (artículo 1)<sup>509</sup>. Así, a la par de la obligación de todos los Estados Partes en la Convención Americana [sobre Derechos Humanos] de proteger los derechos en ésta consagrados y garantizar su libre y pleno ejercicio a todos los individuos bajo sus respectivas jurisdicciones, existe la obligación de los Estados Par-

---

la *Barcelona Traction* (1970), de los *Ensayos Nucleares* (1974), de *Nicaragua versus Estados Unidos* (1986), del *Timor Oriental* (1995), y de *Bosnia-Herzegovina versus Yugoslavia* (1996), y los argumentos de las partes en los casos del *Camerún Septentrional* (1963) y de *África Sudoccidental* (1966), así como su Opinión Consultiva sobre *Namibia* (1971) y los argumentos (escritos y orales) atinentes a las dos Opiniones Consultivas sobre las *Armas Nucleares* (1994-1995).

505 La Corte de la Haya tuvo una ocasión única para hacerlo en el caso del *Timor Oriental* (1995), habiendo lamentablemente desperdiciado tal oportunidad, al relacionar las obligaciones *erga omnes* con algo antitético a ellas: el consentimiento estatal como base del ejercicio de su jurisdicción en materia contenciosa. Nada podría ser más incompatible con la existencia misma de las obligaciones *erga omnes* que la concepción positivista-voluntarista del Derecho Internacional y el énfasis en el consentimiento estatal como fundamento del ejercicio de la jurisdicción internacional.

506 Sobre el sentido de las obligaciones *erga omnes partes*, oponibles a todos los Estados Partes en ciertos tratados o a una determinada comunidad de Estados, cf. M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 201-202; C. Annacker, "The Legal Regime of *Erga Omnes* Obligations in International Law", 46 *Austrian Journal of Public and International Law* (1994) p. 135.

507 Cf., v.g., Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1(1); Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, artículo 2(1); Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, artículo 2(1).

508 Artículo 1 común a las cuatro Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario de 1949, y artículo 1 del Protocolo Adicional I de 1977 a las Convenciones de Ginebra de 1949.

509 Cf. I.D.I., 63 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1989)-II, pp. 286 y 288-289.

tes de asegurar la integridad y efectividad de la Convención: este deber general de protección (la *garantía colectiva*) es de interés directo de cada Estado Parte, y de todos ellos en conjunto (obligación *erga omnes partes*). Y esto es válido en tiempos tanto de paz como de conflicto armado<sup>510</sup> (párrafos 11-12).

Hay otra posibilidad de hacer valer las obligaciones *erga omnes partes* de protección, como igualmente lo señalé en el mismo Voto Razonado en el caso *Las Palmeras* atinente a Colombia:

"Algunos tratados de Derechos Humanos establecen un mecanismo de peticiones o comunicaciones que comprende, a la par de las peticiones individuales, también las interestatales; estas últimas constituyen un mecanismo *par excellence* de acción de *garantía colectiva*. El hecho de que no hayan sido usadas con frecuencia (jamás en el sistema interamericano de protección, hasta la fecha) sugiere que los Estados Partes no han revelado todavía su determinación de construir un verdadero *ordre public internacional* basado en el respeto por los Derechos Humanos. Pero podrían - y deberían - hacerlo en el futuro, con su creciente conscientización de la necesidad de lograr mayor cohesión e institucionalización en el ordenamiento jurídico internacional, sobre todo en el presente dominio de protección. De todos modos, difícilmente podría haber mejores ejemplos de mecanismo para aplicación de las obligaciones *erga omnes* de protección (al menos en las relaciones de los Estados Partes *inter se*) que los métodos de supervisión previstos en los propios tratados de Derechos Humanos, para el ejercicio de la *garantía colectiva* de los derechos protegidos. En otras palabras, los mecanismos para aplicación de las obligaciones *erga omnes partes* de protección ya existen, y lo que urge es desarrollar su régimen jurídico, con atención especial a las *obligaciones positivas* y las *consecuencias jurídicas* de las violaciones de tales obligaciones. En fin, la prohibición absoluta de violaciones graves de Derechos Humanos fundamentales - empezando por el derecho fundamental a la vida - se extiende en efecto, en mi juicio, mas allá del derecho de los tratados, incorporada, como se encuentra, igualmente, en el derecho internacional consuetudinario contemporáneo. Tal prohibi-

---

510 Así, un Estado Parte en las Convenciones de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I de 1977, aunque no esté involucrado en un determinado conflicto armado, está habilitado a exigir de otros Estados Partes - que lo estén - el cumplimiento de sus obligaciones convencionales de cuño humanitario; L. Condorelli y L. Boisson de Chazournes, "Quelques remarques à propos de l'obligation des États de 'respecter et faire respecter' le droit international humanitaire 'en toutes circonstances'", in *Études et essais sur le droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet* (ed. C. Swinarski), Genève/La Haye, CICR/Nijhoff, 1984, pp. 29 y 32-33.

ción da realce a las obligaciones *erga omnes*, debidas a la comunidad internacional como un todo. Estas últimas trascienden claramente el consentimiento individual de los Estados, sepultando en definitiva la concepción positivista-voluntarista del Derecho Internacional, y anunciando el advenimiento de un nuevo ordenamiento jurídico internacional comprometido con la prevalencia de valores comunes superiores, y con imperativos morales y jurídicos, tal como el de la protección del ser humano en cualesquiera circunstancias, en tiempos tanto de paz como de conflicto armado" (párrafos. 13-15).

Me he permitido insistir en esta posición en respaldo a las obligaciones *erga omnes* de protección en otras ocasiones en el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, como, por ejemplo, en mis Votos Concurrentes en las Resoluciones de Medidas Provisionales de Protección adoptadas por la Corte en los casos de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó* (del 18.06.2002, atinente a Colombia), de las *Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó* (del 06.03.2003, también referente a Colombia), del *Pueblo Indígena Kankuamo* (del 05.07.2004, relativa igualmente a Colombia), del *Pueblo Indígena de Sarayaku* (del 06.07.2004, atinente a Ecuador), de la *Cárcel de Urso Branco* (del 07.07.2004, referente a Brasil), y de la *Emisora de Televisión 'Globovisión'* (del 04.09.2004, relativa a Venezuela).

En fin, en el caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (Fondo, Sentencia del 25 de noviembre de 2000), la Corte examinó, en el contexto del *cas d'espèce*, el conflicto interno guatemalteco bajo la perspectiva convergente del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y del Derecho Internacional Humanitario. La Corte tomó en cuenta las Convenciones de Ginebra de 1949, en particular su artículo 3 común, como elemento de interpretación para la determinación de violaciones particularmente de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y tuvo presente el deber general, bajo el artículo 1(1) de ésta, de "respetar" y "hacer respetar" los derechos protegidos<sup>511</sup>. En mi Voto Razonado en el mismo caso *Bámaca Velásquez*, tomé igualmente en cuenta las normativas tanto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos como del Derecho Internacional Humanitario, así como la *cláusula Martens*<sup>512</sup>.

511 CtIADH, caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (Fondo), Sentencia del 25.11.2000, Serie C, n. 70, pp. 136-140, párrs. 203-210.

512 *Ibid.*, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, Serie C, n. 70, pp. 151-168, párrs. 1-40, esp. pp. 157-158 y 166, párrs. 17-18 y 36.

## XII. REFLEXIONES FINALES

No podría concluir el presente estudio sin agregar una breves reflexiones personales. La presente Conferencia de México de noviembre de 2004 es parte de un significativo proceso histórico. En mi estudio de una década atrás, que presenté en el Coloquio Internacional de San José de Costa Rica de diciembre de 1994 y publicado con ocasión de los diez años de la Declaración de Cartagena de 1984, me permití señalar que:

“Los desarrollos recientes en la protección internacional de la persona humana, tanto en tiempo de paz como de conflicto armado (...), realzan la obligación general de la *debida diligencia* por parte del Estado, desdoblable en sus deberes jurídicos de tomar medidas positivas para prevenir, investigar y sancionar violaciones de los derechos humanos, lo que además resalta e inserta en la orden del día el debate sobre la protección *erga omnes* de determinados derechos y la cuestión del *Dritt-wirkung*, de su aplicabilidad en relación a terceros. La nueva dimensión del *derecho de protección* del ser humano, dotado reconocidamente de especificidad propia, viene siendo jurisprudencialmente erigida sobre el binomio de las obligaciones de ‘respetar’ y ‘hacer respetar’, en todas las circunstancias, los tratados del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

En el presente dominio del *derecho de protección*, se ha hecho uso del derecho internacional a efectos de perfeccionar y fortalecer, nunca de restringir o debilitar, el grado de protección de los Derechos Humanos consagrados, en los planos tanto normativo como procesal. Hay que continuar explorando todas las posibilidades jurídicas con ese propósito. El reconocimiento, incluso judicial, de los amplios alcances y dimensiones de las obligaciones convencionales de protección internacional de la persona asegura la continuidad del proceso de expansión del *derecho de protección*. Las aproximaciones o convergencias entre los regímenes complementarios de protección, entre el Derecho Internacional Humanitario, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dictadas por las propias necesidades de protección y manifestadas en los planos normativo, hermenéutico y operativo, contribuyen a la búsqueda

de soluciones eficaces a problemas corrientes en este dominio, y al perfeccionamiento y fortalecimiento de la protección internacional de la persona en cualesquiera situaciones o circunstancias. Cabe seguir avanzando decididamente en esta dirección<sup>513</sup>.

A lo largo de la última década, se ha, efectivamente, avanzado en esta dirección, y es importante que se continúe avanzando en los próximos años. Con aún más razón ésto se impone, por cuanto los desafíos a la protección de los derechos de la persona son hoy día mucho mayores que hace una década. De todos modos, las iniciativas contemporáneas de ayuda o asistencia humanitaria han reconocido que no hay cómo dejar de tomar en cuenta, simultánea o concomitantemente, las normativas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional Humanitario y del Derecho Internacional de los Refugiados, para atender con eficacia las nuevas necesidades de protección<sup>514</sup>.

Las Consultas Globales sobre Protección Internacional realizadas por el ACNUR, en forma de Reunión Regional de Expertos que tuvo lugar en San José de Costa Rica en 2001, en la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, durante mi Presidencia de aquel Tribunal internacional, concluyeron *inter alia* que, para enfrentar ciertas tendencias restrictivas al asilo, se requería "la aplicación convergente de las tres vertientes del derecho internacional para la protección de las personas, a saber, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados" (recomendación 2(XVI)). En el plano universal, se cuenta hoy con una amplia serie de resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas que abordan los problemas que atañen a los derechos humanos y a los derechos de los refugiados desde una óptica esencialmente convergente<sup>515</sup>.

---

513 Cf. A.A.C.T., *Aproximaciones y Convergencias*, op. cit. *supra* n. (1), pp. 167-168.

514 Cf., v.g., H. Fischer y J. Oraá, *Derecho Internacional y Ayuda Humanitaria*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2000, pp. 28-29, 41-55, 61-65 y 81-83.

515 Cf. las siguientes resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas: resoluciones 34/60, del 29.11.1979; 36/148, del 16.12.1981; 37/186, del 17.12.1982; 38/103, del 16.12.1983; 39/117, del 14.12.1984; 40/149, del 13.12.1985; 41/148, del 04.12.1986; 42/144, del 07.12.1987; 43/117, del 08.12.1988; 43/154, del 1988; 44/137, del 15.12.1989; 44/164, del 15.12.1989; 45/140, del 14.12.1990; 45/153, del 18.12.1990; 46/106, del 16.12.1991; 46/127, del 17.12.1991; 47/105, del 16.12.1992; 48/116, del 20.12.1993; 48/135, del 20.12.1993; 48/139, del 20.12.1993; 49/169, del 23.12.1994; 50/152, del 21.12.1995; 50/182, del 22.12.1995; 51/70, del 12.12.1996; 51/71, del 12.12.1996; 51/75, del 12.12.1996; 52/103, del 12.12.1997; 52/132, del 12.12.1997; 53/123, del 09.12.1998; 53/125, del 09.12.1998; 54/147, del 17.12.1999; 54/180, del 17.12.1999; 55/77, de. 04.12.2000; 56/13, del 19.12.2001; 56/166, del 19.12.2001; y 57/206, del 18.12.2002.

Nunca está demás resaltar los efectos benéficos de las interacciones entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario para la protección efectiva de los derechos de la persona. Así, e.g., la consolidación de un verdadero régimen internacional contra la tortura en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos resulta hoy día benéfica también para los refugiados, pues la protección contra la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes que les es otorgada por algunos tratados de Derechos Humanos es particularmente amplia, logrando en este particular una salvaguardia de mayor alcance que sería posible en el marco del Derecho Internacional de los Refugiados<sup>516</sup>.

La práctica de los órganos internacionales de supervisión de los Derechos Humanos es particularmente ilustrativa, al reforzar la prohibición de la devolución. Recuérdese, al respecto, además de los ejemplos anteriormente citados, v.g., la práctica del Comité de Naciones Unidas contra la Tortura, en aplicación del artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura de 1984, acerca precisamente del alcance del principio del *non-refoulement*<sup>517</sup>. Este desarrollo es ilustrativo de la intensificación de las interrelaciones convergentes de las vertientes de protección de los derechos de la persona humana, maximizando la protección en los planos normativo, hermenéutico y operativo.

A los 20 años de la adopción de la Declaración de Cartagena, los avances en la labor de protección se han hecho acompañar del agravamiento de la situación de vulnerabilidad que hoy afecta los integrantes de los grandes flujos migratorios forzados de nuestros días. Surgen, así, nuevas demandas de protección del ser humano<sup>518</sup>. Lamentablemente, el progreso económico y la "liberalización" del trabajo nunca lograron poner fin a nuevas formas contemporáneas de esclavitud; hoy día, los migrantes indocumentados corren el riesgo de encontrarse en condiciones muy próximas o similares a las de la esclavitud<sup>519</sup>. El actual cierre de fronteras en tantos países puede, lamentablemente una vez más, perpetuar y

---

516 J.-F. Flauss, "Les droits de l'homme et la Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au Statut des Réfugiés", in *La Convention de Genève du 28 juillet 1951 relative au Statut des Réfugiés 50 ans après: bilan et perspectives* (ed. V. Chetail), Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 117.

517 *Ibid.*, pp. 118 y 123.

518 Cf. A. Roberts, "El Papel de las Cuestiones Humanitarias en la Política Internacional en los Años Noventa", in *Los Desafíos de la Acción Humanitaria - Un Balance*, Barcelona, Icaria/Antrazyt, 1999, pp. 31-70; J. Abrisketa, "El Derecho a la Asistencia Humanitaria: Fundamentación y Límites", in *ibid.*, pp. 71-100; X. Etxeberria, "Marco Ético de la Acción Humanitaria", in *ibid.*, pp. 101-127.

519 M. Lengellé-Tardy, *L'esclavage moderne*, Paris, PUF, 1999, pp. 8-9, 26 y 77, y cf. p. 13.

agravar las formas contemporáneas de esclavitud<sup>520</sup>. Tampoco el progreso científico-tecnológico ha logrado liberar los seres humanos de ese mal<sup>521</sup>. Los victimados sólo cuentan con una defensa contra esta forma de explotación del ser humano: la del Derecho.

El Derecho Internacional de los Refugiados se erigió, a partir de mediados del siglo XX, a la luz de una visión de un mundo dividido en Estados territoriales soberanos y auto-suficientes. Tres décadas después, el fenómeno del desplazamiento vino a desafiar esta visión, que se tornó anacrónica. Los conflictos internos, en diferentes latitudes, pasaron a requerir una reevaluación y actualización del *corpus juris* del Derecho Internacional de los Refugiados, centradas no más en las restricciones fronterizas de los Estados, sino más bien en la situación objetiva de la vulnerabilidad de los seres humanos, independientemente de encontrarse éstos en conformidad o no con las restricciones fronterizas de los Estados.

Más recientemente, en los años noventa, el fenómeno de dimensiones aún mayores del *desarraigo* humano, victimizando millones de seres humanos en todo el mundo, ha acentuado aún más esta tendencia, centrando una atención cada vez mayor en las necesidades de protección, independientemente de las fronteras de los Estados. No puede aquí haber retroceso. Los estándares consagrados en instrumentos internacionales de protección sólo pueden y deben ser elevados, como sostuve en el dictámen jurídico que preparé para el Consejo de Europa en 1995 a propósito de la co-existencia de la Convención Europea de Derechos Humanos y de la Convención de Minsk de Derechos Humanos de la Comunidad de Estados Independientes (CEI, 1995)<sup>522</sup>. Cualesquiera retrocesos o el simple estancamiento de los estándares internacionales de protección serían, a mi juicio, injustificables e inadmisibles.

En fin, es significativo que, a lo largo de todo el proceso preparatorio de consultas de la presente Conferencia de México de noviembre de 2004, se hayan reiterado algunas conquistas de la conciencia humana en el dominio del presente *derecho de protección* de la persona humana. He acompañado de cerca este proceso, y en las tres reuniones subregionales

---

520 *Ibid.*, p. 116.

521 *Ibid.*, pp. 96-98.

522 Cf. A.A. Cançado Trindade, "Analysis of the Legal Implications for States that Intend to Ratify both the European Convention on Human Rights and Its Protocols and the Convention on Human Rights of the Commonwealth of Independent States (CIS)", 17 *Human Rights Law Journal* (1996) pp. 164-180 (también disponible en francés, español, alemán y ruso).

preparatorias<sup>523</sup> - la de San José de Costa Rica, de 12-13 de agosto de 2004; la de Brasilia, de 26-27 de agosto de 2004; y la de Cartagena de Indias, de 16-17 de septiembre de 2004; precedida por la reunión previa de los consultores jurídicos del ACNUR, de Brasilia, de 27-28 de marzo de 2004, - se han reconocido expresamente, para mi gran satisfacción personal, tres puntos que me parecen de fundamental importancia en nuestros días: 1) las convergencias entre las tres vertientes de protección internacional de los derechos de la persona, a saber, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional Humanitario; 2) el rol central y la alta relevancia de los principios generales del derecho; y 3) el carácter de *jus cogens* del principio básico del *non-refoulement* como un verdadero pilar de todo el Derecho Internacional de los Refugiados.

Esto significa que, a pesar de los nuevos desafíos y algunos preocupantes retrocesos de nuestros días (como, v.g., las migraciones forzadas y el desarraigo, las políticas migratorias restrictivas y abusivas, el cierre de fronteras y la xenofobia), la conciencia humana sigue moviendo el Derecho adelante, como su fuente material última. Así, a pesar de las incongruencias de la práctica de los Estados en nuestros tiempos, la *opinio juris communis* sigue alumbrando el camino a seguir, el cual no puede ser otro que el de la prevalencia de los derechos fundamentales de la persona humana en todas y cualesquiera circunstancia y de la consolidación de las obligaciones *erga omnes* de protección. Ésto implica, en última instancia, el primado de la razón de humanidad sobre la antigua razón de Estado.

Ciudad de México,  
15 de noviembre del 2004.

---

523 He tenido el honor de presidir las dos primeras, - las de San José de Costa Rica, de 12-13.08.2004, y de Brasilia, de 26-27.08.2004, - que contaron ambas con la participación de representantes tanto gubernamentales como de entidades de la sociedad civil, - como debe ser, en reuniones de consulta de esta naturaleza, y sobre una temática que afecta la población del continente americano y del Caribe como un todo.