

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

Antônio Augusto Cançado Trindade*
Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sumario

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

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

I. Introducción

Por una serie de razones, no podría haber ocasión más adecuada para desarrollar algunas reflexiones sobre el drama contemporáneo de los desarraigados como gran desafío a la protección de los derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal. Primero, por poder, en esta noche del 28 de noviembre de 2000, compartir mis reflexiones con todos los presentes en este acogedor Seminario de San Carlos y San Ambrosio, en las cercanías de la

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

bella Catedral de La Habana, en el corazón del país de un pueblo sensible y culto, que, a lo largo de toda su historia, ha sufrido, y ha sabido enfrentar, los efectos de la intolerancia y la injusticia.

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

Y cuarto, por realizarse esta ceremonia a poco más de un mes del ingreso en el siglo XXI (y en un nuevo milenio), en una época marcada por fechas significativas: el año pasado, por el vigésimo aniversario de la Corte Interameri-

cana de Derechos Humanos, los 30 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los 40 años de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y los 50 años de las Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario; y, este año, por el vigésimo aniversario del IIDH, los 50 años del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), y los 50 años de la Convención Europea de Derechos Humanos. Trátase, pues, de una ocasión de las más propicias para examinar, teniendo presentes los logros alcanzados en este último medio siglo en la protección internacional de los derechos de la persona humana, los grandes desafíos a dicha protección en este umbral del nuevo siglo, y en particular, el desarraigo como grave problema de los derechos humanos.

No es mi propósito limitarme a una exposición didáctica de nociones elementales encontradas en los libros especializados, sino más bien desarrollar algunas reflexiones personales acerca del tema, alimentadas por mi experiencia, profundizándolas y compartiéndolas con todos los presentes, con el fin de fomentar una mayor conscientización de la importancia del cultivo de valores superiores para enfrentar la tragedia contemporá-

nea de los desarraigados. Con este fin, abordaré, de inicio, las convergencias entre el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

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

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

A mediados de los años noventa, me permití avanzar la tesis de las convergencias - en los planos nor-

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

En América Latina, la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984) enmarcó, como se sabe, la protección de los refugiados en el universo conceptual de los derechos humanos. La Declaración de 1984 estableció un vínculo clarísimo entre los dominios del Derecho Internacional de los Refugiados y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Una década después, la Declara-

ción de San José sobre los Refugiados y Personas Desplazadas (1994), - de cuya redacción tuve ocasión de participar, - profundizó las relaciones entre el Derecho de los Refugiados y Desplazados y los derechos humanos, dando nuevo énfasis en cuestiones centrales de la actualidad, no tan elaboradas en la Declaración anterior de Cartagena, como, *inter alia*, las del desplazamiento 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.

La Declaración de San José reconoció expresamente las convergencias entre los sistemas de protección de la persona humana consagrados en el Derecho Internacional de los Refugiados, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el Derecho Internacional Humanitario, dado su carácter complementario. La nueva Declaración, además, reconoció que la violación de los derechos humanos es una de las causas de los desplazamientos y que, por lo tanto, la protección de tales derechos y el fortalecimiento del sistema democrático constituyen

la mejor medida para la búsqueda de soluciones duraderas, así como para la prevención de los conflictos, de los éxodos de refugiados y de las graves crisis humanitarias.

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

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

relativas a los derechos humanos proporcionan reglas a los Estados y a las organizaciones internacionales para el tratamiento de refugiados, repatriados y personas desplazadas".

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

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

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

III. "Globalización" de la economía y exclusión social

Las respuestas humanitarias a los graves problemas contemporáneos afectando crecientes segmentos de la población en numerosos países han buscado curar tan sólo los síntomas de los conflictos, pero se han mostrado incapaces de remover, por sí mismas, sus causas y raíces. Es que lo ha advertido la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Refugiados (Sra. Sadako Ogata), en dos recientes conferencias, dictadas en la Ciudad de México, el 29.07.1999, y en esta misma ciudad de La Habana, el 11.05.2000, respectivamente, las cuales, por su importancia,

ameritan ser aquí resumidas. El argumento básico de la Alta Comisionada es que, la rapidez con que los capitales de inversión entran y salen de determinadas regiones, en búsqueda de ganancias fáciles e inmediatas, ha seguramente contribuido, junto con otros factores, a algunas de las más graves crisis financieras de la última década, generando movimientos poblacionales en medio a un fuerte sentimiento de inseguridad humana.

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 marginalización y exclusión sociales), al mismo tiempo en que se verifica el debilitamiento del control del Estado sobre los flujos de capital y bienes y su incapacidad de proteger los miembros más débiles o vulnerables de la sociedad (v.g., los inmigrantes, los trabajadores extranjeros, los refugiados y desplazados). 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 con-

troles fronterizos y amenazando potencialmente a todos aquellos que buscan la entrada en otro país.

Paradójicamente, a la expansión de la "globalización" ha correspondido la erosión de la capacidad de los Estados de proteger los derechos económicos, sociales y culturales de la población; de ahí las necesidades crecientes de protección de los refugiados, los desplazados y los migrantes, en pleno umbral del siglo XXI, lo que exige una solidaridad en escala mundial. Esta gran paradoja no deja de ser trágica, considerándose los extraordinarios avances en la ciencia y tecnología en las últimas décadas, los cuales, sin embargo, no han sido capaces de reducir o erradicar el egoísmo humano. Más que cualquier técnica jurídica, se impone hoy día, para intentar resolver los problemas de los flujos poblacionales en razón de la globalización de la miseria, el despertar de una verdadera solidaridad a nivel global.

Por el momento, lo que se puede constatar es un aumento considerable - estadísticamente comprobado - de los marginalizados y excluidos en todo el mundo, - como revelado por la cifras crecientes

de refugiados, desplazados y migrantes en búsqueda de trabajo para sobrevivir. Las crecientes disparidades en escala global dan muestra de un mundo en el cual un número cada vez más reducido de "globalizadores" toman decisiones que condicionan las políticas públicas de los Estados casi siempre en beneficio de intereses privados, - con consecuencias nefastas para la mayoría aplastante de los "globalizados".

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

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

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. 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".

En las mismas 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). También en esta línea de razonamiento, en notable libro publicado en 1967, titulado *Le retour du tragique*, J.-M. Domenach observó que no hay cómo negar las raíces del propio espíritu humano, por cuanto la propia forma de adquisición de conocimientos, por parte de cada ser humano, - y consecuentemente de su manera de ver el mundo, - está en gran parte condicionada por factores

como el lugar de nacimiento, el idioma materno, los cultos, la familia y la cultura.

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

IV. El reconocimiento del derecho de permanecer en el propio hogar

El desarraigo como problema de los derechos humanos no pasó desapercibido en el ciclo de Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas de la década de noventa. Ya en la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Viena, 1993), el propio ACNUR reconoció la necesidad de dedicar mayor atención al alcance del derecho de permanecer con seguridad en el propio hogar (de no ser forzado al exilio) y del de-

recho de retornar con seguridad al hogar. El ACNUR se manifestó expresamente en este sentido en los debates de la referida Conferencia Mundial de Viena de 1993.

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

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

El derecho a no ser forzado al exilio, en esta perspectiva, "implica el deber concomitante del Estado de proteger las personas contra el

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

El Programa de Acción adoptado por la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (Cairo, 05-13.09.1994), a su vez, advirtió que, en el período de 1985-1993, el número de refugiados más que duplicó (de 8 y medio millones a 19 millones), en consecuencia de factores múltiples y complejos, inclusive "violaciones masivas de derechos humanos", instó los Estados a "respetar el principio del non-refoulement" (cf. infra) y a salvaguardar el derecho de las personas de "permanecer en seguridad en sus hogares", absteniéndose de políticas y prácticas que las fuerzen a huir. 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".

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

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

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

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. 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. 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. 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".

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

Los migrantes (particularmente los indocumentados o ilegales) se encuentran frecuentemente en una situación de gran vulnerabilidad (mayor que la de los nacionales), ante el riesgo del empleo precario (en la llamada "economía informal"), el propio desempleo y la pobreza (también en el país receptor). A ésto 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).

V. Los derechos humanos de los desarraigados

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

te 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 el cual cuida de enumerar los mismos derechos, de los desplazados internos, de que disfrutaran las demás personas en su país.

Los referidos Principios Básicos de 1998 determinan que el desplazamiento no se puede efectuar de modo a violar los derechos a la vida, a la dignidad, a la libertad y a la seguridad de los afectados (Principios 8 y siguientes). El documento también afirma otros derechos, como el derecho al respeto a la vida familiar (Principio 17), el derecho a un patrón adecuado de vida (Principio 18), el derecho a la igualdad ante la ley (Principio 20), el derecho a la educación (Principio 23). 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.

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). Una justificación para esta elaboración doctrinal reside en el hecho de que los instrumentos internacionales de protección de los refugiados han limitado la previsión de obligaciones solamente a los Estados de recepción, pero no en relación con los Estados de origen, de refugiados; a partir de esta constatación, se invoca una norma consuetudinaria de derecho humanitario prohibidora de la provocación de flujos de refugiados. Y a partir de ahí, se establecen las consecuencias del acto internacionalmente ilícito de generar flujos de refugiados - que se aplicarían a fortiori a flujos migratorios súbitos, - inclusive para efectos de reparaciones.

Estos esfuerzos doctrinales presentan, a mi modo de ver, aspectos tanto positivos como negativos. Por un lado, amplian el horizonte para el examen de la materia, abarcando a un mismo tiempo

tanto el Estado de recepción como el de origen (de los refugiados), y velando por la protección de los derechos humanos en ambos. Por otro lado, pasan al plano de las reparaciones con un enfoque esencialmente jusprivatista, justificando inclusive sanciones a Estados que, a rigor, no son los únicos responsables por los flujos poblacionales forzados. En un mundo "globalizado" de profundas desigualdades e 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 "individualizado" de tanta violencia, como trazar la línea divisoria, como singularizar Estados responsables - a la exclusión de otros Estados - por migraciones forzadas, como justificar represalias?

Tal como señalé en obra reciente, no me parece ser este el camino a seguir. El mal es de la propia condición humana; la cuestión de los flujos poblacionales forzados - directamente ligada a las precarias condiciones de vida de los victimados - debe ser tratada como verdadero tema global que es (a

la par de la responsabilidad estatal), teniendo presentes las obligaciones *erga omnes* de protección del ser humano. El desarrollo conceptual de tales obligaciones constituye una alta prioridad de la ciencia jurídica contemporánea con énfasis especial en la prevención.

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

En cuanto a la prevención del desarraigo, recuérdese que el antecedente, en el plano de las Naciones

Unidas, del sistema de "alerta inmediata" (early warning), emanó de una propuesta, al inicio de los años ochenta, del 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. Todo esto revela, en última instancia, la importancia de la prevalencia del derecho al desarrollo como un derecho humano, así como la dimensión preventiva de las interrelaciones del desarrollo con los derechos humanos. La materia ha atraído considerable atención en las ya citadas Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas de la década de noventa, que han proveído importantes elementos para su consideración (cf. supra).

VI. La prohibición de expulsión masiva

En 1986, la International Law Association adoptó (en su 62a. sesión, en Seoul), por consenso, la Declaración de Principios del Derecho Internacional sobre Expulsión Masiva, en la cual, inter alia, expresó su "profunda preocupación" con "la vulnerabilidad y posición precaria de muchas minorías", inclusive los trabajadores migrantes (preámbulo). La refe-

rida Declaración vinculó la expulsión masiva en determinadas circunstancias con el concepto de "crimen internacional" (principio 9). Sostuvo que el principio del non-refoulement, como "piedra angular de la protección de los refugiados", se aplica aunque no hayan éstos sido admitidos legalmente en el Estado receptor, e independientemente de haber llegado individual o masivamente (principio 12). E instó los Estados a poner fin a toda expulsión de carácter masivo y a establecer sistemas de "alerta inmediata" (early warning - principio 19).

Transcurridos dos años desde la adopción de esta Declaración, fue ella citada en los argumentos ante el Tribunal de Reclamaciones Irán/Estados Unidos, en el caso Leach versus Irán (en 08.12.1988), como "evidencia de limitaciones procesales" de la prerrogativa estatal de expulsión. El Protocolo n. 4 (de 1963) a la Convención Europea de Derechos Humanos prohíbe efectivamente la expulsión colectiva de extranjeros (artículo 4). Y aún en casos individuales, si la expulsión de un extranjero genera una separación de los miembros de la unidad familiar, acarrea una violación del artículo 8 de la Convención Euro-

pea de Derechos Humanos; por consiguiente, los Estados Partes en esta última ya no tienen discrecionalidad total de expulsar de su territorio extranjeros que ya hayan establecido un "vínculo genuino" con ellos.

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

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

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

VII. El fenómeno del desarraigo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos

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

En mi Voto Concurrente en la Resolución de la Corte en el referido

caso, me permití, al señalar la dimensión verdaderamente global del fenómeno contemporáneo del desarraigo, - que se manifiesta en diferentes regiones del mundo y representa un gran desafío al Derecho Internacional de los Derechos Humanos, - advertir que

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

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 proble-

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

En seguida pasé a abordar, en mi Voto Concurrente, a la par de la dimensión global, el otro aspecto del problema del desarraigo, 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. 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 una década después de aprobada, aún no haya entrado en vigor" (párr. 9).

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

fectamente, en mi entender, dictar medidas provisionales de protección de cada uno de ellos, siempre y cuando se reúnan los dos requisitos de la 'extrema gravedad y urgencia' y de la 'prevención de daños irreparables a las personas', consagrados en el artículo 63(2) de la Convención" (párr. 14).

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

Después de algunas otras observaciones, concluí mi referido Voto

Concurrente con la ponderación siguiente:

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

Más recientemente, en el caso de la Comunidad de Paz de San José de Apartadó, se planteó la cuestión de la protección de los miembros de una "Comunidad de Paz" en Colombia, ordenada por una

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

En cuanto al ejercicio de su función consultiva, la Corte Interamericana emitió recientemente su 16a. Opinión Consultiva, de considerable importancia, sobre El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal (1999), la cual tiene incidencia en la cuestión de la protección de los desarraigados. La referida Opinión Consultiva sostuvo que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963) concierne a la protección de los derechos del detenido extranjero, a quien reconoce el derecho individual a la pronta información sobre la asistencia consular. 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.

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" "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". Esta trascendental Opinión Consultiva de la Corte Interamericana tiene relevancia directa para toda persona privada de su libertad en el exterior, - inclusive, naturalmente, los migrantes.

En mi Voto Concurrente en esta Opinión Consultiva n. 16, observé que la evolución de las normas internacionales de protección ha sido "impulsada por nuevas y constantes valoraciones que emergen y florecen en el seno de la sociedad humana, y que naturalmente

se reflejan en el proceso de la interpretación evolutiva de los tratados de derechos humanos" (párr. 15). Y me permití, a seguir, formular la siguiente ponderación:

"La acción de protección, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no busca regir las relaciones entre iguales, sino proteger los ostensiblemente más débiles y vulnerables. Tal acción de protección asume importancia creciente en un mundo dilacerado por distinciones entre nacionales y extranjeros (inclusive discriminaciones de jure, sobretodo 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).

VIII. El principio del Non-Refoulement como Jus Cogens

El próximo punto a considerar concierne al principio del non-refoulement. Las primeras referencias al non-refoulement surgieron en la práctica internacional en el período de entre-guerras, sobre todo a partir de mediados de los años treinta; 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 Regiendo Aspectos Específicos de Problemas de Refugiados en África de 1969.

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

El próximo paso fue dado por la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, que pasó a referir el principio del non-refoule-

ment al dominio del propio jus cogens. Esta caracterización ha encontrado respaldo también en la doctrina contemporánea al respecto - la cual necesita, sin embargo, un mayor desarrollo conceptual al respecto (cf. infra). Nunca es demasiado reiterar la importancia capital del principio del non-refoulement, verdadera piedra angular de toda la protección internacional de los refugiados.

Quizás sea, incluso, necesario, recordar en nuestros días el carácter imperativo del non-refoulement, en relación con la normativa tanto del Derecho Internacional de los Refugiados como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, - como oportunamente señala la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994. La ya citada Convención de Naciones Unidas contra la Tortura (1984) consagra el principio del non-refoulement esencialmente para prevenir la tortura, en un contexto eminentemente de derechos humanos.

Así, se debe tener precaución en relación con ciertos neologismos en vogue, que pueden, cuando 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 temporal", vinieran a rebajar los estándares de protección consolidados a lo largo de años de lucha en pro de los derechos de los refugiados y desplazados. La nueva expresión "desplazados internos en tránsito", a veces utilizada en nuestro continente, además de peligrosa, es de difícil comprensión.

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

especializada contemporánea sobre la materia, sin mayor espíritu crítico. La metáfora parece haberse avanzado teniendo presente la imagen de astronautas... Pero si uno está "en órbita", es decir, es expulsado de un país a otro, difícilmente se caracterizaría como refugiado *stricto sensu*; aunque se pretenda 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. Se evita, así, el uso de una expresión un tanto rara, tratando el asunto en términos más precisos y con clara base jurídica convencional.

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*. Identificado, el *non-refoulement*, en el marco del primero como la prohibición del rechazo en la frontera, pasó a también asociarse, en el marco del segundo, con la prohibición absoluta de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, como evidenciado por su previsión en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (1984).

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 extraditacional, 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 Humanos.

El mismo principio enunciado por la Corte Europea en el caso *Soe-*

ring, 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. La referida inferencia del *non-refoulement* se da, pues, en materia tanto de extradición como de expulsión, bajo el artículo 3 de la Convención Europea.

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

También ejemplifica la dimensión preventiva del principio del *non-refoulement*, en materia de expul-

sión, v.g., el caso *Mutombo versus Suiza* (1994): el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura 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. Ciertos principios básicos, como el del *non-refoulement*, forman, pues, un mínimo irreducible de la protección de los derechos de la persona humana. Al contrario de Monsieur Jourdain, célebre personaje de Molière, que hablaba prosa sin saberlo 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).

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 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, inhumanos o degradantes), cuya prohibición es absoluta, - ya no hay cómo dudar, en mi entender, que el principio del non-refoulement recae en el dominio del jus cogens.

La consagración de este principio fundamental del Derecho Internacional de los Refugiados, ampliado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como siendo de jus cogens, acarrea, indudablemente, una limitación a la soberanía estatal (en materia de extradición, deportación, y expulsión), en favor de la integridad y

del bien estar de la persona humana. Corresponde, además, a mi modo de ver, a una inequívoca manifestación de la visión crecientemente antropocéntrica del derecho internacional contemporáneo.

IX. Reflexiones finales: la conciencia jurídica universal y la humanización del Derecho Internacional

Lo anteriormente expuesto caracteriza el desarraigo como un problema contemporáneo de los derechos humanos particularmente grave, revelando las nuevas necesidades de protección del ser humano en este umbral del siglo XXI. En realidad, por un lado, a pesar de todos los logros alcanzados en el campo de la salvaguardia internacional de los derechos humanos en las últimas décadas, persisten violaciones y surgen nuevos desafíos a la labor de protección. Por otro lado, las reacciones a dichas violaciones de los derechos humanos y la movilización para enfrentar los nuevos desafíos son hoy día inmediatos. Esto se debe, en mi entender, al despertar de la conciencia jurídica universal (a la cual me he referido en mis Votos supracitados en la Corte Interamericana de Derechos Humanos) para la necesidad de

asegurar la protección eficaz del ser humano en todas y cualesquiera circunstancias.

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

Recordé, en efecto, que el derecho internacional tradicional, vigente en el inicio del siglo pasado, caracterizábase por el voluntarismo estatal ilimitado, que se reflejaba en la permisividad del recurso a la guerra, de la celebración de tratados desiguales, de la diplomacia secreta, del mantenimiento de co-

lonias y protectorados y de zonas de influencia. Contra este orden oligárquico e injusto se insurgieron principios como los de la prohibición del uso y amenaza de la fuerza y de la guerra de agresión (y del no-reconocimiento de situaciones por estas generadas), de la igualdad jurídica de los Estados, de la solución pacífica de las controversias internacionales. Se dió, además, inicio al combate a las desigualdades (con la abolición de las capitulaciones, el establecimiento del sistema de protección de minorías bajo la Sociedad de las Naciones, y las primeras convenciones internacionales del trabajo de la OIT).

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

agencias especializadas, además de las organizaciones regionales.

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

Se comprendió, en el desarrollo del derecho internacional a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, que la razón de Estado tiene límites, en el atendimento de las necesidades y aspiraciones de la población, y en el tratamiento ecuánime de las cuestiones que

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

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

Su denominador común ha sido la atención especial a las condicio-

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

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

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

En seguida, en el referido Voto Concurrente, dejé constancia del reconocimiento, en nuestros días, de la necesidad de restituir al ser humano "la posición central - como sujeto del derecho tanto interno como internacional - de dónde fué indebidamente desplazado, con consecuencias desastrosas, evidenciadas en las sucesivas atrocidades cometidas en su contra en las tres últimas décadas. Todo ésto ocurrió con la complacencia del positivismo jurídico, en su subserviencia típica al autoritarismo estatal" (párr. 12). Y acrecenté:

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

En efecto, las atrocidades y abusos que han victimado en las últimas décadas millones de seres humanos en todas partes, aumentando los contingentes de refugiados, desplazados y migrantes en búsqueda de la sobrevivencia, han en definitiva despertado la conciencia jurídica universal para la apremiante necesidad de reconceptualizar las propias bases del ordenamiento jurídico internacional. Pero urge, en nuestros días, que se estimule este despertar de la conciencia jurídica universal para intensificar el proceso de humanización del derecho internacional contemporáneo, - tal como enfatizé en mi ya citado Voto Concurrente en el caso de los Haitianos y Dominica-

nos de Origen Haitiano en la República Dominicana (Medidas Provisionales de Protección, 2000) ante la Corte Interamericana (párr. 12).

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

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

Espero, sinceramente, que la doctrina jurídica del siglo XXI dedique

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

Los desafíos del siglo XXI no más admiten tanta reserva mental, y tampoco la actitud, tan generalizada y cómoda, de eximirse de examinar la cuestión muchísimo más difícil de la fuente material del derecho internacional contemporáneo. Esta cuestión no puede ser abordada adecuadamente desde una perspectiva positivista, y haciendo abstracción de los valores, y del propio fin del Derecho, - en el presente contexto, la protección del ser humano. El derecho

internacional no se reduce, en absoluto, a un instrumental a servicio del poder; su destinatario final es el ser humano, debiendo atender a sus necesidades, entre las cuales la realización de la justicia.

A contrario de lo afirmado, v.g., por Hans Kelsen, de que no era posible reconciliar el orden legal con el orden moral pienso que la experiencia humana a lo largo del siglo XX, marcado por tantos avances en el dominio científico-tecnológico acompañados por atrocidades sin precedentes, demuestra que no es posible concibir el orden legal haciendo abstracción del orden moral. La afirmación de Kelsen se dió en su evaluación de un estudio clásico de J.L. Brierly, quien, como él, buscó examinar la base de la validez de las normas del derecho internacional. Brierly llegó a afirmar, en su estudio, que la conexión entre el derecho y la moral es "mucho más fundamental" que su distinción, y que la base última de una obligación internacional reside en la moral; sin embargo, más adelante el propio Brierly confesó no saber cómo conciliar la convicción individual de actuar de acuerdo con el derecho con el carácter "imperativo" de este último. Y, en su *Law of Nations*, Brierly se limi-

tó, de manera insatisfactoria, a decir, *tout court*, que la respuesta a esta cuestión debe ser encontrada fuera del orden legal, debiendo la filosofía del derecho proveerla. Se detuvo, pues, en el medio del camino...

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

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

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

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

A la par de los trechos anteriormente citados de algunos de los documentos finales de dichas Conferencias, me limitaré a recordar un aspecto de los difíciles trabajos del Comité de Redacción de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), en los cuales tuve el privilegio de

participar. En mi relato de aquellos trabajos, me referí a la iniciativa de insertar, en la Declaración y Programa de Acción de Viena (principal documento resultante de aquella Conferencia), una invocación al "espíritu de nuestra época" y a las "realidades de nuestro tiempo", a requerir que los Estados miembros de las Naciones Unidas y todos los pueblos del mundo se dedicasen a la tarea verdaderamente global de promover y proteger todos los derechos humanos de modo a asegurarles goce pleno y universal. Y agregué, en mi relato:

- "En efecto, los debates sobre este último pasaje proporcionaron uno de los momentos más luminosos de los trabajos del Comité de Redacción de la Conferencia, en la tarde del 23 de junio [de 1993]. Originalmente se contemplaba hacer referencia sólo al 'espíritu de nuestra época', pero se decidió agregar otra referencia a las 'realidades de nuestro tiempo' en el entendimiento de que éstas habrían de ser apreciadas a la luz de aquel: el 'espíritu de nuestra época' se caracteriza por la aspiración común a valores superiores, al fortalecimiento de la promoción y protección de los derechos humanos intensificadas en

la transición democrática e instauración del Estado de Derecho en tantos países, a la búsqueda de soluciones globales en el tratamiento de temas globales (mención hecha, v.g., a la necesidad de erradicación de la pobreza extrema). Este el entendimiento que prevaleció, al respecto, en el Comité de Redacción".

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

En un estudio clásico de 1946, Max Sorensen no se eximió de

distinguir las fuentes formales del derecho internacional, - es decir, los métodos o procedimientos por los cuales son creadas las reglas del derecho internacional, - de su fuente material, la cual comprende, en sus palabras,

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

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

En América Latina, referencias a "conciencia jurídica" y a "con-

ciencia moral" se encuentran, por ejemplo, en la *Meditación sobre la Justicia* (1963) del jurista mexicano Antonio Gómez Robledo, en medio a su juiciosa crítica del positivismo jurídico. Y dos décadas antes, el jurista chileno Alejandro Álvarez argumentaba que los grandes principios del derecho internacional, y la propia "justicia internacional", emanan de la "conciencia pública" o "conciencia de los pueblos". Estos son algunos ejemplos a revelar que, de los dos lados del Atlántico, hubo jusinternacionalistas que tuvieron la intuición y la sensibilidad para la realidad de la conciencia humana, mas allá de la "realidad" cruda de los hechos.

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

que "un nuevo espíritu" de la época, y la "conciencia jurídica de los pueblos", requerían un nuevo derecho de gentes, con la afirmación de los derechos humanos.

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

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

Al final de los referidos debates, el Institut (22a. Comisión) efectivamente adoptó una resolución conteniendo la "Déclaration des droits internationaux de l'homme", cuyo primer considerandum afirmó con énfasis que "la conscience juridique du monde civilisé exige la reconnaissance à l'individu de droits soustraits à toute atteinte de la part de l'État".

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

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

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

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

La evolución conceptual aquí examinada gradualmente se movía, a partir de los años sesenta, de la dimensión internacional a la universal, bajo la gran influencia del desarrollo del propio Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El reconocimiento de ciertos valores fundamentales, sobre la base de un sentido de justicia objetiva, en mucho contribuyó a la formación de la *communis opinio juris* en las últimas décadas del siglo XX. Lo mismo se puede decir de los intereses comunes de la comunidad internacional y del reconocimiento generalizado del imperativo de satisfacer las nece-

sidades sociales básicas. Así, al inicio de los años setenta, el jurista nigeriano T.O. Elias, por ejemplo, no hesitó en referirse al "overwhelming trend toward consensus which is an expression of the juridical conscience of the world community".

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

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

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

Una cláusula de la mayor transcendencia merece destaque: la llamada cláusula Martens, que cuenta con más de un siglo de trayectoria histórica. Originalmente presentada por el Delegado de Rusia, Friedrich von Martens, a la I Conferencia de Paz de La Haya (1899), fue insertada en los preámbulos de la II Convención de La Haya de 1899 (párr. 9) y de la IV Convención de La Haya de 1907 (párr. 8), ambas relativas a las leyes y costumbres de la gue-

rra terrestre. Su propósito - conforme la sabia premonición del jurista y diplomático ruso - era el de extender jurídicamente la protección a las personas civiles y los combatientes en todas las situaciones, aunque no contempladas por las normas convencionales; con este fin, la cláusula Martens invocaba "los principios del derecho de gentes" derivados de "los usos establecidos", así como "las leyes de humanidad" y "las exigencias de la conciencia pública".

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

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

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

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

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

circunstancias. Se afirman hoy, con mayor vigor, los derechos humanos universales.

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

- "(...) S'il subsiste encore sur la terre, de grandes zones où des millions d'hommes ou de femmes résignés à leur destin n'osent pas proférer la moindre plainte ou même ne conçoivent pas qu'un recours quelconque soit possible, ces territoires se rétrécissent de jour en jour. La prise de conscience de ce qu'une émancipation est possible, est devenue de plus en plus générale. (...) La condition première de toute justice, c'est-à-dire la possibilité d'acculer les

puissants à subir (...) un contrôle public, est remplie beaucoup plus souvent que jadis. (...) La plupart des Conventions et Pactes [des droits de l'homme], (...) incitent les États Parties à créer chez eux des instances de recours et prévoient certaines mesures de protection ou de contrôle international. (...) Le fait que la résignation sans espoir, que le mur du silence et que l'absence de tout recours soient en voie de réduction ou de disparition, ouvre à l'humanité en marche des perspectives encourageantes. (...)".

La emancipación del ser humano vis-à-vis el propio Estado avanza lentamente, pero avanza. Nadie podría suponer o antever, hace algunos años atrás, que las causas de los desplazados, de los migrantes en búsqueda de alimento, vivienda, trabajo y educación (cf. supra), y de los niños abandonados en las calles de las ciudades de América Latina, alcanzasen un tribunal internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Ésto es fruto, sobre todo, del despertar de la conciencia humana para las necesidades de protección de los más débiles y de los olvidados.

Movida por esta conciencia, la propia dinámica de la vida inter-

nacional contemporánea ha cuidado de desautorizar el entendimiento tradicional de que las relaciones internacionales se regían por reglas derivadas enteramente de la libre voluntad de los propios Estados. El positivismo voluntarista se mostró incapaz de explicar el proceso de formación de las normas del derecho internacional general, y se tornó evidente que sólo se podría encontrar una respuesta al problema de los fundamentos y de la validez de este último en la conciencia jurídica universal, a partir de la afirmación de la idea de una justicia objetiva. En este umbral del siglo XXI, tenemos el privilegio de testimoniar e impulsar el proceso de humanización del derecho internacional, que pasa a ocuparse más directamente de la identificación y realización de valores y metas comunes superiores. El reconocimiento de la centralidad de los derechos humanos corresponde a un nuevo ethos de nuestros tiempos.

En la construcción del ordenamiento jurídico internacional del nuevo siglo, testimoniamos, con la gradual erosión de la reciprocidad, la emergencia *pari passu* de consideraciones superiores de *ordre public*, reflejadas en las concepciones de las normas imperativas del derecho internacional

general (el *jus cogens*), - en cuyo dominio hoy se sitúa el principio básico del *non-refoulement*, - de los derechos fundamentales inderogables, de las obligaciones *erga omnes* de protección (debidas a la comunidad internacional como un todo). La consagración de estas obligaciones representa la superación de un patrón de conducta erigido sobre la pretensión autonomía de la voluntad del Estado, del cual el propio derecho internacional buscó gradualmente liberarse al consagrar el concepto de *jus cogens*.

Hay que dar seguimiento a la evolución alentadora de la consagración de las normas de *jus cogens* y obligaciones *erga omnes* de protección, buscando asegurar su plena aplicación práctica, en beneficio de todos los seres humanos. Estas nuevas concepciones se imponen en nuestros días, y de su fiel observancia, a mi juicio, dependerá en gran parte la evolución futura del propio Derecho Internacional. En estas cercanías de la Catedral de La Habana, en el corazón de Cuba, no hesito en expresar mi entendimiento de que es este, efectivamente, el camino a seguir, con determinación, para que no más tengamos que continuar a convivir con las contradicciones trágicas, las injusticias y atrocidades que han marcado el siglo XX.