

VOTO CONCURRENTENTE DEL JUEZ A.A. CANÇADO TRINDADE

1. Voto a favor de la adopción de la presente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que constituye, a mi juicio, un significativo aporte a la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Hace cuatro años, la Corte Interamericana emitió la histórica Opinión Consultiva n. 16, sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (del 01.10.1999), verdaderamente pionera, que ha servido de inspiración para la jurisprudencia internacional *in statu nascendi* sobre la materia¹. El día de hoy, en la misma línea de razonamiento orientado a las necesidades e imperativos de la protección de la persona humana, y al final de un procedimiento consultivo que ha generado la mayor movilización de toda su historia², la Corte Interamericana adopta otra Opinión Consultiva, de gran trascendencia y nuevamente pionera, sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, tornándose el primer tribunal internacional a pronunciarse sobre esta materia como tema central.

2. Aún más significativo es el hecho de que la materia tratada en la presente Opinión Consultiva, solicitada por México y adoptada por la Corte por unanimidad, es de interés directo de amplios segmentos de la población en distintas latitudes, - en realidad, de millones de seres humanos³, - y constituye en nuestros días una preocupación legítima de toda la comunidad internacional, y - yo no me eximiría de agregar, - de la humanidad como un todo. Dada la trascendental importancia de los puntos examinados por la Corte Interamericana en la presente Opinión Consultiva, me veo en la obligación de dejar constancia, como fundamento jurídico de mi posición sobre la materia, las reflexiones que me permito desarrollar en este Voto Concurrente, particularmente en relación con los aspectos que me parecen merecer atención especial.

3. Dichos aspectos corresponden a los que me permito así denominar: 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

¹. La Corte Interamericana, mediante su referida Opinión Consultiva n. 16, - emitida al final de un procedimiento consultivo que generó amplia movilización (con ocho Estados intervinientes, además de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de diversas organizaciones no-gubernamentales e individuos), - fue efectivamente el primer

². Además de un considerable volumen de escritos, dicho procedimiento contó con dos audiencias públicas, la primera realizada en la sede de la Corte Interamericana en San José de Costa Rica, en febrero de 2003, y la segunda realizada por primera vez en su historia fuera de su sede, en Santiago de Chile, en junio de 2003. El procedimiento contó con la participación de doce Estados acreditados (entre los cuales cinco Estados intervinientes en las audiencias públicas), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, una agencia de Naciones Unidas (el Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados - ACNUR), y nueve entidades de la sociedad civil y de la Academia de diversos países de la región, además del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos.

³. 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 Pubs., 2000, pp. 26-33.

los principios generales del Derecho; f) los principios fundamentales como *substratum* del propio ordenamiento jurídico; g) el principio de la igualdad y la no-discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos; h) la emergencia, el contenido y el alcance del *jus cogens*; e i) la emergencia, el contenido y el alcance de las obligaciones *erga omnes* de protección (sus dimensiones horizontal y vertical). Paso a presentar mis reflexiones sobre cada uno de estos aspectos.

I. La *Civitas Maxima Gentium* y la Universalidad del Género Humano.

4. La consideración de una cuestión como la de la cual se ocupa la presente Opinión Consultiva no puede hacer abstracción de las enseñanzas de los llamados fundadores del Derecho Internacional, en cuyo pensamiento se encuentran reflexiones de notable actualidad, y de importancia para la solución jurídica inclusive de problemas contemporáneos. Francisco de Vitoria, por ejemplo, en su contribución pionera y decisiva para la noción de prevalencia del *Estado de Derecho*, sostuvo, en sus aclamadas *Relecciones Teológicas* (1538-1539), que el ordenamiento jurídico obliga a todos - tanto gobernados como gobernantes, y que la comunidad internacional (*totus orbis*) prima sobre el arbitrio de cada Estado individual⁴. En la concepción de Vitoria, el gran maestro de Salamanca, el derecho de gentes regula una comunidad internacional constituida de seres humanos organizados socialmente en Estados y coextensiva con la propia humanidad⁵; la reparación de las violaciones de derechos (humanos) refleja una necesidad internacional atendida por el derecho de gentes, con los mismos principios de justicia aplicándose tanto a los Estados como a los individuos o pueblos que los forman⁶.

5. En la visión de Francisco Suárez (autor del tratado *De Legibus ac Deo Legislatore*, 1612), el derecho de gentes revela la unidad y universalidad del género humano; los Estados tienen necesidad de un sistema jurídico que regule sus relaciones, como miembros de la sociedad universal⁷. Para Suárez, el derecho de gentes abarcaba, además de las naciones y los pueblos, el género humano como un todo, y el derecho atendía a las necesidades de reglamentación de todos los pueblos y seres humanos. Tanto Suárez como Vitoria formularon las bases de los deberes internacionales de los Estados *vis-à-vis* inclusive los extranjeros, en el marco del principio general de la libertad de circulación y de las comunicaciones, a la luz de la *universalidad del género humano*⁸. La sociabilidad y solidaridad humanas estaban presentes en

⁴. Cf. Francisco de Vitoria, *Relecciones - del Estado, de los Indios, y del Derecho de la Guerra*, México, Porrúa, 1985, pp. 1-101; A. Gómez Robledo, *op. cit. infra* n. (15), pp. 30-39; W.G. Grewe, *The Epochs of International Law*, Berlin, W. de Gruyter, 2000, pp. 189-190.

⁵. Cf., en particular, Francisco de Vitoria, *De Indis - Relectio Prior* (1538-1539), in: *Obras de Francisco de Vitoria - Relecciones Teológicas* (ed. T. Urdanoz), Madrid, BAC, 1960, p. 675.

⁶. 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) p. 411; J. Brown Scott, *The Spanish Origin of International Law - Francisco de Vitoria and his Law of Nations*, Oxford/London, Clarendon Press/H. Milford - Carnegie Endowment for International Peace, 1934, pp. 282-283, 140, 150, 163-165 y 172.

⁷. Cf. Association Internationale Vitoria-Suarez, *Vitoria et Suarez - Contribution des Théologiens au Droit International Moderne*, Paris, Pédone, 1939, pp. 169-170.

⁸. Cf. *ibid.*, pp. 40-46, y cf. pp. 5-6 y 11-12.

toda la construcción doctrinal y la contribución de los teólogos españoles a la formación del derecho de gentes.

6. A su vez, la concepción del *jus gentium* de Hugo Grotius - cuya obra, sobre todo el *De Jure Belli ac Pacis* (1625), se sitúa en los orígenes del derecho internacional, como vino a ser conocida la disciplina, - estuvo siempre atenta al rol de la sociedad civil. Para Grotius, el Estado no es un fin en si mismo, sino más bien un medio para asegurar el ordenamiento social en conformidad con la inteligencia humana, de modo a perfeccionar la "sociedad común que abarca toda la humanidad"⁹. En el pensamiento grociano, toda norma jurídica - sea de derecho interno o de derecho de gentes - crea derechos y obligaciones para las personas a quienes se dirigen; la obra precursora de Grotius, ya en la primera mitad del siglo XVII, admite así la posibilidad de la protección internacional de los derechos humanos contra el propio Estado¹⁰.

7. Según la visión grociana, el ser humano y su bien estar ocupan posición central en el sistema de las relaciones internacionales; los patrones de justicia aplícanse *vis-à-vis* tanto los Estados como los individuos¹¹. Para Grotius, el derecho natural deriva de la razón humana, es un "dictado de la recta razón", e impone límites a la "conducta irrestricta de los gobernantes de los Estados"¹². Están los Estados sometidos al Derecho, y el Derecho Internacional tiene "un fundamento objetivo, independiente y por encima de la voluntad de los Estados"¹³. Las consideraciones de justicia permean así las reglas de derecho y fomentan su evolución¹⁴.

8. Aún antes de Grotius, Alberico Gentili (autor de *De Jure Belli*, 1598) sostuvo, a finales del siglo XVI, que es el Derecho que regula la convivencia entre los miembros de la *societas gentium* universal¹⁵. Samuel Pufendorf (autor de *De Jure Naturae et Gentium*, 1672), a su vez,

⁹. P.P. Remec, *The Position of the Individual in International Law according to Grotius and Vattel*, The Hague, Nijhoff, 1960, pp. 216 y 203. Los sujetos tienen derechos *vis-à-vis* el Estado soberano, que no puede exigir obediencia de sus ciudadanos de forma absoluta (imperativo del bien común); así, en la visión de Grotius, la razón de Estado tiene límites, y la concepción absoluta de ésta última tornase aplicable en las relaciones tanto internacionales como internas del Estado. *Ibid.*, pp. 219-220 y 217.

¹⁰. *Ibid.*, pp. 243 y 221. Hay, pues, que tener siempre presente el verdadero legado de la tradición grociana del derecho internacional. La comunidad internacional no puede pretender basarse en la *voluntas* de cada Estado individualmente. Ante la necesidad histórica de regular las relaciones de los Estados emergentes, sustentaba Grotius que las relaciones internacionales están sujetas a las normas jurídicas, y no a la "razón de Estado", la cual es incompatible con la propia existencia de la comunidad internacional: esta última no puede prescindir del Derecho. (Cf., al respecto, el estudio clásico de Hersch Lauterpacht, "The Grotian Tradition in International Law", *23 British Year Book of International Law* (1946) pp. 1-53).

¹¹. Hersch Lauterpacht, "The Law of Nations, the Law of Nature and the Rights of Man", *29 Transactions of the Grotius Society* (1943) pp. 7 y 21-31.

¹². E. Jiménez de Aréchaga, "El Legado de Grocio y el Concepto de un Orden Internacional Justo", in *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional - Libro-Homenaje al Profesor A. Truyol y Serra*, tomo I, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 1986, pp. 608 y 612-613.

¹³. *Ibid.*, p. 617.

¹⁴. *Ibid.*, pp. 619-621.

¹⁵. A. Gómez Robledo, *Fundadores del Derecho Internacional*, México, UNAM, 1989, pp. 48-55.

defendió "el sometimiento del legislador a la más alta ley de la naturaleza humana y de la razón"¹⁶. De su parte, Christian Wolff (autor de *Jus Gentium Methodo Scientifica Pertractatum*, 1749), ponderaba que así como los individuos deben, en su asociación en el Estado, promover el bien común, a su vez el Estado tiene el deber correlativo de buscar su perfección¹⁷.

9. Lamentablemente, las reflexiones y la visión de los llamados fundadores del derecho internacional, que lo concebían como un sistema verdaderamente universal¹⁸, vinieron a ser suplantadas por la emergencia del positivismo jurídico, que, sobre todo a partir del siglo XIX, personificó el Estado dotándolo de "voluntad propia", reduciendo los derechos de los seres humanos a los que el Estado a éstos "concedía". El consentimiento o la "voluntad" de los Estados (el positivismo voluntarista) se tornó el criterio predominante en el derecho internacional, negando *jus standi* a los individuos, a los seres humanos¹⁹. Esto dificultó la comprensión de la sociedad internacional, y debilitó el propio Derecho Internacional, reduciéndolo a un derecho interestatal, no más *por encima* sino *entre* Estados soberanos²⁰. Las consecuencias desastrosas de esta distorsión son ampliamente conocidas.

10. El gran legado del pensamiento jurídico de la segunda mitad del siglo XX, mediante la emergencia y evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, ha sido, a mi juicio, el rescate del ser humano como sujeto del derecho tanto interno como internacional, dotado de capacidad jurídica internacional²¹. Pero este avance viene acompañando de nuevas necesidades de protección, a requerir nuevas respuestas por parte del propio *corpus juris* de protección. Es el caso, en nuestros días, de las personas afectadas por los problemas planteados en el presente procedimiento consultivo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

11. Para hacer frente a estos problemas, entiendo que se debe presente el valioso legado de los fundadores del Derecho Internacional. 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: la *societas gentium* era expresión de la unidad fundamental del género humano, formando una verdadera *societas ac communicatio*, por cuanto ningún Estado era

¹⁶. *Ibid.*, p. 26.

¹⁷. César Sepúlveda, *Derecho Internacional*, 13a. ed., México, Ed. Porrúa, 1983, pp. 28-29. Wolff vislumbró los Estados-nación como miembros de una *civitas maxima*, concepto que Emmerich de Vattel (autor de *Le Droit des Gens*, 1758), posteriormente, invocando la necesidad de "realismo", pretendió sustituir por una "sociedad de naciones" (concepto menos avanzado); cf. F.S. Ruddy, *International Law in the Enlightenment - The Background of Emmerich de Vattel's Le Droit des Gens*, Dobbs Ferry/N.Y., Oceana, 1975, p. 95; para una crítica a ese retroceso (incapaz de fundamentar el principio de *obligación* en el derecho internacional), cf. J.L. Brierly, *The Law of Nations*, 6a. ed., Oxford, Clarendon Press, pp. 38-40.

¹⁸. C. Wilfred Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, Stevens, 1958, pp. 66-69; y cf. también René-Jean Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica/UNESCO, 1986, pp. 164-165.

¹⁹. P.P. Remec, *The Position of the Individual...*, *op. cit. supra* n. (9), pp. 36-37.

²⁰. *Ibid.*, p. 37.

²¹. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo III, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 447-497.

autosuficiente²². El nuevo *jus gentium*, así concebido inclusive para atender a las necesidades humanas, abrió camino para la concepción de un derecho internacional universal²³.

12. Pasó a prevalecer la creencia - expresada en la obra de H. Grotius - de que era posible captar el contenido de ese derecho por medio de la razón: el derecho natural, del cual derivaba el derecho de gentes, era un dictado de la razón²⁴. En el marco de la nueva concepción universalista se afirmó, a partir de F. Vitoria, el *jus communicationis*, erigiendo la libertad de movimiento y de intercambio comercial como uno de los pilares de la propia comunidad internacional²⁵. Los controles de ingreso de extranjeros sólo se manifestaron en época histórica bien más reciente (cf. párr. 35, *infra*), a la par de los grandes flujos migratorios y del desarrollo del derecho de los refugiados y desplazados²⁶.

II. Las Disparidades del Mundo Dicho "Globalizado", los Desplazamientos Forzados y la Vulnerabilidad de los Migrantes.

13. 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 noventa²⁷, 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, represión y persecución, violaciones sistemáticas de los derechos humanos, rivalidades étnicas y xenofobia, violencia de distintas formas, inseguridad personal²⁸.

14. Las migraciones y los desplazamientos forzados, con el consecuente desarraigo de tantos seres humanos, acarrearán traumas: sufrimiento del abandono del hogar (a veces con separación o desagregación familiar), pérdida de la profesión y de bienes personales, arbitrariedades y humillaciones impuestas por autoridades fronterizas y oficiales de seguridad, pérdida del idioma materno y de las raíces culturales, choque cultural y sentimiento

²². P. Guggenheim, "Contribution à l'histoire des sources du droit des gens", 94 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1958) pp. 21-22.

²³. J. Moreau-Reibel, "Le droit de société interhumaine et le *jus gentium* - Essai sur les origines et le développement des notions jusqu'à Grotius", 77 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1950) pp. 506-510.

²⁴. G. Fourlanos, *Sovereignty and the Ingress of Aliens*, Stockholm, Almqvist & Wiksell, 1986, p. 17.

²⁵. *Ibid.*, pp. 19-23, y cf. pp. 79-81.

²⁶. Cf. *ibid.*, pp. 160-161 y 174-175.

²⁷. Los desplazamientos forzados en los años noventa (después del llamado fin de la guerra fría) abarcaron cerca de nueve millones de personas; UNHCR, *The State of the World's Refugees - Fifty Years of Humanitarian Action*, Oxford, UNHCR/Oxford University Press, 2000, p. 9.

²⁸. 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 151-252, y cf. p. 260; F.M. Deng, *Protecting the Dispossessed - A Challenge for the International Community*, Washington D.C., Brookings Institution, 1993, pp. 3-20.

permanente de injusticia²⁹. La llamada "globalización" de la economía se ha hecho acompañar de la persistencia (y en varias partes del mundo del agravamiento) de las disparidades al interior de las naciones y en las relaciones entre ellas, constatándose, v.g., 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 buscados por los migrantes.

15. Los migrantes, - particularmente los indocumentados, - como lo señala la Corte Interamericana en la presente Opinión Consultiva n. 18 (párrs. 112-113 y 131-132), - se encuentran frecuentemente en una situación de gran vulnerabilidad, ante el riesgo del empleo precario (en la llamada "economía informal"), de la explotación laboral, del propio desempleo y la perpetuación en la pobreza (también en el país receptor)³⁰. La "falta administrativa" de la indocumentación ha sido "criminalizada" en sociedades intolerantes y represivas, agravando aún más los problemas sociales de que padecen. El drama de los refugiados y los migrantes indocumentados sólo podrá ser eficazmente tratado en medio a un espíritu de verdadera solidaridad humana hacia los victimados³¹. 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 todos estos traumas.

16. En tiempos de la así-llamada "globalización" (el neologismo disimulado y falso que está de moda en nuestros días), las fronteras se han abierto a los capitales, bienes y servicios, pero se han tristemente cerrado a los seres humanos. El neologismo que sugiere la existencia de un proceso que abarcaría a todos y del cual todos participarían, en realidad oculta la fragmentación del mundo contemporáneo, y la exclusión y marginación sociales de segmentos cada vez mayores de la población. El progreso material de algunos se ha hecho acompañar por las formas contemporáneas (y clandestinas) de explotación laboral de muchos (la explotación de los migrantes indocumentados, la prostitución forzada, el tráfico de niños, el trabajo forzado y esclavo), en medio al aumento comprobado de la pobreza y la exclusión y marginación sociales³².

17. 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 mercadorías 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 económica³³, en medio a la triste mercantilización de las relaciones humanas.

²⁹. 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"; S. Weil, *The Need for Roots*, London/N.Y., Routledge, 1952 (reprint 1995), p. 41; y cf. también las ponderaciones de H. Arendt, *La tradición cachée*, Paris, Ch. Bourgeois Éd., 1987 (ed. orig. 1946), pp. 58-59 y 125-127.

³⁰. H. Domenach y M. Picouet, *Les migrations*, Paris, PUF, 1995, pp. 58-61, 66 y 111, y cf. pp. 48 y 82-85.

³¹. J. Ruiz de Santiago, "Derechos Humanos, Migraciones y Refugiados: Desafíos en los Inicios del Nuevo Milenio", *Memoria del III Encuentro de Movilidad Humana: Migrante y Refugiado*, San José de Costa Rica, ACNUR/IIDH, 2001, pp. 37-72.

³². Cf., e.g., M. Lengellé-Tardy, *L'esclavage moderne*, Paris, PUF, 1999, pp. 8-13, 21-32 y 73-98.

³³. 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.

Verifícase hoy, además, a la par de un recrudecimiento de la intolerancia y la xenofobia, una lamentable erosión del derecho de asilo³⁴ (cf. *infra*, párrs. 36-42). Todos estos peligrosos desarrollos apuntan hacia un nuevo mundo vacío de valores, que se adhiere, sin mayor reflexión, a un modelo insostenible.

18. En el seno de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en mi Voto Concurrente en el caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiana en la República Dominicana* (Medidas Provisionales de Protección, Resolución del 18.08.2000) señalé 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" (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).

19. 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" (párr. 7). Acrecenté mi entendimiento en el sentido de que "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).

20. 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).

III. La Reacción de la *Conciencia Jurídica Universal (Opinio Juris Communis)*.

³⁴. Cf., e.g., F. Crepeau, *Droit d'asile - de l'hospitalité aux contrôles migratoires*, Bruxelles, Bruylant/Éd. Univ. de Bruxelles, 1995, pp. 17-353; Ph. Ségur, *La crise du droit d'asile*, Paris, PUF, 1998, pp. 5-171; 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*, 2a. ed., San José de Costa Rica, ACNUR, 2003, pp. 23-123.

21. Sobre este último punto, cabe recordar que, 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). Sostuvo que el principio del *non-refoulement*, como "piedra angular de la protección de los refugiados", se aplica, aunque no hayan sido éstos 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 inmediato" (*early warning* - principio 19)³⁵. Cuatro años después, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares (1990) vino a prohibir medidas de expulsión colectiva, y a determinar que cada caso de expulsión debería ser "examinado y decidido individualmente", conforme a la ley (artículo 22).

22. Cabe, además, subrayar que el denominador común del ciclo de las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas del final del siglo XX³⁶ ha sido precisamente la atención especial dedicada a las *condiciones de vida* de la población (particularmente de los grupos vulnerables, en necesidad especial de protección, los cuales incluyen ciertamente los migrantes indocumentados), de ahí resultando el reconocimiento universal de la necesidad de situar los seres humanos, en definitiva, en el centro de todo proceso de desarrollo³⁷. En la presente Opinión Consultiva n. 18, la Corte Interamericana ha tomado en cuenta los documentos finales de dos de aquellas Conferencias (párrs. 116 y 164), a saber, el Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (Cairo, 1994), y la Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia (Durban, 2001).

23. 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"³⁸. Tal como me permití señalar en mi Voto Concurrente en la Opinión Consultiva n. 16 de la Corte

³⁵. La referida Declaración llegó a vincular la expulsión masiva en determinadas circunstancias con el concepto de "crimen internacional" (principio 9).

³⁶. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Rio de Janeiro, 1992; II Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, Viena, 1993; Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, Cairo, 1994; Cumbre Mundial para el Desarrollo Social, Copenhague, 1995; IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995; II Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos, Habitat-II, Istanbul, 1996. A estas se siguieron, más recientemente, la Conferencia de Roma sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, 1998; y la Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia, Durban, 2001.

³⁷. A.A. Cançado Trindade, "Desarrollo Humano y Derechos Humanos en la Agenda Internacional del Siglo XXI", *in Memoria - Foro Desarrollo Humano y Derechos Humanos* (Agosto de 2000), San José de Costa Rica, PNUD/Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 25-42.

³⁸. 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.

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),

"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).

24. En seguida, en el referido Voto Concurrente en la Opinión Consultiva n. 16, 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*" (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).

25. 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 indocumentados 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 contemporáneo³⁹. También en el caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (Sentencia sobre el fondo, de 25 de noviembre de 2000), me permití insistir en el punto; en mi Voto Razonado, reafirmé que

"(...) la existencia de una *conciencia jurídica universal* (correspondiente a la *opinio juris communis*) (...) 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, y cf. párr. 28).

26. A partir de ahí, urge buscar la reconstrucción del derecho de gentes, en este inicio del siglo XXI, con base en un nuevo paradigma, ya no más estatocéntrico, sino situando el ser humano en posición central⁴⁰ y teniendo presentes los problemas que afectan a la humanidad

³⁹. Tal como enfatizé en mi ya citado Voto Concurrente en el caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiana en la República Dominicana* (Medidas Provisionales de Protección, 2000) ante la Corte Interamericana (párr. 12).

⁴⁰. Trátase de una verdadera reconstrucción; hace más de medio siglo, Maurice Bourquin advertía que "ni au point de vue de son objet, ni même au point de vue de sa structure, le droit des gens ne peut se définir comme un droit inter-étatique. (...) L'être humain (...) y occupe une place de plus en plus considérable"; M. Bourquin, "L'humanisation du droit des gens", in *La technique et les principes du Droit public - Études en l'honneur de Georges Scelle*, tomo I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 53-54.

como un todo. La existencia de la persona humana, que tiene su raíz en el espíritu, fue el punto de partida, v.g., de las reflexiones de Jacques Maritain, para quien el verdadero progreso significaba la *ascensión de la conciencia*, de la igualdad y comunión de todos en la naturaleza humana, realizando así el bien común y la justicia⁴¹. 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 ha contribuido a la formación de la *opinio juris communis*⁴² en las últimas décadas del siglo XX, que cabe seguir desarrollando en nuestros días para hacer frente a las nuevas necesidades de protección del ser humano.

27. A pesar de que el ordenamiento jurídico internacional de este inicio del siglo XXI encuéntrase, pues, demasiado distante de los ideales de los fundadores del derecho de gentes (*supra*), no hay que capitular ante esta realidad, sino más bien enfrentarla. Se podría argumentar que el mundo contemporáneo es enteramente distinto del de la época de F. Vitoria, F. Suárez y H. Grotius, quienes propugnaron por una *civitas maxima* regida por el derecho de gentes, el nuevo *jus gentium* por ellos reconstruido. Pero aunque se trate de dos escenarios mundiales diferentes (nadie lo negaría), la aspiración humana es la misma, o sea, la de la construcción de un ordenamiento internacional aplicable tanto a los Estados (y organizaciones internacionales) cuanto a los seres humanos (el derecho *de gentes*), de conformidad con ciertos patrones universales de justicia, sin cuya observancia no puede haber paz social. Hay, pues, que empeñarse en un verdadero *retorno a los orígenes* del derecho de gentes, mediante el cual se impulsará el actual proceso histórico de *humanización* del Derecho Internacional.

28. Si es cierto que el drama de los numerosos refugiados, desplazados y migrantes indocumentados 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 de sus derechos fundamentales son hoy inmediatas y contundentes, en razón precisamente del despertar de la conciencia jurídica universal para la necesidad de prevalencia de la dignidad de la persona humana en cualesquiera circunstancias. La emergencia y consagración del *jus cogens* en el Derecho Internacional contemporáneo (cf. *infra*) constituyen, a mi modo de ver, una manifestación inequívoca de este despertar de la conciencia jurídica universal.

29. En el curso del procedimiento ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos relativo a la presente Opinión Consultiva, el Estado solicitante, México, destacó con pertinencia la importancia de la llamada *cláusula Martens* como elemento de interpretación del derecho (sobre todo humanitario), que podría inclusive amparar los migrantes. Al respecto, creo ser posible ir aún más allá: al menos una corriente de la doctrina jurídica contemporánea ha llegado a caracterizar la cláusula Martens como *fuentes* del propio derecho internacional

⁴¹. J. Maritain, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires, Ed. Leviatán, 1982 (reimpr.), pp. 12, 18, 38, 43 y 94-96, y cf. p. 69. Se imponía 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 (*ibid.*, pp. 50 y 105-108). Al afirmar que "la persona humana trasciende el Estado", por cuanto tiene "un destino superior al tiempo", agregó que "cada persona humana tiene el derecho de decidir por sí misma en lo que concierne a su destino personal (...)" (*ibid.*, pp. 79-82, y cf. p. 104).

⁴². Maarten Bos, *A Methodology of International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1984, p. 251, y cf. pp. 246 y 253-255.

general⁴³; y nadie osaría hoy negar que las "leyes de humanidad" y las "exigencias de la conciencia pública" invocadas por la cláusula Martens pertenecen al dominio del *jus cogens*⁴⁴. 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 lo he afirmado en obra reciente, - como expresión de la *razón de humanidad* imponiendo límites a la *razón de Estado (raison d'État)*⁴⁵.

30. Uno de los aportes significativos de la presente Opinión Consultiva n. 18 sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados* reside en su determinación del amplio alcance del debido proceso legal (párr. 124). En su anterior Opinión Consultiva n. 16 sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, la Corte Interamericana subrayó la evolución histórica del debido proceso legal en el sentido de su expansión *ratione materiae* (párrs. 117 y 119), mientras que, en la presente Opinión Consultiva n. 18, examina dicha expansión *ratione personae*, y determina que "el derecho al debido proceso debe ser reconocido en el marco de las garantías mínimas que se debe brindar a todo migrante, independientemente de su status migratorio" (párr. 122). La acertada conclusión de la Corte, en el sentido de que "el amplio alcance de la intangibilidad del debido proceso comprende todas las materias y todas las personas, sin discriminación alguna" (punto resolutive n. 7), atiende efectivamente a las exigencias y los imperativos del bien común.

III. La Construcción del Derecho Individual Subjetivo al Asilo.

31. La propia noción del bien común debe ser considerada no en relación con un medio social *in abstracto*, sino con la totalidad de los seres humanos que lo componen, independientemente del estatuto político o migratorio de cada uno. Los derechos humanos trascienden en mucho los llamados "derechos de la ciudadanía", "concedidos" por el Estado. El bien común, como lo sostenía con acierto Jacques Maritain, se erige en la propia *persona humana* (más que en individuos o ciudadanos), y el concepto de personalidad abarca la dimensión más profunda del ser o del espíritu⁴⁶. El bien común es "común" porque se proyecta y se refleja en las *personas humanas*⁴⁷. Si se requiriera de determinados individuos que capitulasen frente al todo social, que se despojases de los derechos que le son inherentes (en razón, v.g., de su estatuto político o migratorio), que confiasen su destino enteramente al todo social artificial, en tales circunstancias la noción misma de bien común desaparecería por

⁴³. F. Münch, "Le rôle du droit spontané", in *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional - Libro-Homenaje al Profesor Dr. A. Truyol Serra*, tomo II, Madrid, Universidad Complutense, 1986, p. 836.

⁴⁴. S. Miyazaki, "The Martens Clause and International Humanitarian Law", *Études et essais sur le Droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de J. Pictet* (ed. Christophe Swinarski), Genève/La Haye, CICR/Nijhoff, 1984, pp. 438 y 440.

⁴⁵. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, op. cit. supra n. (21), tomo III, p. 509, y cf. pp. 497-509.

⁴⁶. J. Maritain, *The Person and the Common Good*, Notre Dame, University of Notre Dame Press, 2002 [reprint], pp. 29-30, 40 y 105.

⁴⁷. *Ibid.*, pp. 49, 76 y 103-104. Cualquier entendimiento en contrario muy probablemente llevaría a abusos (proprios del autoritarismo y de los regímenes represivos) y violaciones de los derechos humanos; *ibid.*, p. 50, y cf. pp. 95-97.

completo⁴⁸.

32. A pesar de encontrarse hoy día reconocido el derecho a *emigrar*, como corolario del derecho a la libertad de movimiento, los Estados todavía no han reconocido el derecho correlato de *inmigrar*, creando así una situación que ha generado incongruencias y arbitrariedades, muchas veces afectando negativamente el debido proceso legal⁴⁹. Al perpetuar, de ese modo, las incertidumbres e inconsistencias, los Estados responsables por esta situación han dejado de actuar a la altura de sus responsabilidades como sujetos del Derecho Internacional, el *derecho de gentes*. Y han creado más problemas tanto para numerosos individuos directamente afectados como, en última instancia, para sí mismos, al contribuir indirectamente para la formación de los flujos de inmigrantes "ilegales".

33. Por otro lado, también hay los Estados que han buscado soluciones para el problema. El hecho de que 12 Estados acreditados participaran del procedimiento consultivo ante la Corte Interamericana que precedió la adopción de la presente Opinión Consultiva sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados* es sintomático del propósito común de la búsqueda de dichas soluciones. Del análisis de los argumentos presentados, en el transcurso del mencionado procedimiento, por México, Honduras, Nicaragua, El Salvador, Costa Rica y Canadá, se desprende, de modo alentador, como denominador común, el reconocimiento de que los Estados tienen la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos de todas las personas bajo sus respectivas jurisdicciones, a la luz del principio de la igualdad y no-discriminación, independientemente de que tales personas sean nacionales o extranjeras.

34. Además, en el mismo procedimiento ante la Corte Interamericana atinente a la presente Opinión Consultiva, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (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, involucrando millones de seres humanos⁵⁰, 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, al cual me referiré más adelante (cf. párrs. 58-63, *infra*).

35. Trátase, en realidad, de un gran desafío a la salvaguardia de los derechos de la persona humana en nuestros días, en este inicio del siglo XXI. Al respecto, no hay que pasar desapercibido que, como ya señalado, el *jus communicationis* y la libertad de movimiento, propugnados desde los siglos XVI y XVII, perduraron por mucho tiempo, y sólo en época histórica bien más reciente pasaron a manifestarse restricciones a ellos (cf. párr. 9, *supra*). 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 sistemáticas⁵¹. De ahí la

⁴⁸. Cf. *ibid.*, pp. 92-93.

⁴⁹. A.A. Cançado Trindade, *Elementos para un Enfoque de Derechos Humanos del Fenómeno de los Flujos Migratorios Forzados*, op. cit. *infra* n. (105), pp. 15-16 y 18.

⁵⁰. Cf. notas (3) y (27), *supra*.

⁵¹. F. Rigaux, "L'immigration: droit international et droits fondamentaux", in *Les droits de l'homme au seuil du troisième millénaire - Mélanges en hommage à P. Lambert*, Bruxelles, Bruylant, 2000, pp. 693-696.

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 interestatal⁵², y que tiene que ser abordado a la luz de los derechos humanos fundamentales de los trabajadores migrantes, inclusive los indocumentados.

36. Tampoco hay que pasar desapercibida, en el presente contexto, la doctrina más lúcida que llevó, en el pasado, a la configuración del estatuto del asilo territorial. En efecto, la *historia juris* del instituto del asilo ha sido marcada por la tensión entre su caracterización como una facultad discrecional del Estado, o entonces como un derecho individual subjetivo. No es mi propósito entrar a examinar a fondo este instituto en el presente Voto Concurrente, sino más bien referirme a un aspecto pertinente a la materia objeto de la presente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana. En los últimos años, con las crecientes restricciones en el uso por los Estados de la autoatribuida facultad de control migratorio, es la primera corriente que parece *de facto* imponerse⁵³, en detrimento de la tesis del derecho individual subjetivo.

37. Recuérdese que la malograda Conferencia de Naciones Unidas sobre Asilo Territorial, realizada en Ginebra en 1977, no consiguió obtener un consenso universal en cuanto al asilo como derecho individual, y, desde entonces, el unilateralismo estatal se tornó sinónimo de la precariedad del asilo⁵⁴. Las medidas "proteccionistas" de los Estados industrializados (en relación con flujos migratorios "indeseables") se han alejado de la mejor doctrina jurídica y generado distorsiones en la práctica relativa al instituto del asilo⁵⁵.

38. Sin embargo, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha reaccionado para responder a las nuevas necesidades de protección. Y es perfectamente posible que estemos testimoniando los primordios de formación de un verdadero *derecho humano a la asistencia humanitaria*⁵⁶. Estamos ante dos enfoques distintos del ordenamiento jurídico internacional, uno centrado en el Estado, el otro (que firmemente sostengo) centrado en la persona humana. Estaría en conformidad con este último la caracterización del derecho de asilo como un derecho individual subjetivo. El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos contiene, en efecto, elementos que pueden conllevar a la construcción (o quizás

⁵². *Ibid.*, pp. 707-708, 710-713, 717-720 y 722.

⁵³. En esta, como en otras áreas del ordenamiento jurídico internacional, ha persistido una tensión latente y recurrente entre la vigencia de las obligaciones convencionales contraídas por los Estados y la insistencia de éstos en seguir buscando por sí mismos la satisfacción de sus propios intereses, tales como por ellos percibidos. Cf., v.g., J.-G. Kim y J.M. Howell, *Conflict of International Obligations and State Interests*, The Hague, Nijhoff, 1972, pp. 68 y 112.

⁵⁴. Ph. Ségur, *La crise du droit d'asile*, op. cit. supra n. (34), pp. 107 y 140. - Sobre la malograda Conferencia sobre Asilo Territorial de 1977, cf. el relato "Diplomatic Conference on Territorial Asylum", 18 *Review of the International Commission of Jurists* (June 1977) pp. 19-24; y cf. P. Weis, "The Present State of International Law on Territorial Asylum", 31 *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht/Annuaire suisse de Droit international* (1975) pp. 71-96.

⁵⁵. F. Crepeau, *Droit d'asile - de l'hospitalité aux contrôles migratoires*, op. cit. supra n. (34), pp. 306-317, 324-330 y 335-339.

⁵⁶. Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso de las *Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó*, Medidas Provisionales de Protección del 06.03.2003, Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 6.

reconstrucción) de un verdadero derecho individual al asilo⁵⁷.

39. Hay que tener presente que el instituto del asilo es mucho más amplio que el sentido atribuido al asilo en el ámbito del Derecho de los Refugiados (i.e., equiparado al refugio). Además, el instituto del asilo (género al cual pertenece la especie del asilo territorial, en particular) antecede históricamente en mucho tiempo el propio *corpus juris* del Derecho de los Refugiados. El *aggiornamento* y una comprensión más integral del asilo territorial, - que podrían realizarse a partir del artículo 22 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, - podrían venir en socorro de los trabajadores migrantes indocumentados, poniendo fin a su clandestinidad y vulnerabilidad. Para ésto, tendría que venir (o volver) a ser reconocido precisamente como un derecho individual subjetivo⁵⁸, y no como una facultad discrecional del Estado.

40. De igual modo, en cuanto a los refugiados, se les "reconoce", y no se "otorga", su estatuto; no se trata de una simple "concesión" de los Estados. Sin embargo, la terminología hoy día comúnmente empleada es un reflejo de los retrocesos que lamentablemente testimoniamos. Por ejemplo, hay términos, como "protección temporaria", que parecen implicar una relativización de la protección integral otorgada en el pasado. Otros términos (v.g., "refugiados en órbita", "desplazados en tránsito", "safe havens", "convención plus") parecen revestirse de un cierto grado de surrealismo, mostrándose francamente abiertos a todo tipo de interpretación (inclusive la retrógrada), en lugar de atenerse a lo esencialmente jurídico y a las conquistas del derecho en el pasado. Es quizás sintomático de nuestros días que se tenga que invocar las conquistas del pasado para frenar retrocesos aún mayores en el presente y en el futuro. En este momento - de sombras, más que de luz - que vivimos, hay al menos que preservar los avances logrados por generaciones pasadas para evitar un mal mayor.

41. No hay que olvidarse, pues, que ha habido manifestaciones doctrinales que sostienen el proceso de gradual formación del derecho individual de asilo, al mismo tiempo en que afirman el carácter de *jus cogens* del principio del *non-refoulement*⁵⁹. Esta postura muestrase conforme al pensamiento de los fundadores del Derecho Internacional: mientras Francisco de Vitoria sostenía el *jus communicationis*, Francisco Suárez, en la misma línea de pensamiento, visualizaba un "derecho natural subjetivo", propio del *jus gentium*, en un sentido comparable al utilizado en nuestros días⁶⁰ en el universo conceptual del Derecho Internacional de los

⁵⁷. Cf., v.g., Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 14(1); Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 22(7); Convención de la OUA (de 1969) Rigiendo Aspectos Específicos de los Problemas de Refugiados en África, artículo II(1) y (2).

⁵⁸. En el mismo año de la adopción de la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, mientras se discutía en el seno del *Institut de Droit International* si el asilo era un derecho del Estado o del individuo (cf. *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1948) pp. 199-201 y 204-205), frente a las incertidumbres manifestadas G. Scelle comentó que "el asilo se tornó una cuestión de *ordre public* universal" (*ibid.*, p. 202). Dos años después, el tema volvió a ser discutido en el mismo *Institut* (en los debates de 07-08.09.1950): con base en el impacto de los derechos humanos en el Derecho Internacional (cf. *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1950)-II, p. 228), se planteó la posibilidad del establecimiento *de lege ferenda* de una obligación de los Estados de conceder asilo. A pesar de una cierta oposición a la idea, afortunadamente no faltaron aquellos juristas que respaldaron el establecimiento de dicha obligación estatal, o al menos la tomaron en serio; cf. *ibid.*, pp. 204 y 221 (F. Castberg), p. 200 (H. Lauterpacht), pp. 204-205 (P. Guggenheim), y p. 225 (A. de La Pradelle).

⁵⁹. G. Fourlanos, *Sovereignty and the Ingress of Aliens*, op. cit. supra n. (24), pp. 143-144, 146, 149 y 172-173.

Derechos Humanos.

42. Naturalmente no faltarán los "realistas" que objetarán que el derecho individual subjetivo del asilo es una utopía. A ellos yo replicaría que la alternativa a la utopía es la desesperación. Hace más de tres décadas (y la situación de los millones de desarraigados sólo se ha agravado desde entonces) L. Legaz y Lacambra advertía que

"La existencia de `pueblos proletarios' significa un contrasentido si se afirma la idea de una comunidad internacional; y, sobre todo, constituye una injusticia cuando ya hay pueblos que han alcanzado una fase de máximo desarrollo y nivel económico, social y cultural, que contrasta duramente con la situación de miseria de tantos otros. [...Hay una] obligación de la comunidad internacional hacia sus miembros más indigentes y necesitados que, en esa dimensión, encarnan también la idea de la humanidad como sujeto de Derecho.

Se patentiza, pues, en la evolución del Derecho un sentido humano - humanista y humanitario (...): deja de ser un orden coactivo del Estado y se incorpora más y más a unas formas de vida social abiertas a la creciente comunicación entre todos los hombres (...). Todo eso, y sólo eso, es lo que da sentido a la personalización y subjetivación jurídica de la humanidad"⁶¹.

43. En su biografía de Erasmo de Rotterdam (1467-1536), Stefan Zweig, uno de los más lúcidos escritores del siglo XX, destacó, en el precioso legado del gran humanista, la tolerancia, para poner fin, sin violencia, a los conflictos que dividen los seres humanos y los pueblos. Erasmo, pacifista y defensor de la libertad de conciencia, identificaba en la intolerancia el mal hereditario de la sociedad humana, que había que erradicar. Aunque el ideal de Erasmo no se haya realizado hasta la fecha, no por eso estaba desprovisto de valor. En las palabras penetrantes de S. Zweig,

"Una idea que no llega a verse encarnada es, por ello, invencible, ya que no puede probarse su falsedad; lo necesario, aunque se dilate su realización, no por eso es menos necesario; muy a la inversa, sólo los ideales que no se han gastado y comprometido por la realización continúan actuando en cada generación como elemento de impulso moral. Sólo las ideas que no han sido cumplidas retornan eternamente. (...) Lo que Erasmo, este anciano desengañado, y, sin embargo, no excesivamente desengañado, nos dejó como herencia (...) no era otra cosa sino el renovado y soñado antiquísimo deseo de todas las religiones y mitos de una futura y continuada humanización de la humanidad y de un triunfo de la razón (...). Y aunque los cautos y fríos calculadores puedan volver a demostrar siempre la falta de porvenir del erasmismo, y aunque la realidad parezca darles cada vez la razón, siempre serán necesarios aquellos espíritus que señalan lo que liga entre sí a los pueblos más allá de lo que los separa y que renuevan fielmente, en el corazón de la humanidad, la idea de una edad futura de más elevado sentimiento humano"⁶².

⁶⁰. *Ibid.*, p. 23.

⁶¹. L. Legaz y Lacambra, "La Humanidad, Sujeto de Derecho", in *Estudios de Derecho Internacional Público y Privado - Homenaje al Profesor L. Sela Sampil*, tomo II, Oviedo, Universidad de Oviedo, 1970, pp. 558-559.

⁶². S. Zweig, *Triunfo y Tragedia de Erasmo de Rotterdam*, 5a. ed., Barcelona, Ed. Juventud, 1986, pp. 205-207; S.

IV. **La Posición y el Rol de los Principios Generales del Derecho.**

44. 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.

45. Los principios generales del derecho ingresaron en la cultura jurídica, con raíces históricas que remontan, v.g., al derecho romano, y pasaron a vincularse con la propia concepción del Estado democrático de Derecho, sobre todo a partir de la influencia del pensamiento iluminista. A pesar de la aparente indiferencia con que fueron tratados por el positivismo jurídico (siempre buscando demostrar un "reconocimiento" de dichos principios en el orden jurídico positivo), y a pesar de la menor atención a ellos dispensada por la doctrina jurídica apresurada y reduccionista de nuestros días, sin embargo nunca podremos de ellos prescindir.

46. De los *prima principia* emanan las normas y reglas, que en ellos encuentran su sentido. Los principios encuéntranse así presentes en los orígenes del propio Derecho. Los principios nos muestran los fines legítimos que buscar: el bien común (de todos los seres humanos, y no de una colectividad abstracta), la realización de la justicia (en los planos tanto nacional como internacional), el necesario primado del derecho sobre la fuerza, la preservación de la paz. 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.

47. La identificación de los principios básicos ha acompañado *pari passu* la emergencia y consolidación de todos los dominios del Derecho, y todas sus ramas (derecho civil, procesal civil, penal, procesal penal, administrativo, constitucional, y así por delante). Es así con el Derecho Internacional Público⁶³, con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con el Derecho Internacional Humanitario⁶⁴, con el Derecho Internacional de los Refugiados⁶⁵, con el Derecho Penal Internacional⁶⁶. Por más circunscrito o especializado que sea un régimen

Zweig, *Érasme - Grandeur et décadence d'une idée*, Paris, Grasset, 2002 (reed.), pp. 183-185.

⁶³. E.g., principio de la prohibición del uso o amenaza de la fuerza, principio de la solución pacífica de las controversias internacionales, principio de la no-intervención en las relaciones interestatales, principio de la igualdad jurídica de los Estados, principio de la igualdad de derechos y la autodeterminación de los pueblos, principio de la buena fe en el cumplimiento de las obligaciones internacionales, principio de la cooperación internacional. Cf. A.A. Cançado Trindade, *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2002, pp. 91-140.

⁶⁴. Principio de humanidad, principio de la proporcionalidad, principio de distinción (entre combatientes y población civil), principio según el cual la elección de métodos o medios de combate no es ilimitada, principio que exige evitar sufrimientos innecesarios o males superfluos.

⁶⁵. Principio del *non-refoulement*, principio de humanidad.

jurídico, ahí se encuentran sus principios básicos, como, v.g., en el Derecho Ambiental Internacional⁶⁷, en el Derecho del Mar⁶⁸, en el Derecho del Espacio Exterior⁶⁹, entre otros tantos. Como señalado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante el procedimiento atinente a la presente Opinión Consultiva sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la propia Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha buscado identificar los "principios y derechos fundamentales en el trabajo", mediante Declaración adoptada en junio de 1998.

48. Algunos de los principios básicos son propios de determinadas áreas del Derecho, otros permean todas las áreas. La normativa jurídica (nacional o internacional) opera movida por los principios, algunos de ellos rigiendo las propias relaciones entre los seres humanos y el poder público (como los principios de la justicia natural, del Estado del Derecho, de los derechos de la defensa, del derecho al juez natural, de la independencia de la justicia, de la igualdad de todos ante la ley, de la separación de los poderes, entre otros). Los principios alumbran el camino de la legalidad y la legitimidad. De ahí el continuo y eterno "renacimiento" del derecho natural, el cual jamás ha desaparecido.

49. No más se trata de un retorno al derecho natural clásico, sino más bien de la afirmación o restauración de un patrón de justicia, anunciado por los principios generales del derecho, mediante el cual se evalúa el derecho positivo⁷⁰. Al sostener que la *opinio juris* está por encima de la voluntad estatal, F. Castberg ha ponderado con acierto que

"the experiences of our own age, with its repellent cruelties and injustice under cover of positive law, have in fact confirmed the conviction that something - even though it is only certain fundamental norms - must be objectively valid. This may consist of principles which appear to be valid for every human community at any time (...). The law can and should itself move forward in the direction of greater expedience and justice, and to a higher level of humanity"⁷¹.

⁶⁶. Principio de la legalidad (*nullum crimen sine lege, nulla poena sine lege*), principio de la responsabilidad penal individual, principio de la presunción de la inocencia, principio de la no-retroactividad, principio del juicio justo.

⁶⁷. V.g., principio de la precaución o la debida diligencia, principio de la prevención, principio de la responsabilidad común pero diferenciada, principio de la equidad intergeneracional, principio del poluidor pagador.

⁶⁸. V.g., principio del patrimonio común de la humanidad (fondos oceánicos), principio de los usos pacíficos del mar, principio de la igualdad de derechos (en la alta mar), principio de la solución pacífica de las controversias, principios de la libertad de navegación y del paso inocente, principios de la equidistancia y de las circunstancias especiales (delimitación de espacios marítimos).

⁶⁹. V.g., principio de la no-apropiación, principio de los usos y fines pacíficos, principio de la repartición de los beneficios de la exploración espacial.

⁷⁰. C.J. Friedrich, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Zahar Ed., 1965, pp. 196-197, 200-201 y 207; y cf., en general, v.g., Y.R. Simon, *The Tradition of Natural Law - A Philosopher's Reflections* (ed. V. Kuic), N.Y., Fordham Univ. Press, 2000 [reprint], pp. 3-189; A.P. d'Entrèves, *Natural Law*, London, Hutchinson Univ. Library, 1972 [reprint], pp. 13-203.

⁷¹. F. Castberg, "Natural Law and Human Rights", 1 *Revue des droits de l'homme / Human Rights Journal* (1968) p.

Este "eterno retorno" del jusnaturalismo ha sido, así, reconocido por los propios jusinternacionalistas⁷², contribuyendo en mucho a la afirmación y consolidación del primado, en el orden de los valores, de las obligaciones en materia de derechos humanos, *vis-à-vis* la comunidad internacional como un todo⁷³. Lo que es cierto es que no hay Derecho sin principios, los cuales informan y conforman las normas y reglas jurídicas.

50. En la medida en que se forma un nuevo *corpus juris*, hay que atender a la apremiante necesidad de identificación de sus principios. Una vez identificados, estos principios deben ser observados, pues de otro modo la aplicación de las normas sería reemplazada por una simple retórica de "justificación" de la "realidad" de los hechos; si hay verdaderamente un sistema jurídico, debe este operar con base en sus principios fundamentales, pues de otro modo estaríamos ante el vacío legal, ante la simple ausencia de un sistema jurídico⁷⁴.

51. Los principios generales del derecho han contribuido a la formación de normativas de protección del ser humano. El recurso a dichos principios se ha dado, en el plano normativo, como respuesta a nuevas necesidades de protección del ser humano. Nadie osaría negar su relevancia, v.g., en la formación histórica del Derecho Internacional de los Refugiados, o más recientemente, en la emergencia, en los últimos años, de la normativa internacional atinente a los desplazados (internos)⁷⁵. Nadie osaría negar su incidencia - para citar otro ejemplo - en el régimen jurídico aplicable a los extranjeros. Al respecto, se ha sugerido que ciertos principios generales del derecho se aplican específica o predominantemente a los extranjeros, v.g., el principio de la unidad de la familia, y el principio de la prohibición de la extradición siempre y cuando presente ésta riesgos de violaciones de los derechos humanos⁷⁶.

37, y cf. pp. 21-22. [Traducción: "las experiencias de nuestra época, con sus crueldades e injusticia repelentes encubiertas por el derecho positivo, han realmente confirmado la convicción de que algo - aunque sean solamente ciertas normas fundamentales - debe ser objetivamente válido. Esto puede consistir en principios que parecen ser válidos para toda comunidad humana en cualquier tiempo (...). El derecho puede y debería moverse adelante hacia mayor agilidad y justicia, y hacia un más alto nivel de humanidad"].

⁷². Cf., e.g., L. Le Fur, "La théorie du droit naturel du droit naturel depuis le XVIIe. siècle et la doctrine moderne", 18 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1927) pp. 297-399; A. Truyol y Serra, "Théorie du Droit international public - Cours général", 183 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1981) pp. 142-143; A. Truyol y Serra, *Fundamentos de Derecho Internacional Público*, 4a. ed. rev., Madrid, Tecnos, 1977, pp. 69 y 105; J. Puente Egido, "Natural Law", in *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt/Max Planck Institute), vol. 7, Amsterdam, North-Holland, 1984, pp. 344-349.

⁷³. J.A. Carrillo Salcedo, "Derechos Humanos y Derecho Internacional", 22 *Isegoría - Revista de Filosofía Moral y Política* - Madrid (2000) p. 75.

⁷⁴. G. Abi-Saab, "Cours général de Droit international public", 207 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) p. 378: "soit il existe un système normatif, et dans ce cas il doit être apte à remplir sa tâche, soit il n'y a pas de système de tout".

⁷⁵. Cf. W. Kälin, *Guiding Principles on Internal Displacement - Annotations*, Washington D.C., ASIL/Brookings Institution, 2000, pp. 6-74; y cf. F.M. Deng, *Protecting the Dispossessed - A Challenge for the International Community*, Washington D.C., Brookings Institution, 1993, pp. 1-148.

⁷⁶. C. Pierucci, "Les principes généraux du droit spécifiquement applicables aux étrangers", 10 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (1999) n. 37, pp. 8, 12, 15, 17, 21, 24 y 29-30. Entre dichos principios, aplicables a los extranjeros, hay los consagrados inicialmente en el plano internacional (v.g., en el marco del derecho de la extradición, y del

V. Los Principios Fundamentales como *Substratum* del Propio Ordenamiento Jurídico.

52. Los principios generales del derecho han así inspirado no sólo la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas, sino también el propio proceso legiferante de su elaboración. Reflejan ellos la *opinio juris*, la cual, a su vez, se encuentra en la base de la formación del Derecho⁷⁷, y es decisiva para la configuración del *jus cogens*⁷⁸ (cf. *infra*). Dichos principios marcan presencia en los planos tanto nacional como internacional. Si, en el marco de este último, se ha insistido, en el capítulo de las "fuentes" (formales) del derecho internacional en los principios generales "reconocidos" *in foro domestico*, ésto se debió a un afán de proceder con seguridad jurídica⁷⁹, pues dichos principios se encuentran presentes en todo y cualquier sistema jurídico (cf. *supra*), a niveles nacional o internacional. En suma, en todo sistema jurídico (de derecho interno o internacional) los principios generales marcan presencia, asegurando su coherencia y revelando su dimensión axiológica. Cuando uno se aleja de los principios, se incurre en distorsiones, y violaciones graves del orden jurídico incluso positivo.

53. Hay principios generales del derecho que se afiguran verdaderamente *fundamentales*, a punto de identificarse con los propios fundamentos del sistema jurídico⁸⁰. Dichos principios fundamentales revelan los valores y fines últimos del ordenamiento jurídico internacional, lo guían y lo protegen de las incongruencias de la práctica de los Estados, y atienden a las necesidades de la comunidad internacional⁸¹. Dichos principios, como expresión de la "idea de justicia", tienen un alcance universal; no emanan de la "voluntad" de los Estados, pero son dotados de un carácter objetivo que los imponen a la observancia de todos los Estados⁸². De ese modo, - como lo señala lúcidamente A. Favre, - ellos aseguran la unidad

derecho de asilo o refugio) que se han proyectado en el plano del derecho interno; cf. *ibid.*, pp. 7-32, esp. pp. 8, 15-21 y 30-32.

⁷⁷. Sobre el amplio alcance de la *opinio juris* en la formación del Derecho Internacional contemporáneo, cf. A.A. Cançado Trindade, "A Formação do Direito Internacional Contemporâneo: Reavaliação Crítica da Teoria Clássica de Suas Fontes", 29 *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* (2002) pp. 54-57, y cf. pp. 51-65.

⁷⁸. B. Simma, "International Human Rights and General International Law: A Comparative Analysis", 4 *Collected Courses of the Academy of European Law - Florence* (1993)-II, pp. 226-229.

⁷⁹. *Ibid.*, p. 224.

⁸⁰. G. Cohen-Jonathan, "Le rôle des principes généraux dans l'interprétation et l'application de la Convention Européenne des Droits de l'Homme", in *Mélanges en hommage à L.E. Pettiti*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 192-193; F. Sudre, "Existe t-il un ordre public européen?", in *Quelle Europe pour les droits de l'homme?*, Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 57-59.

⁸¹. M. Koskenniemi, "General Principles: Reflexions on Constructivist Thinking in International Law", in *Sources of International Law* (ed. M. Koskenniemi), Aldershot, Ashgate/Dartmouth, 2000, pp. 360-365, 377, 381, 387, 390 y 395-398.

⁸². A. Favre, "Les principes généraux du droit, fonds commun du Droit des gens", in *Recueil d'études de Droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Genève, IUHEI, 1968, pp. 374-374, y cf. p. 369.

del Derecho, a partir de la idea de la justicia, en beneficio de toda la humanidad⁸³.

54. Es evidente que estos principios de derecho no dependen de la "voluntad", ni del "acuerdo", ni del consentimiento, de los sujetos de derecho; siendo los derechos fundamentales de la persona humana el "fundamento necesario de todo orden jurídico", que no conoce fronteras, el ser humano es titular de derechos inalienables, que independen de su estatuto de ciudadanía o cualquier otra circunstancia⁸⁴. En el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, un ejemplo de principios generales de derecho reside en el principio de la dignidad del ser humano; otro reside en el de inalienabilidad de los derechos inherentes al ser humano. En la presente Opinión Consultiva sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la Corte Interamericana se ha referido expresamente a ambos principios (párr. 157).

55. Además, en su *jurisprudencia constante*, la Corte Interamericana, al interpretar y aplicar la Convención Americana, ha asimismo recurrido siempre a los principios generales del derecho⁸⁵. Entre estos principios, los que se revisten de carácter verdaderamente fundamental, a los cuales aquí me refiero, en realidad forman el *substratum* del propio ordenamiento jurídico, revelando el *derecho al Derecho* de que son titulares todos los seres humanos⁸⁶, independientemente de su estatuto de ciudadanía o cualquier otra circunstancia. Y no podría ser de otro modo, por cuanto los derechos humanos son universales e inherentes a todos los seres humanos, mientras que los derechos de ciudadanía varían de país a país y se extienden sólo a los que el derecho positivo estatal considera ciudadanos, no amparando, pues, a los migrantes indocumentados. Como proclamó con vehemencia, en un raro momento de iluminismo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (artículo 1),

- "Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros".

56. La salvaguardia y prevalencia del principio del respeto de la dignidad de la persona humana se identifican con el propio fin del Derecho, del orden jurídico tanto nacional como internacional. En virtud de este principio fundamental, toda persona debe ser respetada por el simple hecho de pertenecer al género humano, independientemente de su condición, su

⁸³. *Ibid.*, pp. 375-376, y cf. p. 379.

⁸⁴. *Ibid.*, pp. 376-380, 383, 386 y 389-390.

⁸⁵. Cf. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), caso de los *Cinco Pensionistas versus Perú* (Sentencia del 28.02.2003), párr. 156; CtIADH, caso *Cantos versus Argentina* (Exc. Prel., Sentencia del 07.09.2001), párr. 37; CtIADH, caso *Baena Ricardo y Otros versus Panamá* (Sentencia del 02.02.2001), párr. 98; CtIADH, caso *Neira Alegría versus Perú* (Exc. Prel., Sentencia del 11.12.1991), párr. 29; CtIADH, caso *Velásquez Rodríguez versus Honduras* (Sentencia del 29.07.1988), párr. 184; y cf. también CtIADH, Opinión Consultiva n. 17, sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* (del 28.08.2002), párrs. 66 y 87; CtIADH, Opinión Consultiva n. 16, sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (del 01.10.1999), párrs. 58, 113 y 128; CtIADH, Opinión Consultiva n. 14, sobre la *Responsabilidad Internacional por la Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención Americana sobre Derechos Humanos* (del 09.12.1994), párr. 35.

⁸⁶. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, op. cit. supra n. (21), tomo III, pp. 524-525.

estatuto de ciudadanía, o cualquier otra circunstancia⁸⁷. El principio de la inalienabilidad de los derechos inherentes al ser humano, a su vez, se identifica con una premisa básica de la construcción de todo el *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

57. No puede haber dudas en cuanto al alcance de los referidos principios fundamentales, y, si por ventura existieran dudas, es función del jurista aclararlas y no perpetuarlas, para que el Derecho realice su función primordial de impartir justicia⁸⁸. Es aquí que el ineluctable recurso a los principios generales del Derecho puede ayudar a disipar cualquier duda que se pueda plantear en cuanto al alcance de los derechos individuales. **Es cierto que las normas son las jurídicamente obligatorias, pero cuando ellas se apartan de los principios, su aplicación conlleva a lesiones de los derechos individuales y a graves injusticias (v.g., la discriminación *de jure*).**

58. **En realidad, cuando reconocemos principios fundamentales que conforman el *substratum* del propio ordenamiento jurídico, ya nos adentramos en el dominio del *jus cogens*, del derecho imperativo (cf. *infra*). En efecto, es perfectamente posible visualizar el derecho imperativo (el *jus cogens*) como identificado con los principios generales del derecho de orden material, que son garantes del propio ordenamiento jurídico, de su unidad, integridad y cohesión⁸⁹. Tales principios son indispensables (el *jus necessarium*), son anteriores y superiores a la voluntad; al expresar una "idea de justicia objetiva" (el derecho natural), son consustanciales al propio orden jurídico internacional⁹⁰.**

VI. El Principio de la Igualdad y la No-Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

59. En el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, otro de los principios fundamentales, aunque no suficientemente desarrollado por la doctrina hasta la fecha, pero que permea todo su *corpus juris*, es precisamente el principio de la igualdad y la no-discriminación. Dicho principio, consagrado, como recuerda la Corte Interamericana en la presente Opinión Consultiva (párr. 86), en numerosos instrumentos internacionales de derechos humanos, asume especial importancia en relación con la protección de los derechos de los migrantes en general, y de los trabajadores migrantes indocumentados en particular. A la par del elemento constitutivo de la igualdad, - esencial al propio Estado de Derecho⁹¹, - el otro elemento constitutivo, el de la no-discriminación, consignado en tantos instrumentos internacionales⁹², asume importancia capital en el ejercicio de los derechos protegidos. La

⁸⁷. B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Paris, CERIC/Univ. d'Aix-Marseille, 1999, p. 18.

⁸⁸. M. Chemillier-Gendreau, "Principe d'égalité et libertés fondamentales en Droit international", in *Liber Amicorum Judge Mohammed Bedjaoui* (eds. E. Yakpo y T. Boumedra), The Hague, Kluwer, 1999, pp. 659-669.

⁸⁹. R. Kolb, *Théorie du jus cogens international*, Paris, PUF, 2001, p. 98.

⁹⁰. *Ibid.*, pp. 104-105 y 110-112.

⁹¹. G. Pellissier, *Le principe d'égalité en droit public*, Paris, LGDJ, 1996, p. 17.

⁹². Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículos 2 y 7; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2(1) y 26; Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículos 2-3; Convención Europea de Derechos Humanos, artículos 1(1) y 14; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículos 1(1) y 24; Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, artículos 2-3; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares, artículos 1(1) y 7; además del *corpus juris* de la Convención

discriminación es definida, en las Convenciones sectoriales destinadas a su eliminación, esencialmente como cualquier distinción, exclusión, restricción o limitación, o privilegio, en detrimento de los derechos humanos en ellas consagrados⁹³. La prohibición de la discriminación abarca tanto la totalidad de estos derechos, en el plano sustantivo, como las condiciones de su ejercicio, en el plano procesal.

60. Sobre este punto la doctrina contemporánea es pacífica, al considerar el principio de la igualdad y no-discriminación como uno de los pilares del Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁹⁴, e incluso como elemento integrante del derecho internacional general o consuetudinario⁹⁵. Al fin y al cabo, la normativa del Derecho Internacional, "debe, por definición, ser la misma para todos los sujetos de la comunidad internacional"⁹⁶. No es mi propósito abundar, en este Voto Concurrente, sobre la jurisprudencia internacional al respecto, por cuanto ya se encuentra analizada en detalles en una de mis obras⁹⁷. Me limito, pues, aquí a señalar en resúmen que la jurisprudencia de los órganos de supervisión internacional de los derechos humanos se ha orientado, de modo general, - al igual que la presente Opinión Consultiva n. 18 de la Corte Interamericana (párrs. 84 y 168), - en el sentido de considerar discriminatoria cualquier distinción que no tenga un propósito legítimo, o una justificativa objetiva y razonable, y que no guarde una relación de proporcionalidad entre su propósito y los medios empleados.

61. Bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, el Comité de Derechos Humanos ha efectivamente señalado el amplio alcance del artículo 26 del Pacto, que

sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, de la Convención de la OIT sobre Discriminación en Materia de Empleo y Ocupación (1958), de la Convención de la UNESCO contra Discriminación en la Educación (1960), así como de la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Intolerancia y Discriminación Basadas en la Religión o las Convicciones (1981).

⁹³. Cf., e.g., Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, artículo 1(1); Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, artículo 1; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares, artículo 7; Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (de 1999), artículo 1(2); entre otras.

⁹⁴. A. Eide y T. Opsahl, *Equality and Non-Discrimination*, Oslo, Norwegian Institute of Human Rights (publ. n. 1), 1990, p. 4, y cf. pp. 1-44 (estudio reproducido in T. Opsahl, *Law and Equality - Selected Articles on Human Rights*, Oslo, Notam Gyldendal, 1996, pp. 165-206). Y, para un estudio general, cf. M. Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, pp. 1-240.

⁹⁵. Y. Dinstein, "Discrimination and International Human Rights", 15 *Israel Yearbook on Human Rights* (1985) pp. 11 y 27.

⁹⁶. H. Mosler, "To What Extent Does the Variety of Legal Systems of the World Influence the Application of the General Principles of Law within the Meaning of Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice?", in *International Law and the Grotian Heritage* (Hague Commemorative Colloquium of 1983 on the Occasion of the Fourth Centenary of the Birth of Hugo Grotius), The Hague, T.M.C. Asser Instituut, 1985, p. 184.

⁹⁷. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tomo II, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 76-82.

consagra el principio básico de la igualdad y no-discriminación: en su *comentario general n. 18* (de 1989), el Comité sostuvo, sobre dicho principio, el entendimiento en el sentido de que el artículo 26 del Pacto consagra un "derecho autónomo", y la aplicación de aquel principio en él contenido no se limita a los derechos estipulados en el Pacto⁹⁸. Esta postura avanzada del Comité de Derechos Humanos, sumada a la determinación por la Corte Europea de Derechos Humanos de una violación del artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos en el caso *Gaygusuz versus Austria* (1996), así como a los requisitos consagrados en la doctrina jurídica de que "distinciones" deben ser razonables y conformes con la justicia (para no incurrir en discriminaciones), han llevado a la sugerencia de la emergencia y evolución de un verdadero *derecho a la igualdad*⁹⁹.

62. Pero a pesar de la búsqueda, por la doctrina y la jurisprudencia internacionales, de la identificación de bases ilegítimas de la discriminación, ésto no me parece suficiente; hay que ir más allá, por cuanto difícilmente la discriminación ocurre con base en un único elemento (v.g., raza, origen nacional o social, religión, sexo, entre otros), siendo antes una mezcla compleja de varios de ellos (y incluso habiendo casos de discriminación *de jure*). Además, cuando las cláusulas de no-discriminación de los instrumentos internacionales de derechos humanos contienen un elenco de las referidas bases ilegítimas, lo que realmente pretenden con ésto es eliminar *toda una estructura social discriminatoria*, teniendo en vista los distintos elementos componentes¹⁰⁰.

63. Es perfectamente posible, además de deseable, volver las atenciones a todas las áreas de comportamiento humano discriminatorio, incluso aquellas que hasta la fecha han sido ignoradas o menoscabadas en el plano internacional (v.g., *inter alia*, status social, renta, estado médico, edad, orientación sexual, entre otras)¹⁰¹. En realidad, las causas de las migraciones forzadas (en búsqueda de sobrevivencia, de trabajo y de mejores condiciones de vida - cf. *supra*) 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)*¹⁰².

⁹⁸. Párrafo 12 del *comentario general n. 18*; el Comité subrayó el carácter fundamental de dicho principio (párrs. 1 y 3); cf. texto reproducido in: United Nations, *Compilation of General Comments and General Recommendations Adopted by Human Rights Treaty Bodies*, U.N. doc. HRI/GEN/1/Rev.3, de 1997, pp. 26-29.

⁹⁹. Cf. A.H.E. Morawa, "The Evolving Human Right to Equality", 1 *European Yearbook of Minority Issues* (2001-2002) pp. 163, 168, 190 y 203.

¹⁰⁰. E.W. Vierdag, *The Concept of Discrimination in International Law with Special Reference to Human Rights*, The Hague, Nijhoff, 1973, pp. 129-130.

¹⁰¹. D. Türk (special *rappporteur* of the U.N. Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities), *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights - Final Report*, U.N. doc. E/CN.4/Sub.2/1992/16, de 03.07.1992, p. 48, y cf. p. 55; y cf. también, v.g., T. Clark y J. Niessen, "Equality Rights and Non-Citizens in Europe and America; The Promise, the Practice and Some Remaining Issues", 14 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (1996) pp. 245-275.

¹⁰². 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*.

64. 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 Humanitario¹⁰³. En la misma línea 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-discriminación¹⁰⁴. 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)¹⁰⁵. 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.

VII. Emergencia, Contenido y Alcance del *Jus Cogens*.

65. En la presente Opinión Consultiva sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la Corte Interamericana ha significativamente reconocido que el referido principio fundamental de la igualdad y no-discriminación, en la actual etapa de la evolución del Derecho Internacional, "ha ingresado en el dominio del *jus cogens*"; sobre dicho principio, que "permea todo ordenamiento jurídico", - ha agregado acertadamente la Corte, - "descansa todo el andamiaje jurídico del orden público nacional e internacional" (párr. 101, y cf. puntos resolutivos ns. 2 y 4). La Corte, además, no se ha eximido de referirse a la evolución del concepto de *jus cogens*, trascendiendo el ámbito tanto del derecho de los tratados como del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados, de modo a alcanzar el derecho internacional general y los propios fundamentos del orden jurídico internacional (párrs. 98-99). En respaldo a este importante pronunciamiento de la Corte me permito agregar algunas reflexiones.

66. La emergencia y consagración del *jus cogens* en el Derecho Internacional contemporáneo atienden a la necesidad de un mínimo de verticalización en el ordenamiento jurídico internacional, erigido sobre pilares en que se fusionan lo jurídico y lo ético. El *jus cogens* se incorporó en definitiva al universo conceptual del derecho internacional contemporáneo a partir de la inclusión, entre las bases de nulidad y extinción de tratados, de las normas imperativas del derecho internacional general, en los artículos 53 y 64 de la Convención de Viena de 1969 sobre el Derecho de los Tratados¹⁰⁶. La Convención consagró el

¹⁰³. R. Cohen y F. Deng, *Masses in Flight: The Global Crisis of Internal Displacement*, Washington D.C., Brookings Institution, 1998, p. 74.

¹⁰⁴. Tal como enunciado en su artículo 7.

¹⁰⁵. A.A. Cançado Trindade, *Elementos para un Enfoque de Derechos Humanos del Fenómeno de los Flujos Migratorios Forzados*, Ciudad de Guatemala, OIM/IIDH (Cuadernos de Trabajo sobre Migración n. 5), 2001, pp. 13 y 18.

¹⁰⁶. Más de tres décadas antes, la expresión "*jus cogens*" fue utilizada por el Juez Schücking, en su célebre Voto Razonado en el caso *Oscar Chinn* (Reino Unido *versus* Bélgica); Corte Permanente de Justicia Internacional (CPJI), Serie A/B, n. 63, 1934, pp. 148-150, esp. p. 149. Un año después, en su curso en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, Alfred Verdross también utilizó la expresión "*jus cogens*", y se refirió al mencionado Voto Razonado del Juez Schücking; cf. A. Verdross, "Les principes généraux du Droit dans la jurisprudence internationale", 52 *Recueil des Cours*

concepto de *jus cogens*, sin con ésto adoptar la tesis - defendida en el pasado por A. McNair¹⁰⁷ - de que un tratado podría generar un régimen de carácter objetivo *erga omnes* en derogación del principio clásico *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*¹⁰⁸. El concepto parece haber sido reconocido por la Convención de Viena de 1969 como un todo; si ésta dejó de adoptar la noción de tratados estableciendo "regímenes jurídicos de carácter objetivo", por otro lado consagró el concepto de *jus cogens*¹⁰⁹, i.e., de normas imperativas del derecho internacional general¹¹⁰. La consagración del *jus cogens* se tornó objeto de análisis de una amplia bibliografía especializada¹¹¹.

67. Transcurrida una década y media, el concepto de *jus cogens* volvió a ser consagrado

de *l'Académie de Droit International de La Haye* (1935) pp. 206 y 243.

¹⁰⁷. Cf. A.D. McNair, «Treaties Producing Effects `Erga Omnes'», *Scritti di Diritto Internazionale in Onore di T. Perassi*, vol. II. Milano, Giuffrè, 1957, pp. 23-36.

¹⁰⁸. S. Rosenne, «Bilateralism and Community Interest in the Codified Law of Treaties», *Transnational Law in a Changing Society - Essays in Honour of Ph. C. Jessup* (ed. W. Friedmann, L. Henkin, y O. Lissitzyn), N.Y./Londres, Columbia University Press, 1972, p. 207; y cf. Ph. Cahier, «Le problème des effets des traités à l'égard des États tiers», 143 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1974) pp. 589-736. - Durante los *travaux préparatoires* de la Convención efectuados por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, la noción de «community interest» se hizo presente: primeramente utilizada por J.-M. Yepes en 1950, la idea pasó después a aparecer en el 1er. informe de J.L. Brierly (el primer relator sobre la materia), en el 1er. informe de H. Lauterpacht (el segundo relator), ausentándose de los informes de G. Fitzmaurice (el tercer relator), para enfin resurgir en el 2º informe de H. Waldock (el cuarto y último relator sobre el tema); S. Rosenne, *op. cit. supra*, pp. 212-219.

¹⁰⁹. Para un histórico del concepto, remontando al antiguo derecho romano, pero resurgiendo principalmente a partir del siglo XIX, cf. Jerzy Sztucki, *Jus Cogens and the Vienna Convention on the Law of Treaties - A Critical Appraisal*, Viena, Springer-Verlag, 1974, pp. 6-11 y 97-108.

¹¹⁰. El término, como tal, apareció por primera vez en el 3er. informe de G. Fitzmaurice, y volvió después a surgir en el 2º informe de H. Waldock; J. Sztucki, *op. cit. supra* n. (98), pp. 104-105 y 108. - En los trabajos preparatorios - los debates de 1963 y 1966 de la VI Comisión de la Asamblea General de Naciones Unidas, se señaló la necesidad del establecimiento de criterios para la determinación de las reglas de Derecho Internacional que pudieran constituir *jus cogens*. Cf. I.M. Sinclair, «Vienna Conference on the Law of Treaties», 19 *International and Comparative Law Quarterly* (1970) pp. 66-69; I.M. Sinclair, *The Vienna Convention on the Law of Treaties*, Manchester, University Press/Oceana, 1973, pp. 124-129, y cf. pp. 129-131.

¹¹¹. Cf., e.g., Ch.L. Rozakis, *The Concept of Jus Cogens in the Law of Treaties*, Amsterdam, North Holland Publ. Co., 1976, pp. 1ss.; Ch. de Visscher "Positivisme et *jus cogens*", 75 *Revue générale de Droit international public* (1971) pp. 5-11; M. Virally, «Réflexions sur le *jus cogens*», 12 *Annuaire français de Droit international* (1966) pp. 5-29; A. Verdross, "*Jus dispositivum* and *Jus Cogens* in International Law", 60 *American Journal of International Law* (1966) pp. 55-63; J.A. Barberis, "La liberté de traiter des États et le *jus cogens*", 30 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht [Z.f.a.o.R.u.V.]* (1970) pp. 19-45; U. Scheuner, "Conflict of Treaty Provisions with a Peremptory Norm of International Law", 27 y 29 *Z.f.a.o.R.u.V.* (1967 y 1969) pp. 520-532 y 28-38, respectivamente; H. Mosler, "*Ius cogens* im Völkerrecht", 25 *Schweizerisches Jahrbuch für internationales Recht* (1968) pp. 1-40; K. Marek, "Contribution à l'étude du *jus cogens* en Droit international", *Recueil d'études de Droit International en hommage à P. Guggenheim*, Genebra, I.U.H.E.I., 1968, pp. 426-459; M. Schweitzer, "*Ius cogens* im Völkerrecht", 15 *Archiv des Völkerrechts* (1971) pp. 197-223; G. Gaja, "Jus Cogens beyond the Vienna Convention", 172 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1981) pp. 279-313; L. Alexidze, "Legal Nature of *Jus Cogens* in Contemporary International Law", *in ibid.*, pp. 227-268; y otras fuentes citadas en las notas (109), (115), (123), (124), (125) y (131).

en la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales (1986); en mi intervención en la Conferencia de Naciones Unidas que la adoptó, me permití advertir para la manifiesta incompatibilidad con el concepto de *jus cogens* de la concepción voluntarista del Derecho Internacional¹¹², la cual se mostrara incapaz de explicar siquiera la formación de reglas del derecho internacional general y la incidencia en el proceso de formación y evolución del Derecho Internacional contemporáneo de elementos independientes del libre arbitrio de los Estados¹¹³. Con la consagración del *jus cogens* en las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (1969 y 1986), el próximo paso consistió en determinar su incidencia más allá del derecho de los tratados.

68. De mi parte, siempre he sostenido que es una consecuencia ineludible de la afirmación y la propia existencia de normas *imperativas* del Derecho Internacional el no se limitar éstas a las normas convencionales, al derecho de los tratados, y el extenderse a todo y cualquier acto jurídico¹¹⁴. Desarrollos recientes apuntan en el mismo sentido, o sea, de que el dominio del *jus cogens*, más allá del derecho de los tratados, alcanza igualmente el derecho internacional general¹¹⁵. Además, el *jus cogens*, en mi entender, es una categoría abierta, que se expande en la medida en que se despierta la conciencia jurídica universal (fuente material de todo el Derecho) para la necesidad de proteger los derechos inherentes a todo ser humano en toda y cualquier situación.

69. La evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha enfatizado el carácter absoluto de los derechos fundamentales *inderogables*. La prohibición absoluta de las prácticas de tortura, de desaparición forzada de personas, y de las ejecuciones sumarias y extra-legales, nos hacen ingresar decididamente en la *terra nova* del *jus cogens* internacional¹¹⁶. En el caso *A. Furundzija* (Sentencia del 10.12.1998), el Tribunal Penal Internacional *ad hoc* para la Ex-Yugoslavia (*Trial Chamber*) sostuvo que la prohibición de la tortura, efectuada de modo absoluto por el Derecho Internacional tanto convencional (bajo determinados tratados de derechos humanos) como consuetudinario, tenía el carácter de una norma de *jus cogens* (párrs. 137-139, 144 y 160)¹¹⁷. Esto ocurría en razón de la importancia

¹¹². Cf. U.N., *United Nations Conference on the Law of Treaties between States and International Organizations or between International Organizations* (Vienna, 1986) - *Official Records*, tomo I, N.Y., U.N., 1995, pp. 187-188 (intervención de A.A. Cançado Trindade).

¹¹³. A.A. Cançado Trindade, "The Voluntarist Conception of International Law: A Re-Assessment", 59 *Revue de droit international de sciences diplomatiques et politiques* - Ginebra (1981) pp. 201-240.

¹¹⁴. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, *op. cit. supra* n. (97), tomo II, pp. 415-416.

¹¹⁵. Para la extensión del *jus cogens* a todos los actos jurídicos posibles, cf., v.g., E. Suy, «The Concept of *Jus Cogens* in Public International Law», in *Papers and Proceedings of the Conference on International Law* (Langonissi, Grecia, 03-08.04.1966), Genève, C.E.I.P., 1967, pp. 17-77.

¹¹⁶. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional...*, *op. cit. supra* n. (97), tomo II, p. 415.

¹¹⁷. Agregó el Tribunal que dicha prohibición era tan absoluta que incidía no solamente sobre violaciones actuales sino también potenciales (sobre todo a partir de la Sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Soering versus Reino Unido*, 1989), impidiendo así la expulsión, el retorno o la extradición de una persona a otro Estado en que pueda incurrir en el riesgo de ser sometida a tortura; *ibid.*, párrs. 144 y 148. - Al respecto, sobre la práctica bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, cf. F. Pocar, "Patto Internazionale sui Diritti Civili e Politici ed Estradizione", in *Diritti dell'Uomo, Estradizione ed Espulsione - Atti del Convegno di Ferrara (1999) per Salutare G.*

de los valores protegidos (párr. 153). Tal prohibición absoluta de la tortura, - agregó el Tribunal, - impone a los Estados obligaciones *erga omnes* (párr. 151); la naturaleza de *jus cogens* de esta prohibición la torna "uno de los estándares más fundamentales de la comunidad internacional", incorporando "un valor absoluto del cual nadie debe desviarse" (párr. 154).

70. El concepto de *jus cogens* efectivamente no se limita al derecho de los tratados, y es igualmente propio del derecho de la responsabilidad internacional de los Estados. Los Artículos sobre la Responsabilidad de los Estados, adoptados por la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas en 2001, dan testimonio de este hecho. Entre los pasajes de dichos Artículos y sus comentarios que se refieren expresamente al *jus cogens*, hay uno en que se afirma que "various tribunals, national and international, have affirmed the idea of peremptory norms in contexts not limited to the validity of treaties"¹¹⁸. En mi entendimiento, es en este capítulo central del Derecho Internacional, el de la responsabilidad internacional (quizás más que en el capítulo del derecho de los tratados), que el *jus cogens* revela su real, amplia y profunda dimensión, alcanzando todos los actos jurídicos (inclusive los unilaterales), e incidiendo (inclusive más allá del dominio de la responsabilidad estatal) en los propios *fundamentos* de un derecho internacional verdaderamente universal.

71. A la responsabilidad internacional *objetiva* de los Estados corresponde necesariamente la noción de *ilegalidad objetiva*¹¹⁹ (uno de los elementos subyacentes al concepto de *jus cogens*). En nuestros días, nadie osaría negar la ilegalidad objetiva de actos de genocidio¹²⁰, de prácticas sistemáticas de tortura, de ejecuciones sumarias y extra-legales, y de desaparición forzada de personas, - prácticas éstas que representan crímenes de lesa-humanidad, - condenadas por la conciencia jurídica universal¹²¹, a la par de la aplicación de tratados. Ya en su Opinión Consultiva de 1951 sobre las *Reservas a la Convención contra el Genocidio*, la Corte Internacional de Justicia señaló que los principios humanitarios subyacentes a aquella Convención eran reconocidamente "obligatorios para los Estados, aún en la ausencia de cualquier obligación convencional"¹²².

72. Así como, en el ámbito del Derecho Internacional de los Refugiados, se reconoció el principio básico del *non-refoulement* como siendo del *jus cogens*¹²³, en el dominio del Derecho

Battaglini (ed. F. Salerno), Padova, Cedam, 2003, pp. 89-90.

¹¹⁸. J. Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility - Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge, University Press, 2002, p. 188, y cf. pp. 246 y 127-128.

¹¹⁹. En su Opinión Consultiva del 21.06.1971 sobre *Namibia*, la Corte Internacional de Justicia se refirió efectivamente a una situación que caracterizó como "ilegal *erga omnes*"; *ICJ Reports* (1971) p. 56, párr. 126.

¹²⁰. En su Sentencia del 11 de julio de 1996, en el caso relativo a la *Aplicación de la Convención contra el Genocidio*, la Corte Internacional de Justicia afirmó que los derechos y obligaciones consagrados en aquella Convención eran "derechos y deberes *erga omnes*"; *ICJ Reports* (1996) p. 616, párr. 31.

¹²¹. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Blake versus Guatemala* (Fondo), Sentencia del 24.01.1998, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 25, y cf. párrs. 23-24.

¹²². CIJ, Opinión Consultiva del 28 de mayo de 1951, *ICJ Reports* (1951) p. 23.

¹²³. Cf. J. Allain, "The *Jus Cogens* Nature of *Non-Refoulement*", *13 International Journal of Refugee Law* (2002) pp. 538-558.

Internacional de los Derechos Humanos se reconoció igualmente el carácter de *jus cogens* del principio fundamental de la igualdad y la no-discriminación (cf. *supra*). La ilegalidad objetiva no se limita a los actos y prácticas anteriormente mencionados. Como el *jus cogens* no es una categoría cerrada (*supra*), entiendo que nadie tampoco osaría negar que el trabajo esclavo, y la denegación persistente de las más elementares garantías del debido proceso legal igualmente afrontan la conciencia jurídica universal, y efectivamente colisionan con las normas perentorias del *jus cogens*. Esto es particularmente significativo para la salvaguardia de los derechos de los trabajadores migrantes indocumentados. Toda esta evolución doctrinal apunta en la dirección de la consagración de las obligaciones *erga omnes* de protección (cf. *infra*). Sin la consolidación de dichas obligaciones poco se avanzará en la lucha contra las violaciones de los derechos humanos.

73. Las manifestaciones del *jus cogens* internacional marcan presencia en la propia manera como los tratados de derechos humanos han sido interpretados y aplicados: las restricciones, en estos previstas, a los derechos humanos que consagran, son restrictivamente interpretadas, salvaguardando el Estado de Derecho, y demostrando que los derechos humanos no pertenecen al dominio del *jus dispositivum*, y no pueden ser considerados como simplemente "negociables"¹²⁴; todo lo contrario, permean ellos el propio orden jurídico nacional e internacional. En suma y conclusión sobre el punto en examen, la emergencia y consagración del *jus cogens* evocan las nociones de orden público internacional y de una jerarquía de normas jurídicas, así como la prevalencia del *jus necessarium* sobre el *jus voluntarium*; el *jus cogens* se presenta como la expresión jurídica de la propia comunidad internacional como un todo, la cual, en fin, toma conciencia de sí misma, y de los principios y valores fundamentales que la guían¹²⁵.

VIII. Emergencia y Alcance de las Obligaciones *Erga Omnes* de Protección: Sus Dimensiones Horizontal y Vertical.

74. En la presente Opinión Consultiva sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la Corte Interamericana ha señalado que el principio fundamental de la igualdad y no-discriminación, por pertenecer al dominio del *jus cogens*, "acarrea obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y generan efectos con respecto a terceros, inclusive particulares" (párr. 110, y cf. punto resolutivo n. 5)¹²⁶. También sobre este particular me permito presentar algunas reflexiones, en respaldo a lo determinado por la Corte Interamericana. Es ampliamente reconocido, en nuestros días, que las normas imperativas del *jus cogens* efectivamente acarrear obligaciones *erga omnes*.

75. En conocido *obiter dictum* en su sentencia en el caso de la *Barcelona Traction* (Segunda Fase, 1970), la Corte Internacional de Justicia precisó que hay ciertas obligaciones

¹²⁴. J.A. Pastor Ridruejo, "La Convención Europea de los Derechos del Hombre y el 'Jus Cogens' Internacional", in *Estudios de Derecho Internacional - Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, tomo I, Madrid, Ed. Tecnos, 1979, pp. 581-590. - Sobre la posibilidad de la incidencia del *jus cogens* en la propia elaboración de proyectos de instrumentos internacionales, cf. discusión in G.M. Danilenko, "International Jus Cogens: Issues of Law-Making", 2 *European Journal of International Law* (1991) pp. 48-49 y 59-65.

¹²⁵. A. Gómez Robledo, *El Jus Cogens Internacional (Estudio Histórico Crítico)*, México, UNAM, 1982, pp. 20-21, 222-223 y 226, y cf. p. 140; y cf. también R.St.J. Macdonald, "Fundamental Norms in Contemporary International Law", 25 *Annuaire canadien de Droit international* (1987) pp. 133-134, 140-142 y 148.

¹²⁶. Y cf. también párr. 146.

internacionales *erga omnes*, obligaciones de un Estado *vis-à-vis* la comunidad internacional como un todo, que son del interés de todos los Estados; "tales obligaciones derivan, por ejemplo, en el Derecho Internacional contemporáneo, de la prohibición de actos de agresión, y de genocidio, y también de los principios y reglas relativos a los derechos básicos de la persona humana, incluyendo la protección contra la esclavitud y la discriminación racial. Algunos de los derechos correspondientes de protección *ingresaron en el corpus del Derecho Internacional general (...)*; otros son atribuidos por instrumentos internacionales de carácter universal o casi-universal"¹²⁷. Las prohibiciones citadas en este *obiter dictum* no son exhaustivas: a ellas se agregan nuevas prohibiciones, como las citadas en los párrafos 71-72 del presente Voto Concurrente, precisamente por no ser el *jus cogens* una categoría cerrada (*supra*).

76. 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*) y de las obligaciones *erga omnes* de protección (debidas a todos, y a la comunidad internacional como un todo). El *jus cogens*, al acarrear obligaciones *erga omnes*, las caracteriza como siendo dotadas de un carácter necesariamente objetivo, y por lo tanto abarcando a todos los destinatarios de las normas jurídicas (*omnes*), tanto a los integrantes de los órganos del poder público como a los particulares.

77. A mi modo de ver, podemos considerar tales obligaciones *erga omnes* desde *dos dimensiones, una horizontal y otra vertical*, que se complementan. Así, las obligaciones *erga omnes* de protección, en una dimensión horizontal, son obligaciones atinentes a la protección de los seres humanos debidas a la comunidad internacional como un todo¹²⁸. En el marco del derecho internacional convencional, vinculan ellas todos los Estados Partes en los tratados de derechos humanos (obligaciones *erga omnes partes*), y, en el ámbito del derecho internacional general, vinculan todos los Estados que componen la comunidad internacional organizada, sean o no Partes en aquellos tratados (obligaciones *erga omnes lato sensu*). En una dimensión vertical, las obligaciones *erga omnes* de protección vinculan tanto los órganos y agentes del poder público (estatal), como los simples particulares (en las relaciones inter-individuales).

78. Para la conformación de esta dimensión vertical han contribuido decisivamente el advenimiento y la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Pero es sorprendente que, hasta la fecha, estas dimensiones horizontal y vertical de las obligaciones *erga omnes* de protección hayan pasado enteramente desapercibidas de la doctrina jurídica contemporánea. Sin embargo, las veo claramente configuradas en el propio régimen jurídico de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, por ejemplo, en cuanto a la dimensión vertical, la obligación general, consagrada en el artículo 1(1) de la Convención Americana, de respetar y garantizar el libre ejercicio de los derechos por ella protegidos,

¹²⁷. CIJ, Sentencia del 05 de febrero de 1970, *ICJ Reports* (1970) p. 32, párrs. 33-34 (énfasis acrescentado). - La misma Corte tuvo una oportunidad única de desarrollar estas consideraciones años después, en el caso del *Timor Oriental*, pero la desperdició: en la Sentencia del 30.06.1995, en que reafirmó la existencia de las obligaciones *erga omnes* (en relación con el derecho de autodeterminación de los pueblos), sin embargo relacionó dichas obligaciones con algo que es su antítesis, el consentimiento de un Estado tercero (Indonesia); desde una perspectiva bilateralista y voluntarista, dejó así, desafortunadamente, de extraer las consecuencias de la existencia de dichas obligaciones *erga omnes*; cf. CIJ, caso del *Timor Oriental* (Portugal versus Australia), *ICJ Reports* (1995) pp. 90-106.

¹²⁸. CtIADH, caso *Blake versus Guatemala* (Fondo), Sentencia del 24.01.1998, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 26, y cf. párrs. 27-30.

genera efectos *erga omnes*, alcanzando las relaciones del individuo tanto con el poder público (estatal) cuanto con otros particulares¹²⁹.

79. A su vez, las obligaciones *erga omnes partes*, en su dimensión horizontal, encuentran expresión también en el artículo 45 de la Convención Americana, que prevé la vía (todavía no utilizada en la práctica en el sistema interamericano de derechos humanos), de reclamaciones o peticiones interestatales. Esta vía, - como lo señalé en mi Voto Concurrente (párr. 3) en el caso de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó* (Medidas Provisionales de Protección del 18.06.2002), - constituye no sólo un mecanismo *par excellence* de acción de garantía colectiva, sino también un verdadero embrión de *actio popularis* en el Derecho Internacional, en el marco de la Convención Americana. De todos modos, estas dimensiones tanto horizontal como vertical revelan el amplio alcance de las obligaciones *erga omnes* de protección.

80. La consagración de las obligaciones *erga omnes* de protección de la persona humana representa, en realidad, la superación de un patrón de conducta erigido sobre la pretensa autonomía de la voluntad del Estado, del cual el propio Derecho Internacional buscó gradualmente liberarse ao consagrar el concepto de *jus cogens*¹³⁰. Por definición, todas las normas del *jus cogens* generan necesariamente obligaciones *erga omnes*. Mientras el *jus cogens* es un concepto de derecho material, las obligaciones *erga omnes* se refieren a la estructura de su desempeño por parte de todas las entidades y todos los individuos obligados. A su vez, no todas las obligaciones *erga omnes* se refieren necesariamente a normas del *jus cogens*.

81. Hay que dar seguimiento a los esfuerzos de mayor desarrollo doctrinal y jurisprudencial de las normas perentorias del derecho internacional (*jus cogens*) y de las correspondientes obligaciones *erga omnes* de protección del ser humano¹³¹, movido sobre todo por la *opinio juris* como manifestación de la conciencia jurídica universal, en beneficio de todos los seres humanos¹³². Mediante este desarrollo conceptual se avanzará en la superación de los obstáculos de los dogmas del pasado y en la creación de una verdadera *ordre public*

¹²⁹. Cf., al respecto, en general, la resolución adoptada por el *Institut de Droit International* (I.D.I.) en la sesión de Santiago de Compostela de 1989 (artículo 1), in: I.D.I., 63 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1989)-II, pp. 286 y 288-289.

¹³⁰. Cf. A.A. Cançado Trindade, "The International Law of Human Rights at the Dawn of the XXist Century", 3 *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional* - Castellón (1999) pp. 207-215.

¹³¹. Sobre la relación entre el *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes* de protección, cf.: M. Ragazzi, *The Concept of International Obligations Erga Omnes*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 135, 201-202 y 213; Y. Dinstein, "The *Erga Omnes* Applicability of Human Rights", 30 *Archiv des Völkerrechts* (1992) pp. 16-37; A.J.J. de Hoogh, "The Relationship between *Jus Cogens*, Obligations *Erga Omnes* and International Crimes: Peremptory Norms in Perspective", 42 *Austrian Journal of Public and International Law* (1991) pp. 183-214; C. Annacker, "The Legal Regime of *Erga Omnes* Obligations in International Law", 46 *Austrian Journal of Public and International Law* (1994) pp. 131-166; M. Byers, "Conceptualising the Relationship between *Jus Cogens* and *Erga Omnes* Rules", 66 *Nordic Journal of International Law* (1997) pp. 211-239; J. Juste Ruiz, "Las Obligaciones `Erga Omnes' en Derecho Internacional Público", in *Estudios de Derecho Internacional - Homenaje al Profesor Miaja de la Muela*, tomo I, Madrid, Tecnos, 1979, p. 228.

¹³². CtIADH, caso *Blake versus Guatemala* (Fondo), Sentencia del 24.01.1998, Serie C, n. 36, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 28; CtIADH, caso *Blake versus Guatemala* (Reparaciones), Sentencia del 22.01.1999, Serie C, n. 48, Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade, párr. 40.

internacional basada en el respeto y observancia de los derechos humanos. Dicho desarrollo contribuirá, así, a una mayor cohesión de la comunidad internacional organizada (la *civitas maxima gentium*), centrada en la persona humana.

82. Como me permití señalar en mi Voto Razonado en el caso *Las Palmeras* (Excepciones Preliminares, 2000, párrs. 13-14) y en mis Votos Concurrentes en el caso de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó* (Medidas Provisionales de Protección, 18.06.2002, párrs. 2-9) y en el caso de las *Comunidades del Jiguamiandó y del Curbaradó* (Medidas Provisionales de Protección, 06.03.2003, párrs. 4-6), en un plano más circunscrito, la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene mecanismos para aplicación de las obligaciones convencionales de protección *erga omnes partes*. Esto se reviste de particular relevancia en los planos tanto conceptual como operativo. La obligación general, consagrada en el artículo 1(1) de la Convención Americana, de respetar y garantizar el libre ejercicio de los derechos por ella protegidos, tiene un carácter *erga omnes*¹³³.

83. A mi juicio, no hay que minimizar las obligaciones *erga omnes partes*, tampoco en el plano conceptual, por cuanto, mediante el ejercicio de la garantía colectiva, tales obligaciones pueden servir de guía, o mostrar el camino, para la consagración, en el futuro, de las obligaciones *erga omnes lato sensu*, debidas a la comunidad internacional como un todo. Y, en el plano operativo, las obligaciones *erga omnes partes* bajo un tratado de derechos humanos como la Convención Americana también asumen especial importancia, ante la actual diversificación de las fuentes de violaciones de los derechos consagrados en la Convención, que requiere el claro reconocimiento de los efectos de las obligaciones convencionales *vis-à-vis* terceros (el *Drittwirkung*), inclusive particulares (v.g., en las relaciones laborales).

84. Con ésto se puede asegurar prontamente un mínimo de protección convencional, por ejemplo, a los trabajadores migrantes indocumentados, en sus relaciones no sólo con el poder público sino también con otros individuos, en particular sus empleadores. Se puede, así, sostener que los trabajadores migrantes, inclusive los indocumentados, son titulares de derechos fundamentales *erga omnes*. En última instancia, el Estado tiene la obligación de tomar medidas positivas para impedir la explotación laboral inescrupulosa, y para poner fin a la misma. El Estado tiene el deber de asegurar la prevalencia del principio fundamental de la igualdad y no-discriminación, que, como lo establece con acierto la presente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana, es un principio del *jus cogens* (párr. 101, y punto resolutivo n. 4). El haber aclarado este punto básico constituye una valiosa contribución de la presente Opinión Consultiva n. 18 de la Corte.

85. El Estado está obligado por la normativa de la protección internacional de los derechos humanos, que protege a toda persona humana *erga omnes*, independientemente de su estatuto de ciudadanía, o de migración, o cualquier otra condición o circunstancia. Los derechos fundamentales de los trabajadores migrantes, inclusive los indocumentados, son oponibles al poder público e igualmente a los particulares (v.g., los empleadores), en las relaciones inter-individuales. El Estado no puede prevalecerse del hecho de no ser Parte en un determinado tratado de derechos humanos para evadirse de la obligación de respetar el principio fundamental de la igualdad y non-discriminación, por ser este un principio de derecho internacional general, y del *jus cogens*, que trasciende así el dominio del derecho de los tratados.

¹³³. Cf., en este sentido, la resolución adoptada por el *Institut de Droit International* (I.D.I.) en la sesión de Santiago de Compostela de 1989 (artículo 1), in: I.D.I., 63 *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1989)-II, pp. 286 y 288-289.

IX. Epílogo.

86. El hecho de que los conceptos tanto del *jus cogens* como de las obligaciones (y derechos) *erga omnes* ya integran el universo conceptual del Derecho Internacional es revelador de la alentadora y necesaria apertura de este último, en las últimas décadas, a determinados valores superiores y fundamentales. Hay que impulsar esta significativa evolución de la consagración de las normas de *jus cogens* y las obligaciones *erga omnes* de protección, buscando asegurar su plena aplicación práctica, en beneficio de todos los seres humanos. Sólo así rescataremos la visión universalista de los fundadores del *derecho de gentes*, y nos aproximaremos de la plenitud de la protección internacional de los derechos inherentes a la persona humana. Estas nuevas concepciones se imponen en nuestros días, y, de su fiel observancia, a mi juicio, dependerá en gran parte la evolución futura del presente dominio de protección de la persona humana, así como, en última instancia, del propio Derecho Internacional como un todo.

87. No es función del jurista simplemente tomar nota de lo que hacen los Estados, particularmente los más poderosos, que no dudan en buscar fórmulas para imponer su "voluntad", inclusive en relación con el trato a ser dispensado a las personas bajo su jurisdicción. La función del jurista es mostrar y decir cual es el Derecho. En la presente Opinión Consultiva n. 18 sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados*, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado, con firmeza y claridad, cual es el Derecho. Este último no emana de la insondable "voluntad" de los Estados, sino más bien de la conciencia humana. El derecho internacional general o consuetudinario emana no tanto de la práctica de los Estados (no isenta de ambigüedades y contradicciones), sino más bien de la *opinio juris communis* de todos los sujetos del Derecho Internacional (los Estados, las organizaciones internacionales, y los seres humanos). Por encima de la voluntad está la conciencia.

88. El hecho de que, a pesar de todos los sufrimientos de las generaciones pasadas, persistan en nuestros días nuevas formas de explotación del hombre por el hombre, - tales como la explotación de la fuerza laboral de los migrantes indocumentados, la prostitución forzada, el tráfico de niños, el trabajo forzado y esclavo, en medio al aumento comprobado de la pobreza y la exclusión y marginación sociales, al desarraigo y la desagregación familiar, - no significa que "falta reglamentación" o que el Derecho no exista. Significa más bien que el Derecho está siendo ostensiva y flagrantemente violado, día a día, en detrimento de millones de seres humanos, entre los cuales los migrantes indocumentados en todo el mundo. Al insurgirse contra estas violaciones generalizadas de los derechos de los migrantes indocumentados, que afrentan la conciencia jurídica de la humanidad, la presente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana contribuye al proceso en curso de la necesaria *humanización* del Derecho Internacional.

89. Al hacerlo, la Corte Interamericana tiene presentes la universalidad y unidad del género humano, que inspiraron, hace más de cuatro siglos y medio, el proceso histórico de formación del derecho de gentes. Al rescatar, en la presente Opinión Consultiva, la visión universalista que marcó los orígenes de la mejor doctrina del Derecho Internacional, la Corte Interamericana 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.

Antônio Augusto Cançado Trindade
Juez

Manuel E. Ventura Robles
Secretario