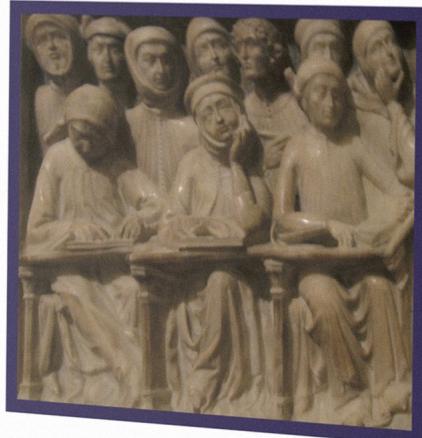


ANTÔNIO AUGUSTO  
CANÇADO TRINDADE



A PROTEÇÃO DOS  
VULNERÁVEIS COMO  
LEGADO DA II CONFERÊNCIA  
MUNDIAL DE DIREITOS  
HUMANOS (1993-2013)



**ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE**

**A PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS COMO  
LEGADO DA II CONFERÊNCIA MUNDIAL  
DE DIREITOS HUMANOS (1993-2013)**

**IBDH - IIDH - SLADI  
Fortaleza/Brasil  
2014**



## **ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE**

Juiz da Corte Internacional de Justiça; ex-Presidente da Corte Interamericana de Direitos Humanos; Professor Emérito de Direito Internacional da Universidade de Brasília; Professor Honorário da Universidade de Utrecht, e *Honorary Fellow* da Universidade de Cambridge; Membro do *Curatorium* da Academia de Direito Internacional da Haia, do *Institut de Droit International*, e da Academia Brasileira de Letras Jurídicas; Presidente da Sociedade Latino-Americana de Direito Internacional

## **A PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS COMO LEGADO DA II CONFERÊNCIA MUNDIAL DE DIREITOS HUMANOS (1993-2013)**



“(...) A violência esmaga aqueles que toca. (...) O vencido é causa de desgraça para o vencedor, assim como o vencedor para o vencido. (...)

Tal é a natureza da força. O poder que possui de transformar os homens em coisas é duplo e se exerce de dois lados; petrifica diferentemente, mas igualmente, as almas daqueles que a sofrem e daqueles que a manipulam”.

Simone Weil, *L'Iliade ou le poème de la force* (1939).

“(...) Estar enraizado é talvez a necessidade mais importante e menos reconhecida da alma humana. É uma das mais difíceis de definir”.

Simone Weil, *L'Enracinement* (1949 - livro póstumo).



# ÍNDICE

<b>Introdução.....</b>	13
<b>Capítulo I - O Processo Preparatório da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1990-1993).....</b>	15
I. Antecedentes: A I Conferência Mundial de Direitos Humanos (Teerã, 1968) .....	15
II. A II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993).....	17
1. Convocação e Objetivos .....	17
2. Os Trabalhos Preparatórios .....	19
3. A Formação da Agenda Temática.....	20
4. As Reuniões Regionais Preparatórias.....	27
5. A Contribuição das “Reuniões Satélites” Preparatórias da II Conferência Mundial de Direitos Humanos .....	36
6. As Bases de Discussão para a Conferência de Viena .....	43
<b>Capítulo II - A II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993) e Seus Resultados.....</b>	47
I. Observações Preliminares .....	47
II. O Forum Mundial das Organizações Não-Governamentais.....	48
III. A Abertura da Conferência de Viena: As Idéias Centrais .....	50
IV. A Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993: Breves Reflexões.....	52
V. A Multiplicidade de Atores e Contribuições à Conferência de Viena .....	60
<b>Capítulo III - A Proteção Internacional ao Final da II Conferência Mundial de Direitos Humanos: Perspectivas no Limiar do Novo Século .....</b>	63
I. A Superação das Contradições.....	63
II. “Particularismos Regionais” e Universalidade dos Direitos Humanos .....	67
III. A Universalidade dos Direitos Humanos em Perspectiva Adequada .....	69
IV. O Atendimento das Necessidades de Proteção.....	73

V. De Viena ao Novo Século: A Nova Dimensão da Onipresença dos Direitos Humanos.....	74
<b>Capítulo IV - O Seguimento da II Conferência Mundial de Direitos Humanos .....</b>	<b>81</b>
I. A Primeira Década (1993-2003) .....	81
II. A Segunda Década (2003-2013) .....	89
<b>Capítulo V - A Proteção dos Vulneráveis: Reflexões sobre o Princípio Básico da Igualdade e Não-Discriminação...93</b>	
I. O Despertar da Consciência para as Necessidades Especiais de Proteção dos Vulneráveis.....	93
II. A Perene Relevância do Princípio Básico da Igualdade e Não-Discriminação.....	95
<b>Capítulo VI - Observações Finais .....</b>	<b>103</b>
<b>Anexo Documental I - A Proteção Internacional dos Vulneráveis: Votos Individuais .....</b>	<b>109</b>
<b>1.Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade en el caso <i>Servellón y Otros versus Honduras (Fondo y Reparaciones, Sentencia del 21.09.2006)</i> .....</b>	<b>109</b>
I. Base de la Responsabilidad Internacional del Estado.....	109
II. Base de la Jurisdicción Internacional .....	113
III.Una Tragedia Contemporánea: Los Atentados contra los Derechos Humanos en Medio a la Descomposición del Tejido Social .....	115
IV. La Reacción del Derecho: Las Prohibiciones del <i>Jus Cogens</i> y la Debida <i>Reparatio</i> Revisitadas.....	119
<b>2. Voto Razonado del Juez A. A. Cançado Trindade en el caso de la <i>Comunidad Indígena Sawhoyamaxa versus Paraguay (Fondo y Reparaciones, Sentencia del 29.03.2006)</i> .....</b>	<b>125</b>
I. Dos Temas Centrales: La Amplia Dimensión del Derecho Fundamental a la Vida y el Derecho a la Identidad Cultural....	125
II. Raíces Históricas de las Privaciones de los Miembros de la Comunidad .....	129
III. El Desplazamiento Forzado Interno como Problema de Derechos Humanos.....	132
IV. La Inadmisibilidad de la <i>Probatio Diabolica</i> .....	135

V. La Cuestión del Nexo Causal: La Falta de Debida Diligencia del Poder Público .....	137
VI. El Derecho a la Vida y la Identidad Cultural.....	138
VII. El Sufrimiento de los Inocentes y la Centralidad de la Víctima Abandonada como Sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos .....	142
VIII. Reflexiones Finales .....	156
1. Los Derechos de los Pueblos Indígenas en la Formación y Desarrollo del e Derecho de Gentes ( <i>Jus Gentium</i> ) .....	156
2. La Gran Lección del Presente Caso de la <i>Comunidad Indígena Sawhoyamaxa</i> .....	161
<b>3. Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade en la Opinión Consultiva n. 17 (del 28.08.2002) sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño .....</b>	<b>165</b>
I. Prolegómenos: Breves Precisiones Conceptuales .....	165
II. La Cristalización de la Personalidad Jurídica Internacional del Ser Humano .....	168
III. La Personalidad Jurídica del Ser Humano como Respuesta a una Necesidad de la Comunidad Internacional.....	175
IV. El Advenimiento del Niño como Sujeto de Derechos en el Plano Internacional.....	181
V. El Derecho Subjetivo, los Derechos Humanos y la Nueva Dimensión de la Personalidad Jurídica Internacional del Ser Humano .....	184
VI. Implicaciones y Proyecciones de la Personalidad Jurídica del Niño en el Plano Internacional .....	186
VII. Los Derechos Humanos del Niño y las Obligaciones de Su Protección <i>Erga Omnes</i> .....	190
<b>4. Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade en la Opinión Consultiva n. 18 (del 17.09.2003) sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados .....</b>	<b>195</b>
I. La <i>Civitas Maxima Gentium</i> y la Universalidad del Género Humano.....	197
II. Las Disparidades del Mundo Dicho “Globalizado”, los Desplazamientos Forzados y la Vulnerabilidad de los Migrantes .....	201

III. La Reacción de la <i>Conciencia Jurídica Universal</i> ( <i>Opinio Juris Communis</i> ).....	205
IV. La Construcción del Derecho Individual Subjetivo al Asilo ....	210
V. La Posición y el Rol de los Principios Generales del Derecho...	217
VI. Los Principios Fundamentales como <i>Substratum</i> del Propio Ordenamiento Jurídico .....	221
VII. El Principio de la Igualdad y la No-Discriminación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos .....	223
VIII. Emergencia, Contenido y Alcance del <i>Jus Cogens</i> .....	228
IX. Emergencia y Alcance de las Obligaciones <i>Erga Omnes</i> de Protección: Sus Dimensiones Horizontal y Vertical .....	234
X. Epílogo .....	239
<b>5. Voto Dissidente [excertos] do Juiz A.A. Cançado Trindade no caso relativo à <i>Aplicação da Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial</i> (CIJ, Geórgia versus Federação Russa; exceções preliminares, Sentença de 01.04.2011) .....</b>	241
I. <i>Prolegomena</i> .....	241
II. Towards Peaceful Settlement with the Realization of Justice under Human Rights Treaties.....	243
III. The Law and the Sufferings and Needs of Protection of the Population: <i>Summum Jus, Summa Injuria</i> .....	246
IV. Human Rights Treaties as Living Instruments .....	255
V. A Recapitulation: Concluding Observations .....	263
VI. Epilogue: An Old Dilemma Revisited, in the Framework of Contemporary <i>Jus Gentium</i> .....	266
<b>6. Voto Arrazoado do Juiz A.A. Cançado Trindade no caso atinente a <i>Questões Relativas à Obrigação de Processar ou Extraditar</i> (CIJ, Bélgica versus Senegal; mérito, Sentença de 20.07.2012)....</b>	274
I. <i>Prolegomena</i> .....	274
II. The Factual Background of the Present Case: The Regime Habré in Chad (1982-1990) in the Findings of the Chadian Commission of Inquiry (Report of 1992) .....	275
1. The Organs of Repression of the Regime Habré in Chad (1982-1990) .....	277
2. The Systematic Practice of Torture of Persons Arbitrarily Detained .....	278

3. Extra-Judicial or Summary Executions, and Massacres .....	279
4. The Intentionality of Extermination of Those Who Allegedly Opposed the Regime .....	280
III. The Decision of May 2006 of the U.N. Committee against Torture .....	282
IV. The Case before the ICJ: Responses to Questions Put to the Contending Parties.....	285
1. Questions Put to Both Parties.....	285
2. Responses by Belgium.....	286
3. Responses by Senegal .....	291
4. General Assessment .....	293
V. Peremptory Norms of International Law ( <i>Jus Cogens</i> ): The Corresponding Obligations of Result, and Not of Simple Conduct .....	294
VI. The Everlasting Quest for the Realization of Justice in the Present Case.....	297
1. Legal Actions in Domestic Courts.....	298
2. Requests of Extradition .....	299
3. Initiatives at International Level.....	299
4. Initiative of Entities of African Civil Society .....	301
VII. The Search for Justice: Initiatives and Endeavours of the African Union .....	302
VIII. Urgency and the Needed Provisional Measures of Protection .....	305
IX. The Absolute Prohibition of Torture in the Realm of <i>Jus Cogens</i> .....	309
1. The International Legal Regime against Torture .....	309
2. Fundamental Human Values Underlying that Prohibition ....	315
X. Obligations <i>Erga Omnes Partes</i> under the U. N. Convention against Torture .....	319
XI. The Gravity of the Human Rights Violations and the Compelling Struggle against Impunity .....	322
1. Human Cruelty at the Threshold of Gravity .....	322
2. The Inadmissibility of Impunity of the Perpetrators .....	326

3. The Position of Chad against Impunity.....	331
4. The Struggle against Impunity in the Law of the United Nations .....	333
XII. Obligations under Customary International Law: A Precision as to the Court´s Jurisdiction .....	336
XIII. A Recurring Issue: The Time of Human Justice and the Time of Human Beings .....	340
1. An Unfortunate <i>Décalage</i> to Be Bridged .....	340
2. Making Time Work <i>Pro Victima</i> .....	344
XIV. The Time Factor: A Rebuttal of a Regressive Interpretation of the Convention against Torture .....	346
XV. A New Chapter in Restorative Justice? .....	350
XVI. Epilogue: Concluding Reflections .....	352
<b>Anexo II - Livros do Mesmo Autor.....</b>	<b>357</b>

## **INTRODUÇÃO**

Tive a ocasião de participar da II Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas (Viena, 1993), na tríplice condição de Membro da Delegação do Brasil, de Delegado do Instituto Interamericano de Direitos Humanos, e de Relator do Forum Mundial das Organizações Não-Governamentais (ONGs) - que a precedeu - do tema “Desenvolvimento, Democracia e Direitos Humanos”. Preparei, ademais, para a Conferência Mundial de Viena, o estudo “*La Protección Internacional de los Derechos Humanos en América Latina y el Caribe*”, circulado na mesma como documento oficial das Nações Unidas<sup>1</sup>. Os capítulos que compõem o presente livro constituem, assim, um testemunho único do que ocorreu na Conferência Mundial de Viena, abarcando seus trabalhos preparatórios, sua realização e seu seguimento até nossos dias, e a essência de seu legado.

Escrevi os três primeiros capítulos no calor dos acontecimentos, tendo-os concluído ainda em Viena, aos 26 de junho de 1993, e os publicado pouco depois no Brasil<sup>2</sup>. Nos anos seguintes publiquei o relato detalhado de tudo o ocorrido na Conferência Mundial de Viena, à qual dediquei todo o primeiro volume de meu *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*<sup>3</sup>. Este *Tratado* é hoje um dos estudos mais completos existentes sobre a matéria, - se não o mais completo, pois não me consta haver outros do mesmo porte publicados em outros países e idiomas. Quanto ao quarto capítulo, sobre o seguimento da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, escrevi-o em momentos distintos: a seção relativa à primeira década (1993-2003) ao longo da mesma, tendo a incluído, como indicado (*supra*), no terceiro volume de meu referido *Tratado*, publicado em 2003; e fiz questão de preparar a seção relativa à segunda década (2003-2013) na Haia, nas poucas horas vagas ao longo do segundo semestre de 2013, quando se comemoravam os vinte anos da realização da inesquecível e memorável Conferência Mundial de Viena.

---

1. ONU, documento A/CONF.157/PC/63/Add.3, de 18.03.1993, pp. 1-137.

2. A.A. Cançado Trindade, “Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993)”, in 87/90 Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional (1993-1994) pp. 9-57.

3. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 1-486 (1a. ed.); e 2003, pp. 1-640 (2a. ed.).

*Antônio Augusto Cançado Trindade*

Quanto ao quinto capítulo, do presente livro, sobre a proteção dos vulneráveis e o princípio básico da igualdade e não-discriminação, preparei-o mais recentemente, também na Haia, no primeiro semestre de 2014, - tendo o concludo em 22.03.2014, - com o propósito de salientar, em primeiro lugar, o despertar da consciência humana, a partir da realização da Conferência Mundial de Viena, para as necessidades especiais de proteção dos vulneráveis, e mesmo indefesos; e, em segundo lugar, a perene relevância do princípio básico da igualdade e não-discriminação, sempre invocado mas não suficientemente examinado pela doutrina jurídica até o presente. Com isto, o campo estava aberto para a apresentação de minhas observações finais sobre esta rica temática.

Haia, 27 de março de 2014.

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE

---

## CAPÍTULO I

### O PROCESSO PREPARATÓRIO DA II CONFERÊNCIA MUNDIAL DE DIREITOS HUMANOS (1990-1993)

#### I. Antecedentes: A I Conferência Mundial de Direitos Humanos (Teerã, 1968)

No transcurso do vigésimo aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, realizou-se a I Conferência Mundial de Direitos Humanos das Nações Unidas, em Teerã, de 22 de abril a 13 de maio de 1968, com a participação de 84 países e a presença de representantes de diversas organizações internacionais assim como organizações não-governamentais (ONGs). A Conferência adotou a célebre Proclamação de Teerã, uma avaliação das duas primeiras décadas de experiência da proteção internacional dos direitos humanos na era das Nações Unidas, além de 29 resoluções sobre questões diversas. O *Ato Final* da Conferência de Teerã reproduziu, ademais, em seus Anexos, alguns dos discursos proferidos na Conferência, mensagens especiais a ela enviadas, e as declarações dos *rapporteurs* de suas Comissões I e II<sup>4</sup>. Dentre as resoluções adotadas, algumas merecem destaque especial por sua transcendência, a saber, as resoluções XXII (sobre a ratificação ou adesão universal pelos Estados aos instrumentos internacionais de direitos humanos); VIII (sobre a realização universal do direito a autodeterminação dos povos); XVII (sobre o desenvolvimento econômico e os direitos humanos); XXI (sobre a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais); III, IV, VI e VII (sobre a eliminação do *apartheid* e de todas as formas de discriminação racial); IX (sobre os direitos da mulher); X (sobre regras-modelo de procedimento para órgãos de supervisão de violações de direitos humanos); XX (sobre educação em matéria de direito humano); e XXIII (sobre os direitos humanos em conflitos armados)<sup>5</sup>.

Reconhece-se hoje que a grande contribuição da Conferência de Teerã tenha consistido no tratamento e reavaliação *globais* da matéria, o

4. United Nations, *Final Act of the International Conference on Human Rights* (Teheran, 22 April to 13 May 1968), New York, U.N., 1968, doc. A/CONF.32/41, pp. 1-61.

5. Cf. *ibid.*, pp. 6-18.

que propiciou o reconhecimento e asserção, endossados por resoluções subsequentes da Assembléia Geral das Nações Unidas, da interrelação ou indivisibilidade de todos os direitos humanos. Algumas resoluções adotadas pela Conferência (e.g., as resoluções XXI, sobre a realização dos direitos econômicos, sociais e culturais; XXII, sobre a adesão universal aos instrumentos internacionais de direitos humanos; IX, sobre os direitos da mulher; XII, sobre o analfabetismo; XVII, sobre o desenvolvimento econômico e os direitos humanos; e XX, sobre educação em matéria de direitos humanos)<sup>6</sup> referem-se à promoção da observância e gozo universais dos direitos humanos, tomam os direitos civis e políticos e econômicos e sociais e culturais em seu conjunto, e avançam assim um enfoque essencialmente globalista da matéria.

Foi, no entanto, a Proclamação de Teerã sobre Direitos Humanos, adotada pelo plenário da I Conferência Mundial de Direitos Humanos em 13 de maio de 1968, a que melhor expressão deu a esta nova visão da matéria, constituindo-se em um relevante marco na evolução doutrinária da proteção internacional dos direitos humanos. A referida Proclamação de Teerã, ao voltar-se a todos os pontos debatidos na Conferência e consignados nas resoluções adotadas (*supra*), advertiu, por exemplo, para as “denegações maciças dos direitos humanos”, que colocavam em risco os “fundamentos da liberdade, justiça e paz no mundo” (par. 11), assim como para a “brecha crescente” entre os países economicamente desenvolvidos e os países em desenvolvimento, que impedia a realização dos direitos humanos na “comunidade internacional” (par. 12).

A referida Proclamação propugnou pela garantia, pelas leis de todos os países, a cada ser humano, da “liberdade de expressão, de informação, de consciência e de religião”, assim como do “direito de participar na vida política, econômica, cultural e social de seu país” (par. 5). Propugnou, ademais, pela implementação do princípio básico da não-discriminação, consagrado na Declaração Universal e em tantos outros instrumentos internacionais de direitos humanos, como uma “tarefa da maior urgência da humanidade, nos planos internacional assim como nacional” (par. 8). Referiu-se, também, ao “desarmamento geral e completo” como “uma das maiores aspirações de todos os povos” (para. 19), e não descuidou de lembrar as aspirações das novas

---

6. Cf. *ibid.*, pp. 10, 12, 14 e 16-17.

gerações por “um mundo melhor”, no qual se implementem plenamente os direitos humanos (par. 17). Ponderou, ainda, a Proclamação de Teerã que, muito embora as descobertas científicas e os avanços tecnológicos recentes tivessem aberto amplas perspectivas de progresso econômico, social e cultural, tais desenvolvimentos podiam no entanto por em risco os direitos e liberdades dos seres humanos, requerendo assim atenção contínua (par. 18).

Mais do que qualquer outra passagem da Proclamação de Teerã, foi o seu parágrafo 13 o que melhor resumiu a nova visão da temática dos direitos humanos, ao dispor: - “Uma vez que os direitos humanos e as liberdades fundamentais são indivisíveis, a realização plena dos direitos civis e políticos sem o gozo dos direitos econômicos, sociais e culturais é impossível”<sup>7</sup>. Esta asserção de uma nova visão, global e integrada, de todos os direitos humanos, constitui a nosso ver a grande contribuição da I Conferência Mundial de Direitos Humanos para os desenvolvimentos subsequentes da matéria. A partir de então, estava o campo efetivamente aberto para a consagração da tese da interrelação ou indivisibilidade dos direitos humanos, retomada pela célebre resolução 32/I30 de 1977 da Assembléia Geral das Nações Unidas e endossada pelas subsequentes resoluções 39/145, de 1984, e 41/117, de 1986, da mesma Assembléia Geral, - tese esta que desfruta hoje de aceitação virtualmente universal.

## **II. A II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993)**

### **1. Convocação e Objetivos**

Decorridas pouco mais de duas décadas desde a adoção da Proclamação de Teerã, voltou a Organização das Nações Unidas a sentir a necessidade de proceder a uma nova avaliação global da matéria, particularmente para examinar os avanços já logrados e identificar os rumos apropriados a seguir, neste final de século, de modo a assegurar o aperfeiçoamento e o fortalecimento da proteção internacional dos direitos humanos. Com o fim da guerra fria, alcançou-se um momento altamente significativo da história contemporânea, em que pela primeira vez se veio a formar um cenário internacional propício à construção de um novo consenso mundial baseado nos direitos humanos, na democracia e no desenvolvimento humano.

---

7. Texto da Proclamação de Teerã *in: U.N., Final Act..., op. cit. supra n. (1), pp. 3-5.*

Em consequência, abriam-se novas possibilidades para um papel mais ativo das Nações Unidas nas relações internacionais, em prol da manutenção da paz, da sustentabilidade do desenvolvimento, da defesa da democracia e da observância dos direitos humanos.

Para a formação desse novo quadro internacional contribuíram importantes eventos em distintas regiões do globo. De particular relevância foram as extraordinárias mudanças desencadeadas em ritmo vertiginoso no Leste Europeu a partir de 1989, gerando, como já indicado, o fim da guerra fria; a estas, veio a se acrescentar a reunificação da Alemanha. Em outros continentes, mesmo antes de 1989, somaram-se, e.g., os ventos de democratização em diversos países latino-americanos e em alguns países africanos, e as graduais mudanças iniciadas na China. Programou-se, assim, para o ano de 1993, pela primeira vez desde 1948, a realização de uma reavaliação global da proteção internacional dos direitos humanos na era pós-guerra fria. Assim, definitivamente não se havia chegado ao fim da história, uma vez que, na última década do século XX, restava - como ainda resta na atualidade - um longo caminho a percorrer. O que parecia ocorrer, nos anos noventa, era que as ideologias abrangentes já não mais conseguiam mobilizar a opinião pública como o logravam há cerca de trinta anos. Mas este era um momento na história.

É certo, como veremos mais adiante, que, ao otimismo com que se decidiu convocar a II Conferência Mundial de Direitos Humanos para 1993, seguiram-se uma profunda preocupação com a eclosão de conflitos internos ou intra-estatais e o surgimento de novos obstáculos à realização dos direitos humanos (cf. *infra*). Nem por isso se desvaneceu a consciência da universalidade dos direitos do ser humano. Quem poderia prever, por exemplo, a emergência e consolidação, a partir da Declaração Universal de 1948 e dos dois Pactos de 1966 e da Conferência de Teerã de 1968, e da Conferência e Declaração de Estocolmo de 1972 e da Conferência e Declaração do Rio de 1992, de novos valores globais, como os subjacentes à proteção dos direitos humanos e à proteção do meio-ambiente<sup>8</sup>, respectivamente, que hoje gozam de reconhecimento virtualmente universal?

A própria expansão considerável da proteção internacional dos direitos humanos nos últimos anos veio requerer uma reavaliação de

---

8. Cf. A. A. Cançado Trindade, *Direitos Humanos e Meio-Ambiente - Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1993, pp. 41-51.

seus rumos. Premida também por esta necessidade, a Assembléia Geral das Nações Unidas decidiu, mediante a resolução 45/155, de 18 de dezembro de 1990, convocar uma nova Conferência Mundial de Direitos Humanos, a realizar-se em Viena, de 14 a 25 de junho de 1993. Os objetivos da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, consignados na resolução 45/155 (par. I), foram os seguintes: primeiro, rever e avaliar os avanços no campo dos direitos humanos desde a adoção da Declaração Universal de 1948, e identificar os meios de superar obstáculos para fomentar maior progresso nesta área; segundo, examinar a relação entre o desenvolvimento e o gozo universal dos direitos econômicos, sociais e culturais, assim como dos direitos civis e políticos; terceiro, examinar os meios de aprimorar a implementação dos instrumentos de direitos humanos existentes; quarto, avaliar a eficácia dos mecanismos e métodos dos direitos humanos das Nações Unidas; quinto, formular recomendações para avaliar a eficácia desses mecanismos; e sexto, formular recomendações para assegurar recursos apropriados para as atividades das Nações Unidas no campo dos direitos humanos.

## **2. Os Trabalhos Preparatórios**

Estabelecido o Comitê Preparatório da II Conferência Mundial (parágrafo 2 da resolução 45/155), aberto a todos os Estados membros das Nações Unidas ou das agências especializadas, com a participação de observadores, realizou ele sua primeira sessão em Genebra, em 9-13 de setembro de 1991. Na ocasião, o Comitê Preparatório decidiu: programar para sua segunda sessão a consideração da agenda provisória e do projeto de regulamento da Conferência Mundial (e documentação pertinente); recomendar à Assembléia Geral o levantamento de recursos especiais para possibilitar a participação de representantes dos países menos desenvolvidos; e recomendar a convocação de Reuniões Regionais Preparatórias da Conferência Mundial<sup>9</sup>. Assinalou-se, ainda na primeira sessão do Comitê Preparatório, que três importantes elementos poderiam esperar do processo da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, a saber: primeiro, a reafirmação dos padrões internacionais proclamados e adotados pelas Nações Unidas (e a coordenação entre os instrumentos coexistentes); segundo, a busca da aplicação universal dos tratados básicos de direitos humanos das Nações Unidas (encorajando

---

9. Cf. U.N., *Report of the Preparatory Committee for the World Conference on Human Rights (First Session)*, doc.A/CONF.157/PC/13, de 20.09.1991, pp. 1-13.

os Estados que ainda não o haviam feito a ratificarem tais tratados preferivelmente antes de 1993); e terceiro, buscar uma implementação - internacional e nacional - mais eficaz dos direitos humanos (com atenção especial a questões como a eliminação da discriminação e a melhoria da qualidade de vida da população)<sup>10</sup>.

A segunda sessão do Comitê Preparatório realizou-se em Genebra, de 30 de março a 10 de abril de 1992, com a presença de representantes de 125 Estados e de 77 ONGs com status consultivo junto ao ECOSOC. A questão da agenda provisória da II Conferência Mundial foi objeto de prolongadas consultas informais, sem que se tivesse chegado a uma decisão a respeito. Decidiu-se, no entanto, recomendar à Assembléia Geral o projeto de regulamento da Conferência, e solicitar ao Secretário-Geral a preparação de uma compilação das recomendações das diversas “reuniões-satélites” (acadêmicas e outras) voltadas ao processo preparatório da Conferência Mundial. Confirmou-se a realização de três Reuniões Preparatórias Regionais, respectivamente, do Grupo Africano (ainda em fins de 1992), do Grupo Latino-Americano e Caribenho, e do Grupo Asiático (no início de 1993). Ao final da segunda sessão do Comitê Preparatório, ficou pendente a questão da participação nas Reuniões Regionais das ONGs com status consultivo junto ao ECOSOC; decidiu-se, no entanto, permitir órgãos nacionais de direitos humanos assistirem a Conferência Mundial como observadores<sup>11</sup>.

### **3. A Formação da Agenda Temática**

À esta altura, alguns temas já emergiam como prioritários e merecedores de atenção especial. Uma sistematização de estudos e documentação para a Conferência Mundial, preparada pelo Secretário Geral (em março de 1992) à luz dos objetivos da Conferência (*supra*), destacou as seguintes prioridades: a relação entre os direitos humanos, a democracia e o desenvolvimento (a abranger a implementação do direito ao desenvolvimento como um direito humano, o impacto da pobreza no gozo dos direitos humanos, a participação popular e o fortalecimento

---

10. Intervenção do então Subsecretário-Geral de Direitos Humanos das Nações Unidas (Sr. J. Martenson), *in: U.N. Centre for Human Rights, Human Rights Newsletter* (1992) vol. 4, n. 4, pp. 1-2.

11. Cf. U.N., *Report of the Preparatory Committee for the World Conference on Human Rights* (Second Session), doc. A/CONF. 157/PC/37, de 07.05.1992, pp. 1-40, e cf. pp. 14-17 para a proposta de planos de ação nacional.

das instituições democráticas); as medidas nacionais de implementação (legislativas, judiciais e administrativas) dos direitos humanos; os métodos de seguimento da atuação dos órgãos de supervisão internacionais; a relação entre o direito internacional dos direitos humanos, o direito internacional humanitário e o direito internacional dos refugiados; o princípio básico da igualdade e o problema da discriminação contra os grupos vulneráveis (a abranger as minorias, os povos indígenas e tribais, os direitos da criança, o problema da discriminação em razão do gênero, a pobreza, o analfabetismo e as disparidades econômicas); as ameaças à democracia e os conflitos internos envolvendo situações de emergência; a administração da justiça e o Estado de Direito; e programas de treinamento e educação em direitos humanos<sup>12</sup>.

A Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, por sua vez, recomendou que o Comitê Preparatório da Conferência Mundial mantivesse em mente o tema da interrelação entre direitos humanos, democracia e desenvolvimento, assim como a “igual importância e indivisibilidade de todas as categorias de direitos humanos”<sup>13</sup> (resolução 1991/30). O Subsecretário-Geral de Direitos Humanos das Nações Unidas, a seu turno, em carta-circular de 22 de julho de 1992 às Missões Permanentes dos Estados-membros sediadas em Genebra, assinalou, como Secretário-Geral da Conferência Mundial de Direitos Humanos, a importância da formulação de programas concretos no campo da educação em direitos humanos, insistiu na “ratificação universal” dos tratados de direitos humanos, e exortou os Estados a que lograssem um maior grau de cooperação internacional em favor dos direitos humanos<sup>14</sup>.

Ademais, em carta aberta às ONGs, o Secretário-Geral da Conferência Mundial comentou que as ONGs, por sua própria natureza, liberdade de expressão e movimento, e flexibilidade de ação, haviam exercido e continuavam a exercer uma função essencial de apoio e complementar à atuação das Nações Unidas no campo dos direitos humanos. Lembrou que as ONGs já se encontravam ativamente engajadas no processo preparatório da Conferência Mundial, sendo vital ao êxito da Conferência

---

12. Cf. U.N., *Report of the Secretary-General on Studies and Documentation for the World Conference*, doc. A/CONF.157/PC/20, de 26.03.1992, pp. 1-6.

13. Parágrafo 2 das recomendações em anexo à resolução 1991/30, de 05.03.1991, da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas.

14. Carta-circular do novo Subsecretário-Geral de Direitos Humanos das Nações Unidas (Sr. A. Blanca), documento G/SO-214(21-2), de 22.07.1992, pp. 1-3.

que prosseguissem em seus esforços em relação a cada tema a ser tratado na Conferência Mundial. Acrescentou que a função das ONGs na preparação da Conferência era dupla, a saber, informar o público mais amplo a respeito, e detectar as necessidades e aspirações em matéria de direitos humanos em todo o mundo e assegurar que viessem estas a ser devidamente examinadas pela Conferência Mundial. Por fim, retomou o tema da intensificação de esforços na educação e capacitação no campo dos direitos humanos, uma vez que a proteção destes “não pode se separar de sua promoção e da prevenção de violações”; e destacou como possíveis objetivos a ser afirmados na Conferência Mundial a “ratificação universal dos Pactos e outros instrumentos básicos” de direitos humanos, e a “atribuição de pelo menos 0.5% do total de orçamentos de cooperação para o desenvolvimento a programas de direitos humanos”<sup>15</sup>.

No processo preparatório da Conferência, alguns temas passaram claramente a receber um tratamento diferenciado ou ênfase especial. Assim, desde a primeira sessão do Comitê Preparatório da Conferência Mundial (em setembro de 1991, *supra*), por exemplo, o Grupo Latino-Americano e do Caribe (GRULAC) avançou o critério de que, em seu entendimento, um grande tema da Conferência Mundial vindoura devia ser o da trilogia *direitos humanos/democracia/desenvolvimento* (como “marco orientador” dos temas incluídos na resolução 45/155 da Assembléia Geral)<sup>16</sup>. Com efeito, o tema do *fortalecimento da democracia* passou a figurar com destaque nos trabalhos preparatórios da Conferência Mundial. Assim, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, mediante a resolução 1992/51, de 03 de março de 1992, observou que, no contexto dos objetivos da Conferência Mundial expostos na resolução 45/155 de 1990 da Assembléia Geral das Nações Unidas (*supra*), cabia dar atenção e destacar o tema do *desenvolvimento e fortalecimento do Estado de Direito (rule of law)*, inclusive mediante o “estabelecimento de mecanismos que possam contribuir com assistência técnica e financeira substanciais a projetos operacionais relacionados com os direitos humanos em áreas como a aplicação da lei (*law enforcement*), a administração da justiça e outras”

---

15. Carta reproduzida in: U.N. Centre for Human Rights, *Human Rights Newsletter* (1992) vol. 5, n. 1, pp. 1-2.

16. Assim, segundo o GRULAC, cabia ressaltar a “inevitável vinculação dos aspectos jurídicos em matéria de direitos humanos com os temas do desenvolvimento e democracia”; *Intervención del Jefe de la Delegación de Venezuela (...) en Nombre del Grupo Latinoamericano y del Caribe ante el Comité Preparatorio de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos*, documento de 12.09.1991, pp. 1-3 (mimeografado, circulação interna).

(par. 1). Outro tema constantemente mencionado foi o da *discriminação contra grupos vulneráveis* (e.g., minorias, povos indígenas, trabalhadores migrantes, dentre outros); para a consideração deste tema foram lembrados, e.g., a condição da mulher (em vários países), as crianças, os trabalhadores migrantes e seus familiares, os povos indígenas, os refugiados e os “*desplazados*” internos<sup>17</sup>. O relatório (de maio de 1992) da segunda sessão do Comitê Preparatório da Conferência Mundial conteve referências expressas ao tema da proteção dos “direitos das minorias e outros grupos vulneráveis”<sup>18</sup>, assim como às “disparidades econômicas, pobreza, analfabetismo, conflitos internos envolvendo minorias”, ademais de “situações de emergência” e “ameaças à democracia”<sup>19</sup>.

O processo preparatório da Conferência Mundial contou, quanto ao conteúdo temático, com recomendações apresentadas tanto por Governos quanto por ONGs. É alentador que determinados países (e.g., Austrália, Cuba, Jamaica, Luxemburgo - em nome dos 12 Estados-membros da CEE -, México, Noruega, Santa Sé, Senegal)<sup>20</sup>, em suas recomendações à Conferência, cuidaram de ressaltar, e.g., a importância da universalidade dos direitos humanos e da interrelação e indivisibilidade dos direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais. A Comunidade Econômica Européia (CEE), como tal, vinculou à universalidade (ratificação dos tratados existentes) e interrelação e indivisibilidade de todos os direitos humanos o tema das relações entre direitos humanos, democracia e desenvolvimento<sup>21</sup>.

Recomendações submetidas por ONGs reconhecidas como entidades consultivas referiram-se, *inter alia*, ao tema da *erradicação da pobreza extrema*<sup>22</sup>; na verdade, esta última constitui uma violação da totalidade dos direitos humanos, afetando os seres humanos em todas as esferas de suas vidas, e revelando de modo marcante a indivisibilidade

---

17. ONU, documento A/CONF.157/PC/20, de 26.03.1992, pp. 2-3; ONU, documento A/CONF.157/LACRM/1/Add.1, de 10.12.1992, p. 9; cf. também ONU, documento A/CONF.157/PC/6/Add.7, de 28.01.1992, pp. 25-30.

18. ONU, documento A/CONF.157/PC/37, de 07.05.1992, p. 15.

19. ONU, documento A/CONF.157/PC/20, de 26.03.1992, p. 3.

20. ONU, documento A/CONF.157/PC/6, de 22.08.1991, pp. 4, 6, 8, 10, 13-14, 21-22 e 24; ONU, documento A/CONF.157/PC/6/Add.5, de 10.09.1991, pp. 2-3.

21. CEE, *Aide-Mémoire: Notas da Comunidade Européia sobre a Conferência Mundial de Direitos Humanos*, de 20.08.1992, pp. 1-3 (mimeografado, circulação restrita).

22. ONU, documento A/CONF.157/PC/6/Add.2, de 22.08.1991, pp. 5, 11-13, 14 e 20.

de seus direitos<sup>23</sup>. A “dimensão coletiva” de determinados direitos humanos também foi lembrada, tanto por Governos como por ONGs, que têm exemplificado com as relações entre a proteção dos direitos humanos e a proteção do meio-ambiente<sup>24</sup>. Há, pois, claras indicações que nos permitem crer que a temática em apreço tem espaço assegurado na agenda internacional dos direitos humanos dos próximos anos<sup>25</sup>. Cabe, ademais, breve referência ao fato de que diversos organismos internacionais também encaminharam recomendações e sugestões à Conferência Mundial, o mesmo o tendo feito sucessivas “reuniões-satélites” (acadêmicas e outras) da Conferência<sup>26</sup>.

Os três Grupos Regionais (Africano, Latino-Americano e Caribenho, e Asiático), formados ao longo do processo preparatório da Conferência Mundial, propuseram, no decorrer da segunda sessão do Comitê Preparatório (março-abril de 1992), temas para consideração da Conferência de Viena. O Grupo Africano sugeriu os seguintes: aprimoramento da administração (da justiça) para fortalecer a observância dos direitos humanos; relação entre o direito internacional dos direitos humanos, o direito internacional humanitário e o direito internacional dos refugiados; novas formas de racismo, discriminação (e xenofobia e extremismo religioso) e outros obstáculos a superar; proteção dos direitos humanos de populações vivendo em territórios sob ocupação estrangeira<sup>27</sup>. O Grupo Latino-Americano e Caribenho, a seu turno, propôs os seguintes: a pobreza; a administração da justiça; o direito ao desenvolvimento; os ajustes econômicos e a dívida externa; a relação entre direitos humanos, democracia e desenvolvimento; as novas formas de racismo e xenofobia; a proteção de grupos vulneráveis; o fortalecimento das instituições nacionais de direitos humanos; a instrução e capacitação em direitos humanos; a

23. Cf. *ibid.*, pp. 12-14. - Cf., sobre o tema, U.N., *Human Rights and Extreme Poverty - Report of the Secretary-General*, doc. E/CN.4/Sub.2/1991/38, de 27.05.1991, pp. 1-25.

24. Para os comentários dos Governos, cf., e.g., ONU, documento A/CONF.157/PC/6, de 22.08.1991, pp. 22, 19 e 24; para os comentários de ONGs, cf., e.g., ONU, documento A/CONF.157/PC/6/Add.2, de 22.08.1991, pp. 5, 7 e 9; e, para a questão dos direitos humanos em um mundo multicultural, cf. comentários (de ONG) in ONU, documento A/CONF.157/PC/46, de 24.08.1992, pp. 4-6.

25. A. A. Cançado Trindade, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en América Latina y el Caribe*, op. cit. *infra* n. (41), pp. 54-55.

26. A contribuição dos organismos internacionais e das “reuniões-satélites” da Conferência Mundial será objeto de um estudo futuro nosso sobre a matéria.

27. ONU, documento A/CONF.157/PC/34, de 09.04.1992, p. 1.

cooperação internacional em matéria de direitos humanos; os efeitos de características étnicas, culturais, religiosas, morais e sociais na aplicação de instrumentos internacionais de direitos humanos<sup>28</sup>. Enfim, o Grupo Asiático propôs os seguintes: a pobreza; a relação entre direitos humanos, democracia e desenvolvimento; os ajustes econômicos e a dívida externa; o desenvolvimento sustentável e o meio-ambiente; os obstáculos à implementação dos direitos humanos; a relação entre os direitos humanos e o direito internacional humanitário com respeito à proteção de populações vivendo sob ocupação estrangeira; o terrorismo; a racionalização dos procedimentos dos instrumentos de direitos humanos das Nações Unidas; as estruturas e os sistemas sociais locais<sup>29</sup>.

Em sua terceira sessão (Genebra, 14-18 de setembro de 1992), o Comitê Preparatório da Conferência Mundial de Direitos Humanos decidiu significativamente recomendar à Assembléia Geral que solicitasse ao Secretário-Geral das Nações Unidas que convidasse às Reuniões Regionais Preparatórias da Conferência Mundial distintas categorias de ONGs, a saber: ONGs reconhecidas como entidades consultivas pelo ECOSOC, que “realizam atividades na esfera dos direitos humanos e/ou do desenvolvimento” na região respectiva; e ONGs que “realizam atividades na esfera dos direitos humanos e/ou do desenvolvimento” que tenham sua sede na região respectiva (com consulta prévia aos países da região), - que “designarão representantes devidamente acreditados para que participem na qualidade de observadores” nas Reuniões Regionais Preparatórias da Conferência Mundial<sup>30</sup>.

Ademais, o Regulamento Provisório da Conferência Mundial de Direitos Humanos, aprovado e anexado ao relatório da terceira sessão do Comitê Preparatório, determinou que as ONGs reconhecidas como entidades consultivas pelo ECOSOC e “competentes na esfera dos direitos humanos”, e outras ONGs que “tenham participado

---

28. ONU, documento A/CONF.157/PC/25, de 17.03.1992, pp. 1-2.

29. ONU, documento A/CONF.157/PC/36, de 10.04.1992, pp. 1-2.

30. U.N., *Report of the Preparatory Committee for the World Conference on Human Rights (Third Session)*, doc.A/CONF.157/PC/54, de 08.10.1992, pp. 19 e 34-35. Sobre o trabalho das Reuniões Regionais Preparatórias da Conferência Mundial, cf. *infra*; e, para um exame circunstanciado das mesmas, cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2<sup>a</sup> ed., Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 177-190.

nos trabalhos do Comitê Preparatório ou nas Reuniões Regionais poderão designar representantes devidamente acreditados por elas para participar como observadores na Conferência, em suas Comissões Principais e, quando proceda, em qualquer das Comissões ou Grupos de Trabalho, sobre questões que entrem no âmbito de suas atividades” (artigo 66)<sup>31</sup>. Esta significativa decisão sugere que doravante o tratamento da temática dos direitos humanos só deverá dar-se necessariamente mediante um diálogo franco e aberto entre os delegados governamentais, as ONGs e os especialistas na matéria, ou seja, um diálogo entre os governos e a sociedade civil.

O processo de formação da agenda temática da Conferência Mundial culminou com a adoção, pela própria Assembléia Geral das Nações Unidas, da resolução 47/122, de 18 de dezembro de 1992, mediante a qual aprovou tanto o Regulamento Provisório como a Agenda Provisória da Conferência Mundial de Direitos Humanos recomendados pelo Comitê Preparatório (parágrafos 3 e 6, respectivamente). A Agenda Provisória da Conferência Mundial, tal como aprovada pela Assembléia Geral, contemplou, em seus itens substantivos, um debate geral sobre o progresso alcançado no domínio dos direitos humanos desde a Declaração Universal de 1948, os obstáculos a serem superados, as tendências contemporâneas e os novos desafios à plena realização de todos os direitos humanos incluindo os de pessoas pertencentes a grupos vulneráveis (itens 9 e 11). Programou, ademais, a consideração da relação entre o desenvolvimento, a democracia e o gozo universal de todos os direitos humanos, tendo em mente a interrelação e indivisibilidade dos direitos econômicos, sociais, culturais, civis e políticos (item 10). E previu, enfim, recomendações para incrementar a cooperação internacional no campo dos direitos humanos; fortalecer a eficácia dos mecanismos e atividades das Nações Unidas; assegurar a universalidade, objetividade e não-seletividade da consideração das questões de direitos humanos; e assegurar os necessários recursos financeiros e outros para as atividades das Nações Unidas na área dos direitos humanos (item 12)<sup>32</sup>.

---

31. *Ibid.*, pp. 19 e 34-35.

32. Cf. ONU, documento A/CONF.157/1, de 18.05.1993, pp. 1-2.

## **4. As Reuniões Regionais Preparatórias**

Uma nova etapa no processo preparatório da Conferência de Viena de Direitos Humanos inaugurou-se com a realização das Reuniões Regionais Preparatórias, naturalmente no espírito universal da Conferência Mundial. Cabe recordar, a esse respeito, que a resolução 46/116 de 1992 da Assembléia Geral das Nações Unidas, ao referir-se *inter alia* à convocação das Reuniões Regionais (par. 4(IV)), reafirmou no preâmbulo a indivisibilidade e interrelação de todos os direitos humanos, e advertiu que “a promoção e proteção de uma categoria de direitos não deveria jamais eximir ou isentar os Estados da promoção e proteção de outra”.

As agendas das Reuniões Regionais Preparatórias, como não poderia deixar de ser, seguiram em linhas gerais o projeto de agenda da Conferência Mundial de Viena, de modo a avaliar os resultados alcançados na promoção e proteção dos direitos humanos (e.g., ratificação dos tratados de proteção, função das instituições nacionais e das ONGs). Ademais, identificaram os obstáculos persistentes, examinaram a relação entre os direitos humanos e a democracia e o desenvolvimento, tiveram presente a indivisibilidade dos direitos humanos, consideraram as tendências contemporâneas e os novos desafios à plena realização dos direitos humanos particularmente de pessoas necessitadas de proteção especial (a mulher, a criança) ou pertencentes a grupos vulneráveis (e.g., *inter alia*, minorias, povos indígenas, refugiados e deslocados), examinaram os meios de melhor coordenar os mecanismos de proteção do sistema das Nações Unidas e dos sistemas regionais respectivos, assim como os meios de assegurar a cooperação técnica e financeira necessária ao fortalecimento da promoção e proteção dos direitos humanos<sup>33</sup>. Passemos aos resultados concretos das três Reuniões Regionais Preparatórias da Conferência Mundial.

### **a) A Reunião Regional Africana (Túnis, novembro de 1992).**

A primeira dessas Reuniões, a Regional Africana, teve lugar em Túnis, em 2-6 de novembro de 1992, e nela se fizeram representar 42 Estados africanos assim como numerosas ONGs. A referida Reunião adotou uma Declaração e 14 resoluções, por consenso. A Declaração

---

33. Cf., a respeito, Anotações do Secretário-Geral da Conferência Mundial de Direitos Humanos *in*, e.g., ONU, doc. A/CONF.157/LACRM/ 1/Add.1, de 10.10.1992, pp. 1-13.

de Túnis, após evocar as principais mudanças ocorridas no cenário internacional, afirmou, muito significativamente, que “a natureza universal dos direitos humanos está fora de questão; sua proteção e promoção são dever de todos os Estados, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos ou culturais” (par. 2). Ao referir-se à observância das “realidades históricas e culturais de cada nação” e das “tradições, padrões e valores de cada povo” (par. 5), a Declaração de Túnis as situou em perspectiva apropriada, ao agregar (no mesmo par. 5) que “a observância e promoção dos direitos humanos constituem indubitavelmente um interesse global” e um objetivo a ser perseguido por “todos os Estados”. E acrescentou, a seguir: - “O princípio da indivisibilidade dos direitos humanos é sacrossanto. Os direitos civis e políticos não podem ser dissociados dos direitos econômicos, sociais e culturais. Nenhum desses direitos tem precedência sobre os demais” (par. 6).

A resolução AFRM/10 da Reunião Regional Africana reiterou que os “direitos civis e políticos, assim como os direitos econômicos, sociais e culturais, são interdependentes e indivisíveis” e “a realização de uma categoria desses direitos não deveria de modo algum ser promovida em detrimento de outra categoria de direitos” (preâmbulo). E a resolução AFRM/14 insistiu em que os “direitos civis e políticos não podem ser separados dos direitos econômicos, sociais e culturais ou dos direitos incorporados em outros instrumentos internacionais de direitos humanos” (par. 1). A exemplo da Declaração de Túnis (supra), a resolução AFRM/14, ao mesmo tempo em que reconheceu que a promoção e proteção efetivas dos direitos humanos deveriam levar em conta “as peculiaridades históricas, culturais e tradicionais de cada sociedade”, enfatizou “o princípio da indivisibilidade e interdependência de todos os direitos humanos”, assim como “a validade e universalidade dos direitos humanos”, que “devem ser protegidas e promovidas por todos” (preâmbulo).

Enfim, três temas mereceram atenção especial da Reunião Africana, a saber: a implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, e, em particular, a realização do direito ao desenvolvimento; a relação entre os direitos humanos e as situações humanitárias e a assistência pronta e eficaz aos refugiados e pessoas deslocadas na África; e a eliminação do *apartheid* e das novas formas de racismo, discriminação, xenofobia e extremismo religioso. Do principal documento emanado

da Reunião Regional Africana, a Declaração de Túnis, depreende-se que a universalidade dos direitos humanos não há de contrapor-se às particularidades histórico-culturais das nações; precisamente ao dar-lhes expressão, afiguram-se os direitos humanos como de caráter universal. A Declaração inclusive advertiu para a “séria ameaça” aos “valores universais dos direitos humanos” perpetrada hoje pelas “novas formas de extremismo e fanatismo, de origem religiosa ou outra” (par. 9). Não pode, pois, restar dúvida quanto à posição da Declaração de Túnis neste particular.

O mesmo entendimento prevaleceu no Seminário Africano sobre os Padrões Internacionais de Direitos Humanos e a Administração da Justiça, copatrocinado pelo Centro de Direitos Humanos das Nações Unidas e pela Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos, e realizado no Cairo, em 8-12 de julho de 1991. Ao concentrar-se em um problema que veio posteriormente a ser singularizado pela Declaração de Túnis, o da boa administração da justiça e independência do poder judiciário nos países africanos (par. 3), o Seminário do Cairo (que contou com mais de 100 participantes de 38 Estados africanos), reconheceu igualmente a universalidade dos direitos humanos. Os debates do Seminário Africano esclareceram que, se bem que se fazia necessário “tomar em conta diferentes tradições e culturas”, nem por isso os padrões de direitos humanos deixavam de ser universais<sup>34</sup>. A “noção da universalidade dos direitos humanos” constituiu a tônica dos debates<sup>35</sup>, noção ou percepção esta que deveria orientar o exame de questões como a da igualdade na administração da justiça<sup>36</sup>. A vindoura Conferência de Viena não devia, pois, ocupar-se de “reconceptualizar” os direitos humanos, mas sim de enfocar os meios de fortalecer a implementação dos direitos humanos (inclusive em sua dimensão preventiva), as questões de direitos humanos que provavelmente preocuparão as gerações futuras (buscando para tratá-las conceitos e estratégias novos), a reestruturação e melhor coordenação dos mecanismos existentes<sup>37</sup>. O próprio trabalho da Comissão Africana de Direitos Humanos e dos Povos - observou-se na ocasião - tem sido

---

34. U.N., *African Seminar on International Human Rights Standards and the Administration of Justice* (Cairo Seminar, July 1991), New York, U.N., 1992, p. 15, e cf. pp. 11, 23, 27-28 e 39.

35. *Ibid.*, pp. 43-44, e cf. pp. 19 e 32.

36. *Ibid.*, p. 8.

37. *Ibid.*, pp. 39-40.

guiado pela “percepção de que os padrões de direitos humanos devem ser considerados universais”<sup>38</sup>.

**b) A Reunião Regional Latino-Americana e Caribenha (San José de Costa Rica, janeiro de 1993)**

A segunda das Reuniões Regionais, a Latino-Americana e Caribenha, realizou-se em San José de Costa Rica, em 18-22 de janeiro de 1993. Diferentemente da Reunião Africana, a Reunião da América Latina e do Caribe preferiu não adotar resoluções e, ao invés destas, aprovar uma Declaração mais extensa e detalhada, a Declaração de San José sobre Direitos Humanos. A Declaração enfatizou sobretudo a trilogia direitos humanos/ democracia/desenvolvimento em seus distintos aspectos (preâmbulo e parágrafos 2, 4, 5 e 7), deteve-se em grupos vulneráveis (parágrafos 16 e 27), singularizando, em particular, as crianças, a condição da mulher, os povos indígenas, os portadores de deficiências (a requererem inclusive uma convenção para a proteção de seus direitos), os trabalhadores migrantes, os idosos, os enfermos terminais (e.g., de AIDS) (parágrafos 13-15 e 17-20), e cuidou da despolitização do tema (preâmbulo e parágrafos 12 e 24) e da identificação dos obstáculos aos direitos humanos (parágrafos 10 e 21). A Declaração reafirmou a interdependência e indivisibilidade de todos os direitos humanos (par. 3), com atenção especial ao domínio econômico e social (parágrafos 26-27).

Outros pontos da Declaração de San José merecem destaque, como, e.g., a ênfase no fortalecimento da democracia e do Estado de Direito (parágrafos 5 e 28), assim como na prevenção de violações maciças e sistemáticas de direitos humanos (par. 11). A Declaração Latino-Americana e Caribenha reconheceu a importância da coordenação entre os mecanismos do sistema interamericano de proteção e os das Nações Unidas (par. 22), e houve por bem referir-se expressamente ao processo de consolidação da paz em El Salvador (par. 23); significativamente, a Declaração endossou a proposta de que a Conferência Mundial considere a possibilidade de solicitar à Assembléia Geral um estudo sobre a factibilidade do estabelecimento de um Comissariado Permanente das Nações Unidas para os Direitos Humanos (par. 25). Persistiu, porém, uma lacuna na Declaração de San

---

38. *Ibid.*, p. 3.

José quanto aos temas dos refugiados e deslocados, e das situações de direito humanitário.

Cabe um registro da intervenção do Secretário Geral Adjunto de Direitos Humanos das Nações Unidas na sessão de abertura da Reunião de San José: nela ressaltou, e.g., a importância da concepção de “medidas urgentes” de resposta às violações de direitos humanos, assim como da consideração da promoção e proteção internacionais dos direitos humanos como um “componente essencial” dos esforços de manutenção e restabelecimento da paz (a exemplo da recente atuação das Nações Unidas, e.g., em El Salvador). Sustentou, ademais, a integração da dimensão dos direitos humanos em todos os programas e planos de desenvolvimento (nos planos nacional, regional e internacional). E agregou que o fim da era da guerra fria, que por muito tempo “ocultara a primazia dos direitos humanos” submetendo-a aos “prismas das ideologias”, proporcionava uma oportunidade única para “abordar os desafios de nosso fim de século”: a proteção dos “grupos vulneráveis”, o fortalecimento da democracia, o desenvolvimento econômico-social, a conservação do meio-ambiente, a assistência humanitária e a solução pacífica dos conflitos<sup>39</sup>. Tais desafios vinham ressaltar a indivisibilidade e a universalidade dos direitos humanos, ensejadas por uma “concepção global dos direitos humanos”<sup>40</sup>.

Em significativa mensagem à Reunião de San José, ponderou o representante da Comissão Econômica para a América Latina e o Caribe (CEPAL) das Nações Unidas que, por um lado, o fim da guerra fria propiciou na região a consolidação de regimes pluralistas e o enfoque integrado de questões políticas, econômicas, sociais e culturais; mas, por outro lado, tais avanços se fizeram acompanhar pelo recente agravamento dos problemas sócio-econômicos (o aumento considerável da pobreza) na região. Cibia, pois, indagar de que modo “reconciliar” o progresso na área da democratização, dos direitos civis e políticos, com o retrocesso na área dos direitos econômicos e sociais; sem progresso em relação também a estes últimos estariam ameaçadas as difíceis conquistas com respeito aos direitos civis e políticos. Daí a importância do desenvolvimento, e de

---

39. ONU, «Déclaration du Secrétaire Général Adjoint aux Droits de l'Homme» (M. A. Blanca), Séance d'ouverture de la Réunion Régionale pour l'Amérique Latine et les Caraïbes de la Conférence Mondiale sur les Droits de l'Homme (San José de Costa Rica, 18.01.1993), pp. 7-9 (mimeografado, circulação restrita).

40. *Ibid.*, pp. 8-9, e cf. p. 10.

uma visão sistêmica de todos os direitos humanos, de “crescimento com equidade social, em um sistema democrático”; em suma, na nova visão da CEPAL, há que considerar o desenvolvimento como inelutavelmente ligado, em uma democracia participativa, ao pleno exercício da cidadania, abarcando este tanto os direitos civis e políticos clássicos como os direitos econômicos e sociais e os “novos” direitos atinentes ao meio-ambiente e aos padrões de consumo<sup>41</sup>.

A seu turno, a representante do Instituto Interamericano de Direitos Humanos ressaltou a importância da educação em matéria de direitos humanos, inclusive como um dever dos Estados, vinculada à própria mobilização ampla da sociedade civil, e a promover hoje a expansão da temática dos direitos humanos (mediante o exame da relação entre estes e o meio-ambiente, dos direitos dos povos indígenas, da discriminação em razão do gênero, da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, e enfim, das relações entre os direitos humanos, a democracia e o desenvolvimento)<sup>42</sup>. Ainda na Reunião de San José foi apresentada uma Declaração dos Povos Indígenas da América nela representados; o documento, após referir-se à “persistência das violações” de seus direitos, conclamou os governos da região a que ratificassem todos os tratados de direitos humanos, e de modo especial a Convenção n. 169 da OIT relativa aos Povos Indígenas e Tribais em Países Independentes (1989) e que incorporassem tais tratados em seu direito interno. Apoiou, a seguir, a pronta adoção da Declaração Universal dos Direitos dos Povos Indígenas (ora em preparação no Grupo de Trabalho sobre Populações Indígenas das Nações Unidas), e propôs a criação de um Alto Comissariado das Nações Unidas sobre Assuntos Indígenas (como órgão permanente, com participação de delegados indígenas), e, enfim, solicitou à Conferência Mundial de Direitos Humanos a inclusão em sua

---

41. U.N./ECLAC, “Message from the Executive Secretary of ECLAC (Mr.G. Rosenthal) at the Regional Meeting for Latin America and the Caribbean Preparatory to the World Conference on Human Rights” (San José de Costa Rica, 18.01.1993), pp. 2-6 (mimeografado, circulação restrita).

42. U.N., “Intervención de la Directora Ejecutiva del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (Sra. Sonia Picado) ante la Reunión Regional de América Latina y el Caribe Preparatoria de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos” (San José de Costa Rica, 19.01.1993), pp. 1-2 (mimeografado, circulação restrita).

agenda de um item separado atinente aos “povos indígenas”, por não se considerarem estes “minorias nem setores vulneráveis”<sup>43</sup>.

Em estudo que preparei para a Reunião de San José, apresentado pelo Instituto Interamericano de Direitos Humanos como documento de apoio à mesma, procedi de início a um balanço dos avanços e resultados alcançados até o presente no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos. A seguir, percorri, com dados concretos, os principais temas componentes de nossa agenda continental dos direitos humanos na atualidade, a incluírem os direitos econômicos, sociais e culturais; o desenvolvimento e os direitos humanos; o fortalecimento da democracia e do Estado de Direito; os direitos humanos e o meio-ambiente; os direitos humanos e grupos vulneráveis (incluindo, em particular, os direitos da criança, os direitos dos povos indígenas, o problema do deslocamento populacional); o problema da violência em razão do gênero. Completei este diagnóstico com uma seção relativa à educação em direitos humanos em nosso continente, e me permiti advertir que, em uma Região Regional como esta, nunca seria demais ressaltar e reafirmar “a universalidade dos direitos humanos como conquista definitiva da civilização”<sup>44</sup>. Meu estudo, após submetido à referida Reunião Regional Preparatória da América Latina e do Caribe, foi também apresentado na quarta sessão do Comitê Preparatório da Conferência Mundial, já como documento classificado das Nações Unidas destinado à Conferência de Viena<sup>45</sup>.

### **c) A Reunião Regional Asiática (Bangkok, março-abril de 1993)**

A terceira das Reuniões Regionais, e talvez a mais ansiosamente aguardada, a Asiática, realizou-se em Bangkok, de 29 de março a 2 de abril de 1993. A Reunião adotou a Declaração de Bangkok, que no preâmbulo evocou a riqueza e diversidade das “culturas e tradições” dos países asiáticos, a indivisibilidade de todos os direitos humanos e a necessidade de tratá-los de modo “integrado e equilibrado” (sem enfatizar

43. U.N., “Declaración de Pueblos Indígenas de América Presentes en la Conferencia Regional de los Países Latinoamericanos y del Caribe Preparatoria de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos” (San José de Costa Rica, 19.01.1993), pp. 1-2 (mimeografiado, circulação restrita).

44. A. A. Cançado Trindade, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en América Latina y el Caribe* (Documento de Apoyo a la Reunión Regional de América Latina y el Caribe Preparatoria de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Naciones Unidas), San José de Costa Rica, IIDH/MRE de Costa Rica/CEE, enero de 1993, pp. 11-137.

45. ONU, documento A/CONF.157/PC/63/Add.3, de 18.03.1993, pp. 5-137.

indevidamente uma determinada categoria de direitos). O preâmbulo conclamou os Estados à ratificação dos instrumentos internacionais de direitos humanos, e enfatizou “a universalidade, objetividade e não-seletividade de todos os direitos humanos”, assim como a interrelação entre desenvolvimento, democracia e “gozo universal” de todos os direitos humanos. A Declaração de Bangkok insistiu neste último ponto também em sua parte operativa (par. 7), ao mesmo tempo em que realçou “a necessidade urgente de democratizar o sistema das Nações Unidas, eliminar a seletividade e aprimorar os procedimentos e mecanismos a fim de fortalecer a cooperação internacional” (par. 3). Reafirmou a indivisibilidade de todos os direitos humanos, com igual ênfase em todas as “categorias” de direitos (par. 10).

A Declaração de Bangkok também destacou, *inter alia*, a proteção dos direitos humanos de grupos vulneráveis (par. 11), o problema dos obstáculos à realização do direito ao desenvolvimento (par. 18), o grave problema da pobreza (par. 19), o direito da humanidade a um meio-ambiente saudável (par. 20), o monitoramento dos direitos humanos na fase de sua implementação (par. 15), a racionalização dos mecanismos existentes nas Nações Unidas (para evitar duplicação e assegurar-lhes maior eficácia - par. 28), o importante papel das instituições nacionais (par. 24). Em um dos parágrafos mais significativos, a Declaração de Bangkok reconheceu que, se bem sejam os direitos humanos “universais por natureza”, hão de ser considerados no contexto de um “processo dinâmico e em evolução” de elaboração normativa, tendo em mente “a significação das particularidades nacionais e regionais e os diversos backgrounds históricos, culturais e religiosos” (par. 8).

A Reunião Asiática, essencialmente intergovernamental, foi precedida de outra Reunião, de que participaram cerca de 240 representantes de 110 ONGs voltadas a questões de direitos humanos na região da Ásia e do Pacífico, também realizada em Bangkok, em 24-28 de março de 1993. Esta Reunião não-governamental produziu uma Declaração paralela, intitulada Declaração de ONGs de Bangkok sobre Direitos Humanos, bem mais extensa que a governamental e que chama a atenção pela reflexão com que pareceu ter sido elaborada. Começou esta Declaração por situar a questão da universalidade dos direitos humanos em perspectiva adequada (cf. *infra*, sobre este ponto), ao ponderar que há um espírito de humanidade e universalismo que emana da diversidade, do pluralismo e da riqueza das culturas (da

região da Ásia e do Pacífico); nestas se encontra a base da universalidade dos direitos humanos, tanto os voltados a toda a humanidade quanto os que cobrem grupos especiais (tais como mulheres, crianças, minorias e povos indígenas, trabalhadores, refugiados e deslocados, portadores de deficiências e idosos). A constatação e aceitação do pluralismo cultural, no entanto, em nada impede que se sustente que as “práticas culturais que derrogam dos direitos humanos universalmente aceitos, incluindo os direitos da mulher, não devem ser toleradas” (par. 1).

A Declaração das ONGs asiáticas afirmou seu “compromisso com o princípio da indivisibilidade e interdependência” de todos os direitos humanos, voltados tanto aos indivíduos quanto às coletividades; a ênfase no desenvolvimento econômico em detrimento dos direitos humanos - acrescentou - resulta em violações dos direitos civis, políticos e econômicos, ao passo que as violações dos direitos sociais e culturais frequentemente resultam de sistemas políticos que atribuem importância apenas secundária aos direitos humanos. Daí a necessidade de uma visão “holística e integrada” dos direitos humanos (par. 2). Daí igualmente a necessidade da “democracia participativa”, como um *modus vivendi*, em todos os níveis (par. 6). A Declaração de ONGs de Bangkok dedicou especial atenção aos direitos da mulher (dado que, na região da Ásia e do Pacífico, como indicou, são violados sob pretexto de “identidade religiosa e étnica” - par. 3), aos direitos da criança (par. 13), dos povos indígenas (par. 12), dos trabalhadores e migrantes (par. 14), dos refugiados e deslocados (par. 15), além de outros em posições desfavorecidas, como os vitimados pela pobreza (par. 5). Enfim, a referida Declaração de Bangkok singularizou algumas preocupações que requerem atenção especial, como, *inter alia*, as seguintes: a ação dos governos minando a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, a proliferação de conflitos armados (internos) mesclados com discórdia étnica, a intolerância e o extremismo religiosos, a insuficiente proteção de grupos vulneráveis (como, e.g., os portadores de deficiências físicas ou mentais), a crescente degradação ambiental e as formas insustentáveis de desenvolvimento, a militarização crescente na região, as ameaças aos refugiados e deslocados, a falta de implementação dos instrumentos internacionais de direitos humanos a nível nacional (agravada pelo reduzido número de ratificações dos tratados de direitos humanos pelos países da região e pelas numerosas

reservas aos mesmos), a necessidade da independência do Judiciário (pars. 18, 5 e 7).

A Declaração de ONGs de Bangkok foi bem mais além do que sua equivalente intergovernamental (a Declaração de Bangkok propriamente dita), particularmente no que diz respeito à universalidade dos direitos humanos e à questão da diversidade cultural (cf. *supra*). Este dado é claramente revelador da importância da contribuição das ONGs para a evolução de todo o domínio da promoção e proteção internacionais dos direitos humanos. Resulta claro em nossos dias que os avanços nesta área se efetuarão em meio a um diálogo cada vez mais franco e aberto entre os representantes governamentais e os porta-vozes da sociedade civil, - como não poderia deixar de ser, em relação a um tema que concerne a todos os seres humanos e todos os povos.

## **5. A Contribuição das “Reuniões Satélites” Preparatórias da II Conferência Mundial de Direitos Humanos**

O processo preparatório da Conferência de Viena contou igualmente com a contribuição das chamadas “reuniões satélites”, cujas recomendações e resultados mais significativos foram prontamente incorporados na documentação classificada das Nações Unidas atinente à Conferência Mundial (reuniões de Laugarvatn/Islândia, de junho de 1991; de Sintra, de novembro de 1992; de La Laguna/Tenerife, também de novembro de 1992; de Nova Déli, de dezembro de 1990; de Barcelona, de janeiro de 1992; de Sydney/Austrália, de abril de 1993; de Genebra, de janeiro de 1993; de Estrasburgo, também de janeiro de 1993). A contribuição dessas “reuniões-satélites” pode ser apreciada a partir do próprio enfoque geral da matéria. A reunião de Sintra, por exemplo, assinalou que, com o fim da guerra fria, era esta a primeira oportunidade no século para despolitizar a normativa dos direitos humanos em sua implementação. Ademais, a expansão do *corpus* normativo de proteção havia de ser considerada em perspectiva adequada, porquanto o reconhecimento de novos direitos (e.g., ao desenvolvimento, a um meio-ambiente saudável) vinha reforçar os direitos pré-existentes e não restringi-los<sup>46</sup>. A reunião de Sintra foi categórica em afirmar que, em caso de desvios dos padrões internacionais mínimos de direitos humanos em nome de “particularidades regionais” e “valores religiosos, culturais e

---

46. Reunião de Sintra, ONU, doc. A/CONF.157/LACRM/8, de 18.12.1992, p. 4.

tradicionais”, deviam prevalecer as “normas universais”<sup>47</sup>. A reunião de La Laguna/Tenerife acrescentou que não há que se admitir retrocessos na evolução da proteção internacional dos direitos humanos, e advogou a “oponibilidade geral” destes últimos (seja qual fosse a fonte de sua violação)<sup>48</sup>. Ponderou ainda que a indivisibilidade dos direitos humanos havia que se aplicar tanto em tempos de paz como em tempos de conflito armado<sup>49</sup>. E a reunião de Estrasburgo advertiu para o risco de erosão da universalidade dos direitos humanos pela invocação de “particularidades regionais”; o reconhecimento da diversidade cultural não deveria dar-se em detrimento dos padrões universais mínimos dos direitos humanos e do dever de todos os Estados de salvaguardá-los, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos ou culturais<sup>50</sup>.

A questão da intangibilidade das garantias judiciais em situações de emergência foi também examinada. As reuniões de La Laguna/Tenerife e Nova Déli enfatizaram as necessidades de critério objetivo para a determinação com maior rigor da existência de um estado de emergência, de fiel cumprimento dos requisitos das normas internacionais aplicáveis às derrogações, de normas obrigatórias aplicáveis em conflitos internos que não fossem conflitos armados; sugeriram-se, ademais, a adoção de “medidas provisórias” em situações de emergência (para evitar violações irreparáveis dos direitos humanos), e o estabelecimento de um mecanismo internacional para a “consideração urgente” de cada estado de emergência declarado à luz das normas internacionais sobre direitos humanos<sup>51</sup>. Com efeito, a questão dos “conflitos internos” foi das mais debatidas nas “reuniões satélites” preparatórias da Conferência Mundial, inclusive em busca de maior aproximação ou convergência entre o *corpus juris* da proteção dos direitos humanos e o do direito humanitário; foi o que ponderou a reunião de Laugarvatn/Islândia, que propugnou tanto por respostas imediatas a conflitos internos mediante

47. *Ibid.*, p. 6.

48. Reunião de La Laguna/Tenerife, ONU, doc. A/CONF.157/LACRM/7, de 16.12.1992, pp. 11-12.

49. *Ibid.*, p. 40.

50. M. Robinson, “Conclusions by the General Rapporteur”, in *Human Rights at the Dawn of the 21st Century* (Strasbourg Colloquy, January 1993), Strasbourg, Council of Europe doc. CE/CMDH(93)16, de 30.01.1993, p. 3.

51. Cf. ONU, doc. A/CONF.157/LACRM/7, cit. supra n. (45), pp. 19 e 41-42; e reunião de Nova Déli, ONU, doc. A/CONF.157/PC/42, de 27.08.1992, pp. 12-13, e cf. doc. A/CONF.157/PC/6/Add.7.

a assistência humanitária (incluindo monitoramento por observadores internacionais) de organismos internacionais, como pela adoção por parte de cada país - como medida preventiva - de leis nacionais precisas para lidar com violações dos direitos humanos e do direito humanitário durante conflitos internos, com sua implementação sujeita à supervisão de órgãos internacionais<sup>52</sup>.

Igualmente discutida foi a questão das violações maciças dos direitos humanos, dadas as insuficiências dos mecanismos internacionais existentes para lidar com elas. Na reunião de Barcelona, por exemplo, ressaltou-se a necessidade de estabelecer mecanismos para capacitar as Nações Unidas a lidar com ameaças ou violações de direitos humanos em ampla escala<sup>53</sup>. A própria proposta de criação de um Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas visava precisamente por esse meio coordenar os mecanismos existentes e possibilitar “ação urgente” em situações emergenciais<sup>54</sup>. A reunião de Nova Déli chegou a propor, além da criação daquele Comissariado para “ação urgente” em matéria de direitos humanos dentro do sistema das Nações Unidas, a criação de um Conselho de Direitos Humanos da ONU, com o mesmo nível de seus órgãos políticos principais, para monitorear os direitos humanos<sup>55</sup>. Dos debates de algumas “reuniões satélites” resultou claro que o *monitoramento contínuo* dos direitos humanos devia abranger *tanto medidas preventivas como de seguimento*. Quanto às primeiras, propôs a reunião de Barcelona, e.g., o estabelecimento de um sistema de “*early warning*” (alerta imediato) de violações de direitos humanos no âmbito das Nações Unidas, a par do que já se vem tentando no âmbito do ACNUR<sup>56</sup>. Quanto às segundas, propôs a reunião de Laugarvatn/ Islândia a consideração de métodos de seguimento (“*follow-up*”) de relatórios e recomendações adotados sob os procedimentos de direitos humanos baseados tanto em tratados como em resoluções, recordando que até então o único órgão de supervisão que adotara um mecanismo de seguimento regular havia sido o Comitê de Direitos Humanos, que, em 1990, nomeou um relator especial sobre o seguimento de suas

52. Reunião de Laugarvatn/Islândia, ONU, doc. A/CONF.157/PC/42, de 27.08.1992, pp. 4-5 e 37-38, e cf. doc. A/CONF.157/PC/7.

53. Reunião de Barcelona, ONU, doc. A/CONF.157/PC/42, de 27.08.1992, p. 52.

54. *Ibid.*, pp. 55-56.

55. Reunião de Nova Déli, ONU, doc. A/CONF.157/PC/42, de 27.08.1992, p. 35, e cf. ONU, doc. A/CONF.157/PC/6/Add.7.

56. Reunião de Barcelona, *in loc. cit. supra* n. (50), p. 66.

decisões (“views”) quanto ao mérito de casos sob o Protocolo Facultativo do Pacto de Direitos Civis e Políticos<sup>57</sup>.

A mesma reunião de Laugarvatn/Islândia propugnou pela continuação, pelos próprios órgãos de supervisão baseados em tratados de direitos humanos, da racionalização de seu trabalho<sup>58</sup>. Além disso, aventou a possibilidade de, no futuro, cada Estado preparar um *relatório global* atinente a todos os tratados de direitos humanos (das Nações Unidas) em que é Parte, cabendo a cada órgão de supervisão tratar a parte do referido relatório que lhe dizia respeito<sup>59</sup>. A reunião de Laugarvatn endossou, enfim, a proposta de criação de um sistema de petições ou comunicações sob o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; na ausência deste procedimento, sugeriu a expansão da utilização dos mecanismos de petições baseados em resoluções, para considerar supostas violações dos direitos econômicos, sociais e culturais, em particular sob as cláusulas de igualdade e não-discriminação<sup>60</sup>.

A exemplo das Reuniões Regionais Preparatórias da Conferência Mundial (*supra*), algumas “reuniões-satélites” se detiveram na questão da proteção dos grupos vulneráveis. A esse respeito, observou-se, por exemplo, que, embora o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais não contenha referências específicas a minorias e trabalhadores migrantes, estes e outros grupos vulneráveis encontram-se cobertos pela cláusula geral de não-discriminação do artigo 2(2) do referido Pacto<sup>61</sup>. Ressaltou-se a necessidade de os Estados aderirem à Convenção sobre Trabalhadores Migrantes e Suas Famílias (1990), e aventou-se a possibilidade da criação de um mecanismo para “*desplazados*” internos, e do estabelecimento de um relator especial, ou de um grupo de trabalho, das Nações Unidas para questões de minorias<sup>62</sup>. Enfatizou-se a necessidade de estabelecer ao menos as bases jurídicas para assistência aos deslocados (“*desplazados*”) internos pelos órgãos internacionais, assim como de buscar um enfoque

57. Reunião de Laugarvatn/Islândia, *in loc. cit. supra* n. (49), p. 50.

58. Iniciado pelas reuniões dos *chairmen* (incluindo simplificação e não-duplicação de tarefas). Também instou a um maior intercâmbio de informações entre os órgãos de supervisão internacionais (baseados em tratados e resoluções), e, ademais, sugeriu a liberação dos *dossiers* de casos examinados sob o sistema da resolução 1503 do ECOSOC depois de decorridos 10 ou 15 anos; *ibid.*, p. 49.

59. *Ibid.*, p. 48.

60. *Ibid.*, p. 50.

61. Reunião de Barcelona, *in loc. cit. supra* n. (50), p. 65.

62. *Ibid.*, p. 66.

integrado do problema dos refugiados para abarcar tanto o exame de suas causas quanto a sua repatriação voluntária<sup>63</sup>.

Ainda sobre grupos vulneráveis, outras recomendações foram propostas, a saber: proteção também dos não-tipificados como refugiados (à luz da Declaração Universal dos Direitos Humanos); levantamento do alcance da apatridia no mundo e medidas preventivas para evitar situações de apatridia; reavaliação da “legalidade” da privação da cidadania; garantias dos regressados aos países de origem; reavaliação da estrutura de “assistência de emergência” do ACNUR; inclusão na agenda internacional da questão da “migração forçada”; solução dos problemas dos trabalhadores migrantes; criação de mecanismo de proteção dos portadores de deficiências físicas ou mentais (“*discapacitados*”, “*disabled persons*”); compensação (e.g., de terra), capacitação e educação de comunidades vulneráveis ou deslocadas; identificação dos setores desfavorecidos da sociedade e de suas necessidades específicas<sup>64</sup> (reunião de Nova Déhli).

Outras questões consideradas foram a da luta contra o racismo e a discriminação racial, face ao recrudescimento na época desse grave problema, assim como a da exploração de milhões de trabalhadores migrantes e imigrantes em situação irregular, vítimas de práticas e políticas discriminatórias. Recomendou a reunião de Sydney/Austrália a respeito que, ademais de sensibilizar a opinião pública, dever-se-iam conceber políticas sociais levando em conta a “dimensão pluricultural e pluriracial das sociedades modernas”, valorizando tal diversidade e o multiculturalismo; cabia, nesse propósito, buscar uma mudança de mentalidade e comportamento, e a conscientização de todos os povos da unicidade da humanidade, refletida na concepção da universalidade dos direitos humanos<sup>65</sup>.

O tema dos direitos econômicos, sociais e culturais, e em particular o tópico dos indicadores adequados para medir os avanços na “realização progressiva” destes últimos, foram objeto de atenção especial da “reunião-satélite” de Genebra. Esta identificou como prioridades: a identificação

---

63. Reunião de Nova Déhli, *in loc. cit. supra* n. (52), p. 76.

64. *Ibid.*, pp. 76-79; quanto a esta última, tendo em mente, e.g., que o deslocamento de um grupo para a reabilitação de outro grupo deslocado resulta frequentemente em conflitos inter-grupais (p. 78).

65. Reunião de Sydney/Austrália, ONU, doc. A/CONF.157/PC/92/ Add.5, de 19.05.1993, pp. 11, 20 e 22, e cf. pp. 9 e 26.

do conteúdo dos diversos direitos e obrigações; o desenvolvimento nesta área de indicadores baseados em valores de direitos humanos que enfatizem a interdependência de todos os valores humanos (enfoque holístico, a ressaltar, e.g., a correlação entre a denegação de direitos civis e políticos e a privação sócio-econômica); o monitoramento dos direitos econômicos, sociais e culturais mediante novos enfoques na coleta, análise e interpretação de dados, com atenção especial e prioritária à condição e às necessidades dos grupos pobres, vulneráveis e desfavorecidos. Os indicadores (e.g., falta de moradia ou de terra, má distribuição da renda) deviam aqui ajudar a identificar as necessidades de tais grupos, com ênfase no problema da privação humana.

A referida reunião ponderou a seguir que a universalidade dos direitos humanos havia que levar em conta as realidades locais (e.g., em relação ao direito a uma moradia adequada). Na avaliação da realização dos direitos econômicos, sociais e culturais, importava que não se limitasse a utilização tão só de informações recebidas de governos, mas que se levasse em conta igualmente as fornecidas por ONGs e pelos grupos mais afetados pela não-realização daqueles direitos<sup>66</sup>. Enfim, entendeu a reunião de Genebra que os direitos humanos haviam de permear e orientar as políticas, os programas e os projetos de desenvolvimento (contando inclusive com a possível utilização de avaliação do impacto destes nos direitos humanos - “human rights impact assessments”). Com efeito, os direitos sindicais ilustram bem a universalidade dos direitos humanos, porquanto, no entendimento da reunião de Genebra, se impõem independentemente de sistemas sociais ou estágios de desenvolvimento, não se sujeitam à cláusula de “realização progressiva”, vinculam as liberdades públicas aos direitos econômicos, sociais e culturais, e, em última análise, são essenciais para também assegurar o vínculo entre a democracia e o desenvolvimento<sup>67</sup>.

---

66. Reunião de Genebra, ONU, doc. A/CONF.157/PC/73, de 20.04.1993, pp. 2, 9-11, 31, 33-35 e 40-41, e cf. pp. 12-13, 15, 29, 36-37 e 39.

67. Sustentou ainda a reunião de Genebra que a capacitação (“empowerment”) incidia não apenas no campo dos direitos políticos, mas também no dos direitos econômicos, sociais e culturais (participação política e desenvolvimentista); *ibid.*, pp. 16, 25-26 e 28, e cf. pp. 17-18.

As reuniões de Estrasburgo<sup>68</sup> e de Sintra<sup>69</sup> debruçaram-se *inter alia* sobre os elementos essenciais da democracia, tendo identificado os seguintes: a existência de elementos garantidores do *Estado de Direito*<sup>70</sup> e da observância dos direitos humanos; a separação de poderes, com o Executivo apto a prestar contas ao Legislativo e sujeito ao controle jurisdicional; a existência de instituições adicionais de controle<sup>71</sup>; o pluralismo ideológico; a liberdade de associação (especialmente de trabalhadores); a garantia de atendimento das necessidades humanas básicas (alimentação, moradia, vestuário, educação, trabalho) na implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais; a fiscalização e cobrança de responsabilidade das autoridades públicas; a assistência judiciária para assegurar o acesso de todos à justiça (prevalência das garantias do devido processo, e proteção judicial); a liberdade da imprensa; o respeito pelos direitos das minorias (inclusive diferentes religiões, e povos indígenas), mecanismos garantidores de sua participação política, e medidas especiais de assistência.

Finalmente, dentre outros pontos assinalados nos debates das “reuniões-satélites”, encontra-se a retirada de reservas aos tratados de direitos humanos, a somar-se à introdução de novos meios e métodos de cobrar responsabilidade no domínio dos direitos humanos (reuniões de Laugarvatn/Islândia e Nova Déli)<sup>72</sup>. Também foi abordado o tema das relações entre a proteção dos direitos humanos e a proteção ambiental; sugeriram-se a preparação de uma carta ambiental de direitos, assim como a ampliação do elenco dos direitos consagrados no Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais de modo a incluir o direito a um

---

68. Cf. W. Tarnopolsky, “Domestic Institutions and Action as the Primary Means of Implementation of Human Rights”, in *Human Rights at the Dawn of the 21st. Century* (Strasbourg Colloquy, January 1993), Strasbourg, Council of Europe doc. CE/CMDH(93)10/Rev.1, de 26.02.1993, pp. 3-4 (mimeografado, circulação interna); M.F. Czerny, “Relationship between Human Rights, Democracy and Development”, in *ibid.* (Strasbourg Colloquy), p. 4 (mimeografado, circulação interna).

69. Reunião de Sintra, *in loc. cit. supra* n. (43), pp. 7-8.

70. E.g., *inter alia*, um Executivo periodicamente eleito, em eleições independentes com alternância no poder, e respeito pela vontade popular como base da legitimidade do governo; um Legislativo periodicamente eleito e pluralista; um Judiciário independente, capaz de controlar a legalidade dos atos legislativos e executivos ou administrativos, inclusive para assegurar a vigência de direitos básicos.

71. E.g., *inter alia*, *ombudsman* ou defensor do povo, funções adicionais do Ministério Público.

72. Cf. ONU, doc. A/CONF.157/PC/42, de 27.08.1992, pp. 25 e 72, respectivamente.

meio-ambiente sadio, dotado de um procedimento de petições (reunião de Nova Déli)<sup>73</sup>. E, enfim, sugeriu-se também o estabelecimento de um tribunal penal internacional, à luz dos trabalhos da Comissão de Direito Internacional (CDI) das Nações Unidas de elaboração do projeto do Código de Crimes contra a Paz e a Segurança da Humanidade e das propostas da mesma CDI acerca de mecanismo de implementação do referido projeto de Código (reunião de Laugarvatn/Islândia)<sup>74</sup>.

## **6. As Bases de Discussão para a Conferência de Viena**

A etapa final dos trabalhos preparatórios da Conferência Mundial de Direitos Humanos teve lugar em Genebra, com a realização, conforme determinado pela resolução 47/122, de 18 de dezembro de 1992 (par. 7), da Assembleia Geral das Nações Unidas, da quarta e última sessão do Comitê Preparatório da Conferência, de 19 de abril a 7 de maio de 1993. A referida sessão do Comitê Preparatório contou com a participação de representantes de 152 Estados e a presença de representantes de diversos organismos internacionais e órgãos de direitos humanos das Nações Unidas, assim como de numerosas ONGs. A sessão, com extensão originalmente programada de duas semanas de trabalho, teve que ser prorrogada por uma terceira semana, tão complexos se mostraram os debates que se prolongaram em torno das bases de discussão a serem levadas à iminente Conferência Mundial de Viena. Ao final de três semanas de discussões, o Comitê Preparatório adotou um longo texto, a ser transmitido à Conferência de Viena. Dificilmente se prestaria o texto, tal como adotado, a uma análise pormenorizada, porquanto se encontrou crivado de diversas passagens - por vezes parágrafos inteiros - mantidas entre colchetes, por não terem logrado um consenso final no Comitê Preparatório.

Límito-me, pois, a indicar em linhas gerais o conteúdo do referido texto, que veio a servir de bases de discussão na Conferência de Viena<sup>75</sup>. Dividiu-se o texto em três partes; a Parte I, a mais breve, conteve os

---

73. Cf. *ibid.*, pp. 14-16, e cf. pp. 16-19 (sobre como melhor relacionar as questões ambientais aos direitos dos povos indígenas - reunião de Santiago, de dezembro de 1991) e 20 (sobre como promover a dimensão dos direitos humanos das atividades desenvolvimentistas - reunião de Laugarvatn/Islândia).

74. Cf. *ibid.*, p. 68.

75. Texto reproduzido in: U.N., *Report of the Preparatory Committee (Fourth Session)*, doc. A/CONF.157/PC/98, de 24.05.1993, pp. 19-51.

parágrafos preambulares, que se referiam a propósitos básicos, à Declaração Universal de 1948 como fonte de inspiração, à responsabilidade dos Estados e ao incremento da cooperação internacional nesta área, e às contribuições do processo preparatório da Conferência Mundial<sup>76</sup>. A Parte II incorporou certos princípios básicos, como os da universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, e da não-discriminação em sua ampla dimensão. Urgiu os Estados à “ratificação universal” dos tratados de direitos humanos e à pronta adoção de medidas nacionais de sua implementação. Insistiu na responsabilidade dos Estados e referiu-se aos atuais obstáculos à plena realização dos direitos humanos, assim como ao problema das continuadas “violações maciças” de direitos humanos (especialmente na forma de genocídio, “limpeza étnica” e estupro sistemático de mulheres em situações de guerra, gerando êxodos em massa de refugiados e pessoas deslocadas), a serem imediatamente terminadas e punidas.

A Parte II do texto voltou-se então à trilogia *direitos humanos/democracia/desenvolvimento*, com atenção especial à situação prevalecente nos “países menos desenvolvidos”, à asserção do direito ao desenvolvimento como um direito humano inalienável, e à necessidade de avanços na realização em particular dos direitos econômicos, sociais e culturais. Em duas passagens, a Parte II do texto conclamou à erradicação da pobreza extrema e da exclusão social - como violação da dignidade humana - como “alta prioridade” para a comunidade internacional. Enfatizou o direito de participação e o direito à educação, e se referiu à função das ONGs. Devotou atenção especial aos direitos da mulher e aos direitos da criança, assim como aos direitos de minorias, de povos indígenas, e de grupos vulneráveis como os refugiados e “desplazados”, os trabalhadores migrantes, os portadores de deficiências, dentre outros. Enfim, solicitou recursos adicionais para programas na área dos direitos humanos (e.g., para o fortalecimento das instituições nacionais a sustentarem a democracia e o Estado de Direito), e endossou esforços voltados ao fortalecimento dos sistemas regionais de proteção, complementares aos mecanismos globais das Nações Unidas.

A Parte III do texto retomou alguns dos temas supracitados, como o dos obstáculos a superar, os dos direitos de pessoas pertencentes

---

76. Inclusive das Declarações adotadas nas três Reuniões Regionais (em Túnis, San José de Costa Rica e Bangkok, respectivamente).

a minorias, de povos indígenas, dos direitos da mulher e da criança, dos direitos de pessoas portadoras de deficiências, - com atenção desta feita voltada mais diretamente aos métodos e mecanismos de implementação. Destacou, ademais, a educação em direitos humanos, e o regime internacional contra a tortura. A ênfase maior da Parte III do texto recaiu na implementação e nos métodos de monitoramento, nas necessidades de melhor coordenação entre os mecanismos de proteção existentes (particularmente dentro do sistema das Nações Unidas), de retirada de reservas aos tratados de direitos humanos, e de obtenção de recursos adicionais (financeiros e outros) para a área dos direitos humanos (e de modo especial para fortalecer o então Centro de Direitos Humanos das Nações Unidas em Genebra, seu programa de serviços consultivos e cooperação técnica na área).

A Parte III conteve ainda uma seção relativa à possibilidade de estabelecimento do posto de Alto-Comissário para os Direitos Humanos, para ação emergencial (inclusive com o concurso do Conselho de Segurança das Nações Unidas), missões de investigação, e coordenação dos programas de direitos humanos de todo o sistema das Nações Unidas (assim como com organizações humanitárias). Enfim, a Parte III insistiu na interrelação entre direitos humanos, democracia e desenvolvimento, e se referiu a um seguimento da Conferência Mundial. O texto adotado pelo Comitê Preparatório deu uma idéia do que poderia vir a ser a tônica dos debates substantivos da iminente Conferência de Viena. Enquanto aguardávamos atentamente a realização e os resultados desta, já dispúnhamos das amplas consultas propiciadas até então pelo processo preparatório da Conferência Mundial (*supra*), que desvendavam percepções e valiosos elementos para uma apreciação da formação do quadro geral da proteção internacional dos direitos humanos nos anos que nos conduzem ao novo século.



## CAPÍTULO II

### A II CONFERÊNCIA MUNDIAL DE DIREITOS HUMANOS (VIENA, 1993) E SEUS RESULTADOS

#### I. Observações Preliminares

A II Conferência Mundial de Direitos Humanos, realizada em Viena de 14 a 25 de junho de 1993, foi, como visto, precedida de longo processo preparatório<sup>77</sup> (*supra*). O conhecimento dos trabalhos preparatórios é de fundamental importância para uma avaliação dos resultados da Conferência de Viena, objeto de exame no presente capítulo. Ademais, deve a Conferência de Viena ser apreciada em perspectiva histórica, necessariamente relacionada com a I Conferência Mundial do gênero, realizada em Teerã em 1968 (cf. seção A, *supra*). Ambas representam, além de avaliações globais da evolução da matéria, passos decisivos na construção de uma cultura universal dos direitos humanos. Da Conferência de Teerã resultou fortalecida a universalidade dos direitos humanos, mediante sobretudo a asserção enfática da indivisibilidade destes. Ao se encerrar a Conferência de Viena, reconheceu-se que o tema em apreço diz respeito a todos os seres humanos e permeia todas as esferas da atividade humana.

Distintamente da I Conferência Mundial (1968), a II Conferência Mundial (1993) pôde contar com a experiência acumulada nos últimos anos na operação dos órgãos de supervisão internacionais. Têve, assim, o encargo de avaliar esta experiência, examinar os problemas de coordenação dos múltiplos instrumentos de proteção e os meios de aprimorá-los e dotá-los de maior eficácia. Neste propósito, contou a Conferência de Viena com numerosas recomendações, não só das Delegações dos Estados participantes (avançadas nos debates das Plenárias, do Comitê Principal e do Comitê de Redação), mas também de organismos internacionais (agências especializadas, fundos e programas das Nações Unidas, dentre outros) assim como dos próprios

---

77. A.A. Cançado Trindade, "O Processo Preparatório da Conferência Mundial de Direitos Humanos: Viena, 1993", 36 *Revista Brasileira de Política Internacional* (1993) n. 1, pp. 37-66.

órgãos de supervisão dos direitos humanos (baseados em tratados e em resoluções).

## **II. O Forum Mundial das Organizações Não-Governamentais**

Nenhum relato da Conferência de Viena poderia deixar de se referir ao grande evento que a precedeu, nos dias 10-12 de junho de 1993, o Forum Mundial das Organizações Não-Governamentais (ONGs), realizado no Centro Austríaco em Viena (o mesmo da Conferência oficial), e intitulado “*Todos os Direitos Humanos para Todos*”. Do referido Forum participaram mais de dois mil representantes de um total de cerca de 800 ONGs registradas de todo o mundo (somadas a outras 200 não-registradas). O Forum, realizado no âmbito da Conferência Mundial, formulou e adotou uma série de conclusões e recomendações, incorporadas a seu relatório final transmitido à Conferência oficial. No plano conceitual, as ONGs afirmaram categoricamente a universalidade e indivisibilidade dos direitos humanos, e recomendaram maior atenção aos vínculos entre a democracia, o desenvolvimento e a satisfação das necessidades humanas básicas, com atenção especial aos setores mais desfavorecidos da população. Para as ONGs o fenômeno de empobrecimento de amplos setores da população afigura-se como uma violação flagrante de todos os direitos humanos, pelo que se impõe a capacitação (*empowerment*) da população em toda parte<sup>78</sup>.

O Forum das ONGs conclamou à “ratificação universal” dos tratados de direitos humanos, à democratização do próprio sistema das Nações Unidas, à redução dos gastos militares pelos Estados, à alocação de mais recursos pelas Nações Unidas para suas atividades no campo dos direitos humanos, à adoção de novos mecanismos de resposta pronta e eficiente a violações maciças de direitos humanos (inclusive as perpetradas por entidades não-estatais). No plano operacional, o Forum das ONGs formulou uma série de recomendações concretas tendentes a aprimorar e fortalecer os mecanismos de proteção existentes (entre as quais a adoção de protocolos adicionais aos tratados vigentes, a nomeação de novos *rapporteurs* especiais das Nações Unidas para temas ainda não considerados, a adoção de mecanismos de *seguimento* de supervisão, a ampliação dos mandatos dos grupos

---

78. ONU, documento A/CONF.157/7, de 14.06.1993, pp. 8-11 e 13; ONU, documento A/CONF.157/7/Add.1, de 17.06.1993, pp. 2, 4 e 7.

de trabalho e *rapporeurs* temáticos e por países de modo a dotá-los da faculdade de realizar investigações *motu proprio*)<sup>79</sup>. A contribuição das ONGs à Conferência Mundial, mediante estas recomendações, foi reconhecidamente das mais positivas.

A Conferência de Viena deixou, como uma de suas lições, a de que nesta área são imprescindíveis a participação e a contribuição das ONGs, mesmo porque estas, via de regra, são as que primeiro identificam os problemas concretos de direitos humanos e não raro buscam socorrer as vítimas e os ameaçados. Se me é permitido recorrer a uma imagem, diria que, nos recintos do Centro Austríaco em Viena, o segundo andar era o da voz da Conferência (as Plenárias, complementadas pelo Comitê Principal, no térreo), o primeiro andar e o térreo eram os do cérebro da Conferência (reservados às “reuniões especializadas” e ao Comitê de Redação, respectivamente), e o subsolo (palco do Forum das ONGs, afetivamente chamado pelos participantes de “catacumbas de Viena”) era o do coração da Conferência, e, na verdade, de todo o movimento internacional dos direitos humanos. Um não podia funcionar sem o outro.

Já então se podia antever que o futuro deste movimento viesse a marcar-se pela intensificação do diálogo entre os setores governamentais e as ONGs como porta-vozes da sociedade civil e essencialmente voltadas ao bem comum. Também se podia prever que os próprios órgãos de supervisão internacionais venham a contar com maior auxílio das ONGs, e.g., na determinação dos fatos, e na propagação do próprio pensamento e linguagem dos direitos humanos, decisiva para a consecução do objetivo último de assegurar sua observância em ampla escala. Não há que passar despercebido que o próprio Secretário-Geral da Conferência Mundial (Sr. I. Fall), em seu discurso na sessão de abertura do Forum das ONGs, após ressaltar a importância da capacitação dos marginalizados e excluídos para que participem na realização de seus próprios direitos, comunicou ao Forum as providências tomadas no sentido de ampliar o acesso ao sistema das Nações Unidas das ONGs participantes no processo da presente Conferência Mundial de Direitos Humanos<sup>80</sup>.

79. ONU, documento A/CONF.157/7/Add.1, *cit. supra* n. (72), p. 4-7; ONU, documento A/CONF.157/7, *cit. supra* n. (72), pp. 4-10, 12-17, 22 e 24.

80. ONU, *Discours du Secrétaire-Général de la Conférence Mondiale sur les Droits de l'Homme à l'Occasion de l'Ouverture du Forum des Organisations Non-Gouvernementales* (Viena, 10.06.1993), pp. 3-7 (mimeografado, circulação interna).

### **III. A Abertura da Conferência de Viena: As Idéias Centrais**

Assim, às vésperas de sua abertura, em 14 de junho de 1993, já se beneficiava a Conferência Mundial das recomendações a ela transmitidas pelo Forum das ONGs. Mas o primeiro momento significativo da Conferência oficial foi o do discurso do Secretário-Geral das Nações Unidas (Sr. B. Boutros-Ghali), na sessão de abertura da manhã de 14 de junho. Foi uma ocasião propícia para ordenar uma série de idéias inspiradoras de modo a tentar orientar os trabalhos das duas semanas que então iniciavam e criar uma atmosfera favorável a seu desenvolvimento. Ao referir-se ao atual período de “aceleração da História”, o Secretário-Geral identificou como os “três imperativos da Conferência de Viena”: a universalidade (inerente aos direitos humanos, e aprofundada pelo direito ao desenvolvimento como um direito humano), a garantia (as medidas de implementação no interior dos Estados e da comunidade dos Estados), e a democratização (indissociável da proteção dos direitos humanos, e a ser assimilada por todas as culturas)<sup>81</sup>. Dois dias depois da abertura, as personalidades laureadas com o Prêmio Nobel da Paz, presentes à Conferência de Viena a convite do governo austriaco, apresentaram uma mensagem (de 16 de junho) em que ressaltaram *inter alia* a necessidades de examinar as causas das violações de direitos humanos e os vínculos entre a observância destes (indivisíveis e de caráter universal), a paz e a justiça<sup>82</sup>.

Estas idéias centrais foram reiteradamente invocadas em distintos momentos dos debates que se prolongaram por duas semanas. Situada a Conferência de Viena em necessária e adequada perspectiva histórica, a leitura atenta de seu principal documento adotado, a Declaração e Programa de Ação de Viena, deixa a primeira impressão de que, distintamente da Proclamação de Teerã resultante da I Conferência Mundial, lhe faltava um eixo principal, uma idéia-mestra que se sobrepuasse às demais. Com efeito, não foi pequena a significação

---

81. ONU, *Communiqué de Presse*, doc. DH/VIE/4, de 14.06.1993, pp. 1-10 e 12-16; também se referiu à interação entre o direito internacional e o direito interno no contexto da proteção dos direitos humanos (superando a visão clássica de uma pretensa compartmentalização entre um e outro); sobre este ponto, cf. A.A. Cançado Trindade, «La Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos», in *El Juez y la Defensa de la Democracia* (ed. L. Gonzalez Volio), San José de Costa Rica, IIDH/CEE, 1993, pp. 233-270.

82. ONU, documento A/CONF.157/11, de 22.06.1993, pp. 3-5.

de ter a Conferência de Teerã logrado a consagração, em um mundo então dividido pela bipolaridade própria da guerra fria, da tese da indivisibilidade dos direitos humanos, hoje de aceitação virtualmente universal, operando considerável transformação no tratamento das questões de direitos humanos no plano internacional a partir de então.

Por outro lado, da redação daquele documento na I Conferência Mundial participaram Delegações de 84 países, ao passo que da elaboração da recém-adotada Declaração da Conferência de Viena participaram Delegações de 171 Estados<sup>83</sup> (mais do que o dobro). Somada ao Forum Mundial das ONGs, a Conferência de Viena como um todo contou com cerca de dez mil participantes registrados<sup>84</sup>. Daí uma complexidade consideravelmente maior, ante o fenômeno hodierno da multiplicação de novos Estados, em distintos graus de desenvolvimento político e econômico e social, buscando seus próprios valores ou novos valores, sem haver contado com a experiência de ter participado no processo de redação da Declaração Universal e dos dois Pactos de Direitos Humanos, e alguns deles tampouco na redação da Proclamação de Teerã de 1968.

Mesmo em um período de tempo relativamente curto, como o que se estendeu da convocação da II Conferência Mundial em dezembro de 1990 à realização da mesma em junho do ano de 1993, o panorama internacional alterou-se dramaticamente, talvez mais profundamente do que nas três décadas anteriores. A aguda recessão econômica, o crescimento alarmante da pobreza extrema em todo o mundo, a implosão de conflitos internos em tantos países, tornaram o mundo em que se passou a viver talvez bem mais perigoso do que se poderia antever no momento da convocação da Conferência de Viena. Tudo isto se fêz refletir nos documentos finais desta última (Declaração e Programa de Ação de Viena, resoluções sobre a Bósnia-Herzegovina e a Angola, e relatório final da Conferência).

---

83. Embora na plenária final de 25 de junho de 1993 se tivesse anunciado a participação de Delegações de 165 Estados, o Relatório do Secretário-Geral da Conferência Mundial, divulgado posteriormente, em 13 de outubro de 1993, precisou que efetivamente participaram da Conferência de Viena representantes de 171 Estados, além de observadores de 95 organizações internacionais e nacionais e 841 ONGs. Cf. U.N., *Report of the World Conference on Human Rights - Report of the Secretary-General*, doc. A/CONF.157/24(Part I), de 13.10.1993, p. 9.

84. A.A. Cançado Trindade, "A II Conferência Mundial sobre os Direitos Humanos", *Correio Braziliense - Suplemento 'Direito e Justiça'*, Brasília, 02.08.1993, pp. 4-5.

À época da Proclamação de Teerã, ainda não operavam os mecanismos e órgãos de supervisão internacionais de direitos humanos como hoje os conhecemos. Passaram a funcionar regularmente a partir dos anos setenta, à medida em que entravam em vigor sucessivos tratados de direitos humanos, e se multiplicavam com a adoção também de procedimentos adicionais baseados em resoluções de organismos internacionais. Assim, em nada surpreende que a Declaração de Viena de 1993 se afigurasse mais densa e técnica do que a equivalente de Teerã de 1968, marcada pelo reconhecimento da necessidade de melhor coordenação de tantos instrumentos internacionais que passaram a coexistir ao longo das últimas duas décadas e meia. A Proclamação de Teerã corresponde à fase legislativa, a Declaração de Viena à fase de implementação, desses instrumentos múltiplos. Cada uma é fruto, e dá testemunho, de seu tempo.

Na verdade, tanto a Conferência de Teerã como a de Viena, como já indicado, fazem parte de um *processo prolongado de construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos*. Assim como a Proclamação de Teerã contribuiu sobretudo com a visão global da indivisibilidade e interrelação de todos os direitos humanos, a Declaração de Viena foi adotada a fim de também contribuir ao mesmo propósito, com sua aplicação concentrada doravante nos meios de assegurar tal indivisibilidade *na prática*, com atenção especial às pessoas discriminadas ou desfavorecidas, aos grupos vulneráveis, aos pobres e aos socialmente excluídos, em suma, aos mais necessitados de proteção. A busca de solução a problemas que afetam, em maior ou menor grau, a todos os seres humanos emanaria do próprio “espírito de nossa época”, invocado pelo preâmbulo da Declaração de Viena de 1993 (cf. *infra*). A compreensão desta nova visão requer nos detenhamos no principal documento resultante da recém-encerrada II Conferência Mundial de Direitos Humanos.

#### **IV. A Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993: Breves Reflexões**

A Declaração e Programa de Ação de Viena, documento final adotado pela Conferência Mundial em 25 de junho de 1993, consagra, em seu preâmbulo, posições de princípio, como o compromisso, sob os artigos 55-56 da Carta das Nações Unidas, a Declaração Universal e os dois Pactos de Direitos Humanos, de tomar medidas para assegurar maior progresso na observância universal dos direitos humanos,

derivados estes da dignidade e do valor inerentes da pessoa humana. Invoca, além disso, “o espírito de nossa época e as realidades de nosso tempo” a requererem que todos os povos do mundo e os Estados-membros das Nações Unidas “se redediquem à tarefa global” de promover e proteger todos os direitos humanos de modo a assegurá-lhes gozo pleno e universal.

Com efeito, os debates sobre esta última passagem propiciaram um dos momentos mais luminosos dos trabalhos do Comitê de Redação da Conferência, na tarde de 23 de junho. Originalmente se contemplava fazer referência apenas ao “espírito de nossa época”, mas se decidiu agregar outra referência às “realidades de nosso tempo” no entendimento de que estas haveriam de ser apreciadas à luz daquele: o “espírito de nossa época” se caracteriza pela aspiração comum a valores superiores, ao incremento da promoção e proteção dos direitos humanos intensificadas na transição democrática e instauração do Estado de Direito em tantos países, à busca de soluções globais no tratamento de temas globais (menção feita, e.g., à necessidade de erradicação da pobreza extrema). Este o entendimento que prevaleceu, a respeito, no Comitê de Redação.

A Declaração de Viena contém duas partes operativas. A primeira retoma, de início, certos princípios básicos da maior importância, a começar pela própria universalidade dos direitos humanos, a qual constitui uma conquista definitiva da civilização de longa data. O processo penoso de sua reasserção pela Conferência de Viena há, porém, de ser apreciado com necessário espírito crítico. O primeiro parágrafo da parte operativa I reafirma, de maneira categórica - e tranquilizadora - que o caráter universal dos direitos humanos é inquestionável. Ocorre que este primeiro parágrafo só foi adotado pelo Comitê de Redação, por consenso, às 20:45 horas do dia 23 de junho; a esta altura já se havia adotado, dias antes, o parágrafo quinto (da mesma parte do texto final), que afirmava, além da universalidade, indivisibilidade e interrelação de todos os direitos humanos e o tratamento global dos mesmos, o dever de todos os Estados, independentemente de seus sistemas políticos, econômicos e culturais, de promover e proteger todos os direitos humanos, sem deixar de levar em conta as particularidades nacionais e regionais de cunho histórico, cultural e religioso.

Esta última disposição gerou prontamente a apreensão de um universalismo aparentemente matizado ou relativizado, e foi necessário

esperar até a noite de 23 de junho para respirarmos aliviados com a aprovação do primeiro parágrafo e sua reafirmação categórica do universalismo dos direitos humanos (não sem alguma resistência no Comitê de Redação), sepultando de vez as pretensões das Delegações partidárias do relativismo. Compreendeu-se finalmente que a universalidade é enriquecida pela diversidade cultural, a qual jamais pode ser invocada para justificar a denegação ou violação dos direitos humanos. Depois de anos de luta, os princípios do direito internacional dos direitos humanos pareciam finalmente ter alcançado as bases das sociedades nacionais. Mas a reasserção da universalidade dos direitos humanos, da maneira como se efetuou em Viena, apesar de parecer um avanço, não mais foi do que a salvaguarda contra um retrocesso.

Toda esta apreensão teria sido evitada se os trabalhos preparatórios da Conferência<sup>85</sup> tivessem sido melhor concebidos e conduzidos, de modo a concentrar as consultas e os debates especificamente nos meios concretos de aprimorar a eficácia dos mecanismos existentes de proteção dos direitos humanos, sem deixar margem para a reabertura de questões já resolvidas (e tentativas de freio e retrocesso), revolvendo-as e voltando ao ponto de partida. De todo modo, o parágrafo 32 do texto final da parte operativa I em boa hora reafirmou, também no plano operacional, a importância de assegurar a universalidade, objetividade e não-seletividade da consideração de questões de direitos humanos.

Outro princípio, da maior importância, da Declaração de Viena, decorrente do reconhecimento dos direitos humanos como inerentes a todos os seres humanos, é o da legitimidade da preocupação de toda a comunidade internacional com a promoção e proteção dos direitos humanos em toda parte, tidas estas como responsabilidade primária dos governos. A Declaração destaca o processo dinâmico e evolutivo da codificação dos instrumentos de direitos humanos, que requer a pronta “ratificação universal” dos tratados de direitos humanos, sem reservas. Condena, a seguir, as violações maciças persistentes dos direitos humanos - inclusive em conflitos armados - em distintas partes do mundo, e, em não menos de três passagens, conclama à eliminação da pobreza extrema e da exclusão social como “alta prioridade” para a comunidade internacional por constituírem uma violação da dignidade

---

85. Para uma análise dos trabalhos preparatórios da Conferência Mundial de Viena, cf. A.A. Cançado Trindade, “O Processo Preparatório da Conferência Mundial ...”, *op. cit. supra* n. (1), pp. 37-66.

humana e uma denegação dos direitos econômicos, sociais e culturais. Refere-se, significativamente, aos direitos de todos a um padrão de vida adequado para a saúde e bem-estar (inclusive alimentação, cuidados médicos, moradia e serviços sociais necessários).

A Declaração reclama um maior fortalecimento na interrelação entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos em todo o mundo, advogando a proteção universal destes últimos sem imposição de condições. Um grato momento dos trabalhos do Comitê de Redação foi o da aprovação da seção relativa ao direito ao desenvolvimento como um direito humano universal e inalienável, conforme anteriormente proclamado na Declaração das Nações Unidas de 1986 sobre o Direito ao Desenvolvimento. A referida seção, além de endossar a Declaração supracitada de 1986, conclama à realização do direito ao desenvolvimento de modo a atender equitativamente as “necessidades desenvolvimentistas e ambientais das gerações presentes e futuras” (parágrafos 10-11), e urge a comunidade internacional a que envide esforços para aliviar o fardo da dívida externa dos países em desenvolvimento, de modo a contribuir à realização plena dos direitos econômicos, sociais e culturais de sua população. Cuida, ademais, de determinar aos Estados que forneçam recursos internos capazes de reparar violações de direitos humanos e fortaleçam sua estrutura de administração da justiça à luz dos padrões consagrados nos instrumentos internacionais de direitos humanos.

A parte operativa II, a mais longa e detalhada da Declaração de Viena, começa por ressaltar a necessidade de maior coordenação e racionalização no trabalho dos órgãos de supervisão dos direitos humanos dentro do sistema das Nações Unidas, inclusive avaliando o impacto de suas estratégias no gozo de todos os direitos humanos. Tal coordenação se estende ao plano normativo, de elaboração de novos instrumentos; no plano operacional, para evitar duplicação desnecessária, a Declaração se refere, como medidas de coordenação, e.g., à adoção de diretrizes para a preparação de relatórios dos Estados e ao desenvolvimento de um sistema de “relatórios globais” sobre as obrigações sob os tratados de direitos humanos, além de outras propostas avançadas nas reuniões dos presidentes dos órgãos convencionais de supervisão dos direitos humanos. Recomenda uma revisão periódica dos avanços alcançados nesta área, e o uso de um sistema de indicadores para medir o progresso da realização dos direitos econômicos, sociais e culturais. Ressalta, ademais, a

necessidade de fortalecimento do sistema de seus relatores especiais e grupos de trabalho, sobretudo mediante a mobilização de recursos adicionais e a realização de reuniões periódicas.

A Declaração insiste no objetivo da “ratificação universal” - e sem reservas - dos tratados e protocolos de direitos humanos adotados no âmbito do sistema das Nações Unidas, e, a propósito, singulariza duas Convenções: urge a “ratificação universal” da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher até o ano 2000, e da Convenção sobre os Direitos da Criança até o ano 1995. A Declaração não esclarece por que esta diferença de cinco anos como prazo-limite daquele propósito entre uma e outra, e talvez isto revele a maneira um tanto fragmentada e atomizada com que se desenrolaram os debates sobre o Projeto de Declaração da Conferência de Viena.

Em passagem particularmente significativa, atinente aos *mecanismos de proteção*, a Declaração reconhece com toda pertinência a necessidade de uma “adaptação continuada” dos mecanismos de direitos humanos das Nações Unidas às “necessidades correntes e futuras” de proteção. Na verdade, a concepção e o estabelecimento dos mecanismos de proteção das Nações Unidas, particularmente ao longo das últimas duas décadas e meia, se têm dado como *respostas* às violações de direitos humanos, precisamente para atender às necessidades de proteção. E é importante que uma avaliação geral como a da Conferência de Viena tenha deixado isto claro; em última análise, são os imperativos de proteção que determinam a constante adaptação e evolução dos mecanismos de direitos humanos das Nações Unidas.

Desse modo, verificam-se hoje, a par da necessidade de coordenação, a de desenvolver mecanismos de prevenção, assim como de seguimento, em relação aos sistemas tanto de petições ou reclamações ou denúncias como de relatórios. Também se afiguram importantes a ampliação de procedimentos que consagrem o direito de petição, a racionalização dos sistemas de relatórios, a ampliação das relatorias especiais e grupos de trabalho das Nações Unidas (para abranger novos temas ou situações). A Declaração de Viena considera também relevante a ação emergencial face a violações agudas dos direitos humanos, dá como prioritários os procedimentos de seguimento (“*follow-up*”), e recomenda à Assembléia Geral das Nações Unidas (ao examinar o relatório da Conferência Mundial em sua XLVIII sessão) iniciar a consideração prioritária da questão do estabelecimento, pela Assembléia Geral das Nações Unidas, de um

Alto-Comissariado de Direitos Humanos das Nações Unidas (tendo em mente a necessidade de racionalização, coordenação e aperfeiçoamento dos mecanismos de proteção existentes).

Esta última - estabelecimento de um Alto-Comissariado de Direitos Humanos - foi a recomendação da Conferência Mundial que possivelmente maior visibilidade teve nos meios de comunicação, talvez em razão das expectativas geradas em torno dela no decorrer do processo preparatório da Conferência, a partir sobretudo de uma proposta (de dezembro de 1992) bem elaborada pela Anistia Internacional, e endossada por alguns Estados nas Reuniões Regionais Preparatórias da Conferência de Viena. Até o último dia desta não se sabia se a proposta seria aceita; só o foi, no Comitê de Redação, na tarde de 25 de junho, e sua inclusão na Declaração de Viena é reminiscente da formulação que teve na Declaração de San José de Costa Rica, de 22 de janeiro de 1993 (documento final da Reunião Regional Latino-Americana e Caribenha Preparatória da Conferência Mundial)<sup>86</sup>, retomada e proposta com êxito pelo Grupo Latino-Americano e Caribenho (GRULAC) nos debates do referido Comitê de Redação da Conferência de Viena, para superar diferenças quanto a alguns aspectos redacionais.

A partir daí, a Declaração de Viena recomenda uma série de providências concretas e específicas relativas à ampliação e ao aperfeiçoamento de determinados mecanismos de proteção dos direitos humanos, cujo exame pormenorizado reservaremos, em razão das usuais limitações do espaço editorial, a outro estudo mais amplo em preparação sobre a matéria. No presente estágio, limitar-nos-emos a assinalar que tais providências compreendem a incorporação de procedimentos sobre o direito de petição, mediante protocolos adicionais, a tratados como a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher e o Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais; a adoção de Protocolo Adicional à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, estabelecendo um sistema preventivo de visitas regulares a locais de detenção para

86. Para um diagnóstico da proteção internacional dos direitos humanos na América Latina e no Caribe, apresentado na Conferência Regional Latino-Americana e Caribenha (como documento de apoio) e na Conferência Mundial de Viena (como documento clas-sificado da ONU), cf. A.A. Cançado Trindade, *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en América Latina y el Caribe*, San José de Costa Rica, IIDH/CEE, 1993 (janeiro), pp. 1-137 (1a. ed.); e in ONU, documento A/CONF.157/PC/63/Add.3, de 18.03.1993, pp. 1-137 (2a. ed.).

erradicar imediata e definitivamente a prática da tortura; a continuação pela Comissão de Direito Internacional das Nações Unidas de seu trabalho sobre uma corte criminal internacional; a conclusão e adoção de novos projetos de declaração (sobre temas como direitos dos povos indígenas, violência contra a mulher, direitos e responsabilidades de indivíduos e grupos de promover e proteger os direitos humanos); dentre outras. Em uma dimensão mais ampla, reconhece a Declaração de Viena, ademais, a importante função da incorporação dos chamados “componentes de direitos humanos” em operações de manutenção da paz das Nações Unidas, - a exemplo do já efetuado nas grandes operações recentes em El Salvador (ONUSAL) e no Camboja (UNTAC).

A Declaração de Viena também se volta à necessidade de prontamente incorporar os instrumentos internacionais de direitos humanos e de direito internacional humanitário no direito interno dos Estados, de modo a assegurar-lhes a devida e plena implementação. Ligada a este ponto encontra-se a questão da construção e fortalecimento das instituições diretamente vinculadas aos direitos humanos e ao Estado de Direito, consolidando uma sociedade civil pluralista e a proteção especial aos grupos vulneráveis. A Declaração recomendou o estabelecimento, nas Nações Unidas, de um *programa* amplo de fortalecimento de “estruturas nacionais adequadas” que tenham impacto direto na observância dos direitos humanos e na manutenção do Estado de Direito, com um aumento considerável de recursos do atual orçamento regular das Nações Unidas assim como de orçamentos futuros e de fontes extra-orçamentárias para este fim. Recomendou também a alocação de mais recursos para fortalecer os acordos regionais de direitos humanos - em cooperação com as Nações Unidas - e os serviços consultivos e atividades de assistência técnica do Centro de Direitos Humanos das Nações Unidas (cf. *infra*).

Passando do geral ao particular, a Declaração de Viena dirige-se aos direitos humanos de pessoas em determinada condição ou situação. É significativo que as seções sobre os direitos humanos da mulher e da criança tenham sido adotadas sem dificuldades. São mencionados os problemas dos refugiados e deslocados, a requererem estratégias que se voltem a suas causas (a incluírem violações maciças dos direitos humanos, também em conflitos armados) e seus efeitos, assistência humanitária e proteção eficazes, fortalecimento de medidas emergenciais, e consecução de soluções duráveis (primariamente

mediante repatriação voluntária e reabilitação). Também conclama a Declaração a uma maior eficácia na aplicação das normas do direito internacional humanitário.

A Declaração ademais se refere, de modo nem sempre muito ordenado ou sistematizado, aos direitos de grupos como trabalhadores migrantes, povos indígenas, portadores de deficiências, pessoas pertencentes a minorias ou a setores vulneráveis em geral. Não descuida dos direitos sindicais, e conclama à observância do direito internacional humanitário em situações de conflitos armados. A Declaração também aborda o papel das ONGs e outros movimentos de base, ressaltando a importância do diálogo e cooperação entre estas e os governos. Recomenda, enfim, a adoção e ampliação da educação - formal e não-formal - em direitos humanos *lato sensu* em todos os níveis (referindo-se também ao papel da imprensa), para despertar a consciência e fortalecer o compromisso universal com a causa dos direitos humanos, aventando inclusive a possibilidade de proclamação de uma década das Nações Unidas para a educação em direitos humanos.

Uma palavra final sobre a Declaração e Programa de Ação de Viena dependerá da perspectiva de que se parte. Os que há muitos anos atuamos no movimento internacional dos direitos humanos teríamos claramente preferido um documento que consagrasse comprometimentos mais precisos por parte dos Estados e organismos internacionais, por exemplo, no tocante à mobilização de recursos humanos e materiais indispensáveis à causa da proteção dos direitos humanos, e com um exame mais aprofundado dos problemas de coordenação e dos meios de fortalecimento dos mecanismos de proteção. Teríamos preferido trabalhos preparatórios que propiciassem uma visão sistêmica da matéria, se concentrassem especificamente no aperfeiçoamento dos procedimentos de proteção, e não deixassem margem a tentativas de freio ou retrocesso.

Se considerarmos, porém, que, encerrada a quarta sessão do Comitê Preparatório da Conferência (em 7 de maio último), e mesmo poucos dias antes da abertura da Conferência oficial em Viena, Delegações havia (de certos países asiáticos assim como da Organização da Conferência Islâmica) que pareciam duvidar até mesmo da universalidade dos direitos humanos, o fato de se ter adotado a Declaração e Programa de Ação de Viena é certamente dos mais

positivos. Ressalvas à maneira como foram redigidos, nem sempre de forma ordenada, alguns pontos do documento, hão necessariamente de ceder terreno ao reconhecimento da importância de sua adoção como principal documento final da Conferência Mundial, que revela os graus de consenso universal obtidos a duras penas neste final de século sobre a proteção dos direitos humanos, e afasta dúvidas que porventura pudessem persistir sobre um ou outro ponto.

## **V. A Multiplicidade de Atores e Contribuições à Conferência de Viena**

Cabe aqui acrescentar que os resultados da Conferência de Viena naturalmente não se exaurem nos documentos finais formalmente adotados no Centro Austríaco na última plenária da Conferência, de 25 de junho de 1993, mormente a Declaração e Programa de Ação de Viena, o texto principal, emanado do Comitê de Redação da Conferência presidido com eficiência pelo Brasil, ademais das resoluções sobre a Bósnia-Herzegovina e a Angola, e o relatório final da Conferência<sup>87</sup>. Algumas decisões tomadas no âmbito da Conferência Mundial e que não figuram nos referidos documentos também acarretarão consequências, que esperamos positivas a curto prazo. Várias das recomendações adotadas pelo Forum Mundial das ONGs em 12 de junho (*cf. supra*) foram incorporadas na Declaração e Programa de Ação, e as que não puderam sê-lo continuarão a ecoar em outros foros. A contribuição das ONGs, como já indicado, foi das mais importantes, e seu Forum constituiu-se em episódio dos mais comoventes da Conferência Mundial. Os governos que, ao longo do processo preparatório da Conferência, resistiram a outorgar às ONGs acesso à Conferência de Viena, têm hoje motivos para se envergonhar e prontamente reavaliar sua posição neste particular. Por outro lado, não há que passar despercebida a atitude positiva de certas Delegações governamentais que, nos debates da tarde de 17 de junho no Comitê Principal, e da noite de 25 de junho na plenária final, chegaram a manifestar expressamente a determinação de envidar esforços conjuntos com as ONGs em prol da observância dos direitos humanos.

Um exame pormenorizado das intervenções individuais das Delegações governamentais participantes dos debates da Conferência de

---

87. Sobre a adoção dos documentos finais da Conferência, cf. ONU, documento A/CONF.157/DC/1, de 25.06.1993, pp. 1, e Add.1-4; ONU, documento A/CONF.157/DC/1/Add.1, de 24.06.1993, pp. 1-33; ONU, documento A/CONF.157/L.1, de 22.06.1993, pp. 1-13; e ONU, documento A/CONF.157/PC/62/Add.14, de 26.04.1993.

Viena ultrapassa, novamente por limitações usuais de espaço editorial, os propósitos do presente estudo; a tal exame nos dedicaremos em estudo mais amplo que estamos preparando sobre a Conferência Mundial de Direitos Humanos. O mesmo se aplica aos pronunciamentos individuais das agências especializadas e dos fundos e programas das Nações Unidos, assim como de outros organismos internacionais, presentes na Conferência de Viena, igualmente examinados no referido estudo ampliado em curso. Limitar-nos-emos, neste estágio, a brevemente assinalar que também os órgãos de supervisão internacionais dos direitos humanos cuidaram de externar suas contribuições à Conferência.

Assim, para citar três ou quatro exemplos, o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais das Nações Unidas avançou a idéia de um Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais estabelecendo um sistema de petições ou comunicações (à luz da indivisibilidade dos direitos humanos, para por fim à “disparidade” de procedimentos de proteção) e alertou contra as diversas formas de discriminação no tocante a estes direitos; o Comitê sobre os Direitos da Criança, a seu turno, solicitou o exame da questão dos direitos da criança em períodos de conflitos armados, e o Comitê sobre a Eliminação da Discriminação contra a Mulher destacou a importância da “perspectiva do gênero”, do estudo da prevenção e reação à violência contra a mulher “na vida pública e privada” e nos conflitos armados, e da pronta retirada de reservas à Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher; por sua vez, o Comitê das Nações Unidas contra a Tortura ressaltou a importância de medidas preventivas de violações de direitos humanos em seu âmbito de atuação<sup>88</sup>.

A par dos debates e intervenções nas Plenárias, no Comitê de Redação e no chamado Comitê Principal da Conferência de Viena, também de sensível importância foram as *reuniões especializadas* da Conferência de Viena - dos relatores especiais e grupos de trabalho da ONU (em 14-16 de junho), dos órgãos convencionais de supervisão internacional (em 15-16 de junho), e das instituições nacionais (em 14-15 de junho), - as quais passaram despercebidas da maioria dos participantes da Conferência mas felizmente mereceram a atenção dos especialistas lá presentes.

---

88. ONU, documento A/CONF.157/PC/23, pp. 1-7; ONU, documento A/CONF.157/PC/62/Add.5, pp. 2-5, 8-10 e 14-26; ONU, documento A/CONF.157/PC/62/Add. 6, p. 2; ONU, documento A/CONF.157/PC/62/Add.13, pp. 1-7; ONU, documento A/CONF.157/PC/62/Add.3, pp. 1-3.

Nas duas primeiras reuniões insistimos nos métodos de melhor coordenação dos mecanismos de proteção e na racionalização de seus trabalhos, na criação de um *sistema de relatorias* após anos de operação de forma fragmentada ou atomizada, na integração dos procedimentos especiais de modo a operarem regularmente como um todo (e.g., maior intercâmbio de informações e experiências, realização de missões conjuntas, exame possivelmente conjunto de relatórios temáticos, adoção de medidas adequadas de seguimento, minimização de reservas aos tratados de direitos humanos)<sup>89</sup>. A terceira dessas reuniões considerou meios de fomentar a criação de novas instituições nacionais (variando do *ombudsman* a comissões, comitês e conselhos nacionais, de mediadores a defensores do povo), a terem acesso e um órgão de representação no seio do sistema das Nações Unidas, tendo em vista a contribuição que podem estas instituições dar às medidas nacionais de implementação dos tratados e instrumentos internacionais de proteção<sup>90</sup>. As referidas reuniões especializadas apresentaram propostas concretas e substanciais tendentes à consolidação de um *sistema de monitoramento contínuo* da observância dos direitos humanos nos planos internacional e nacional.

---

89. ONU, documento A/CONF.157/9, de 18.06.1993, pp. 2-7; ONU, documento A/CONF.157/TBB/4, de 16.06.1993, pp. 2-6; ONU, documento A/CONF.157/TBB/4/Add.1, de 21.06.1993, pp.1-6; U.N., *Draft Report of the World Conference on Human Rights*, doc. A/CONF.157/L.1, de 22.06.1993, p. 12.

90. ONU, documento DH/VIE/28, de 18.06.1993, pp. 7-8; ONU, documento A/CONF.157/NI/8, de 22.06.1993, pp. 2-3.

## CAPÍTULO III

### A PROTEÇÃO INTERNACIONAL AO FINAL DA II CONFERÊNCIA MUNDIAL DE DIREITOS HUMANOS: PERSPECTIVAS NO LIMIAR DO NOVO SÉCULO

#### I. A Superação das Contradições

Temos o privilégio de estar vivendo em uma época particularmente densa, como exemplificado pelas profundas mudanças do cenário internacional desencadeadas, em ritmo quase vertiginoso, a partir de 1989. Mesmo em um período de tempo relativamente curto, como o que se estendeu da convocação da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, em dezembro de 1990, à realização da mesma, em junho de 1993, o panorama internacional alterou-se dramaticamente. É possível que nestes três últimos anos tenha o mundo mudado mais profundamente do que nas três últimas décadas. O momento da convocação da Conferência Mundial já não era o mesmo do de sua abertura: ao alívio com o fim da guerra fria e à crescente esperança da emergência de um universalismo revitalizado seguiu-se a triste constatação da multiplicação de “conflitos internos”. Esta é uma das contradições, e das mais graves, a marcar os nossos dias.

Com o fim da guerra fria e o alívio das tensões que a acompanhavam, por um lado abriram-se vias para maior cooperação internacional; mas por outro lado, muitos países passaram a dilacerar-se por conflitos internos, em meio a grande instabilidade política e ressurgimento do nacionalismo, da violência gerada pelo separatismo étnico, xenofobia, racismo, intolerância religiosa; se no passado recente as tensões se deviam sobretudo à polarização ideológica, em nossos dias passaram a decorrer de uma diversidade e complexidade de causas, nem sempre facilmente discerníveis, a erigir novas barreiras entre os seres humanos. A profunda recessão econômica agravou as disparidades já insuportáveis entre países industrializados e países em desenvolvimento, no plano internacional, e entre diferentes setores da sociedade, no plano interno. Cresce o desemprego, assim como,

de modo alarmante, a pobreza extrema<sup>91</sup>. Os avanços logrados em relação às liberdades clássicas com o processo de redemocratização experimentado por vários países nos últimos anos infelizmente se fizeram acompanhar da atual profunda crise econômica, agravada pelo problema da dívida externa, aumentando consideravelmente a pobreza absoluta e afetando sobretudo os setores mais desfavorecidos e vulneráveis da população. Tais retrocessos no domínio econômico-social ameaçam comprometer os avanços logrados por diversos países em relação aos direitos civis e políticos.

A globalização da economia (sua abertura com a busca estratégica de mercados em escala mundial) faz-se acompanhar do incremento do protecionismo nos países centrais e das iniciativas, de tantos países, de formação de blocos econômicos e esquemas de integração regional e subregional, reveladoras da debilitação do Estado e de sua vulnerabilidade e insuficiência ante as exigências crescentes de competitividade no mercado internacional. A atual opção de tantos países por modelos de economia de livre mercado tem-se infelizmente feito acompanhar de crescente negligência do poder público quanto à vigência e garantia particularmente dos direitos econômicos e sociais. A globalização dos mercados, por sua vez, gera padrões de consumo insustentáveis, se não desastrosos, nas sociedades mais afluentes<sup>92</sup>. A degradação do meio-ambiente, e o excesso de população, se somam a todos estes fatores, a gerarem grandes movimentos migratórios (com “desplazados” internos e refugiados em grande escala), atribuídos a uma diversidade de causas (políticas, econômicas, sociais), inclusive violações sistemáticas dos direitos humanos<sup>93</sup>.

Desaparecem os velhos parâmetros ou pontos de referência próprios da era da guerra fria, marcada pela perversidade da “lógica”

---

91. Para dados estatísticos, cf. A. A. Cançado Trindade, *Direitos Humanos e Meio-Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1993, p. 101.

92. Para dados estatísticos, cf. International Organization of Consumers Unions, *Consumers and the Environment* (Proceedings of the IOCU Forum on Sustainable Consumption, Rio de Janeiro, June 1992), Penang/Malásia, IOCU, 1992, pp. 9-11.

93. Alexandre Kiss e A. A. Cançado Trindade, “Two Major Challenges of Our Time: Human Rights and the Environment”, in *Derechos Humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente / Human Rights, Sustainable Development and the Environment* (Seminário de Brasília de 1992), San José de Costa Rica/Brasília, IIDH/BID, 1992, pp. 287-290; ONU, *Nota sobre Protección Internacional* (Presentada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados), doc. A/AC.96/799, de 25.08.1992, pp. 1-14.

- ou desesperada falta de lógica - do chamado “equilíbrio do terror”, mas nem por isso o mundo se torna mais seguro. Os novos conflitos internos levam, em casos extremos, à desintegração ou fragmentação do próprio Estado. O mundo se afigura então bem mais perigoso do que se poderia antever no início das grandes mudanças desencadeadas no cenário internacional a partir de 1989. O conjunto das contradições supracitadas se faz refletir até mesmo no universo jurídico-conceitual, manifestamente limitado e inadequado para fazer face às novas necessidades de proteção do ser humano. Assim, por exemplo, novas compartmentalizações tão *en vogue* em nossos dias, como, e.g., as de “cidadãos”, de “consumidores”, dentre outras, correm o risco de associar-se a sistemas produtivos (em busca de maior competitividade internacional) que agravam as desigualdades estruturais. Se se tomam tais compartmentalizações em contraposição aos “direitos humanos”, surge um novo risco de excluir os “não-cidadãos”, o que atentaria contra a globalização dos direitos humanos.

Ora, se se toma a expressão “direitos dos cidadãos” de modo positivo, no sentido da construção de uma nova cidadania, para tornar a todos “cidadãos” (inclusive os não reconhecidos como tais pelos ordenamentos jurídicos internos dos Estados, e com atenção especial aos discriminados, aos mais desfavorecidos e vulneráveis), deixa então de existir a exclusão dos “não-cidadãos”, ao se buscar assegurar o mínimo a *todos*. Mas aqui o que se tem realmente em mente são os *direitos humanos*. A construção da moderna “cidadania” se insere assim no universo dos direitos humanos, e se associa de modo adequado ao contexto mais amplo das relações entre os direitos humanos, a democracia e o desenvolvimento, com atenção especial ao atendimento das necessidades básicas da população (a começar pela superação da pobreza extrema) e à construção de uma nova cultura de observância dos direitos humanos.

Já no início do processo preparatório da Conferência de Viena surgiram indicações claras relativas a questões que haveriam de atrair atenção especial, como, e.g., a eliminação de todas as formas de discriminação, a proteção de pessoas especialmente desfavorecidas e grupos vulneráveis, a racionalização dos mecanismos de supervisão das Nações Unidas (e.g., para evitar duplicações), a dimensão preventiva da proteção dos direitos humanos. Esta última foi prontamente lembrada ante o risco de violações maciças de direitos humanos que

possam desencadear êxodos em grande escala e afetar a paz e segurança internacionais (para o que se cogitou do estabelecimento de sistemas de “alerta antecipado”) <sup>94</sup>.

Em sua resolução 1991/30, a Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas cuidou de acentuar os temas da indivisibilidade, além da “universalidade, objetividade e não-seletividade” de todos os direitos humanos, assim como a relação destes com a democracia e o desenvolvimento. No decorrer do processo preparatório não se hesitou em ir mais além, conclamando os Estados à “ratificação universal” dos tratados gerais de direitos humanos e insistindo nas medidas nacionais de implementação, como passos decisivos na construção de uma “cultura universal” dos direitos humanos <sup>95</sup>. Tais recomendações, como vimos, foram significativamente endossadas pela Declaração de Viena resultante da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (*supra*).

Como sevê, não são poucos os desafios a defrontar o seguimento da II Conferência Mundial de Direitos Humanos. O momento é, porém, dos mais propícios para enfrentar estes desafios, porquanto temos também o privilégio de estar vivendo em uma época de profunda reflexão sobre os temas que concernem a toda a humanidade, com a abertura do ciclo das grandes Conferências Mundiais deste final de século: Meio Ambiente e Desenvolvimento (1992), Direitos Humanos (1993), População e Desenvolvimento (1994), Mulher (1995), e Desenvolvimento Social (1995)<sup>96</sup>, - a par das consultas e negociações já em curso com vistas a eventual reforma do próprio sistema das Nações Unidas. Buscar a superação das contradições supracitadas, dotar os instrumentos e mecanismos de proteção existentes de maior eficácia, conceber novas formas de proteção (e.g., em situações emergenciais), desenvolver a dimensão preventiva da proteção dos direitos humanos, fomentar as medidas nacionais de implementação dos tratados e instrumentos internacionais de proteção, são alguns dos desafios mais prementes. Outra contradição a ser superada, e das mais graves por suas implicações, é a dos chamados “particularismos regionais” ante a universalidade dos direitos humanos, que requer atenção especial à identificação dos novos rumos de evolução da proteção internacional dos direitos humanos.

---

94. Cf. *ibid.*, pp. 7-8 e 10.

95. Cf. *ibid.*, pp. 5-7.

96. B. Boutros-Ghali, *Un Programa de Paz*, N.Y., Naciones Unidas, 1992, pp. 2-3.

## **II. “Particularismos Regionais” e Universalidade dos Direitos Humanos**

Que resta nesta evolução um caminho longo a percorrer é comprovado pelo fato de que, uma vez lançada a iniciativa da convocação da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, logo surgiram sinais de inquietação ante eventos recentes em distintas regiões do globo que geraram preocupação quanto aos riscos de minar a noção da universalidade dos direitos humanos, - preocupação esta superada a duras penas somente nos derradeiros momentos da Conferência de Viena (cf. *supra*). A manifestação talvez mais notória naquele sentido proveio de alguns círculos de países asiáticos e de Estados membros da Organização da Conferência Islâmica, que resistentemente identificavam no movimento internacional dos direitos humanos um suposto produto do “pensamento ocidental” que não tem levado em conta as chamadas “particularidades regionais”, razão pela qual ainda não há Convenções regionais de direitos humanos em seus espaços geográficos respectivos. Este argumento não nos parece resistir a uma análise mais cuidadosa por uma série de razões.

Em primeiro lugar, apesar do propósito de impulsionar o desenvolvimento do *corpus* normativo e aperfeiçoar a operação dos mecanismos de proteção internacional dos direitos humanos, à convocação da Conferência Mundial seguiu-se uma aparente reabertura de questões que pareciam já haver sido suficientemente tratadas no passado, tal como a das supostas “particularidades regionais”, que já encontraram expressão nas três Convenções regionais - a européia, a americana e a africana - de direitos humanos existentes. Havia, pois, que olhar para o futuro, ao invés de reabrir questões do passado. Por outro lado, o debate já estava aberto - talvez não devidamente antecipado pelos responsáveis pelo momento da convocação da Conferência, - e não devia, nem havia como, ser suprimido, mesmo porque refletia as preocupações correntes em alguns países (particularmente os recém-tomados pelo recrudescimento do fundamentalismo religioso). Tratava-se de um tema, um sinal, de nossos tempos, que devia ser examinado, ainda que não nos termos dos países que invocabam e se apegavam ferrenhamente aos “particularismos locais ou regionais”.

Em segundo lugar, o chamado “pensamento ocidental” afigurava-se como uma expressão demasiado vaga, mostrando-se não passível de uma definição clara. Muito do que se atribuía àquele pensamento encontrava manifestações em países de diferentes regiões do mundo.

Assim, em terceiro lugar, o argumento das “culturas regionais” não havia de ser exagerado ou levado a extremos. Tais culturas não são e nunca foram obstáculos à evolução dos direitos humanos; ao contrário, é perfeitamente possível a elas incorporar os valores dos direitos humanos, como passo rumo à cristalização de obrigações de direitos humanos, como o demonstram os avanços nos últimos anos, e.g., nos campos dos direitos da mulher, da criança, e dos povos indígenas. Donde a extraordinária importância, a meio e longo prazos, da educação em matéria de direitos humanos. A Conferência Mundial oferecia assim uma grata ocasião para encontrar meios adequados de lidar com a onipresença dos direitos humanos, dotando-a de maior eficácia.

Em quarto lugar, os círculos resistentes nos países acima referidos, e em outros alhures, ao estribar-se no argumento das “particularidades regionais”, dificilmente encontrariam explicação convincente para o fato de que alguns daqueles mesmos países efetivamente se tornaram Partes em tratados universais de proteção, como, e.g., os dois Pactos de Direitos Humanos das Nações Unidas, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre os Direitos da Criança<sup>97</sup>. Além disso, alguns daqueles países ratificaram várias convenções internacionais do trabalho adotadas pela OIT - inclusive algumas relativas a certos direitos básicos - e vinham acumulando experiência na implementação destas últimas no âmbito dos procedimentos e mecanismos da OIT<sup>98</sup>. Isto vinha a sugerir que a insistência no argumento “particularista regional” não havia de ser tida como uma posição em bloco daqueles países, mas antes como um argumento pouco convincente avançado por alguns círculos em alguns daqueles países, presumivelmente nos que ainda não ratificaram os tratados gerais universais de direitos humanos.

Em quinto e último lugar, não havia qualquer fundamento para opor os pretensos “particularismos regionais” à universalidade dos direitos humanos, porquanto os instrumentos de proteção a níveis global e regional são essencialmente complementares. Há uma

---

97. Cf. quadros de ratificações in: A. A. Cançado Trindade, *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo, Ed. Saraiva, 1991, pp. 639-705.

98. Hiroko Yamane, “Approaches to Human Rights in Asia”, in 93 *Beitrage zum ausländischen öffentlichen Recht und Völkerrecht* - Max-Planck-Institut, Heidelberg (1987) pp. 100-103.

vasta prática internacional no presente domínio a comprovar esta complementaridade, como examinamos e buscamos demonstrar no curso que ministramos na Academia de Direito Internacional da Haia em 1987<sup>99</sup>. Os mecanismos de proteção internacional, nos planos global e regional, interagem e se reforçam mutuamente, em benefício último dos seres humanos protegidos. De toda forma, o debate desencadeado na II Conferência Mundial de Direitos Humanos nos incita a uma reflexão sobre o sentido próprio da universalidade dos direitos humanos em perspectiva adequada.

### **III. A Universalidade dos Direitos Humanos em Perspectiva Adequada**

A universalidade dos direitos humanos, consubstanciada na Carta Internacional dos Direitos Humanos (Declaração Universal e dois Pactos), se depreende da própria Carta das Nações Unidas<sup>100</sup>. As duas Conferências Mundiais de Direitos Humanos (Teerã, 1968, e Viena, 1993) formam parte de um processo mais amplo precisamente de construção de uma “cultura universal” dos direitos humanos. A Conferência de Teerã, realizada pouco depois da adoção dos dois Pactos de Direitos Humanos, contribuiu para inaugurar a fase de real implementação dos instrumentos universais a partir de uma visão global dos problemas existentes no campo dos direitos humanos. A asserção, pela Proclamação de Teerã de 1968, da tese da interdependência e indivisibilidade de todos os direitos humanos foi possível mediante a constatação das mudanças fundamentais e desafios do cenário internacional (descolonização, corrida armamentista, explosão demográfica, degradação ambiental, dentre outros) e a busca de soluções às violações maciças dos direitos humanos<sup>101</sup>.

A universalidade dos direitos humanos resultou, assim, fortalecida da I Conferência Mundial. Não obstante, persistiam antagonismos de concepção no tocante aos planos tanto normativo como operacional.

---

99. A. A. Cançado Trindade, “Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)”, 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 21-435.

100. Cf., e.g., J.-P. Cot e A. Pellet (dir.), *La Charte des Nations Unies - Commentaire article par article*, Paris/Bruxelles, Economica/Braylant, 1985, pp. 887-889.

101. A. A. Cançado Trindade, “A Questão da Implementação Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais”, 71 *Revista Brasileira de Estudos Políticos* (1990) pp. 17-20.

Atribuía-se, por exemplo, ao chamado “pensamento ocidental” a visão dos direitos humanos como próprios da natureza da pessoa humana e, como tais, anteriores e superiores ao Estado, e ao chamado “pensamento socialista” a visão dos direitos humanos (ou da cidadania) como condicionados pela própria sociedade e expressamente concedidos pelo Estado; do mesmo modo, atribuía-se à experiência ocidental a consagração do direito de petição internacional, e aos Estados socialistas a preferência pelo sistema de relatórios como único método de monitoramento internacional geralmente aceito<sup>102</sup>.

Com o passar dos anos tornou-se mais claro que não se tratava de impor uma determinada forma de organização social, ou modelo de Estado, nem sequer uma uniformidade de políticas, mas antes de buscar comportamentos e atitudes dos Estados - por mais heterogêneos que fossem - convergentes quanto aos valores e preceitos básicos da Carta Internacional dos Direitos Humanos<sup>103</sup>. A experiência internacional revelou, em diferentes momentos históricos, a possibilidade de acordo ou consenso quanto à universalidade dos direitos humanos apesar das divergências ideológicas e discrepâncias doutrinárias. Foi, assim, possível, alcançar uma Declaração Universal no mundo profundamente dividido do pós-guerra; foi igualmente possível, em plena guerra-fria, adotar os dois Pactos de Direitos Humanos em votação à qual concorreram tanto países ocidentais quanto socialistas, em suma, países com variadas particularidades sociais e culturais<sup>104</sup>.

Os países emergidos da descolonização prontamente estenderam sua contribuição à evolução da proteção dos direitos humanos, premidos pelos problemas comuns da pobreza extrema, das enfermidades, das condições desumanas de vida, do *apartheid*, racismo e discriminação racial; o enfretamento de tais problemas propiciou uma maior aproximação entre as diferentes concepções dos direitos humanos à luz de uma visão universal, refletida no aumento do número de ratificações dos instrumentos globais e na busca de maior eficácia dos mecanismos e procedimentos de proteção<sup>105</sup>, assim como

---

102. A. Cassese, *Los Derechos Humanos en el Mundo Contemporáneo*, Barcelona, Ed. Ariel, 1991, pp. 62 e 68.

103. *Ibid.*, p. 61.

104. H. Gros Espiell, *Estudios sobre Derechos Humanos*, vol. I, San José/Caracas, IIDH/Ed. Jur. Venezolana, 1985, pp. 299-300, 310 e 313.

105. *Ibid.*, pp. 320-323 e 325-327.

na adoção de novos tratados de proteção nos planos global e regional, tidos como essencialmente complementares<sup>106</sup>.

Já não mais se podia negar o ideal comum de todos os povos (a “meta a alcançar”, o “standard of achievement”), consubstanciado na Carta Internacional dos Direitos Humanos complementada ao longo dos anos por dezenas de outros tratados “setoriais” de proteção e de convenções regionais, e consagrado nas Constituições de numerosos países. Reconhecido este conjunto de valores e preceitos básicos como um ideal comum, o próximo passo consistiu na consagração de um núcleo básico de direitos inderrogáveis, presentes nos distintos tratados de direitos humanos, de reconhecimento universal.

Paralelamente, passou a manifestar-se um consenso da virtual totalidade dos Estados do mundo no sentido de fazer figurar dentre as violações mais graves dos direitos humanos o genocídio, o *apartheid* e a discriminação racial, a prática de tortura, - o que implicava um acordo de princípio quanto a certos direitos básicos, a serem gradualmente ampliados<sup>107</sup>. A próxima área de convergência, consignada na Ata Final de Helsinqui de 1975, se deu em relação à própria interação entre os direitos humanos e a paz, a requerer uma aceitação mais ampla e generalizada dos métodos de supervisão internacional. Tal aceitação se vislumbra, paralelamente aos mecanismos de direitos humanos, e.g., no documento final da Conferência de Segurança e Cooperação Européias (Viena, 1989) - a chamada “dimensão humana da CSCE”<sup>108</sup>.

Trata-se de claras indicações de um novo “ethos”, da fixação de parâmetros de conduta - independentemente de tradições ideológicas, culturais, religiosas - em torno de valores básicos universais, a ser observados e seguidos por todos os Estados, uma vez incorporada a dimensão dos direitos humanos em suas frentes de ação<sup>109</sup>. Não há que fazer abstração de particularidades culturais, porquanto é a partir de tais particularidades ou diversidade que se buscam os valores universais, que se manifesta uma consciência universal. Nenhuma cultura há de arrogar-se em detentora da verdade absoluta e final, e

106. Cf. A. A. Cançado Trindade, “Co-existence and Co-ordination...”, *op. cit. supra n. (9)*, pp. 21-435.

107. A. Cassese, *op. cit. supra n. (12)*, pp. 77-78; e cf. H. Gros Espiell, *op. cit. supra n. (14)*, p. 326.

108. A. Cassese, *op. cit. supra n. (12)*, pp. 77-78.

109. *Ibid*, pp. 227-228 e 231.

o melhor conhecimento da diversidade cultural pode fomentar esta constatação. A diversidade cultural não se configura, pois, como obstáculo à universalidade dos direitos humanos<sup>110</sup>. Na verdade, há que se manter aberto às distintas manifestações culturais, ao mesmo tempo em que cabe envidar esforços para que as distintas culturas se mantenham abertas aos valores básicos dos direitos humanos.

A universalidade aqui considerada e afirmada não equivale a uniformidade, e tampouco é ameaçada ou debilitada pela ênfase maior em um ou outro direito, dependendo da sociedade ou da cultura. As três Convenções regionais - a Européia, a Americana e a Africana - de direitos humanos não proclamam os direitos humanos de europeus, de latinoamericanos ou de africanos, mas antes contribuem, cada uma a seu modo, à universalização dos direitos humanos. A mais recente delas, a Carta Africana de Direitos Humanos e dos Povos de 1981, por exemplo, reafirma o caráter universal dos direitos humanos ao mesmo tempo em que leva em conta os traços especiais da região cultural em que se aplica. As três Convenções regionais são complementares aos instrumentos globais (Nações Unidas), e, como estes, também expressam valores universais; além disso, muitas das atuais questões de direitos humanos assumem uma dimensão global, transcendendo as particularidades culturais, e a busca de soluções só pode fomentar o reconhecimento do caráter universal dos direitos humanos<sup>111</sup>.

Não deixa de ser muito significativo que as três Reuniões Regionais Preparatórias da Conferência Mundial de Direitos Humanos realizadas recentemente tenham, cada uma a seu modo e com enfoque e formulação próprios e distintos, reconhecido a universalidade dos direitos humanos. A Reunião Regional Africana (Túnis, novembro de 1992) foi categórica em afirmar “a natureza universal dos direitos humanos” (Declaração de Túnis, par. 2) e, sem prejuízo da observância das realidades histórico-culturais dos países da região (par. 5), em

110. Cf., e.g., P. Meyer-Bisch, «Une affirmation double: les droits de l'homme ne peuvent être universels que dans la diversité de cultures», in *Universalité des droits de l'homme et diversité des cultures* (Actes du Colloque de Fribourg, 1982), Éd. Univ. Fribourg, 1984, pp. 16-19; J. Hersch, *Report on the Universality of Human Rights, a Challenge for Tomorrow's World* (Colloquy of Strasbourg, 1989), Strasbourg, Council of Europe doc. H/Coll.(89)4, p. 9 (mimeografado, circulação restrita).

111. P.-H. Imbert, *Communication on "The Universality of Human Rights"* (Colloquy of Strasbourg, 1989), Strasbourg, Council of Europe doc. H/Coll.(89)6, pp. 14 e 23 (mimeografado, circulação restrita).

posicionar-se em prol da preservação e promoção da “universalidade dos direitos humanos” (preâmbulo da resolução AFRM/14). A Reunião Regional Latino-Americana e Caribenha (San José de Costa Rica, janeiro de 1993) ressaltou que a Conferência Mundial vindoura propiciava uma oportunidade única para proceder a uma “análise global” do sistema internacional dos direitos humanos, tendo por um dos princípios orientadores o da universalidade dos direitos humanos (preâmbulo da Declaração de San José). E a Reunião Regional Asiática também reconheceu a natureza universal dos direitos humanos, ainda que matizada por particularidades histórico-culturais dos países da região (Declaração de Bangkok, par. 8). Enfim, a própria Conferência de Viena (junho de 1993) reafirmou a universalidade dos direitos humanos, nas circunstâncias que já examinamos (cf. *supra*).

#### **IV. O Atendimento das Necessidades de Proteção**

À luz da universalidade e indivisibilidade ou interdependência dos direitos humanos se hão de considerar as *necessidades* de proteção, em uma visão global e sistêmica da matéria. Tais necessidades variam de país a país, de sociedade a sociedade, cada uma vivendo seu momento histórico e confrontada com problemas próprios. Assim como a I Conferência Mundial de Direitos Humanos (Teerã, 1968) contribuiu sobretudo com a visão global da indivisibilidade ou interdependência de todos os direitos humanos, a II Conferência Mundial (Viena, 1993) pretendeu dar uma contribuição igualmente transcendental ao concentrar-se nos meios de assegurar tal indivisibilidade *na prática*, com atenção especial às pessoas desfavorecidas, aos grupos vulneráveis, aos socialmente excluídos (as camadas mais pobres da população), tão enfatizados reiteradamente no decorrer de todo o processo preparatório da Conferência de Viena. Como dar expressão concreta à indivisibilidade dos direitos humanos, com atenção especial à proteção dos mais necessitados e vulneráveis, ao atendimento de suas necessidades básicas? A resposta que se vier a dar a esta indagação nos próximos anos poderá representar um passo adiante na evolução da proteção internacional dos direitos humanos.

O “espírito” da Conferência de Viena só poderia deixar-se guiar pela universalidade e integralidade dos direitos humanos, pela visão global ou sistêmica dos mesmos, pela consagração de uma agenda mínima (não descuidando, e.g., dos temas identificados no

processo preparatório, como a trilogia direitos humanos/democracia / desenvolvimento, as obrigações mínimas em relação aos direitos econômicos, sociais e culturais, dentre outros), pela incorporação da dimensão dos direitos humanos em todas as atividades das Nações Unidas (como, e.g., as de operação de manutenção da paz e de promoção do desenvolvimento econômico e social), pela ênfase nas medidas positivas por parte dos Estados, mormente nas medidas nacionais de implementação dos instrumentos de proteção especial, em suma, pela construção de uma verdadeira “cultural universal” dos direitos humanos.

A se exacerbarem os atuais conflitos e fatores negativos que pareciam ameaçar o êxito da Conferência Mundial seria formada a impressão de que a Declaração Universal de 1948 pareceria demasiado avançada para 1993. Ao contrário, as atuais dificuldades podem despertar a determinação de novos avanços no presente domínio de proteção, pois é ironicamente nos momentos de crise que se intensifica a busca de valores fundamentais superiores. Neste último meio-século, tem sido nos momentos de crise que se têm logrado saltos qualitativos e avanços no campo dos direitos humanos. Assim ocorreu após o holocausto da segunda grande guerra, com a adoção da Declaração Universal de 1948; assim foi ao final dos intensos e por vezes perigosos anos sessenta, com a avaliação global - dois anos após a adoção dos dois Pactos de Direitos Humanos - da Proclamação de Teerã de 1968; e não deixará de assim ser, no mundo convulsionado deste ano de 1993, com a reavaliação global da matéria pela II Conferência Mundial e mormente pela Declaração de Viena.

## **V. De Viena ao Novo Século: A Nova Dimensão da Onipresença dos Direitos Humanos**

Assim como a I Conferência Mundial, de Teerã, contribuiu para clarificar as bases para desenvolvimentos subsequentes dos mecanismos internacionais de proteção, a II Conferência Mundial buscou dar um passo adiante<sup>112</sup> ao concentrar os esforços, por um lado, no fomento da criação da necessária infraestrutura nacional, no

---

112. Para prognósticos anteriores à Conferência Mundial de Viena, cf. K.E. Mahoney e P. Mahoney (ed.), *Human Rights in the Twenty-First Century: A Global Challenge*, Dordrecht, M. Nijhoff, 1993, pp. 3-1003; B.G. Ramcharan, “Strategies for the International Protection of Human Rights in the 1990s”, 13 *Human Rights Quarterly* (1991) pp. 155-

fortalecimento das instituições nacionais para a vigência dos direitos humanos; e, por outro, na mobilização de *todos* os setores das Nações Unidas em prol da promoção dos direitos humanos assim como no incremento de maior complementaridade entre os mecanismos globais e regionais de proteção.

No tocante ao primeiro ponto - as medidas nacionais de implementação, - ressaltou a Conferência, além da "ratificação universal" e sem reservas dos tratados e protocolos de direitos humanos, a necessidade da pronta incorporação dos instrumentos internacionais de direitos humanos e de direito internacional humanitário no direito interno dos Estados, com vistas a sua devida e plena implementação. Além disso, recomendou o estabelecimento, nas Nações Unidas, de um *programa* amplo de fortalecimento de "estruturas nacionais adequadas" que tenham impacto direto na observância dos direitos humanos e na manutenção do Estado de Direito, com um aumento considerável de recursos do atual orçamento regular das Nações Unidas assim como de orçamentos futuros e de fontes extra-orçamentárias para este fim.

O segundo ponto merece um detido exame de consciência por parte das Nações Unidas. Desde a época da Conferência de Teerã até recentemente, havia um divórcio, no seio do próprio sistema das Nações Unidas, entre as agências e órgãos voltados aos seus três objetivos básicos - a manutenção da paz e segurança internacionais (o mais realçado no passado), a promoção do desenvolvimento econômico e social, e o respeito pelos direitos humanos, - que atuavam de forma compartmentalizada em razão das características do cenário internacional da época. A Conferência de Viena, realizada já no período do pós-guerra fria, buscou uma maior aproximação entre aquelas agências e órgãos, de modo a lograr a realização conjunta dos três objetivos básicos e incorporar a dimensão dos direitos humanos em *todos* os seus programas e atividades.

No entanto, para que se realize propósito tão meritório, há que buscar e encontrar os meios com que o professado equilíbrio de início se reflita no próprio orçamento da Organização. É de se lamentar não se tenha em Viena logrado maior precisão quanto aos recursos adicionais: como os recursos do orçamento regular das Nações Unidas destinados

---

169; Theo van Boven, "The Future Codification of Human Rights: Status of Deliberations - A Critical Analysis", 10 *Human Rights Law Journal* (1989) pp. 1-11.

aos direitos humanos são hoje insignificantes - menos de 1% -, mesmo um “aumento considerável” deles, inclusive mediante contribuições voluntárias, não se mostrará suficiente para realizar plenamente aquele propósito. Os atuais 0,7% do orçamento regular da ONU reservados ao terceiro objetivo básico da Organização são manifestamente insuficientes, um quase descaso em relação à causa da promoção e proteção dos direitos humanos. O êxito futuro da Declaração de Viena está inelutavelmente ligado à reversão desse quadro; sem recursos adequados não há Declaração que produza resultados.

Já no processo preparatório da recente Conferência de Viena se acentuava a necessidade da universalidade e não-seletividade no tratamento da temática dos direitos humanos e da relação destes com a democracia e o desenvolvimento. Enfatizaram-se as necessidades especiais de proteção de pessoas particularmente desfavorecidas (em situações adversas) e grupos vulneráveis, assim como a dimensão preventiva da proteção ante o risco de violações maciças de direitos humanos que pudessem desencadear êxodos em grande escala e afetar a paz e segurança internacionais (para o que se cogitou do estabelecimento de sistemas de “alerta antecipado”). Não se hesitou, ademais, em ir mais além, ao conamar os Estados à “ratificação universal”, e sem reservas, dos tratados gerais de direitos humanos e insistir nas medidas nacionais de implementação, como passos decisivos na *construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos*.

Uma vez que se tornara enfim claro que os direitos humanos “permeiam” todas as áreas da atividade humana, restava inequívoco que, dentro do próprio âmbito do sistema das Nações Unidas, já não mais era possível “separar” a vertente econômico-social da política (como na época da guerra fria). Cabia doravante assegurar a onipresença dos direitos humanos, consoante o decidido na Conferência de Viena, a partir da incorporação da dimensão dos direitos humanos em todos os programas e atividades das Nações Unidas. Era a tarefa que então se impunha. Isto vinha enfatizar a importância das *medidas positivas* em prol dos direitos humanos. Não havia que passar despercebido, a esse respeito, o consenso geral gradualmente formado em torno dos debates preparatórios da Conferência de Viena no sentido de que as discussões desta última não se concentrassem no aspecto negativo das violações de direitos humanos, mas antes em uma reavaliação

da eficácia dos instrumentos e programas existentes no sentido de encontrar meios de assegurar seu aprimoramento e fortalecimento<sup>113</sup>.

A incorporação da dimensão dos direitos humanos em todas as áreas de atuação das Nações Unidas havia que começar, em meu entendimento, nas esferas de maior escala em que precisamente têm os direitos humanos sido negligenciados, senão por vezes ignorados. No plano político-estratégico, a ilustração mais eloquente era a das operações de manutenção e construção da paz (a exemplo das recentes operações de grande envergadura em El Salvador - ONUSAL - e no Camboja - UNTAC), que requeriam, a partir da *Agenda para a Paz* do então Secretário-Geral B. Boutros-Ghali, a incorporação dos chamados “componentes de direitos humanos” de forma mais sistematizada e ordenada. No plano econômico e financeiro, o exemplo mais marcante era o dos programas e projetos de desenvolvimento e das operações dos organismos financeiros internacionais das Nações Unidas (Banco Mundial e FMI), cuja compatibilidade com as disposições relevantes dos tratados de direitos humanos das Nações Unidas estava a requerer demonstração.

Era difícil evitar a impressão que me deixou a Conferência de Viena de que o mundo talvez ainda não estivesse suficientemente preparado para o período do pós-guerra fria. Era imperioso que os ventos de transparência e democratização, que felizmente arejaram e alentaram as bases de tantas sociedades nacionais em distintos continentes, alcançassem também as estruturas dos organismos internacionais, tanto os políticos (como o Conselho de Segurança, entravado pelo voto), como os financeiros (como os organismos supracitados das Nações Unidas, condicionados pelo voto ponderado ou proporcional). Tratava-se de uma meta premente, por quanto não se podia professar o universalismo dos direitos humanos no plano conceitual ou normativo, e continuar aplicando ou praticando a seletividade no plano operacional<sup>114</sup>. Os

---

113. O Relatório sobre o Desenvolvimento Humano de 1992 do PNUD chegava a sugerir que os relatórios e outras fontes de informação sobre direitos humanos no âmbito das Nações Unidas não mais se concentrassem no aspecto negativo das violações de direitos humanos, e passassem a agregar dados sobre respostas e medidas tomadas em prol de sua observância, sobre os “logros positivos” dos países; PNUD, *Desarrollo Humano: Informe 1992*, Bogotá, PNUD, 1992, p. 77.

114. A.A. Cançado Trindade, “Declaração de Viena Mantém Caráter Universal”, 9 *Políticas Governamentais - Revista do Instituto Brasileiro de Análises Sociais e Econômicas (IBASE)* - Rio de Janeiro (julho/agosto de 1993) pp. 11-16.

direitos humanos se impõem e obrigam os Estados, e, em igual medida, os organismos internacionais e as entidades ou grupos detentores do poder econômico, particularmente aqueles cujas decisões repercutem no quotidiano da vida de milhões de seres humanos. Os direitos humanos, em razão de sua universalidade nos planos tanto normativo quanto operacional, acarretam obrigações *erga omnes*.

É esta uma das grandes lições que podemos extrair da Conferência Mundial de Viena. É significativo que se tenha conclamado à erradicação da pobreza extrema e da exclusão social como “alta prioridade” para a comunidade internacional. Todos experimentamos a indivisibilidade dos direitos humanos no quotidiano de nossas vidas. O empobrecimento de segmentos cada vez maiores da população constitui, em minha percepção, em decorrência daquela indivisibilidade, uma denegação flagrante e maciça da totalidade dos direitos humanos. A Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento de 1986 corretamente situava o ser humano como sujeito central do processo de desenvolvimento. Reclamando um maior fortalecimento na interrelação entre democracia, desenvolvimento e direitos humanos em todo o mundo, a Declaração de Viena, ao endossar com firmeza os termos daquela Declaração, contribuiu para dissipar dúvidas porventura persistentes e inserir o direito ao desenvolvimento definitivamente no universo do direito internacional dos direitos humanos.

A Conferência Mundial de Viena afirmou de modo inequívoco a legitimidade da preocupação de toda a comunidade internacional com a promoção e proteção dos direitos humanos por todos e em toda parte. Na rota de Teerã a Viena, foi este sem dúvida um passo adiante, para acelerar o *processo de construção de uma cultura universal de observância dos direitos humanos*. Mais além de Viena, não nos cabe, os que participamos da última Conferência, uma das mais complexas da atualidade, julgar o mérito de seus resultados: esta é tarefa para as gerações futuras. Podemos, sim, refletir sobre eles, tentar avaliá-los, e extrair lições, como as que aqui resumidamente me permito expor.

Formou-se, enfim, a conscientização das amplas dimensões temporal (inclusive preventiva) e espacial (global) da proteção devida ao ser humano. Mais transcendental do que qualquer dos textos oficialmente adotados em Viena afigurou-se a mobilização universal inédita gerada pela Conferência: tanto a Conferência propriamente dita

*A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993-2013)*

quanto suas três Reuniões Regionais Preparatórias, a par das quatro sessões do Comitê Preparatório e das numerosas “reuniões-satélites” da Conferência, congregaram um número considerável e sem precedentes de ONGs e movimentos de base de todos os continentes, somados a um contingente cada vez maior de Delegações governamentais sensibilizadas pela nobre causa. Assim, mais importante do que qualquer documento foi este *processo de diálogo verdadeiramente universal* gerado pela II Conferência Mundial, que veio certamente fortalecer o movimento dos direitos humanos, no sentido de gerar e consolidar um *monitoramento contínuo* de sua observância por todos e em toda parte. Viena demonstrou, uma vez mais, que é nos momentos de crise que se tentam os saltos qualitativos, que propiciam avanços reais no campo dos direitos humanos, mesmo porque as crises e o sofrimento humano evidenciam as necessidades prementes de proteção.



## CAPÍTULO IV

### O SEGUIMENTO DA II CONFERÊNCIA MUNDIAL DE DIREITOS HUMANOS

#### I. A Primeira Década (1993-2003)

Tal como assinalei com detalhes no volume III de meu *Tratado de Direito International dos Direitos Humanos*<sup>115</sup>, o seguimento da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993) pode ser apreciado tanto a partir do prisma da atuação da própria Organização das Nações Unidas e suas agências especializadas, fundos e programas, como, em uma dimensão mais ampla, de seu impacto no *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos, assim como do impacto deste último no Direito Internacional geral. No âmbito das Nações Unidas, em particular, no conjunto das providências tomadas destacam-se, como medidas de seguimento de especial importância, a criação do cargo de Alto-Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, a elaboração do plano de atividades para a implementação da Declaração e Programa de Ação de Viena, e o estabelecimento de “pontos focais” no sistema das Nações Unidas.

Alguns desenvolvimentos prontamente subseqüentes à Conferência Mundial de Viena merecem registro. A Assembléia Geral das Nações Unidas, por meio de sua resolução 48/121, de 20 de dezembro de 1993, ao endossar a Declaração e Programa de Ação de Viena, instou os órgãos do sistema das Nações Unidas vinculados aos direitos humanos a que tomassem providências para a plena implementação de todas as recomendações da Conferência de Viena. Significativamente, a Assembléia Geral, mediante sua resolução 48/141, também de 20 de dezembro de 1993, decidiu criar o posto de Alto Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, com as seguintes responsabilidades: promover e proteger o exercício efetivo, por todos, de todos os direitos humanos; desempenhar as tarefas que

---

115. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito International dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre, S.A. Fabris Edit., 2003, cap. XVIII: “O Seguimento da II Conferência Mundial de Direitos Humanos”, pp. 290-296.

Ihe sejam atribuidas pelos órgãos competentes do sistema das Nações Unidas no domínio dos direitos humanos; promover e proteger a realização do direito ao desenvolvimento como um direito humano; atender solicitações de consultoria e assistência técnico-financeira na área dos direitos humanos; coordenar programas das Nações Unidas de educação e informação pública no campo dos direitos humanos; manter um diálogo com todos os governos e fomentar a cooperação internacional para a promoção e proteção de todos os direitos humanos; coordenar as atividades de promoção e proteção dos direitos humanos, inclusive em todo o sistema das Nações Unidas; atuar para remover todos os obstáculos à plena realização de todos os direitos humanos e prevenir ou impedir a continuação das violações dos direitos humanos em todo o mundo; racionalizar e fortalecer os mecanismos de direitos humanos das Nações Unidas com vistas a melhorar sua eficácia; supervisionar o Centro de Direitos Humanos das Naciones Unidas<sup>116</sup>.

A relevância da criação do cargo de Alto-Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos, consoante o decidido pela II Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena, decorre das múltiplas funções inerentes ao cargo (*supra*), que revelam o seu grande potencial de ação. Desde que assumiu suas funções em 1994, o Alto-Comissário de Direitos Humanos das Nações Unidas passou a buscar prestar serviços aos órgãos convencionais de direitos humanos, aos procedimientos especiais, ao desenvolvimento de programas para ajudar os países a fortalecer suas estruturas nacionais de direitos humanos, e, em seguida, ao desesenvolvimento de uma parceria com o Conselho de Direitos Humanos (cf. *infra*) e o Conselho de Segurança das Nações Unidas. O Alto-Comissário assumiu também o propósito de desenvolver uma “função pensante” (como a antiga Subcomissão de Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias, *infra*), particularmente com relação à *prevenção* de violações de direitos humanos<sup>117</sup>.

---

116. Esta importante resolução também solicitou ao Alto-Comissário para os Direitos Humanos que preparasse um relatório anual de suas atividades para ser apresentado à então Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas e, através do Conselho Econômico e Social (ECOSOC), à Assembléia Geral.

117. B.G. Ramcharan, “Future Preventive Strategies of the Office of the High Commissioner for Human Rights”, in *The United Nations High Commissioner for Human Rights - Conscience for the World* (eds. F.D. Gaer e C.L. Broecker), Leiden, Nijhoff, 2014, pp. 81-83.

Logo se reconheceu ser de particular importância a *prevenção* de tais violaciones, para o que havia que desenvolver estratégias. A antiga Subcomissão de *Prevenção de Discriminação e Proteção de Minorias* (posteriormente Subcomissão de *Promoção e Proteção dos Direitos Humanos*), órgão subsidiário da então Comissão de Direitos Humanos, realizou estudos pioneiros sobre direitos humanos, nas décadas de setenta e oitenta. Seu sucessor, o Comitê Consultivo do atual Conselho de Direitos Humanos, não tem esta faculdade, porquanto só pode considerar tópicos especificamente solicitados pelo Conselho.

Já o primeiro ocupante do cargo de Alto-Comissário de Direitos Humanos das Nações Unidas deixou claro seu entendimento no sentido de que seu mandato não duplicava ou substituía os mecanismos existentes para a promoção e proteção dos direitos humanos, mas antes conferia aos mesmos uma nova dimensão, fomentando inclusive um diálogo contínuo de alto nível para lograr avanços concretos na proteção dos direitos humanos. A segunda ocupante do cargo destacou a necessidade de aproximar as operações das Nações Unidas (em particular as efetuadas *in loco*) das vítimas de violações dos direitos humanos. Por sua parte, a então Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, mediante sua resolução 1994/95, de 09 de março de 1994, veio solicitar a todos os relatores especiais e grupos de trabalho temáticos que tomassem em conta, no âmbito de seus respectivos mandatos, as recomendações contidas na Declaração e Programa de Ação de Viena, e a que incluíssem, quando apropriado, em seus relatórios, uma seção sobre a implementação daquelas recomendações. Decidiu, ademais, proceder a uma revisão anual dos avanços logrados em tal implementação, e solicitou enfim ao Alto-Comissário para os Direitos Humanos que também incluísse em seu relatório anual à então Comissão de Direitos Humanos uma seção sobre o progresso alcançado na implementação das recomendações contidas na Declaração e Programa de Ação de Viena.

Como resultado de uma série de reuniões e consultas realizadas ao início de 1994, o então Centro de Direitos Humanos das Nações Unidas preparou um “Plano de Atividades para a Implementação da Declaração de Viena”. A atenção se concentrou no fomento da “cooperação inter-agencial”, no intercâmbio de informações, e no estabelecimento de “pontos focais” ou de contato (em cada agência especializada ou secretariado) a reunir-se regularmente. Tais medidas

foram contempladas de modo a aperfeiçoar a coordenação<sup>118</sup>, inclusive quanto ao desenvolvimento de atividades e à disponibilidade de recursos. Considerou-se, ademais, a avaliação pelas próprias agências especializadas do sistema das Nações Unidas do impacto de suas atividades e estratégias no exercício efetivo dos direitos humanos, e o desenvolvimento de indicadores que avaliassem objetivamente o progresso nesta área<sup>119</sup>.

Para enfrentar desafios futuros, recomendaram-se algumas medidas concretas, como, e.g., a avaliação periódica pelo Comitê Administrativo de Coordenação (CAC) das Nações Unidas, de 1994 a 1998, do impacto nos direitos humanos dos programas, estratégias e atividades no âmbito das Nações Unidas, de modo a possibilitar ao Secretário General relatar à Assembleia Geral das Nações Unidas em 1998, por ocasião do 50º aniversário da Declaração Universal dos Direitos Humanos, tal como solicitado pela Conferência Mundial de Viena<sup>120</sup>. Assinalou-se que a realização de reuniões anuais dos já mencionados “pontos focais” poderia facilitar o labor de coordenação do Alto-Comissário para os Direitos Humanos.

Outras recomendações incluíram: o estabelecimento de mecanismos *ad hoc* de seguimento operacional das decisões tomadas; o estabelecimento de um banco de dados (sobre mandatos e atividades) para a cooperação inter-agencial no campo dos direitos humanos; a incorporação de um “componente de direitos humanos” nas operações de manutenção e construção da paz, e nas estratégias e programas de desenvolvimento que viessem a contar com a assistência do Alto-Comissário das Nações Unidas para os Direitos Humanos; o avanço na integração do respeito aos direitos humanos da mulher em todos os programas das Nações Unidas<sup>121</sup>. Na reunião do CAC realizada aos 11-12 de abril de 1994 na sede da União Internacional de Telecomunicações (UIT) em Genebra, presidida pelo Secretário-

118. U.N., *The World Conference on Human Rights - Note by the United Nations*, Ginebra, ONU, 22.03.1994, pp. 3-7 (mecanografiado, no-publicado). Para un estudio general sobre la cuestión de la coordinación de los mecanismos de protección, cf. A.A. Cançado Trindade “Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)”, 202 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 1-435.

119. U.N., *The World Conference...*, op. cit. supra n. (4), p. 7, e cf. p. 3.

120. *Ibid.*, p. 11.

121. *Ibid.*, p. 11.

General B. Boutros-Ghali, se assinalaram os “elementos de direitos humanos” dos diversos mandatos e programas de trabalho<sup>122</sup>; o CAC buscou lograr a incorporação da dimensão dos direitos humanos em todas as instituições e programas das Nações Unidas, dentro dos parâmetros de seus respectivos mandatos, em conformidade com uma das principais recomendações da Conferência Mundial de Viena de 1993.

Ademais, a partir da Conferência Mundial de Viena de 1993, significativamente as reuniões periódicas dos presidentes dos órgãos convencionais de supervisão internacional dos direitos humanos se “institucionalizaram”, e também passaram a reunir-se regularmente os responsáveis pelas operações dos procedimentos extra-convencionais especiais das Nações Unidas, - contribuindo assim a uma melhor coordenação dos mecanismos de proteção dos direitos humanos no plano global, à optimização dos recursos (humanos e materiais), e sobretudo, à gradual formação de um sistema de *monitoramento contínuo* da situação dos direitos humanos em todo o mundo. Uma visão necessariamente *integrada* dos direitos humanos abarca, com efeito, os avanços nos planos tanto normativo como processual; quanto a este último, é recomendável a interrelação dos métodos de supervisão dos direitos humanos *inter se*<sup>123</sup>, reforçando-se mutuamente, em benefício das pessoas protegidas.

A adoção da Declaração e Programa de Ação de Viena de 1993 fomentou a busca da “ratificação universal” das seis “Convenções centrais” (*core Conventions*) de direitos humanos (até o final do século XX), conforme conclamado pela Conferência Mundial de Viena de 1993, a saber: o Pacto das Nações Unidas de Direitos Civis e Políticos, o Pacto das Nações Unidas de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial, a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher, a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, e a Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança. Ainda que tal meta só tenha sido virtualmente alcançada

---

122. ONU, documento [ACC/1994/10], de 18.04.1994, pp. 5-6, pars. 22-23 e 25 (versão preliminar, mimeografado).

123. A.A. Cançado Trindade, “Reporting in the Inter-American System of Human Rights Protection”, in *The Future of U.N. Human Rights Treaty Monitoring* (eds. Ph. Alston e J. Crawford), Cambridge, Cambridge University Press, 2000, p. 346.

em relação a uma das seis Convenções, a saber, a Convenção sobre os Direitos da Criança (1989), é inegável que o total de ratificações das cinco outras Convenções elevou-se sensivelmente na década seguinte à realização da Conferência Mundial de Viena; mas a meta da “ratificação universal” das demais cinco “Convenções centrais” de direitos humanos das Nações Unidas permanece um ideal a ser alcançado ainda em nossos dias (início de 2014).

Dado sobretudo o fato de que ainda não se logrou alcançar a ratificação universal das seis “Convenções centrais” de direitos humanos das Nações Unidas, os procedimentos extra-convencionais especiais das Nações Unidas continuaram a revestir-se de importância. Dentre estes, os chamados procedimentos *temáticos* vieram a se mostrar de particular utilidade, por enfrentarem problemas de direitos humanos comuns a muitos países. Um exame da prática internacional a respeito revela, com efeito, não só que tais procedimentos passaram a atender às demandas de proteção, em escala universal, das vítimas de violações - no mais das vezes endêmicas ou crônicas - de direitos humanos, como ademais que os Estados, por sua parte, ao menos não ousaram ignorá-los ou negligenciá-los<sup>124</sup>.

Tais procedimentos - complementares aos dotados de base convencional - continuaram, assim, a operar, ainda que de forma atomizada, buscando uma crescente coordenação<sup>125</sup>, na primeira década após a Conferência Mundial de Viena, em benefício dos seres humanos, independentemente de serem, os Estados em questão, Partes ou não em tratados de direitos humanos. No dia em que logremos a ratificação universal destes últimos, não há que esquecer o papel significativo exercido pelos referidos procedimentos extra-convencionais (sobretudo em áreas como a do combate à tortura, aos desaparecimentos forçados ou involuntários de pessoas, à detenção arbitrária, e às execuções sumárias, extra-legais ou arbitrárias; a da luta contra a intolerância religiosa; a da erradicação da violência contra a

---

124. Cf. O. de Frouville, *Les procédures thématiques: une contribution efficace des Nations Unies à la protection des droits de l'homme*, Paris, Pédone, 1996, pp. 15-121.

125. Para um estudo detalhado, cf. A.A. Cançado Trindade, “Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)”, 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 1-435.

mulher; a do combate à prostituição infantil) ao longo desta linha de evolução longa e tenaz da proteção internacional dos direitos humanos.

A Declaração e Programa de Ação de Viena fomentou avanços, nos planos normativo e processual, no *corpus juris* do Direito Internacional dos Direitos Humanos, sobretudo em relação, e.g., aos direitos humanos da mulher e à proteção de pessoas e grupos vulneráveis, com repercussões no Direito Internacional dos Refugiados e no Direito Internacional Humanitário. Mas, apesar desses avanços, persistem alguns problemas, como o da carência - crônica, por sinal - de recursos (humanos e materiais) destinados à operação dos órgãos convencionais e dos procedimentos extra-convencionais de proteção, - problema então agravado pela notória crise financeira e orçamentária do sistema das Nações Unidas<sup>126</sup>.

As bases sobre as quais aqueles órgãos e mecanismos operam, continuam sendo, desse modo, relativamente frágeis. Não há que tomar o progresso como algo garantido, mesmo porque este não se tem mostrado linear, e se afigura acompanhado sempre de ameaças de retrocessos. Trata-se, como no mito do Sísifo, de uma luta sem fim. Assim, a par dos avanços supracitados, também se verificaram percalços, como, e.g., o anúncio das retiradas da República Popular Democrática da Coréia do Pacto de Direitos Civis e Políticos, e da Jamaica do [primeiro] Protocolo Facultativo a este Pacto<sup>127</sup>, somadas à denúncia de Trinidad e Tobago da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, - ocorridas as três no período pós-Viena. A estas dificuldades se somou o episódio da pretendida "retirada" pelo Estado peruano da competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em matéria contenciosa, tida como *inadmissível* pela Corte Interamericana em suas históricas sentenças sobre competência (de 24.09.1999) nos casos do *Tribunal Constitucional* e de *Ivcher Bronstein*, que superaram assim o que poderia ter desencadeado uma grave crise institucional no sistema interamericano de proteção dos direitos humanos<sup>128</sup>.

---

126. O mesmo problema de carência de recursos (humanos e materiais) afetava na época os sistemas regionais interamericano e africano de direitos humanos.

127. U.N./Commission on Human Rights, *Effective Functioning of Bodies...*, doc. *cit. infra* n. (17), p. 5.

128. Para um testemunho histórico do referido episódio e daquelas sentenças da Corte, cf. A.A. Cançado Trindade, "Entrevista: El Perú y la Corte Interamericana de Derechos Humanos - Una Evaluación Histórica (I)", 138 *Ideele - Revista del Instituto de Defensa Legal* - Lima/Peru (junho de 2001) pp. 108-113; A.A. Cançado Trindade,

Algumas insuficiências dos mecanismos internacionais de proteção dos direitos humanos detectadas na Conferência Mundial de Viena continuaram a figurar na agenda dos órgãos de supervisão internacionais. A preocupação com a necessidade de *prevenção*<sup>129</sup> gerou a iniciativa da elaboração do Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura, dotando-a de um mecanismo de supervisão mediante visitas *ex officio* a prisões e lugares de detenção, de caráter essencialmente preventivo<sup>130</sup>. Foi este um avanço digno de nota; mas a persistência da ausência de mecanismos adequados de seguimento (*follow-up*), e supervisão, das decisões dos órgãos de proteção internacional dos direitos humanos, continuou a ser fonte de preocupação de tais órgãos. E o atraso na apresentação dos relatórios dos Estados Partes nos tratados de direitos humanos tornou-se cada vez mais preocupante<sup>131</sup>.

Persistiu, - como se pode constatar, - ao longo da década passada, um longo caminho a percorrer. A II Conferência Mundial de Direitos Humanos contribuiu certamente à evolução recente do Direito Internacional dos Direitos Humanos, ainda que viesse a satisfazer inteiramente as expectativas geradas por sua realização. Não é muito o que os órgãos de supervisão internacionais podem fazer sem que a linguagem comum dos direitos humanos alcance a base das sociedades

---

"Entrevista: El Perú y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (II)", 139 *Ideele - Revista del Instituto de Defensa Legal* - Lima/Peru (julho de 2001) pp. 85-88; e cf. também A.A. Cançado Trindade, "Interview Relative à l'Affaire du Pérou (1999) devant la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme", *Actualité et Droit International - Revue d'analyse juridique de l'actualité internationale* (Internet, [www.ridi.org/adi](http://www.ridi.org/adi)), Université de Paris, vol. 2, 2000, pp. 1-2.

129. Cf. M. Stavropoulou, "Human Rights and 'Early Warning' in the United Nations", 14 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (1996) pp. 419-433; B.G. Ramcharan, *The International Law and Practice of Early-Warning and Preventive Diplomacy: The Emerging Global Watch*, Dordrecht, Nijhoff, 1991, pp. 30-174.

130. Cf. a resolução (2002/33), de 22.04.2002, da Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, sobre o mencionado Protocolo.

131. U.N./Commission on Human Rights, *Effective Functioning of Bodies Established pursuant to the United Nations Human Rights Instruments - Report of the Secretary-General*, doc. E/CN.4/1998/85, de 04.02.1998, pp. 17, 22 e 26. Dentre as sugestões que vieram a ser apreciadas pela então Comissão de Direitos Humanos das Nações Unidas, figuravam a de uma reavaliação dos "procedimentos urgentes" (*urgent procedures*) desenvolvidos até então, e a da previsão de eventuais emendas às disposições processuais dos tratados de direitos humanos, no sentido de fortalecer seus mecanismos de proteção; cf. *ibid.*, pp. 16 e 22.

nacionais; a Conferência Mundial de Viena deu certamente sua contribuição nesse sentido, ao haver registrado os graus de consenso sobre a matéria obtidos em meio a um diálogo em escala universal. Estes, por sua vez, têm se projetado no Direito Internacional geral, acarretando sua *humanização*<sup>132</sup>, de que dá testemunho, *inter alia*, o entendimento avançado em nossos dias no sentido da *continuidade* das obrigações convencionais relativas aos direitos humanos, mesmo nos casos de mudanças territoriais e sucessão de Estados.

## **II. A Segunda Década (2003-2013)**

Já na década seguinte à realização da Conferência Mundial de Viena de 1993 (*supra*), se logrou, como visto, avançar no aperfeiçoamento, por ela propugnado, dos mecanismos de proteção sob determinadas Convenções. O chamado da Conferência Mundial de Viena à adoção de Protocolos Adicionais, com tal propósito, foi atendido, em relação à Convenção das Nações Unidas sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), cujo Protocolo Facultativo (dotando a CEDAW de um sistema de petições ou comunicações) foi adotado em 06.10.1999, e entrou em vigor em 22.12.2000. Em seguida, o Protocolo Facultativo à Convenção das Nações Unidas contra a Tortura foi adotado em 18.12.2002, e entrou em vigor em 22.06.2006; com isto, buscou-se estabelecer um sistema preventivo (mediante visitas regulares a lugares de detenção) de combate à tortura e tratamentos cruéis, desumanos e degradantes.

O Projeto de Protocolo que mais tempo tomou para ser adotado e entrar em vigor foi o relativo ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Os primeiros esforços neste sentido, em seguida à Conferência Mundial de Viena, por parte do próprio Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, e de reuniões de peritos, se centraron en la búsqueda de consensos sobre cuestiones conceptuales (como, e.g., “justiciabilidade”, “violação” ou “descumprimento”, “víctima”)<sup>133</sup>. A

---

132. Cf. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-409.

133. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2<sup>a</sup> ed., Porto Alegre/Brasil. S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 483-487; F. Coomans e F. van Hoof (eds.), *The Right to Complain about Economic, Social and Cultural Rights*, Utrecht, SIM, 1995, pp. 150-162, 200-206, 214 e 233-239; U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights, *Draft Optional Protocol Providing for the Consideration of Com-*

consideração da matéria, con vistas à adoção do Protocolo, se estendeu até 2006<sup>134</sup>; enquanto isto, paralelamente, a UNESCO prosseguia em sua prolongada atividade normativa em educação, ciência e cultura<sup>135</sup>.

O Protocolo Facultativo ao Pacto de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, contendo um mecanismo de petições individuais, tal como recomendado pela Conferência Mundial de Viena de 1993, só veio ver a luz do dia há meia década atrás. Em 2006, o Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas confiou a um Grupo de Trabalho aberto a elaboração final e conclusão do Projeto de Protocolo, cujas negociações terminaram em abril de 2008. O Protocolo Facultativo, - adotado pela Assembléia Geral das Nações Unidas em 10.12.2008, e aberto a assinaturas em 24.09.2009, - veio estabelecer um mecanismo de petições individuais (e também inter-estatais); o Comitê de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (CDESC) pode solicitar informações do Estado Parte em questão, e formular recomendações ao mesmo. O Protocolo contém também um mecanismo de investigação dos fatos. Os Estados Partes têm a faculdade de autorizar o CDESC a investigar, relatar e formular recomendações sobre “violações graves ou sistemáticas” de direitos humanos. Ao conseguir as dez primeiras ratificações, o mencionado Protocolo entrou em vigor em 05.05.2013. Com este Protocolo, juntamente com el Protocolo à CEDAW (*supra*), alcançou-se a meta fixada pela Conferência Mundial de Viena de 1993, aperfeiçoaram-se os mecanismos de proteção de duas das Convenções centrais (*core Conventions*) das Nações Unidas (*supra*), e se logrou a indivisibilidade dos direitos humanos no plano não só normativo como também operacional: com isto, se abre o caminho para novos avanços, nos próximos anos, no plano hermenêutico.

No plano institucional, requer atenção especial o Conselho de Direitos Humanos (sucessor da antiga Comissão de Direitos Humanos) das Nações Unidas, que foi criado pela Assembléia Geral das Nações

---

*munications* (report by Ph. Alston), doc. E/C.12/1994/12, de 09.11.1994, pp. 1-13, e cf. pp. 14-18; A.R. Chapman, “A new Approach to Monitoring the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights”, 55 *Review of the International Commission of Jurists* (1995), pp. 23-37.

134. Olivier de Schutter, “Le Protocole Facultatif au Pacte International Relatif aux Droits Économiques, Sociaux et Culturels”, 39 *Revue belge de droit international* (2006), n. 1, pp. 7-56.

135. Relatada em sua publicação *Standard-Setting in UNESCO - Sixty Years of Normative Activity in Education, Science and Culture* (Paris, 2006).

Unidas, mediante sua resolução 60/251 de 15.03.2006. Pouco depois, em 09.05.2006, a Assembléia Geral elegeu a primeira composição de 47 Estados membros do referido Conselho (CDH). Enquanto a antiga Comissão de Direitos Humanos era um órgão subsidiário do ECOSOC, o novo CDH passou a ser um órgão subsidiário da Assembléia Geral, podendo no futuro vir a ascender a um dos órgãos principais das Nações Unidas<sup>136</sup>. O CDH veio efetivamente reforçar o *monitoramento contínuo* dos direitos humanos em todas partes, pois enquanto a antiga Comissão de Direitos Humanos realizava uma sessão anual de seis semanas (em março-abril) e algumas poucas sessões de emergência, o CDH veio a atuar mais regularmente como órgão permanente ao longo de todo o ano. Para evitar a seletividade politizada de outrora, o CDH veio a introduzir a novidade do mecanismo do “*peer review*” periódico e universal, - humanos. O velho mecanismo de *rapporteurs* geográficos e temáticos da antiga Comissão de Direitos Humanos foi, assim, substituído pelo novo mecanismo do “*universal peer review*”, concebido para assegurar a universalidade do monitoramento e a igualdade do tratamento dispensado a todos os Estados<sup>137</sup>.

Tão logo criado, o CDH também se dispôs a ressaltar a dimensão preventiva do monitoramento, e a responder prontamente a situações de emergência em matéria de direitos humanos; o “*universal peer review*” foi sua principal inovação<sup>138</sup>. Ao passar a atuar, o CDH foi de início cauteloso: de 2006 até 2009 não estabeleceu procedimento especial algum (por país). Somente a partir de 2009 o CDH assumiu um papel mais ativo: criou comissões de *investigação* para os conflitos em Côte d’Ivoire, na Líbia e na Síria, e nomeou *rapporteurs* especiais para o Irã e Bielorrússia. Assumiu, desse modo, sua responsabilidade em relação a estas crises e conflitos graves<sup>139</sup>.

---

136. [Vários Autores,] *The Human Rights Council: Challenges and Opportunities* (eds. J. Almqvist e F. Gómez Isa), Madrid, FRIDE, 2006, pp. 14, 20, 23, 53 e 74.

137. *Ibid.*, pp. 23-25, 38-40 e 43.

138. *Ibid.*, pp. 73 e 158.

139. S. Nossel e C.L. Broecker, “The High Commissioner for Human Rights and the U.N. Human Rights Council”, in *ibid.*, pp. 221-224 e 243-244. Sobre as comissões de investigação (comissões de inquérito), cf. Otávio Cançado Trindade, “As Comissões Internacionais de Inquérito do Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas”, in *O Direito Internacional e o Primado da Justiça* (eds. A.A. Cançado Trindade e A.C. Alves Pereira), Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2014, pp. 137-158.

Se, desde a realização da II Conferência Mundial de Direitos Humanos até o presente (1993-2014), alguns avanços significativos, como visto, têm sido logrados, tanto no plano normativo (com a adoção de novos instrumentos internacionais de proteção, em níveis global e regional), como no da operação dos mecanismos tanto convencionais como extraconvencionais de salvaguarda internacional dos direitos humanos no âmbito das Nações Unidas, - isto se deve em parte ao impulso dado pelas entidades da sociedade civil, cada vez mais articuladas, e que emergem em nossos dias como um ator relevante também no plano internacional. A projeção de tais entidades no cenário internacional, nos anos que se seguiram à Conferência Mundial de Viena, veio, por sua vez, fomentar uma conscientização maior quanto à importância da prevalência dos direitos humanos nos planos nacional e internacional.

Podemos hoje, em meu entender, transcorridas duas décadas desde a realização em 1993 da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, apreciar, em sua dimensão temporal, o legado da Conferência Mundial de Viena, ao afirmar esta, em seu documento final, a legitimidade da preocupação da comunidade internacional com a observância e salvaguarda dos direitos humanos, de todos e em toda parte, e com atenção especial aos que se encontram em situação de vulnerabilidade. Com efeito, nos últimos vinte anos tem havido uma notável construção jurisprudencial dedicada à proteção dos direitos humanos de pessoas que se encontram na mais completa adversidade, e inclusive *indefensión*<sup>140</sup>. Este desenvolvimento seria difícil de se prever ou antecipar há algumas décadas.

---

140. Cf., a respeito, A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, caps. VIII-X, pp. 132-191; A.A. Cançado Trindade, *Évolution du droit international au droit des gens - L'accès des individus à la justice internationale: Le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 121-184; A.A. Cançado Trindade, *Le Droit international pour la personne humaine*, Paris, Pédone, 2012, pp. 149-167 e 217-239.

## CAPÍTULO V

### A PROTEÇÃO DOS VULNERÁVEIS: REFLEXÕES SOBRE O PRINCÍPIO BÁSICO DA IGUALDADE E NÃO-DISCRIMINAÇÃO

#### I. O Despertar da Consciência para as Necessidades Especiais de Proteção dos Vulneráveis

Ainda assim, não obstante todos os avanços, desde a realização da Conferência Mundial de Viena até a atualidade (1993-2014), ainda resta um longo caminho a percorrer. Ao longo destas duas últimas décadas, passou-se a reconhecer a necessidade premente de proteger, de modo especial, os mais desfavorecidos e vulneráveis. Tem-se identificado estes últimos como abarcando os que padecem em pobreza crônica, as crianças, a mulher, os idosos e enfermos, os migrantes, os refugiados, os membros de minorias discriminadas, os desempregados, os “sem-teto”, entre outros. Apesar de toda a atenção que os órgãos de supervisão dos tratados de direitos humanos têm a eles dedicado, ainda falta uma conceitualização adequada de vulnerabilidade, inclusive com critérios para identificar pessoas ou grupos de pessoas em situação de vulnerabilidade<sup>141</sup>.

A preocupação corrente com a criação de condições que possibilitem o *monitoramento contínuo* da situação dos direitos humanos em todos os países tem, pois, sua razão de ser. Apesar de todos os avanços registrados nas últimas décadas na proteção internacional dos direitos humanos, têm persistido violações graves e maciças destes últimos, e às violações “tradicionais” têm infelizmente sucedido novas formas de violação dos direitos humanos. A preocupação anteriormente assinalada, no sentido da criação de um monitoramento contínuo a abranger medidas preventivas e de seguimento, explica-se, pois, ademais de mostrar-se plenamente justificável, face às persistentes violações de direitos humanos em diferentes regiões do mundo.

---

141. Cf. A.R. Chapman and B. Carbonetti, “Human Rights Protection for Vulnerable and Disadvantaged Groups: The Contribution of the U.N. Committee on Economic, Social and Cultural Rights”, 33 *Human Rights Quarterly* (2001) pp. 682-732.

Verifica-se hoje uma mais ampla consciência das necessidades de proteção, que, em alguns casos, aumentaram. Às violações “tradicionalis” de direitos humanos, em particular de alguns direitos civis e políticos (como as liberdades de pensamento, expressão e informação, e o devido processo legal), que continuam a ocorrer, têm-se somado graves discriminações, contra membros de minorias e outros grupos vulneráveis, de base étnica, nacional, religiosa e lingüística, ademais de violações dos direitos fundamentais e do direito internacional humanitário. Impõe-se, em suma, defender os direitos humanos contra os abusos do poder público assim como de todo outro tipo de poder: os direitos humanos têm sido e devem continuar a ser consistentemente defendidos contra todos os tipos de dominação.

As próprias fontes de violações dos direitos humanos têm se diversificado. Já não se podem mais ignorar as violações perpetradas, por exemplo, por organismos financeiros ou grupos detentores do poder econômico, o por grupos detentores do poder das comunicações, ou por grupos clandestinos de extermínio, ou pelo recrudescimento dos fundamentalismos e ideologias religiosas, ou as violações decorrentes da corrupção e impunidade. A par da visão integral dos direitos humanos no plano conceitual, os esforços correntes em prol do estabelecimento e consolidação do monitoramento contínuo da situação dos direitos humanos em todo o mundo constituem, em última análise, a resposta, no plano processual, do reconhecimento obtido na Conferência Mundial de Direitos Humanos em Viena da legitimidade da preocupação de toda a comunidade internacional com as violações dos direitos humanos em todas partes e a qualquer momento. É este um grande desafio a confrontar o movimento internacional dos direitos humanos em nossos dias, nesta segunda década do século XXI.

A humanidade passou por padecimentos indescritíveis até alcançar o grau de evolução da consciência que hoje requer os avanços na proteção internacional dos direitos humanos como os examinados no presente livro. Os historiadores contemporâneos coincidem em assinalar que nunca, como no século XX e neste início do século XXI, se verificou tanto progresso na ciência e na tecnologia, acompanhado paradoxalmente de tanta destruição e crueldade. A preocupação com a capacidade humana de causar sofrimento desnecessário e, em última análise, de se auto-aniquilar, permeia todo o Direito Internacional Humanitário e também alcança em graus

distintos o Derecho Internacional dos Derechos Humanos e o Direito Internacional dos Refugiados. O próprio princípio básico da igualdade e não-discriminação pode ser adequadamente considerado no âmbito das três vertentes de proteção dos direitos da pessoa humana (o Direito Internacional dos Direitos Humanos, o Direito Internacional Humanitário e o Direito Internacional dos Refugiados), em suas aproximações e convergências<sup>142</sup>, para determinar sua aplicação em diferentes circunstâncias.

## **II. A Perene Relevância do Princípio Básico da Igualdade e Não-Discriminação**

Há que ter em mente que a idéia da igualdade humana já estava presente nos primórdios do direito das gentes (*droit des gens*), bem antes de encontrar expressão nos instrumentos internacionais que conformam o seu *corpus juris gentium*, tal como o conhecemos em nossos. Assim, a idéia da *igualdade humana* era subjacente à concepção da *unidade do gênero humano* (presente, por exemplo, no pensamento de Francisco de Vitoria e de Bartolomé de Las Casas, pioneiros na postura contra a opressão)<sup>143</sup>. O princípio fundamental da igualdade e não-discriminação é um dos pilares básicos do *corpus juris* da proteção

142. A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario - Aproximaciones y Convergencias*, Genebra, CICV, [2000], pp. 1-66; A.A. Cançado Trindade, "Aproximaciones y Convergencias Revisitadas: Diez Años de Interacción entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados, y el Derecho Internacional Humanitario (De Cartagena/1984 a San José/1994 y México/2004)", in *Memoria del Vigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984-2004)*, San José de Costa Rica/México, ACNUR, 2005, pp. 139-191.

143. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Le Droit international pour la personne humaine*, Paris, Pédone, 2012, pp. 149-167; A.A. Cançado Trindade, "Totus Orbis: A Visão Universalista e Pluralista do *Jus Gentium*: Sentido e Atualidade da Obra de Francisco de Vitoria", in 24 *Revista da Academia Brasileira de Letras Jurídicas* - Rio de Janeiro (2008) n. 32, pp. 197-212; A.A. Cançado Trindade, "The Emancipation of the Individual from His Own State: The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations", in *Human Rights, Democracy and the Rule of Law - Liber Amicorum L. Wildhaber* (eds. S. Breitenmoser et alii), Zürich/Baden-Baden, Dike/Nomos, 2007, pp. 151-171; A.A. Cançado Trindade, "Recollections of Some Vitorian and Grotian Moments Shared with Boutros Boutros-Ghali", in *Le 90e. anniversaire de B. Boutros-Ghali - Hommage du Curatorium à son Président / The 90<sup>th</sup> Birthday of B. Boutros-Ghali - Tribute of the Curatorium to Its President*, The Hague, Académie de Droit International de La Haye/Nijhoff, 2012, pp. 33-51.

internacional dos direitos humanos. O referido princípio foi captado pela consciência humana ao longo da história, particularmente em desenvolvimentos durante os séculos XVIII, XIX e XX, projetados até o presente<sup>144</sup>.

É paradoxal, se não trágico, constatar que os avanços, nos dois últimos séculos, no domínio do conhecimento científico e tecnológico, têm gerado maiores desigualdades entre os seres humanos<sup>145</sup>; ao invés de distribuição, o que tem ocorrido tem sido uma maior concentração de riqueza nas mãos de poucos, com uma consequente maior marginalização social de segmentos mais amplos da população. Determinadas expressões passaram a emergir sucessivamente, tais como, e.g., "igualdade perante a lei", "igual proteção da lei", e "não-discriminação por força de lei", nesta seqüência. Subjacentes a elas têm estado os valores humanos; a cristalização da expressão "igualdad perante a lei" deve-se à sua presença marcante no direito público interno comparado<sup>146</sup>. Estas expressões vieram a associar-se às obrigações correspondentes do Estado, consagradas em numerosos instrumentos internacionais de direitos humanos hoje existentes<sup>147</sup>.

Com efeito, o direito das gentes (*droit des gens*), e, mais particularmente, o Direito Internacional dos Direitos Humanos, tem-se confrontado com distintas e sucessivas formas de discriminação, e a proibição desta última continua vigente em nossos dias. A gradual consolidação, nas últimas décadas do século XX, dos sistemas de proteção internacional dos direitos humanos, tem refletido a crescente conscientização do princípio, - pilar básico de todos estes sistemas de proteção, - do respeito da dignidade humana<sup>148</sup>, contribuindo assim à prevalência do princípio da igualdade e não-discriminação.

144. Cf. A.A. Cançado Trindade, *El Principio Básico de Igualdad y No-Discriminación: Construcción Jurisprudencial*, Santiago de Chile, Librotecnia, 2013, pp. 39-748, esp. pp. 39-46.

145. K.W. Thompson, *Toynbee's Philosophy of World History and Politics*, Baton Rouge/London, Louisiana State University Press, 1985, p. 204.

146. Cf., e.g., P.G. Polyviou, *The Equal Protection of the Laws*, London, Duckworth, 1980, pp. 1-84, 177-214 e 636-694.

147. Cf. Torkel Opsahl, *Law and Equality*, Oslo, Ad Notam Gyldendal, 1996, pp. 165-168, 171, 185-186 e 194; Marc Bossuyt, *L'interdiction de la discrimination dans le Droit international des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1976, pp. 12, 47-48 e 83.

148. Para um estudo a respeito, cf., e.g., B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris/Aix-Marseille, Documentation française/CERIC-Univ. d'Aix-Marseille, 1999, pp. 7-491.

Igualdade e não-discriminação passaram a ser invocadas com relação a indivíduos e grupos de indivíduos<sup>149</sup>, em situação de vulnerabilidade, nas mais variadas circunstâncias. Na primeira metade do século XX, por exemplo, se estabeleceu a protecção de membros de minorias e de habitantes de territórios sob mandato (na era da Sociedade ou Liga das Nações). Era compreensível que a atenção se concentrava nas obrigações do Estado (cf. *infra*), pois historicamente os Estados foram criados para a realização do bem comum; existem eles para os seres humanos, e não *vice-versa*<sup>150</sup>.

O ponto culminante desta evolução ocorreu em meados do século XX: a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948<sup>151</sup> proclamou que “[t]odos os seres humanos nascem livres e iguais em dignidade e direitos” (artigo 1). E a Carta das Nações Unidas de 1945 começou por afirmar a determinação dos “povos das Nações Unidas” de “reafirmar a fé” na “igualdade dos direitos dos homens e mulheres e das nações grandes e pequenas” (segundo parágrafo preambular). A partir de então, o princípio básico da igualdade e não-discriminação tem tido uma incidência em setores distintos das relações humanas, e tem logrado avanços na eliminação da discriminação racial (fins dos

149. Cf., e.g., N. Lerner, *Group Rights and Discrimination in International Law*, 2a. ed., The Hague, Nijhoff, 2003, pp. 1-187.

150. Cf. CIJ, Parecer Consultivo (de 22.07.2010) sobre a *Declaração de Independência de Kosovo*, Voto Arrazoado do Juiz A.A. Cançado Trindade, par. 239.

151. Sobre sua projeção histórica, cf. A.A. Cançado Trindade, “Reflexiones sobre las Declaraciones Universal y Americana de Derechos Humanos de 1948 con Ocación de su Cuadragésimo Aniversario”, in *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (1989)n. especial, pp. 121-129; A.A. Cançado Trindade, “Values and Significance of the Universal Declaration of Human Rights at the World and Regional Levels,” in *Recueil des Cours - Textes et Sommaires - XXIX Session d'Enseignement* (1998), Strasbourg, Institut International des Droits de l'Homme (IIDH), 1998, pp. 101-115; A.A. Cançado Trindade, “L'interdépendance de tous les droits de l'homme et leur mise en oeuvre: obstacles et enjeux”, 158 *Revue internationale des sciences sociales* - UNESCO/Paris (1998) pp. 571-582; A.A. Cançado Trindade, “O Legado da Declaração Universal de 1948 e o Futuro da Proteção Internacional dos Direitos Humanos”, 14 *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional* (1999) pp. 197-238; A.A. Cançado Trindade, “Nouvelles réflexions sur l'interdépendance ou l'indivisibilité de tous les droits de l'homme, une décennie après la Conférence Mondiale de Vienne”, in *El Derecho Internacional: Normas, Hechos y Valores - Liber Amicorum J.A. Pastor Ridruejo* (eds. L. Caflisch et alii), Madrid, Universidad Complutense, 2005, pp. 59-73; A.A. Cançado Trindade, “The Universal Declaration of Human Rights, Six Decades Later - Introductory Note”, *United Nations Audio-Visual Library in International Law*, N.Y., U.N., outubro de 2008, pp. 1-4.

anos sessenta e década de setenta), na promoção da igualdade entre os sexos (fins dos anos setenta e década de oitenta), na proteção das pessoas deslocadas (fins dos anos oitenta e década de noventa). Desde então (fins dos anos noventa) e até o presente (março de 2014), tem se concentrado nos desafios da condição das pessoas mais recentemente afetadas pelo empobrecimento, das vítimas de distúrbios e conflitos internos, e dos migrantes indocumentados<sup>152</sup>.

Para enfrentar problemas sucessivos tais como os assinalados, os instrumentos internacionais de proteção têm aumentado em número, até o final do século XX, no combate à discriminação<sup>153</sup>, e organizações internacionais têm se dedicado a esta causa, nos planos global (Nações Unidas) e regional. Órgãos de supervisão sob tratados de direitos humanos vêm dando sua contribuição constante para proibir a discriminação *de facto* ou *de jure*. Como tais tratados contêm formulações distintas (o que não é surpreendente, por referir-se a contextos também distintos), a prática daqueles órgãos de supervisão (seus “comentários gerais” ou “recomendações gerais”, a par do sistema de petições ou comunicações) cresce em importância<sup>154</sup>, para detectar o denominador comum daqueles tratados de proteção, e fomentar sua harmonização mediante o labor de interpretação<sup>155</sup>.

A obrigação de não-discriminação em relação aos direitos substantivos protegidos sob aqueles tratados concentra a atenção nas *obrigações positivas* dos Estados Partes, de assegurar a proteção dos seres humanos sob sua jurisdição contra a discriminação em todos os âmbitos das relações humanas (inclusive no plano inter-individual)<sup>156</sup>. Em última análise, o princípio básico da igualdade e não-discriminação

152. Cf., recentemente, e.g., A.A. Cançado Trindade, «Le déracinement et la protection des migrants dans le Droit international des droits de l'homme», 19 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* - Bruxelles (2008) n. 74, pp. 289-328; L. Ortiz Ahlf, *Derechos Humanos de los Indocumentados*, México D.F., ELD/Tirant lo Blanch, 2013, pp. 11-136.

153. Para uma relação comentada de 27 instrumentos internacionais de combate à discriminação, cf. J. Symonides (ed.), *The Struggle against Discrimination - A Collection of International Instruments Adopted by the United Nations System*, Paris, UNESCO, 1996, pp. 3-313.

154. Cf., recentemente, *inter alia*, e.g., A.A. Cançado Trindade, “Address to the U.N. Human Rights Committee on the Occasion of the Commemoration of Its 100<sup>th</sup> Session”, 29 *Netherlands Quarterly of Human Rights* (2011) pp. 131-137.

155. Cf. W. Vandenhole, *Non-Discrimination and Equality in the View of the U.N. Human Rights Treaty Bodies*, Antwerpen/Oxford, Intersentia, 2005, pp. 2 e 29.

156. Cf. *ibid.*, pp. 23 e 215.

encontra-se nos fundamentos do Direito das Nações Unidas, assim como nos dos sistemas regionais de direitos humanos dotados de tribunais internacionais de direitos humanos (Corte Européia de Direitos Humanos, Corte Interamericana de Direitos Humanos, e Corte Africana de Direitos Humanos e dos Povos), os quais operam no âmbito da universalidade dos direitos humanos<sup>157</sup>.

Entende-se por discriminação uma distinção arbitrária ou injustificável (sem justificação alguma), e portanto inadmissível. Sua proibição se dá em relação ao exercício de todos os direitos consagrados como imanentes à pessoa humana, em razão do princípio fundamental da igualdade e não-discriminação<sup>158</sup>. A violação da proibição de todo tipo de discriminação implica em violação dos próprios direitos humanos protegidos, com todas as suas consequências jurídicas. A insuficiente atenção dedicada pela doutrina jurídica até o presente, ao princípio básico da igualdade e não-discriminação, encontra-se longe de guardar proporção com a fundamental importância de tal princípio, tanto na teoria como na prática do Direito.

Pode o referido princípio básico ser estudado, de forma aprofundada, sob distintos aspectos, sendo o normativo tão só um deles. Tenho buscado assegurar sua construção jurisprudencial, em particular nas duas jurisdisções internacionais que tive e tenho a honra de servir, a saber, a Corte Interamericana de Direitos Humanos (CtIADH) e a Corte Internacional de Justiça (CIJ), - tal como examinado com detalhes em meu livro recente sobre a matéria<sup>159</sup>. A referida construção jurisprudencial tem revelado os múltiplos aspectos do princípio básico da igualdade e não-discriminação. Em vários de meus Votos, em ambos tribunais internacionais (IACtHR e ICJ), tenho examinado e salientado seus múltiplos aspectos (em relação às circunstâncias do *cas d'espèce*), tais como, *inter alia*, e.g., as relações do referido princípio com *subjetividade internacional* (personalidade e capacidade jurídicas internacionais, e.g., meu Voto no Parecer Consultivo da CtIADH sobre a *Condição Jurídica e Direitos da Criança*, 2002); suas relações com a

157. Cf., recentemente, A.A. Cançado Trindade, "Vers un droit international universel: la première réunion des trois Cours régionales des droits de l'homme", in XXXVI *Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2009*, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2010, pp. 103-125.

158. M. Bossuyt, *op. cit. supra n.* (150), pp. 25, 97, 207, 222-223 e 232.

159. A.A. Cançado Trindade, *El Principio Básico de Igualdad y No-Discriminación: Construcción Jurisprudencial*, *op. cit. supra n.* (4), pp. 39-748.

*igualdade processual* (e.g., meus Votos na Sentença da CtIADH no caso *Loayza Tamayo versus Peru*, 1996, e no Parecer Consultivo da CIJ sobre uma *Sentença do Tribunal Administrativo da OIT contra o FIDA*, 2012), assim como com a *igualdade perante a lei* (meus Votos nas Sentenças da CtIADH nos casos *Almonacid Arellano versus Chile*, 2006, e *Prisão de Castro Castro versus Peru*, 2008); a prevalência do referido princípio face à *marginalização social* (meus Votos nas Sentenças da CtIADH nos casos *Servellón e Outros versus Honduras*, 2006, e *Comunidade Indígena Sawhoyamaxa versus Paraguai*, 2006); e as relações do referido princípio com a *proibição de arbitrariedade* (meus Votos na Sentença da CIJ no caso *A.S. Diallo, Guiné versus R.D. Congo*, 2010; no Parecer Consultivo da CIJ sobre a *Declaração de Independência de Kosovo*, 2010; e na Sentença da CIJ no caso relativo à *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial*, Geórgia versus Federação Russa, 2011).

Um dos aspectos mais marcantes da construção jurisprudencial relativa ao princípio básico da igualdade e não-discriminação diz respeito a sua relação com o conteúdo material (ampliado) do *jus cogens*. Isto ocorreu na jurisprudência da CtIADH, na época em que tive a honra de presidi-la (1999-2004) e até 2006. Um relato mais pormenorizado de tal construção jurisprudencial encontra-se em meu tomo de memórias daquela Corte<sup>160</sup>, ao qual me permito aqui referir-me. O passo inicial deu-se com a proibição absoluta da tortura e de outros tratamentos cruéis, desumanos e degradantes (como sendo de *jus cogens*). A segunda etapa da referida construção jurisprudencial residiu na ampliação do conteúdo material do *jus cogens* em seu histórico Parecer Consultivo n. 18 (de 17.09.2003), sobre a *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados*, de modo a abranger o princípio básico da igualdade e não-discriminação (pars. 97-101 e 110-111). Na ocasião, sustentou a CtIADH que os Estados têm o dever de respeitar e assegurar o respeito dos direitos humanos à luz do princípio básico da igualdade e não-discriminação, e agregou que qualquer tratamento discriminatório atinente à proteção e exercício de tais direitos (inclusive os laborais) gera a responsabilidade internacional dos Estados.

---

160. A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 3<sup>a</sup>. ed., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2013, cap. VIII, pp. 75-85.

No entender da CtIADH, o referido princípio fundamental havia ingressado no domínio do *jus cogens*, não podendo os Estados discriminhar, ou tolerar situações discriminatórias, em detrimento dos migrantes, e devendo garantir o devido processo legal a qualquer pessoa, independentemente de seu *status* migratório. Não podem os Estados subordinar ou condicionar a observância do princípio da igualdade perante a ley e não-discriminação aos objetivos de suas políticas migratórias, entre outras. Sobre este outro grande avanço jurisprudencial emiti um extenso Voto Concurrente (pars. 1-89), no respaldei a posição da Corte, reconhecendo que este princípio básico permeia todo o ordenamento jurídico, e chamando atenção para sua importância, e a de todos os princípios gerais do direito, dos quais emanam as normas e regras, e sem os quais, em última análise, não há “ordenamento jurídico” algum (pars. 44-46, 65 e 72). Em suma, tais princípios conformam, em meu entender, o *substratum* do próprio ordenamento jurídico (pars. 52-58). Os pontos que abordei, - inclusive a evolução do *jus cogens* e das obrigações *erga omnes* de proteção, - o fiz no âmbito da concepção da *civitas maxima gentium* e da universalidade do gênero humano.

Em meus Votos subsequentes em vários casos na CtIADH, insisti na necessidade de ampliação do conteúdo material do *jus cogens*, de modo a abranger do mesmo modo o direito de acesso à justiça<sup>161</sup>, e atender as necessidades prementes de proteção da pessoa humana. Em meu Voto Arrazoado, *inter alia*, no caso *López Álvarez versus Honduras* (01.02.2006), voltei a insistir em meu entendimento no sentido de que o *direito ao Derecho* (o acesso à justiça *lato sensu*) é um imperativo do *jus cogens* (pars. 52-55). Mas foi no caso de *Goiburú e Outros versus Paraguai*

---

161. Cf., neste sentido, meus Votos Arrazoados nas Sentenças da CtIADH nos casos do *Massacre de Plan de Sánchez versus Guatemala* (mérito, de 29.04.2004), pars. 22, 29-33 e 35 do Voto; e (reparações, de 19.11.2004), pars. 4-7 e 20-27 do Voto; dos *Irmãos Gómez Paquiyauri versus Peru* (de 08.07.2004), pars. 37-44 do Voto; de *Tibi versus Equador* (de 07.09.2004), pars. 30-32 do Voto; de *Caesar versus Trinidad e Tobago* (de 11.03.2005), pars. 85-92 do Voto; de *Yatama versus Nicarágua* (de 23.06.2005), pars. 6-9 do Voto; de *Acosta Calderón versus Equador* (de 14.06.2005), pars. 4 e 7 do Voto; dos *Massacres de Ituango versus Colombia* (de 01.07.2006), par. 47 do Voto; de *Baldeón García versus Peru* (de 06.04.2006), pars. 9-10 do Voto; de *Ximenes Lopes versus Brasil* (de 04.07.2006), pars. 38-47 do Voto; do *Massacre de Pueblo Bello versus Colombia* (de 31.01.2006), par. 64 do Voto; de *Baldeón García versus Peru* (de 06.04.2006), par. 9 do Voto. Também no mesmo sentido, meu Voto Dissidente no caso dos *Trabalhadores Cessados do Congresso versus Peru* (interpretação de Sentença, de 30.11.2007), pars. 1-60.

(Sentença de 22.09.2006), relativo à sinistra “Operação Condor” dos chamados “serviços de inteligência” dos países do Cone Sul da América do Sur (na época das ditaduras de pouco mais de três décadas atrás), que a própria CtIADH veio a endossar a tese que eu vinha sustentando em seu seio já por mais de dois anos<sup>162</sup>, assim ampliando ainda mais o conteúdo material do *jus cogens*, de modo a abarcar o direito de acesso à justiça nos planos nacional e internacional<sup>163</sup>. Mais recentemente, tive ocasião de retomar e exame da matéria, em um contexto distinto, em meu Voto Arrazoado na Sentença da CIJ (mérito, de 20.07.2012) no caso atinente a *Questões Relativas à Obrigação de Processar ou Extraditar* (CIJ, Bélgica *versus* Senegal), concentrando-me na busca da justiça mediante a aplicação do princípio da jurisdição universal sob a Convenção das Nações Unidas contra a Tortura.

---

162. Cf. o texto de meu Voto Arrazoado neste caso, reproduzido in: A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Esencia y Trascendencia (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006)*, México, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 779-804.

163. Neste meu Voto Arrazoado no caso de *Goiburú e Otros* (pars. 62-68), assim como em meus Votos nos casos subsequentes de *Almonacid Arellano versus Chile* (Sentença de 26.09.2006, pars. 58-60 do Voto), e de *La Cantuta versus Peru* (Sentença de 29.11.2006, pars. 49-62 do Voto), ressaltei a considerável importância de tal expansão do conteúdo material do *jus cogens*.

## CAPÍTULO VI

### OBSERVAÇÕES FINAIS

Permito-me, enfim, passar a minhas derradeiras observações. No âmbito universal, a II Conferência Mundial de Direitos Humanos de Viena de 1993 se inseriu no recente *ciclo das Conferências Mundiais das Nações Unidas*, ao longo da década de noventa e do início do século XXI (Conferências Mundiais sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, Rio de Janeiro, 1992; sobre Direitos Humanos, Viena, 1993; sobre População e Desenvolvimento, Cairo, 1994; sobre Desenvolvimento Social, Copenhagen, 1995; sobre Direitos da Mujer, Beijing, 1995; sobre Assentamentos Humanos - Habitat-II, Istanbul, 1996; e Conferência Mundial contra o Racismo, Durban/África do Sul, 2001). Nestas duas últimas décadas, como vimos, alguns avanços se lograram, à luz da Declaração e Programa de Ação de Viena (documento final da II Conferência Mundial de Direitos Humanos, de cuja redação participei), no âmbito, e.g., dos direitos econômicos, sociais e culturais, da vindicação dos direitos da mulher, e da racionalização dos sistema de relatorias das Nações Unidas. Ainda resta, no entanto, um longo caminho a percorrer.

Significativamente, o referido ciclo de Conferências Mundiais veio a apresentar um denominador comum, que conferiu coesão aos documentos finais por elas adotados. Tal como o percebo, reside ele no reconhecimento da legitimidade da preocupação da comunidade internacional como um todo com as *condições de vida* da população em toda parte<sup>164</sup>. A Conferência Mundial de Viena acrescentou, no entanto, um dado importante a este denominador comum, a saber, a atenção especial dedicada aos *segmentos vulneráveis* da população em

---

164. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2<sup>a</sup> ed., Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, caps. III-VII, pp. 165-338; e cf. A.A. Cançado Trindade, "Sustainable Human Development and Conditions of Life as a Matter of Legitimate International Concern: The Legacy of the U.N. World Conferences", in *Japan and International Law - Past, Present and Future* (Symposium of the Centennial of the Japanese Association of International Law), The Hague, Kluwer, 1999, pp. 285-309; e cf. também: CIJ, Parecer Consultivo sobre a *Declaração de Independência de Kosovo* (de 22.07.2010), Voto Arrazoado do Juiz A.A. Cançado Trindade, parágrafos 138-240.

toda parte. E, mais do que qualquer outra das Conferências Mundiais daquele ciclo, apresentou uma visão sistêmica de todos aqueles segmentos afetados pela vulnerabilidade ou extrema adversidade, em decorrência de sua ampla temática.

Como era de se esperar, a Declaração e Programa de Ação de Viena, documento final adotado pela II Conferência Mundial de Direitos Humanos, buscou assegurar sua aplicação concentrada desde então nos meios de assegurar a indivisibilidade de todos os direitos humanos (civis, políticos, econômicos, sociais e culturais) *na prática*, com atenção especial às pessoas discriminadas ou desfavorecidas, aos grupos vulneráveis, aos pobres e aos socialmente excluídos, em suma, aos mais necessitados de proteção<sup>165</sup>, - e com vistas a assegurar-lhes as condições de uma vida digna. O documento final da Conferência Mundial de Viena deu efetivamente sua contribuição, - e das mais valiosas, - à conscientização deste imperativo, em escala global. A busca de solução a problemas que afetam, em maior ou menor grau, a todos os seres humanos emanaria do próprio “espírito de nossa época”, invocado pelo preâmbulo da Declaração de Viena de 1993.

No entendimento que prevaleceu no Comitê de Redação da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (como bem me recordo), o “espírito de nossa época” - ao qual se agregou outra referência às “realidades de nosso tempo” - caracteriza-se pela aspiração comum a valores superiores, ao incremento da promoção e proteção dos direitos humanos intensificadas na prevalência do Estado de Direito, à busca de soluções globais no tratamento de temas globais (menção feita, e.g., à necessidade de erradicação da pobreza extrema). A Conferência Mundial de Viena captou com acerto o “espírito de nossa época”: cabe aqui, assinalar, por exemplo, que, em 2006, treze anos após sua realização, a temática do “Estado de Direito nos planos nacional e internacional” alcançou enfim a agenda da Assembléia Geral das Nações Unidas, de onde não mais saiu até o presente (março de 2014), atraindo crescente atenção a cada ano que passa<sup>166</sup>.

---

165. A.A. Cançado Trindade, «Nouvelles réflexions sur l'interdépendance ou l'indivisibilité de tous les droits de l'homme, une décennie après la Conférence Mondiale de Vienne», in *El Derecho Internacional: Normas, Hechos y Valores - Liber Amicorum J.A. Pastor Ridruejo* (eds. L. Caflisch *et alii*), Madrid, Universidad Complutense, 2005, pp. 59-73.

166. Para um exame atualizado deste ponto específico, cf. A.A. Cançado Trindade, *Direito das Organizações Internacionais*, 5<sup>a</sup>. edição, Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2012,

A Conferência Mundial de Viena em muito contribuiu ao reconhecimento da *centralidade* das vítimas em busca de justiça nos planos nacional e internacional. As vítimas assumem claramente uma posição *central* no universo conceitual do Direito International dos Direitos Humanos. A *centralidade* das vítimas - inclusive as que padecem de vulnerabilidade - e das condições de vida da população no ordenamento jurídico internacional contemporâneo conformam o legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993-2013). Tal centralidade das vítimas tem-se feito presente inclusive em casos de violação sistemática de seus direitos fundamentais, em meio a circunstâncias particularmente *agravantes*, tal como ilustrado dramaticamente pela adjudicação, ao longo da década passada, do ciclo de casos de massacres, pela CtIADH<sup>167</sup>.

Em definitivo, não há como fazer abstração dos seres humanos, destinatários últimos das normas do direito das gentes, titulares de direitos emanados diretamente do direito internacional<sup>168</sup>. São efetivamente *sujeitos* do Direito International, dotados de personalidade e capacidade jurídicas internacionais<sup>169</sup>, como hoje o reconhece inequivocamente a própria Corte Internacional de Justiça;

---

pp. VII-VIII e 584-587.

167. Cf., sobre este ponto específico, recentemente, A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International*, Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71; A.A. Cançado Trindade, *State Responsibility in Cases of Massacres: Contemporary Advances in International Justice* (Conferência Inaugural, 10.11.2011), Utrecht, Universiteit Utrecht, 2011, pp. 1-71; A.A. Cançado Trindade, *The Access of Individuals to International Justice*, Oxford, Oxford University Press, 2011, cap. X, pp. 179-191; A.A. Cançado Trindade, "Die Entwicklung des interamerikanischen Systems zum Schutz der Menschenrechte", 70 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (2010) pp. 629-699.

168. A.A. Cançado Trindade, *Évolution du Droit international au droit des gens - L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 1-187; A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104.

169. A.A. Cançado Trindade, "The Historical Recovery of the Human Person as Subject of the Law of Nations", 1 *Cambridge Journal of International and Comparative Law* (2012) pp. 8-59; A.A. Cançado Trindade, "A Pessoa Humana como Sujeito do Direito International: A Experiência da Corte Interamericana de Direitos Humanos", in *Novas Perspectivas do Direito International Contemporâneo - Estudos em Homenagem ao Prof. Celso D. de Albuquerque Mello* (eds. C.A. Menezes Direito, A.A. Cançado Trindade e A.C. Alves Pereira), Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2008, pp. 495- 532; A.A. Cançado Trindade, "La Persona Humana como Sujeto del Derecho Internacional: Avances de Su Capacidad Jurídica Internacional en la Primera Década del Siglo XXI", in *Jornadas de*

não há como eludir a posição dos indivíduos como *sujeitos* do Direito Internacional, nem sequer no contencioso inter-estatal clássico, próprio da Corte da Haia<sup>170</sup>. Este desenvolvimento, ademais de alentador na busca da *realização da justiça* nos planos, a um tempo, nacional e internacional, parece-me, ademais, irreversível, dado o despertar da consciência humana para sua necessidade.

Em uma ampla dimensão, a concepção humanista do ordenamento jurídico internacional requer a promoção contínua da cultura dos direitos humanos no seio das sociedades nacionais, inclusive para superar as resistências e incompreensões nestas ainda presentes e reincidentes, e buscar evitar os abusos do passado. Há, ademais, que buscar capacitar os círculos jurídicos nos mais diversos países, sobretudo face à pouca familiaridade com o Direito Internacional, demonstrada notoriamente por muitos Judiciários nacionais. E há que ter sempre em mente as *interações* entre os ordenamentos jurídicos internacional e nacional<sup>171</sup>, assegurando assim a *unidad* do direito no presente domínio de proteção da pessoa humana. Há muito tempo venho insistindo, em meus escritos, derivados de minha própria experiência de muitos anos de reflexão e atuação no domínio do Direito Internacional dos Direitos Humanos, no entendimento de que a fonte *material* de todo Direito é a consciência jurídica universal<sup>172</sup>. É esta que, em última análise, tem

---

Derecho Internacional (Buenos Aires, Noviembre de 2006), Washington D.C., OEA/Secretaría General, 2007, pp. 243-288.

170. A.A. Cançado Trindade, "El Difícil Camino del Acceso de la Persona Humana a la Justicia en el Contencioso Interestatal ante la Corte Internacional de Justicia", 21 Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional (2013-2014) pp. 173-213.

171. Cf., sobre este ponto específico, A.A. Cançado Trindade, *Reflexiones sobre la Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos* (Colección Cuadernos de Derechos Humanos, vol. 3-95), Guatemala, Ed. del Procurador de los Derechos Humanos de Guatemala, 1995, pp. 3-41; A.A. Cançado Trindade, "La Interacción entre el Derecho Internacional y el Derecho Interno en la Protección de los Derechos Humanos", in *El Juez y la Defensa de la Democracia - Un Enfoque a Partir de los Derechos Humanos* (ed. L. Gonzalez Volio), San José de Costa Rica, IIDH/CEE, 1993, pp. 233-270.

172. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre, S.A. Fabris Edit., 2003, capítulo XX; A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-409; A.A. Cançado Trindade, "Reflexiones sobre el Desarraigo como Problema de Derechos Humanos Frente a la Conciencia Jurídica Universal", in: *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI* (de A.A. Cançado Trindade e J. Ruiz de Santiago), San José de Costa Rica, ACNUR, 2001, pp. 19-78. Tam-

*A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993-2013)*

guiado as entidades da sociedade civil, sensibilizado os órgãos do poder público, e impulsionado decisivamente a própria evolução do Direito Internacional dos Direitos Humanos em nossos tempos, em benefício último de todos os seres humanos. Somos verdadeiramente privilegiados em poder testemunhar esses desenvolvimentos, e dar nossa contribuição aos mesmos.

---

bém o tenho afirmado em meus Votos, a exemplo, *inter alia*, de meu Voto Concordante no Parecer Consultivo n. 18 (de 17.09.2003) da CtIADH, sobre a *Condição Jurídica e Direitos dos Migrantes Indocumentados* (cf. *infra*).



## ANEXO DOCUMENTAL I

### A PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS VULNERÁVEIS: VOTOS INDIVIDUAIS

#### **1. Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade en el caso *Servellón y Otros versus Honduras* (Fondo y Reparaciones, Sentencia del 21.09.2006):**

1. Quizo el destino que, aún durante mi período de servicios prestados como Juez Titular de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, el drama de los niños en la calle volviera al conocimiento de este Tribunal. Siete años después de la primera Sentencia de la Corte en el histórico *leading case* de los "Niños de la Calle" (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, fondo, 1999, y reparaciones, 2001), y tres años después de la Sentencia de la Corte en el dramático caso *Bulacio versus Argentina* (fondo y reparaciones, 2003), la temática de la violencia contra niños y jóvenes en las calles vuelve a ocupar posición central en una Sentencia de esta Corte, en el presente caso *Servellón y Otros versus Honduras*. Al votar por la adopción de la presente Sentencia, me permito agregar a la misma este Voto Razonado, con mis reflexiones personales como fundamento de mi posición al respecto de lo deliberado por la Corte. Centraré mis reflexiones en los siguientes puntos: a) base de la responsabilidad internacional del Estado; b) base de la jurisdicción internacional; c) los atentados contra los derechos humanos en medio a la descomposición del tejido social; y d) la reacción del Derecho: las prohibiciones del *jus cogens* y la debida *reparatio* revisitadas.

#### **I. Base de la Responsabilidad Internacional del Estado**

2. En la presente Sentencia en el caso *Servellón y Otros*, la Corte la valorado positivamente el reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado por los hechos violatorios de los derechos protegidos por la Convención Americana (párr. 77). Sin embargo, los términos de dicho reconocimiento no abarcan la totalidad de las reivindicaciones contenidas en la demanda (párr. 80). Y, me permito agregar, los términos del reconocimiento de responsabilidad estatal, al excluir expresamente "la existencia de un contexto de supuesta violación

sistemática de los derechos humanos tolerado y consentido” por el Estado (párr. 54), plantean una cuestión que alcanza las propias bases de la responsabilidad del Estado (inclusive las distinciones básicas entre la responsabilidad directa e indirecta, la responsabilidad internacional objetiva o absoluta y la responsabilidad basada en la falta (*culpa*), además de la cuestión de la intencionalidad (*dolus*) o no como configuración o no de una responsabilidad internacional agravada).

3. La Corte, ante los términos del reconocimiento de responsabilidad del Estado, se equivocó en su deliberación apresurada de dejar de convocar una audiencia pública sobre este importante caso. La audiencia pública que no hubo, hubiera ciertamente enriquecido la presente Sentencia, en tres aspectos: a) hubiera enriquecido el expediente e instrucción del caso (sobre todo ante la actitud positiva de colaboración procesal asumida por el Estado); b) hubiera aplicado a cabalidad en principio del contradictorio en cuanto al contexto del presente caso; y c) hubiera servido de satisfacción (como forma de reparación) a los familiares de las víctimas. Pero el actual afán - que no comparto, y al cual me opongo, - de *productividad* de la Corte (acompañada de decisiones inevitablemente aceleradas), el actual afán insensato de decidir la mayor cantidad posible de casos en tiempo récord, la privó de elementos que pudieran haber enriquecido esta Sentencia.

4. En lo que atañe al presente caso *Servellón y Otros*, no obran en el expediente ante esta Corte elementos probatorios que pudieran conllevar a la configuración de una *intención (dolus)* del Estado de efectuar una violación deliberada, sistemática y masiva de los derechos humanos en perjuicio de un segmento de su población (esencialmente, los jóvenes). Sin embargo, ésto no exime el Estado de su responsabilidad por el *patrón sostenido de violencia crónica* victimando un segmento de su población (los jóvenes), - patrón este comprobado en el insatisfactorio expediente del presente caso. En realidad, este patrón se ha lamentablemente sostenido por un tiempo prolongado, que abarca el año de la ocurrencia de los hechos del presente caso (1995) y se extiende hasta la fecha (o sea, más de una década).

5. Hay un detalle que no quisiera que pasara desapercibido, dado su simbolismo, en mi percepción. Como señala la Corte en su relación de hechos probados en el *cas d'espèce*, “el día 15 de septiembre de 1995 la Policía Nacional realizó una detención colectiva, que comprendió aproximadamente 128 personas, en el marco de un operativo policial

preventivo e indiscriminado (...) en la ciudad de Tegucigalpa, con el objeto de evitar disturbios durante los desfiles que se realizarían para celebrar el Día de la Independencia Nacional de Honduras" (párr. 79.5). Entre los detenidos estaban Marco Antonio Servellón García (15 años), Rony Alexis Betancourth Hernández (17 años), Diómedes Obed García (19 años) y Orlando Álvarez Ríos (32 años), las víctimas en el presente caso (o sea, dos niños, un joven y un adulto), - que poco después fueron encontrados asesinados, con disparos en la nuca, en distintos lugares de la ciudad de Tegucigalpa, por lo que se denominó, y se tornó conocido, el episodio, como el caso de los "cuatro puntos cardinales" (párr. 79(32)).

6. O sea, el mantenimiento del orden para las celebraciones de la fecha nacional sirvió de pretexto para la perpetración de esta operación violenta y criminosa. El simbolismo de que se reviste el episodio reside, tal como lo vislumbro, en la *contraposición entre el Estado y la nación*. El Estado, histórica y originalmente concebido y creado para la realización del bien común, pasa a victimizar - en una asustadora inversión de valores - segmentos "indeseables" y marginados de su propia población. Como señalé en mi reciente y extenso *Curso General de Derecho Internacional Público* en la Academia de Derecho Internacional de La Haya (2005)<sup>173</sup>, de los elementos clásicos constitutivos del Estado, - y requisitos de su personalidad jurídica internacional, - que conforman su propia identidad y continuidad en el tiempo (o sea, territorio, sistema normativo y población), es precisamente el más precioso de ellos, la *población*, el que ha sido más descuidado y maltratado tanto en la doctrina como en la práctica!

7. Esto revela características de una verdadera tragedia, la gran tragedia de nuestros tiempos, agravada por el hecho que hoy día son cada vez menos los que leen y piensan, y se muestran dispuestos a aprender las lecciones del pasado. En el mundo extremadamente violento en que vivimos, hay, al contrario, que buscar protección *contra* el Estado, - contra el mito del Estado<sup>174</sup>, - contra sus acciones y omisiones, y ante su manifiesta incapacidad - en casi todas partes del mundo

---

173. A.A. Cançado Trindade, «International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) ch. XXI (en prensa).

174. Para evocar la expresión utilizada en un estudio clásico de Ernst Cassirer.

contemporáneo - de extender un mínimo de protección a su población, y en particular a los segmentos más vulnerables de ésta.

8. Lo decidido en la presente Sentencia de la Corte en el caso *Servellón y Otros* se basa en la responsabilidad internacional objetiva del Estado. El caso clásico al respecto, en la jurisprudencia de esta Corte, es el de "*La Última Tentación de Cristo*", atinente a Chile (Sentencia del 05.02.2001), en el cual me permití exponer, en mi Voto Concurrente, los fundamentos de la responsabilidad objetiva o absoluta en la doctrina jusinternacionalista. Pero no todos los casos de violaciones de derechos humanos tienen por base la responsabilidad internacional objetiva.

9. En mi supracitado *Curso General* de 2005 en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, me permití observar que, a la par de dicho fundamento de la responsabilidad internacional, también hay casos de violaciones de derechos humanos en que la *culpa* (falta), e inclusive el *dolus* (cuando se comprueba la intencionalidad), se configuran, de ahí adviniendo la responsabilidad internacional *agravada*<sup>175</sup>. Cabe recordar, como ejemplos en este último sentido, los casos de *Myrna Mack Chang versus Guatemala* (Sentencia del 25.11.2003), de la *Masacre de Plan de Sánchez versus Guatemala* (Sentencia del 29.04.2004), de los *19 Comerciantes versus Colombia* (Sentencia del 05.07.2004), de la *Masacre de Mapiripán versus Colombia* (Sentencia del 15.09.2005), de la masacre de la *Comunidad Moiwana versus Suriname* (Sentencia del 15.06.2005), de la *Masacre de Ituango versus Colombia* (Sentencia del 01.07.2006), - en los cuales la *intención* del Estado de perpetrar graves violaciones de los derechos humanos, o su manifiesta negligencia en evitarlas, quedaron fehacientemente demostradas.

10. En éstos casos, las violaciones graves fueron perpetradas en nombre del Estado, como persona jurídica de Derecho Internacional, y, además, en la misma línea de sus actos criminales se encubrieron los hechos, de todo ésto derivando su responsabilidad internacional *agravada*. En suma, y en conclusión sobre el presente punto en examen, en la actual teoría general de la responsabilidad internacional del Estado, sigue subsistiendo la coexistencia de la responsabilidad internacional objetiva (o absoluta) y la responsabilidad internacional del Estado con base en la *culpa*, e inclusive en el *dolus* (*agravada*).

---

175. A.A. Cançado Trindade, «International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law», *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) ch. XV (en prensa).

## **II. Base de la Jurisdicción Internacional**

11. Paso al punto siguiente de mi razonamiento: ya en mi Voto Razonado en el caso *Blake versus Guatemala* (fondo, Sentencia del 24.01.1998) me permitió distinguir las bases de la responsabilidad internacional (obligaciones convencionales) y de la jurisdicción internacional. La primera es de derecho material, siendo la segunda de orden jurisdiccional. Aunque en el presente caso *Servellón y Otros versus Honduras* no se hayan presentado problemas de orden jurisdiccional, sin embargo cabe aquí una precisión. Al extender su examen del caso más allá de lo que fue objeto del reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, la Corte - sin que lo hubiera dicho - ha ejercido una *facultad inherente* a su jurisdicción. La Corte parece no haberse dado cuenta de que la tesis de los *poderes inherentes* fortalece su base jurisdiccional.

12. Ésto ha sido demostrado fehacientemente en su experiencia en los últimos años, en el ejercicio de sus funciones tanto consultiva como contenciosa. En cuanto a la primera, la Corte hizo uso, de modo ejemplar, de sus facultades inherentes en su Opinión Consultiva n. 15, sobre *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (Artículo 51 de la Convención Americana de Derechos Humanos - del 14.11.1997), tal como lo señalé en mi Voto Concurrente. Y, en lo que concierne a su función contenciosa, sus dos históricas Sentencias, en materia jurisdiccional, en los casos del Tribunal Constitucional y de *Ivcher Bronstein versus Perú* (ambas del 24.09.1999), son hoy internacionalmente aclamadas como una gran contribución a la jurisprudencia internacional en el sentido de la preservación de la integridad y del fortalecimiento de la jurisdicción internacional.

13. Las pocas voces reaccionarias discordantes que aún insisten en sostener una posición voluntarista de la materia<sup>176</sup>, más atentos y abiertos a los unilateralismos estatales (inclusive la pretensión de retirar la aceptación estatal de la competencia de la Corte con "efectos inmediatos") que a los imperativos de la jurisdicción internacional, se olvidan del carácter especial de los tratados de derechos humanos; se olvidan de las miles y miles de víctimas del régimen represivo instaurado en el Estado demandado en la época; se olvidan de que

---

176. Incluyendo, para mi estupefacción y pesar, las de cuatro autores latinoamericanos.

la propia credibilidad e integridad de la Corte estaban en juego; se olvidan de que la jurisdicción internacional era la última esperanza de los justiciables que se encontraban en total indefensión; se olvidan del imperativo del acceso a la justicia (perteneciente, a mi modo de ver, al dominio del *jus cogens*). Si la Corte hubiera seguido una visión voluntarista y estrictamente formalista del derecho aplicable, quizás hoy día ya no más existiría.

14. Afortunadamente, frente a la mayor crisis que enfrentó en toda su historia hasta la fecha, la Corte hizo uso firme y correcto de los poderes inherentes a su jurisdicción, y sus dos referidas Sentencias de vanguardia del 24.09.1999 son un marco en la jurisprudencia internacional contemporánea en materia de protección internacional de los derechos humanos, como internacionalmente reconocido. Otro ejemplo notable del uso de los poderes inherentes a su jurisdicción encuéntrase en su Sentencia del 28.11.2003, en el caso *Baena Ricardo y Otros versus Panamá*, en la cual sostuvo con igual firmeza su facultad inherente de supervisar la ejecución o fiel cumplimiento de sus propias sentencias. Así, en el presente caso *Servellón y Otros versus Honduras*, la Corte podría haber sido más explícita en cuanto a la facultad inherente a su jurisdicción de haber profundizado en el examen del contexto del *cas d'espèce*.

15. Aún así, la Corte tomó en debida cuenta el contexto del presente caso. Como señalado en esta Sentencia, el Estado reconoció la existencia del “fenómeno de muertes violentas de menores”, pero negó que se trataba de “una política de ‘profilaxis social’” (párr.). La Corte afirmó correctamente que

“La responsabilidad internacional puede configurarse aún en ausencia de intencionalidad, y hechos violatorios de la Convención son de responsabilidad del Estado independientemente de que éstos sean o no consecuencia de una política estatal deliberada” (párr. 107).

16. O sea, la Corte, en el ejercicio de una *facultad inherente* a su jurisdicción, determinó la responsabilidad internacional objetiva (*supra*) del Estado. La Corte señaló que, en el origen de la configuración de la responsabilidad internacional del Estado, éste último procedió a una detención programada y colectiva de 128 personas, “sin orden de detención y sin haber sido aprehendidas en flagrante delito”,

detención ésta que se realizó “con la declarada finalidad de evitar disturbios durante los desfiles que se realizarían para celebrar el Día de la Independencia Nacional” (párr. 91). En la valoración de la Corte, y en concordancia con su anterior Sentencia (del 18.09.2003) en el caso *Bulacio versus Argentina*, “las razzias son incompatibles con el respeto a los derechos fundamentales” (párr. 93), y los hechos del presente caso *Servellón y Otros* ocurrieron “en el marco de un contexto de violencia en contra de los niños y jóvenes en situación de riesgo social en Honduras” (párr. 104).

### **III. Una Tragedia Contemporánea: Los Atentados contra los Derechos Humanos en Medio a la Descomposición del Tejido Social**

17. En las declaraciones periciales que obran en el expediente del presente caso, recogidas en la Sentencia que viene de adoptar esta Corte, hay referencias a “la política de limpiar las calles” y a “la política de ‘cero tolerancia’ del Estado” (párr. 37(2)) y a la acción del crimen organizado, del narcotráfico y de “grupos particulares clandestinos de ‘limpieza social’” (párr. 37(3)). El cuadro que se desprende de los hechos del presente caso es, a mi modo de ver, el de una clara descomposición del tejido social, de un medio social indiferente a la suerte de sus miembros marginados, y partidario de políticas represivas, - como hoy día se constata en la virtual totalidad de América Latina y en casi todo el mundo, sobre todo en relación con los jóvenes (que viven en un presente fugaz, sin futuro) y los migrantes indocumentados.

18. No sorprendentemente y en buena hora, la Corte Interamericana retoma su mejor jurisprudencia, de las Opiniones Consultivas n. 17, sobre *La Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* (del 28.08.2002), y n. 18, sobre *La Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (del 17.09.2003), así como de sus Sentencias en el caso de los “Niños de la Calle” versus Guatemala (fondo, 19.11.1999, y reparaciones, 26.05.2001)<sup>177</sup>. Ahora, en el presente caso *Servellón y Otros*, los hechos que han dado origen al *cas d'espèce* revelan, una vez más, que casos del género representan un microcosmo de la violencia perpetrada, sin fronteras, contra niños en las calles del mundo, reveladora a su vez del triste destino de muchos de los marginados y excluidos, ya en el alba de sus vidas. Para éstos, la vida efectivamente

---

177. Párrs. 114, 95 y 115, respectivamente, de la presente Sentencia.

no es más que una *walking shadow*, en la expresión de un escritor universal, y una sombra que muy pronto se desvanece. Su triste destino evoca el clásico lamento de *Macbeth* (1606) de Shakespeare:

"Tomorrow, and tomorrow, and tomorrow,  
Creeps in this petty pace from day to day,  
To the last syllable of recorded time;  
And all our yesterdays have lighted fools  
The way to dusty death. Out, out, brief candle,  
Life's but a walking shadow, a poor player  
That struts and frets his hour upon the stage,  
And then is heard no more. It is a tale  
Told by an idiot, full of sound and fury  
Signifying nothing"<sup>178</sup>.

19. Pero por más breves y efímeras que hayan sido las vidas de los abandonados del mundo, y torturados y asesinados con brutalidad por sus semejantes, ocupan éstos, sin embargo, como víctimas, una *posición central* en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La centralidad de las víctimas en el universo conceptual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos encuéntrase hoy sólidamente establecida, para lo que ha contribuído decisivamente la jurisprudencia de esta Corte Interamericana. Como lo señalé en mi Voto Razonado en el caso de los "Niños de la Calle" (reparaciones, 2001), - y como el presente caso *Servellón y Otros* vuelve a revelar, -

"El ser humano, aún en las condiciones más adversas, irrumpre como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotado de plena capacidad jurídico-procesal internacional" (párr. 1).

20. En su obra clásica *Los Misérables* (1862), Victor Hugo pondera con agudeza de espíritu:

«L'avenir arrivera-t-il? Il semble qu'on peut presque se faire cette question quand on voit tant d'ombre terrible. Sombre face-à-face des égoïstes et des misérables. Chez les égoïstes, les préjugés, les ténèbres de l'éducation riche, l'appétit croissant par l'enivrement, un étourdissement de prospérité qui assourdit, la crainte de souffrir qui, dans quelques-uns, va jusqu'à l'aversion des souffrants, une

---

178. Shakespeare, *Macbeth* (1606), acto V, escena 5.

satisfaction implacable, le moi si enflé qu'il ferme l'âme; - chez les misérables, la convoitise, l'envie, la haine de voir les autres jouir, les profondes secousses de la bête humaine vers les assouvissements, les coeurs pleins de brume, la tristesse, le besoin, la fatalité, l'ignorance impure et simple. Faut-il continuer de lever les yeux vers le ciel? (...)»<sup>179</sup>.

21. Las palabras penetrantes de Victor Hugo se revisten de gran actualidad. Las disparidades que flagelan las sociedades nacionales (y que hoy se agraban en el mundo mentirosamente “globalizado” de nuestros días), ponen de manifiesto una de sus características marcantes: el carácter tristemente *represivo* de dichas sociedades. En nombre de la seguridad pública se mata con impunidad los más vulnerables, los marginados y excluídos, los “indeseables”, los *misérables* de Victor Hugo, los olvidados del mundo. Nuestras sociedades represivas de hoy día - no sólo en América Latina sino en todos los continentes (a todos he visitado, y sé de lo que hablo), - tampoco tienen memoria, están condenadas a vivir en un presente fugaz y desesperador, sin perspectivas alentadoras, sin futuro.

22. En las tumbas de cada uno de los niños y jóvenes asesinados en el *cas d'espèce* bien podría estar transcritos - hasta que los vientos y la lluvia los apagan, bien después de la “memoria colectiva”, - los versos con que Victor Hugo concluye su obra *Les Misérables*:

«Il dort. Quoique le sort fût pour lui bien étrange,  
Il vivait. Il mourut quand il n'eut plus son ange;  
La chose simplement d'elle-même arriva,  
Comme la nuit se fait lorsque le jour s'en va»<sup>180</sup>.

Precisamente al *chiaroscuro* de la vida me referí, en el seno de la Corte Interamericana, hace media década, en mi Voto Razonado en el supracitado caso de los «Niños de la Calle», al abordar la tríada formada por la victimización, el sufrimiento humano y la rehabilitación de las víctimas, - a ser abordada a partir de la integralidad de la personalidad de las víctimas (párrs. 3 y 19):

179. Victor Hugo, *Les Misérables* (1862) (préface de Ch. Baudelaire), tomo III, Paris, Libr. Gén. Française, 1972, p. 30.

180. *Ibid.*, tomo III, p. 536.

«(...) La tensión del claro-oscuro, de los avances mezclados con retrocesos, es propia de la condición humana, y constituye, en efecto, uno de los legados más preciosos del pensamiento de los antiguos griegos (siempre tan contemporáneos) a la evolución del pensamiento humano, que ha penetrado la conciencia humana a lo largo de los siglos. La alegoría platónica de la caverna, por ejemplo, revela, con toda lucidez y su gran densidad existencial, la precariedad de la condición humana, y, por consiguiente, la necesidad de la transcendencia, más allá de la supuesta «realidad» cruda de los hechos. En el campo del Derecho, bien más allá del positivismo jurídico, hay que tener presente la realidad de la *conciencia humana*» (párr. 18).

23. En el mismo Voto Razonado advertí, en cuanto a la proyección del sufrimiento de las víctimas, que

«(...) el sufrimiento de los excluídos se proyecta ineluctablemente sobre todo el cuerpo social. La suprema injusticia del estado de pobreza infligido a los desafortunados contamina a todo el medio social, que, al valorizar la violencia y la agresividad, relega a una posición secundaria las víctimas (...). El sufrimiento humano tiene una dimensión tanto personal como social. Así, el daño causado a cada ser humano, por más humilde que sea, afecta a la propia comunidad como un todo» (párr. 22).

24. La violencia gratuita e innecesaria de órganos y agentes del poder estatal, sobre todo contra los segmentos más vulnerables de la población, y la exclusión y punición, así como el confinamiento, de los «indeseables» como «respuestas» estatales a un «problema social», ha sido una constante en la historia del Estado moderno. No han ocurrido sólo en los países de América Latina, sino también de Europa y de todo el mundo. Al examinarlos con detalles históricos, en los países de Europa occidental, en el período de 1500 hasta 1800 (en obra publicada originalmente en Francia en 1961), Michel Foucault se dejó llevar a comentar que «civilization, in a general way, constitutes a *milieu favourable to the development of madness*», siendo esta última (la locura) «la negación de la razón»<sup>181</sup>. El asesinato de niños en las calles del mundo es, además de una grave violación de los derechos

---

181. Michel Foucault, *Madness and Civilization - A History of Insanity in the Age of Reason*, N.Y., Vintage, [1986 - reed.], pp. 217 y 107, y cf. pp. 47-49, 221-222, 269 y 289.

humanos, una manifestación de la locura de los “civilizados”, la más enfática y asustadora negación de la razón.

25. Al respecto, el respectable jusfilósofo Karl Jaspers advertía, hace algunas décadas, que la razón - que encuéntrase inseparable de la existencia humana - no se impone *per se*, sino resulta de una decisión tomada por la persona humana en el ejercicio de su libertad. Como reconocidamente nos encontramos a la merced de eventos que se producen “fuera de nuestro control”, resulta que “reason can stand firm only in the strength of reason itself”<sup>182</sup>. Pienso que toda esta cuestión encuéntrase hasta cierto punto envuelta por el misterio de la propia existencia humana.

26. Entre los cuatro victimados, torturados y asesinados por sus verdugos en el presente caso *Servellón y Otros*, uno de ellos, Diómedes, simplemente lloró. Lloró antes de recibir un “aviso previo” de que sería torturado y muerto. Lloró ante su impotencia y la inevitabilidad de su asesinato ante el monopolio del uso de la fuerza pública por el Estado. Nada le quedó sino llorar, al despedirse de la vida, por decisión arbitraria y criminosa de sus verdugos. Y ésto es un de los muchos casos congéneres que ocurren diariamente en toda América Latina y en todo el mundo. El Estado crea los “indeseables”, al dejar de cumplir las funciones sociales para las cuales fue históricamente creado, y después los margina, excluye, confina, o mata (o deja matarlos).

#### **IV. La Reacción del Derecho: Las Prohibiciones del *Jus Cogens* y la *Devida Reparatio* Revisitadas**

27. No podría concluir este Voto Razonado sin destacar la importancia de la jurisdicción internacional de los derechos humanos: una vez más, los olvidados del mundo tuvieron su causa a ella elevada. Las humillaciones y sufrimientos de que padecieron han sido judicialmente reconocidos, con sus consecuencias jurídicas para los responsables por ellos. En la presente Sentencia, la Corte ha advertido para la peligrosa estigmatización de que niños y jóvenes pobres estarían condicionados a la delincuencia, que crea un “clima propicio” para que aquellos menores en situación de riesgo se encuentren ante una amenaza latente a su vida e integridad y libertad personales (párr. 113).

---

182. K. Jaspers, *Reason and Anti-Reason in Our Time*, Hamden/Conn., Archon Books, 1971, pp. 59, 50 y 84.

28. En su *Informe* de 14.06.2002 respecto de Honduras, la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre Ejecuciones Extrajudiciales, Sumarias o Arbitrarias (Sra. A. Jahangir), advirtiendo contra “la criminalización de la pobreza” y la tendencia equivocada a atribuir las muertes violentas de menores a “enfrentamientos entre bandas”<sup>183</sup>, afirmó que

“se vinculan sólida y categóricamente los casos de ejecuciones extrajudiciales de niños y el fenómeno general de la violencia juvenil y la pobreza en Honduras. (...) La delincuencia juvenil nunca puede utilizarse para justificar que las fuerzas de seguridad maten a niños a fin de mantener el orden público”<sup>184</sup>.

29. Y acrecentó que en Honduras “los niños constituyen la mayoría de la población”, viviendo en condiciones de vulnerabilidad, afectados por “la pobreza y la inseguridad” derivadas de “la injusticia social, política y económica”<sup>185</sup>. Según la Relatora Especial de Naciones Unidas,

“en Honduras algunos niños han sido ejecutados por miembros de las fuerzas de seguridad. En la mayoría de los casos los niños estaban desarmados y no habían provocado a la policía a emplear la fuerza, y mucho menos medios letales. (...) Además de la impunidad institucionalizada, existe una campaña para condicionar a la opinión pública a apoyar la ‘limpieza’ de los niños indeseables en las calles de Honduras”<sup>186</sup>.

30. A su vez, en la misma línea de razonamiento, el [entonces] Comisionado Nacional de los Derechos Humanos (Sr. Leo Valladares Lanza), en su *Informe Especial sobre Muertes Violentas de Niños, Niñas y Adolescentes en Honduras*, del 21.01.2002, también advirtió contra la marginación social de niños y jóvenes en Honduras, la indiferencia social y la “intolerable impunidad” frente a la “muerte masiva de

---

183. ONU, documento E/CN.4/2003/3/Add.2, del 14.06.2002, p. 12, párrs. 31-32.

184. *Ibid.*, p. 11, párr. 29.

185. *Ibid.*, pp. 27 y 14, párrs. 87 y 39. Según la Relatora Especial de Naciones Unidas, “muchas de las víctimas de las ejecuciones extrajudiciales pertenecen a familias monoparentales que suelen estar encabezadas por la madre. La pérdida de autonomía de la mujer está estrechamente vinculada a la marginación del niño”; *ibid.*, p. 27, párr. 88.

186. *Ibid.*, p. 25, párr. 73.

adolescentes y jóvenes”, y sus consecuencias nefastas, como la escalada de violencia e inseguridad ciudadana. En sus palabras,

“En los últimos cuatro años el derecho a la vida y a la integridad personal han sido transgredidos en forma sistemática, hacia un sector claramente identificado. Bajo presunciones arbitrarias, agentes policiales, grupos organizados bajo la tolerancia del Estado y hasta venganzas de particulares han asesinado a adolescentes y jóvenes en distintas ciudades del país” (párr. 7)<sup>187</sup>.

31. Al referirse expresamente al caso de *Servellón y Otros*, denominado caso de los “cuatro puntos cardinales” (párr. 71), agregó que “a la juventud se le ha obligado a desconfiar de una sociedad que no sólo la marginá, sino que la despoja y que le pone miles de obstáculos en el camino para lograr su desarrollo o una mínima calidad de vida con dignidad” (párr. 38). Ya no se trata de desapariciones forzadas ni de “cementerios clandestinos” o “centros ocultos de detención” como se practicaban en la década de los ochentas (párr. 69). En mediados de los años noventa, trátase de

“una campaña de ‘limpieza social’ o ‘profilaxis social’, en la que con frecuencia se desconoce la identidad de las víctimas, se confunde la de los victimarios y en muchos casos nadie pide una investigación de lo ocurrido. (...) Los niños o jóvenes de la calle no se les reconocen sus derechos y siempre se les presume culpables, en lugar de inocentes. (...) La mayoría de los autores de la violencia son agentes del orden público, pero paulatinamente van interviniendo personas calificadas como ‘desconocidas’, (...) grupos de exterminio o escuadrones de la muerte, cuyos efectivos en algunos casos han sido reconocidos como miembros de cuerpos de seguridad del Estado” (párrs. 69 y 72).

32. Al autoritarismo de la década de los ochentas se siguió este cuadro de violencia crónica de la década de los noventas, con la tolerancia por parte del Estado y su negligencia en cuanto a la impunidad<sup>188</sup>. En la lúcida evaluación del autor del referido *Informe Especial*, el ex-Comisionado Leo Valladares Lanza,

---

187. Y cf. párrs. 1-3 y 11-12.

188. Párrs. 91, 152 y 192(11); agrega el referido *Informe Especial* que, de la totalidad de jóvenes muertos de forma violenta, “una gran cantidad no pertenecía a ‘maras’ o

“La pobreza o la extrema pobreza sigue siendo (...) la peor forma de violencia a que está sometida gran parte de la niñez y adolescencia del país. En ella está la raíz que explica los miles de niños y niñas que son víctimas diarias de abusos en las calles. (...) Los adultos se han mostrado indiferentes o han respondido equivocadamente, considerándolos ‘objetos de compasión y represión al mismo tiempo, en lugar de sujetos plenos de derechos’” (párr. 43).

33. Ante esta jurisdicción internacional, los olvidados del mundo son tratados como sujetos plenos de derecho, dotados de capacidad jurídico-procesal internacional. Sus padecimientos no pasan en vano. En la presente Sentencia en el caso *Servellón y Otros*, el caso de los “cuatro puntos cardinales”, la Corte Interamericana concluyó que

“las víctimas fueron detenidas colectivamente, de forma ilegal y arbitraria, sometidas a torturas y tratos crueles, inhumanos y degradantes durante su detención. (...) El ensañamiento con que se ejecutó a las víctimas, privándoles de la vida en forma humillante, las marcas de tortura física presentes en los cuatro cadáveres, y la forma como sus cuerpos fueron abandonados a la orilla de la calle, constituyeron graves atentados al derecho a la vida, a la integridad y libertad personales” (párr. 99).

34. Frente a los hechos del presente caso, la Corte ha correctamente reiterado su posición en el sentido de que la prohibición absoluta de la tortura y penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, y el respeto del principio básico de igualdad y no-discriminación, se revisten de carácter imperativo, pertenecen al dominio del *jus cogens*, y acarrean obligaciones *erga omnes* de protección (párrs. 97 y 94), con todas sus consecuencias jurídicas para las reparaciones. Sobre este último punto, me permito aquí reiterar lo que señalé en mi Voto Razonado en el caso *Bulacio versus Argentina* (Sentencia del 18.09.2003), a saber:

“Es aquí que el Derecho interviene, para frenar la crueldad con que los seres humanos tratan a sus semejantes. Es aquí, en razón de ésto, que interviene el Derecho, para afirmar su propio primado sobre la fuerza bruta, para intentar ordenar las relaciones humanas según los

---

pandillas (66%), ni contaban con antecedentes de infracción a las leyes” (párr. 192(2)).

ditados de la *recta ratio* (el derecho natural), para mitigar el sufrimiento humano, y para hacer la vida, de ese modo, menos insopportable, o quizás soportable, - en el entendimiento de que la vida con sufrimiento, y solidaridad, es preferible a la no-existencia. (...)

De ahí la importancia de la realización de la justicia. Contra los actos de violencia violatorios de los derechos humanos se erige el orden jurídico (nacional e internacional), para asegurar la prevalencia de la justicia y, de ese modo, extender satisfacción a las víctimas (directas e indirectas). En su obra *L'Ordinamento Giuridico*, originalmente publicada en 1918, el jusfilósofo italiano Santi Romano sostenía que la sanción no se prende a normas jurídicas específicas, sino es inmanente al orden jurídico como un todo, operando como una 'garantía efectiva' de todos los derechos subjetivos en dicho orden consagrados<sup>189</sup>. (...)

El Derecho, emanado de la conciencia humana y por ésta movido, viene a proveer la *reparatio* (del latín *reparare*, 'disponer de nuevo'); interviene, asimismo, para impedir que el mal vuelva a repetirse, o sea, para establecer, como una de las formas de reparación no-pecuniaria de los daños resultantes de las violaciones de derechos humanos perpetradas, la *garantía de no-repetición de los hechos lesivos*. Dicha garantía de no-repetición ya tiene su lugar asegurado en el elenco de las formas de reparación por las violaciones de los derechos humanos. (...)

La *reparatio* no pone fin a lo ocurrido, a la violación de los derechos humanos. El mal ya se cometió<sup>190</sup>; mediante la *reparatio* se evita que se agraven sus consecuencias (por la indiferencia del medio social, por la impunidad, por el olvido). Bajo este prisma, la *reparatio* se reviste de doble significado: provee satisfacción (como forma de reparación) a las víctimas, o sus familiares, cuyos derechos han sido violados, al mismo tiempo en que restablece el orden jurídico quebrantado por dichas violaciones,

---

189. Santi Romano, *L'ordre juridique* (trad. 2a. ed., reed.), Paris, Dalloz, 2002, p. 16.

190. La capacidad humana tanto de promover el bien como cometer el mal no ha cesado de atraer la atención del pensamiento humano a lo largo de los siglos; cf. F. Alberoni, *Las Razones del Bien y del Mal*, México, Gedisa Edit., 1988, pp. 9-196; A.-D. Sertillanges, *Le problème du mal*, Paris, Aubier, 1949, pp. 5-412.

- un orden jurídico erigido sobre el pleno respeto de los derechos inherentes a la persona humana<sup>191</sup>. El orden jurídico, así restablecido, requiere la garantía de la no-repetición de los hechos lesivos.

La *reparatio* dispone de nuevo, reordena la vida de los sobrevivientes victimados, pero no logra eliminar el dolor que ya está incorporado ineluctablemente al cotidiano de su existencia. (...) La *reparatio* es un deber ineludible de los que tienen por responsabilidad impartir la justicia. En una etapa de mayor desarrollo de la conciencia humana, y por consiguiente del propio Derecho, resulta indudable que la realización de la justicia se sobrepone a todo y cualquier obstáculo (...). La *reparatio* es una reacción, en el plano del Derecho, a la残酷 humana, manifestada en las más diversas formas: la violencia en el trato con los semejantes, la impunidad de los responsables por parte del poder público, la indiferencia y el olvido del medio social.

Esta reacción del orden jurídico quebrantado (cuyo *substratum* es precisamente la observancia de los derechos humanos) se mueve, en última instancia, por el espíritu de solidaridad humana. Esta última, a su vez, enseña que el olvido es inadmisible (...). La reparación, así entendida, comportando, en el marco de la realización de la justicia, la satisfacción a las víctimas (o sus familiares) y la garantía de no-repetición de los hechos lesivos, (...) se reviste de innegable importancia. El rechazo de la indiferencia y del olvido, y la garantía de no-repetición de las violaciones, son manifestaciones de los lazos de solidaridad entre los victimados y los potencialmente victimables, en el mundo violento y vacío de valores en que vivimos. (...)" (párrs. 30, 33, 35 y 37-40).

35. Estas reflexiones, que me permití desarrollar en el caso *Bulacio*, sitúan, a mi modo de ver, en su debida dimensión, las distintas modalidades de reparación ordenadas por la Corte Interamericana también en el presente caso *Servellón y Otros*. Me parece de todo apropiado ordenar, v.g., como lo ha hecho la Corte en la presente

---

191. Como me permití señalar en mi Voto Concurrente de ayer, en la Opinión Consultiva n. 18 de la Corte Interamericana, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados* (del 17.09.2203), párr. 89.

Sentencia (punto resolutivo n. 11), la realización, por el Estado demandado, de “una campaña con la finalidad de sensibilizar a la sociedad hondureña respecto de la importancia de la protección a los niños y jóvenes, informarla sobre los deberes específicos para su protección que corresponden a la familia, a la sociedad y al Estado, y hacer ver a la población que los niños y jóvenes en situación de riesgo social no están identificados con la delincuencia”.

**2. Voto Razonado del Juez A.A. Cançado Trindade en el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa versus Paraguay* (Fondo y Reparaciones, Sentencia del 29.03.2006):**

1. He concurrido con mi voto a la adopción, en esta ciudad de Brasilia, de la presente Sentencia que viene de adoptar la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa versus Paraguay*. Dada la alta relevancia que atribuyo a la materia tratada en la presente Sentencia, me veo en la obligación de dejar constancia de mis reflexiones personales al respecto, como fundamento de mi posición sobre la materia objeto de la decisión de la Corte, particularmente en cuanto a los siguientes aspectos: a) dos temas centrales: la amplia dimensión del derecho fundamental a la vida y el derecho a la identidad cultural; b) raíces históricas de las privaciones de los miembros de la Comunidad; c) el desplazamiento forzado interno como problema de derechos humanos; d) la inadmisibilidad de la *probatio diabolica*; d) la cuestión del nexo causal: la falta de debida diligencia del poder público; e) el derecho a la vida y la identidad cultural; y f) el sufrimiento de los inocentes y la centralidad de la víctima abandonada como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El campo estará entonces abierto para la presentación de mis reflexiones finales, versando sobre dos puntos: a) los derechos de los pueblos indígenas en la formación y desarrollo del derecho de gentes (*jus gentium*); y b) la gran lección del presente caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*.

**I. Dos Temas Centrales: La Amplia Dimensión del Derecho Fundamental a la Vida y el Derecho a la Identidad Cultural**

2. En el caso de los “Niños de la Calle” (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, 1999), su *leading case* sobre la amplia dimensión

o alcance del derecho fundamental a la vida, a abarcar también las condiciones de una vida digna, la Corte Interamericana ponderó que

“El derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él”<sup>192</sup>.

3. Y, en el caso de la *Comunidad Mayagna Awas Tingni versus Nicaragua* (2001), su *leading case* sobre el derecho de propiedad comunal de la tierra ancestral, de miembros de comunidades indígenas, la Corte Interamericana señaló que para los miembros de dichas comunidades la relación con sus tierras no se agota en una simple cuestión de posesión y producción, sino que constituye un elemento material y espiritual básico de su cultura, esencial para la preservación de su legado y su transmisión a las generaciones futuras<sup>193</sup>. En un Voto emitido en aquel caso, se subrayó la *dimensión intertemporal* de la relación de los miembros de aquellas comunidades con sus tierras, así como la necesaria prevalencia por éstos últimos atribuída

“al elemento de la *conservación* sobre la simple explotación de los recursos naturales. Su forma comunal de propiedad, mucho más amplia que la concepción civilista (jusprivatista), debe, a nuestro juicio, ser apreciada desde este prisma, inclusive bajo el artículo 21 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a la luz de los hechos del *cas d'espèce*.

---

192. Corte Interamericana de Derechos Humanos (CtIADH), Sentencia sobre el fondo, del 19.11.1999, Serie C, n. 63, párr. 144.

193. CtIADH, Sentencia de fondo del 31.08.2001, Serie C, n. 79, párr. 149.

La preocupación por el elemento de la conservación refleja una manifestación cultural de la integración del ser humano con la naturaleza y el mundo en que vive. Esta integración, creemos, se proyecta tanto en el espacio como en el tiempo, por cuanto nos relacionamos, en el espacio, con el sistema natural de que somos parte y que debemos tratar con cuidado, y, en el tiempo, con otras generaciones (las pasadas y las futuras)<sup>194</sup>, en relación con las cuales tenemos obligaciones"<sup>195</sup>.

4. El concepto de *cultura*, - originado del "colere" romano, significando cultivar, tomar en cuenta, cuidar y preservar, - se manifestó, originalmente, en la agricultura (el cuidado con la tierra). Con Cícero, el concepto pasó a ser usado para cuestiones del espíritu y del alma (*cultura animi*)<sup>196</sup>. Con el *pasar del tiempo*, pasó a ser asociado al humanismo, a la actitud de preservar y cuidar de las cosas del mundo, inclusive las del pasado<sup>197</sup>. Los pueblos - los seres humanos en su entorno social - desarrollan y preservan sus culturas para entender y relacionarse con el mundo exterior, ante el misterio de la vida. De ahí la importancia de la identidad cultural, como componente o agregado del propio derecho fundamental a la vida.

5. Las dos supracitadas Sentencias de la Corte Interamericana, en los casos de "*Niños de la Calle*" (*Villagrán Morales y Otros*) y de la *Comunidad Mayagna Awas Tingni*, son verdaderamente pioneras en relación con los dos temas centrales anteriormente mencionados, y han sido muy positivamente recibidas por la doctrina jurídico-internacional contemporánea<sup>198</sup>; son, asimismo, a mi juicio, expresión

194. Las generaciones futuras comienzan a atraer la atención de la doctrina contemporánea del derecho internacional: cf., v.g., A.-Ch. Kiss, "La notion de patrimoine commun de l'humanité", 175 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1982) pp. 109-253; E. Brown Weiss, *In Fairness to Future Generations: International Law, Common Patrimony and Intergenerational Equity*, Tokyo/Dobbs Ferry N.Y., United Nations University/Transnational Publs., 1989, pp. 1-351; E. Agius y S. Busuttil *et alii* (eds.), *Future Generations and International Law*, London, Earthscan, 1998, pp. 3-197; J. Symonides (ed.), *Human Rights: New Dimensions and Challenges*, Paris/Aldershot, UNESCO/Dartmouth, 1998, pp. 1-153.

195. CtIADH, *loc. cit. supra* n. (2), Voto Razonado Conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade, M. Pacheco Gómez y A. Abreu Burelli, párrs. 9-10.

196. H. Arendt, *Between Past and Future*, N.Y., Penguin, 1993 [reprint], pp. 211-213.

197. *Ibid.*, pp. 225-226.

198. Cf., específicamente en cuanto al de los "*Niños de la Calle*" (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*), v.g., los libros: CEJIL, *Crianças e Adolescentes - Jurisprudência da*

correcta del Derecho, y hoy forman parte de la historia de la protección internacional de los derechos humanos. Ambas lograron un notable avance jurisprudencial sobre las materias tratadas.

6. Al constatar, con particular tristeza, en la subsiguiente Sentencia de fondo de esta Corte, en el caso de la *Comunidad Yakye Axa versus Paraguay* (fondo, 2005), un grave retroceso en relación con el amplio alcance del derecho a la vida, además de una lamentable incongruencia en la nueva y restrictiva hermenéutica de la Corte, dejé constancia de mi firme oposición a lo que me pareció - y me parece - una regresión inadmisible. La clara advertencia contra tal retroceso en un Voto Disidente en el referido caso de la *Comunidad Yakye Axa* (fondo)<sup>199</sup>, parece haber resonado en la mente de la mayoría de la Corte, que cuidó de no reincidir en su error (del punto resolutivo n. 4 de aquella Sentencia) y rectificar su posición insostenible en la presente Sentencia en el caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*.

7. En mi reciente Voto Razonado en la Interpretación de Sentencia en el caso de la *Comunidad Yakye Axa* (2006), destaqué la relevancia que atribuyo, en las circunstancias del caso, a la entrega definitiva de sus tierras ancestrales a los miembros de aquella Comunidad (párrs. 2-3 y 6-7), inclusive para la protección y preservación de "su propia identidad cultural y, en última instancia, su derecho fundamental a la vida *lato sensu*" (párr. 13). En la presente Sentencia en el caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, la Corte ha correctamente subrayado las medidas positivas para proteger y preservar el derecho inderogable a la vida (párrs. 148-153), y las reparaciones ordenadas (inclusive la devolución de las tierras ancestrales, párrs. 206-211) han tenido

---

Corte Interamericana de Direitos Humanos, Rio de Janeiro, CEJIL/Brasil, 2003, pp. 7-237; Casa Alianza, *Los Pequeños Mártires...*, San José de Costa Rica, Casa Alianza/A.L., 2004, pp. 13-196; y cf. también, v.g., K. Quintana Osuna y G. Citroni, "I minori d'età di fronte alla Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo", 2 *Pace Diritti Umani* - Università di Padova (2005) pp. 55-101, esp. pp. 69-72; entre varias otras publicaciones sobre el mismo caso. Y, específicamente en cuanto al caso de la *Comunidad Mayagna Awas Tingni versus Nicaragua*, el libro: Felipe Gómez Isa (ed.), *El Caso Awas Tingni contra Nicaragua: Nuevos Horizontes para los Derechos de los Pueblos Indígenas*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2003, pp. 9-279; y cf. también, v.g., C. Binder, "The Case of the Atlantic Coast of Nicaragua: The Awas Tingni Case", in *International Law and Indigenous Peoples* (eds. J. Castellino y N. Walsh), Leiden, Nijhoff/R. Wallenberg Institute, 2005, pp. 249-267; entre varias otras publicaciones sobre el mismo caso.

199. Voto Disidente Conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade y M.E. Ventura Robles, párrs. 1-24.

presente la necesidad apremiante de preservación de la identidad cultural de la Comunidad en aprecio (párrs. 218-219, 226 y 231).

## **II. Raíces Históricas de las Privaciones de los Miembros de la Comunidad**

8. En efecto, la injusticia de que padecen los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa tiene raíces históricas. En su demanda del 02 de febrero de 2005, la CIDH relató que

“Un misionero anglicano escribió en 1910 que los Enxet de la zona [del Chaco] en aquel entonces todavía vivían como los dueños de todo su territorio, desconociendo el hecho de que el Estado paraguayo había vendido su tierra a extranjeros, sin consultarles al respecto y menos aún ofrecer una indemnización a cambio”<sup>200</sup>.

En su escrito autónomo de argumentos, solicitudes y pruebas, del 18.05.2005, los representantes de las víctimas (de la organización [no-gubernamental] Tierraviva), agregaron que

“Para el año 1950, prácticamente todo el territorio Enxet estaba dividido entre estancias y algunas tierras menores compradas por los anglicanos. El sistema extensivo de explotación establecido en el Chaco toleró la presencia indígena en los establecimientos ganaderos, ya sea como mano de obra barata efectiva o potencial”<sup>201</sup>.

9. Como consecuencia de la comercialización de las tierras ancestrales del pueblo indígena Enxet, éstos se vieron desplazados forzadamente. En su supracitada demanda, la CIDH señaló que

“Ante las deplorables condiciones de vida, miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa [del pueblo Enxet] que habitaban en aldeas ubicadas en estancias privadas decidieron trasladarse a la vera de un camino público, frente a las tierras reivindicadas, en espera que el Estado resolviera su solicitud de reconocimiento de parte de su territorio ancestral”<sup>202</sup>.

---

200. Página 9, párr. 38 de la referida demanda.

201. Página 8 del referido escrito.

202. Página 12, párrafo 50 de la referida demanda.

10. En realidad, los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa del pueblo Enxet encuérnase hasta hoy viviendo en condiciones infrahumanas<sup>203</sup>, - o sobreviviendo, o varias veces murriendo, - a la vera del camino conocido como ruta Coronel Franco, en los asentamientos de Santa Elisa y kilómetro 16<sup>204</sup>. Ésto, - como observan en su supracitado escrito los representantes de las víctimas, - a pesar de que

“El pueblo Enxet preexiste históricamente al Estado paraguayo conforme a su propio reconocimiento, y por ende y en consecuencia sus derechos sobre sus territorios son anteriores al mismo (...).

(...) El área reivindicada por la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa es parte de su hábitat tradicional, hecho no controvertido por el Estado paraguayo. A pesar de ello, el Estado no ha garantizado a la Comunidad y a sus miembros la posesión y propiedad de dicho territorio”<sup>205</sup>.

11. En su contestación de la demanda, del 13.07.2005, el agente del Estado demandado admite que los referidos pueblos indígenas

“existen como culturas anteriores a la formación del Estado paraguayo, como reconoce la Constitución nacional”<sup>206</sup>,

y además “acepta que la legislación vigente en la materia es perfectible”<sup>207</sup>, y “lamenta profundamente el fallecimiento” de 31 miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa, pero contesta la imputación al Estado de la responsabilidad por dichas muertes<sup>208</sup>.

12. Los padecimientos de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa se han proyectado en el tiempo. A su lucha por la sobrevivencia, y por la preservación de su *modus vivendi*, se suma el dolor ante la indiferencia y el olvido del medio social. Las condiciones en que sobreviven parecen privarlos de su propia historia. Tienen historia los pobres y abandonados? Fue la pregunta que se planteó en

---

203. Descritas en el párrafo 72.61-75, letras “e” y “f”, de la presente Sentencia.

204. Y otras estancias; cf. página 23 del supracitado escrito autónomo de argumentos, solicitudes y pruebas de los representantes de las víctimas.

205. *Ibid.*, p. 22.

206. Página 21, párr. 47, de la referida contestación de la demanda.

207. *Ibid.*, p. 70, párr. 8.

208. Cf. *ibid.*, pp. 52-60, párrs. 143-163.

un Foro Internacional organizado, en marzo de 1998, por la UNESCO y la Academia Universal de las Culturas. Ahí se recordó una reflexión, desarrollada por J. Wresinski, fundador del movimiento ATD Cuarto Mundo, en términos elocuentes:

“El otro día volví a pasar por allí, pero ni siquiera reconoci el lugar donde estaban antes las chabolas, y tampoco el de la ciudad vieja. Y sin embargo, cuántas lágrimas han mojado aquel suelo, cuántos sufrimientos han debido soportar cientos de familias en esos lugares! Cuántos gritos han hendido el cielo! Exteriormente no hay nada que recuerde ese dolor (...). En esos lugares la humanidad ha sufrido como en ninguna otra parte. Hemos visto a niños mendigando, cubiertos de oprobio. Hemos sido testigos de grandes humillaciones. Hemos visto la arbitrariedad enseñorearse sin cortapisas. Hemos presenciado cómo legiones de pobres se han envilecido hasta morir de vergüenza. Quién se enterará de ésto? Quién dará testimonio de ello? (...)

Los más pobres nos dicen a menudo: no es sólo tener hambre o no saber leer, ni siquiera el no tener trabajo, que es la peor desgracia que le puede ocurrir al hombre; lo más terrible de todo es saber que uno no cuenta para nada, hasta el punto de que se ignora incluso nuestro sufrimiento. Lo peor es el desprecio de nuestros conciudadanos. Porque es ese desprecio el que nos deja al margen de todo derecho, lo que hace que la gente nos rechace, y nos impide ser reconocidos como dignos y capaces de responsabilidades. La mayor desgracia de la extrema pobreza es la de ser una especie de muertos vivientes durante toda nuestra existencia”<sup>209</sup>.

13. Los pueblos indígenas siguen luchando desesperadamente por preservar no sólo su cultura, sino su propia historia. Y hay en ésto una gran sabiduría, que ya no tienen los irritantes “modernos” y aún menos los aún más irritantes “pósmodernos”. En sus fragmentos, poco conocidos, sobre el griego *Eróstrato y la Búsqueda de la Inmortalidad* y la *Impermanencia* (circa 1927), el gran escritor universal Fernando Pessoa

209. Cit. in: J. Tonglet, “Tienen Historia los Pobres?”, in *Por Qué Recordar? - Foro Internacional “Memoria e Historia”* (UNESCO/La Sorbonne, marzo de 1998, ed. F. Barret-Ducrocq), Barcelona, Granica, 2002, pp. 51-52 y 54-55.

ponderaba con acierto que el hombre que no conoce su medio y su pasado es un “bárbaro”, o sea, un hombre “totalmente moderno”, sin noción de la civilización que lo precedió y lo produjo, y que se limita a encontrar placer en las “novedades”; pero la verdadera y duradera innovación, agregaba,

“es aquella que ha tomado todos los hilos de la tradición y los ha tejido nuevamente, de acuerdo con un patrón que la tradición no podría haber seguido”<sup>210</sup>.

### **III. El Desplazamiento Forzado Interno como Problema de Derechos Humanos**

14. El problema de los desplazados internos, como el presente caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* lo ilustra, es efectivamente un problema de derechos humanos. La vulnerabilidad de la situación de los desplazados resulta precisamente del hecho de que se encuentran ellos bajo la jurisdicción del Estado<sup>211</sup> (su propio Estado) que no tomó suficientes medidas para evitar o impedir la situación de virtual abandono de que vinieran a padecer. La situación de los desplazados internos pude perfectamente - y debe - ser resuelta a la luz de la normativa de los tratados de derechos humanos como la Convención Americana. Como me permití señalar en mi Voto Razonado (párr. 17) en el caso de la *Comunidad Moiwana versus Suriname* (fondo, Sentencia del 15.06.2005), los *Principios Básicos sobre Desplazamiento Interno* de 1998 de Naciones Unidas determinan que el desplazamiento no puede efectuarse en violación del derecho a la vida - ahí incluído el derecho a un estándar adecuado de vida, el derecho de vivir; - del derecho a la dignidad personal, a la libertad y a la seguridad de las personas afectadas; del derecho al respeto por la vida familiar; del derecho a la educación; del derecho a la igualdad ante la ley<sup>212</sup>.

---

210. F. Pessoa, *Eróstrato y la Búsqueda de la Inmortalidad*, Buenos Aires, Emecé Ed., 2001 [reed.], pp. 21-22.

211. M. Stavropoulou, “Searching for Human Security and Dignity: Human Rights, Refugees, and the Internally Displaced”, in *The Universal Declaration of Human Rights: Fifty Years and Beyond* (eds. Y. Danieli, E. Stamatopoulou and C.J. Dias), Amityville/N.Y., Baywood Publ. Co., 1999, pp. 181-182.

212. Principios 8 y siguientes, 17-18, 20 y 23, respectivamente; cf. ONU, documento E/CN.4/1998/53/Add.2, de 11.02.1998, pp. 6-10.

15. El hecho de que se trata de un problema de derechos humanos no significa que la normativa de protección del Derecho Internacional de los Derechos Humanos sea suficiente para resolverlo en todas y cualesquiera circunstancias. En efecto, en circunstancias distintas de las del *cas d'espèce*, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados pueden tener - y han tenido - incidencia directa y convergencia en la búsqueda de una solución para salvaguardar los derechos de la persona humana. La cuestión del *retorno*<sup>213</sup> (al hogar, a las tierras ancestrales), por ejemplo, es común es común a los desplazados internos víctimas de violaciones de los derechos humanos (como en los casos de las *Comunidades Indígenas Yakyé Axa* y *Sawhoyamaxa*, 2005-2006, atinentes al Paraguay), así como a los refugiados (como en el reciente caso de la *Comunidad Moiwana versus Suriname*, 2005-2006); aquí la cuestión de la propiedad de la tierra ancestral asume una importancia fundamental, inclusive para la preservación del derecho a la vida *lato sensu*, abarcando las condiciones de una vida digna y la necesaria preservación de la identidad cultural.

16. En el presente caso, los padecimientos de los miembros de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* constituyen ya hace mucho un hecho de conocimiento público y notorio. Hace media década, por ejemplo, un *Informe* de situación general de la CIDH advertía para la urgencia y apremiante necesidad de resolver las reivindicaciones de tierra dada "la situación inhumana sufrida por la Comunidad de Sawhoyamaxa"<sup>214</sup>. En el procedimiento contencioso que viene de culminar con la adopción de la presente Sentencia de la Corte, los representantes de las víctimas (de la organización no-gubernamental Tierraviva), en su escrito de alegatos finales del 16 de febrero de 2006, argumentaron que la no-adopción de medidas positivas por parte del Estado creó las condiciones que conllevaron a la muerte de varios miembros de la Comunidad de Sawhoyamaxa (p. 45), y señalaron que

"La mayoría de los niños y niñas fallecidos y fallecidas (...) lo fueron por enfermedades todas prevenibles (disentería, tétanos, enterocolitis, pulmonía, deshidratación,

---

213. C. Phuong, *The International Protection of Internally Displaced Persons*, Cambridge, University Press, 2004, pp. 27 y 47-48, and cf. pp. 57, 62, 117, 191 y 212.

214. OAS/Inter-American Commission on Human Rights, *Third Report on the Situation of Human Rights in Paraguay*, doc. OEA/Ser.L/V/II.110/doc.52, de 09.03.2001, p. 134, párr. 48.

sarampión, neumonía) o tratables médicaamente (...). (...) A pesar del conocimiento que el Estado tiene de la especial condición de vulnerabilidad de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa asentados al costado de la ruta, el Estado no ha tomado las medidas necesarias para evitar la existencia de condiciones objetivas que impiden el disfrute pleno del derecho a la vida de sus miembros”<sup>215</sup>.

17. A su vez, la CIDH, en su escrito de alegatos finales también del 16 de febrero de 2006, advirtió que “la Comunidad de Sawhoyamaxa se encuentra en la indigencia total”, y reiteró lo señalado en su demanda en el sentido de que

“31 miembros de la Comunidad, la mayoría niños y niñas, habían fallecido por enfermedades que pudieron prevenirse y curarse, o mejor aún impedirse (...). (...) Lamentablemente, en número de personas fallecidas en la Comunidad por falta de atención médica y como consecuencia directa de las condiciones infráhumanas y de indigencia total en las que vivían, es superior al planteado en la demanda. En consecuencia, la Comisión considera que está acreditado en el presente caso que las muertes de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa acontecidas por falta de atención médica y por vivir en condiciones de vida infráhumanas son imputables al Estado”<sup>216</sup>.

18. Algunos de los miembros de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* murieron cuando no tenían más que días, o semanas, o meses de vida<sup>217</sup>. Murieron en la indigencia total, tal como hubieron sobrevivido, en la humillación de la indigencia total (que es la denegación de la totalidad de los derechos humanos), en la borda o el costado de una carretera (que une Pozo Colorado y Concepción), en toda probabilidad sin poder desarrollar un proyecto de vida. Hoy día, por toda parte, en diferentes latitudes, aumentan los marginados, los que mueren, o quizás sobreviven, en el abandono, ante la indiferencia o la insensibilidad del aparato del poder público (más bien orientado a satisfacer intereses privados, en total distorsión de los fines del Estado), haciendo resonar el lamento de Montesquieu en sus *Lettres persanes* (1721):

215. Páginas 46-47 del referido escrito de alegatos finales, y cf. pág. 45.

216. Página 10 del referido escrito de alegatos finales, párrs. 38-39.

217. Cf. relación en los párrafos 61 y 66 de la presente Sentencia.

«in faut pleurer les hommes à leur naissance, et non pas à leur mort»<sup>218</sup>.

19. O haciendo resonar el desahogo final de Machado de Assis, en sus penetrantes *Memórias Póstumas de Brás Cubas* (1881):

“Não tive filhos, não transmiti a nenhuma criatura o legado da nossa miséria”<sup>219</sup>.

O haciendo aún resonar la más reciente protesta (1998) de Elie Wiesel, Premio Nobel de la Paz (en 1986), contra la indiferencia ante el sufrimiento de los demás:

“los dos grandes misterios - el nacimiento y la muerte - son lo que todos los seres humanos tienen en común. Sólo el recorrido es diferente. Y cabe a nosotros humanizarlo. (...) Todo ser humano tiene el derecho a la dignidad. Violar este derecho, es humillar el ser humano. (...) Hay que combatir la indiferencia. Ella sólo ayuda al (...) el opresor, (...) jamás la víctima”<sup>220</sup>.

#### **IV. La Inadmisibilidad de la *Probatio Diabolica***

20. En su demanda del 02 de febrero de 2005 en el presente caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos oportunamente recordó la *jurisprudence constante* de esta Corte en el sentido de que el sistema procesal es un medio para realizar la justicia, la cual no puede ser sacrificada en aras de meras formalidades, y sin perjuicio de la seguridad jurídica y del equilibrio procesal de las partes (párr. 29). En una situación como la presente, imponer a la parte ostensiblemente más débil, deprovista de medios de una subsistencia mínimamente digna, un estándar probatorio más alto, equivaldría, a mi modo de ver, a incurrir en el lamentablemente equívoco de la exigencia de una *probatio diabolica*.

21. Esta última fue así designada en el derecho romano, precisamente en materia de prueba de posesión (para obtener la propiedad), y debió el nombre de *probatio diabolica* al grado de gran

---

218. Montesquieu, *Lettres persanes*, Paris, Garnier-Flammarion, 1964 [reed.], p. 77.

219. Machado de Assis, *Memórias Póstumas de Brás Cubas*, 4a. ed., São Paulo, Ateliê Ed., 2004 [reed.], p. 254.

220. E. Wiesel, «Contre l'indifférence», in *Agir pour les droits de l'homme au XXIe siècle* (ed. F. Mayor), Paris, UNESCO, 1998, pp. 87-90.

dificultad exigida de la parte litigante en cuestión<sup>221</sup>. Ese estándar indebido de *onus probandi* fue invocado en la Edad Media, y ha inclusive sido objetado en el contencioso interestatal contemporáneo<sup>222</sup>. En mi entender, la *probatio diabolica* es enteramente inadmisible en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

22. Esta Corte ha, pues, incurrido, en su mayoría, en un grave error en su anterior Sentencia en el caso de la *Comunidad Indígena Yakye Axa versus Paraguay* (del 17.06.2005), en cuanto a su punto resolutivo n. 4, no sólo en cuanto al derecho material aplicable (atinente al derecho fundamental a la vida en su amplia dimensión y el derecho a la identidad cultural, *supra*), sino también en materia de derecho procesal. Sin embargo, ha rectificado dicho error en la Sentencia que viene de emitir la Corte en el presente caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, y ha retomado así la línea de su más lúcida jurisprudencia al respecto.

23. En casos de prolongadas violaciones de los derechos humanos, y, en particular, del derecho a la vida, como las del *cas d'espèce*, no se necesitan pruebas adicionales, estando el nexo causal ya demostrado (cf. *infra*). Las obligaciones del Estado son de diligencia y resultado, no sólo de mera conducta (como la adopción de medidas legislativas insuficientes e insatisfactorias). En efecto, el examen de la distinción entre obligaciones de conducta y de resultado<sup>223</sup> ha tendido a efectuarse en un plano puramente teórico, presuponiendo variaciones en la conducta del Estado, e inclusive una sucesión de actos por parte de este último<sup>224</sup>, - y sin tomar suficiente y debidamente en cuenta una situación en que súbitamente ocurre un daño irreparable a la persona humana (v.g., la privación del derecho a la vida por la falta de la debida diligencia del Estado).

---

221. H.F. Jolowicz, *Historical Introduction to the Study of Roman Law*, Cambridge, University Press, 1967, p. 156.

222. A ejemplo de las excepciones preliminares interpuestas por Francia en el caso movido contra ella y otros Estados por Yugoslavia, en razón del *bombardeo por la OTAN* de 1999; Corte Internacional de Justicia, excepciones preliminares de Francia del 05.07.2000, pp. 4 y 16, párrs. 25 y 33.

223. A la luz sobre todo de la labor de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas sobre la Responsabilidad Internacional de los Estados.

224. Cf. A. Marchesi, *Obblighi di Condotta e Obblighi di Risultato - Contributo allo Studio degli Obblighi Internazionali*, Milano, Giuffrè, 2003, pp. 50-55 y 128-135.

## **V. La Cuestión del Nexo Causal: La Falta de Debida Diligencia del Poder Público**

24. En el presente caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa* los hechos son clarísimos, y no requieren prueba adicional alguna (lo que equivaldría a una inadmisible *probatio diabolica, supra*) en cuanto a la violación del derecho fundamental a la vida. Tal derecho fue violado ante las condiciones infrahumanas de vida a que fueron sometidos los miembros de dicha Comunidad, desplazados forzadamente de sus tierras ancestrales. La muerte de varios de los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa es, a mi juicio, una circunstancia *agravante*, por cuanto a la muerte espiritual se siguió la muerte física o biológica, en violación de los artículos 4(1) y 1(1) de la Convención Americana.

25. En mi entender, el nexo causal - que lamentablemente parece continuar a desorientar la mayoría de esta Corte - encuéntrase igualmente claramente establecido, en la falta de debida diligencia por parte del Estado en cuanto a las *condiciones de vida de todos los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa*. Se configuró, pues, la responsabilidad internacional *objetiva* del Estado, cuyos fundamentos ya expuse en mi Voto Concurrente, al cual permítome aquí referirme (párrs. 1-40) - en el caso de "La Última Tentación de Cristo" (*Olmedo Bustos y Otros versus Chile*, Sentencia del 05.02.2001).

26. En el *cas d'espèce*, - tal como correctamente se señaló en un Voto Disidente Conjunto en el anterior caso de la *Comunidad Indígena Yakyé Axa* (2005)<sup>225</sup>, - el nexo causal encuéntrase claramente configurado, para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado y la fijación del daño inmaterial, en las condiciones graves e infrahumanas de vida - o sobrevida - a que se encuentran sometidos hace muchos años, por la falta de debida diligencia del Estado, los miembros de la Comunidad Sawhoyamaxa, condiciones estas que llevaron al fallecimiento - enteramente evitable - de varios de ellos.

27. En la melancólica "pósmodernidad" de la actualidad, parece haberse olvidado de los fines del Estado, consubstanciados, en última instancia, en la realización del bien común. El bien común es el bien de todos (inclusive de los hoy día marginados), y no sólo de algunos. Con esto, volvemos a los orígenes históricos tanto del Estado nacional, que

---

225. Voto Disidente Conjunto de los Jueces A.A. Cançado Trindade y M.E. Ventura Robles, párrs. 11-13.

existe para el ser humano, - y no *vice versa*, - como del propio Derecho Internacional, el cual no era en sus orígenes un derecho estrictamente interestatal, sino más bien el *derecho de gentes*<sup>226</sup>. La realización del bien común presupone la garantía, por todos los Estados, de condiciones de vida digna de todos los individuos bajo sus respectivas jurisdicciones.

## **VI. El Derecho a la Vida y la Identidad Cultural**

28. El derecho a la vida es, en el presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, abordado en su vinculación estrecha e ineludible con la identidad cultural. Dicha identidad se forma con el *pasar del tiempo*, con la trayectoria histórica de la vida en comunidad. La identidad cultural es un componente o agregado del derecho fundamental a la vida en su amplia dimensión. En lo que concierne a los miembros de comunidades indígenas, la identidad cultural encuéntrase estrechamente vinculada a sus tierras ancestrales. Si se les privan de estas últimas, mediante su desplazamiento forzado, se afecta seriamente su identidad cultural y, en última instancia, su propio derecho a la vida *lato sensu*, o sea, el derecho a la vida de cada uno y de todos los miembros de cada comunidad.

29. En su *jurisprudence constante*, esta Corte ha resaltado el carácter fundamental del derecho a la vida, inclusive para el disfrute de los demás derechos<sup>227</sup>, y ha advertido que su observancia presenta "modalidades especiales" en determinadas circunstancias<sup>228</sup>, particularmente cuando los individuos en cuestión se encuentran en situación de grave vulnerabilidad. Es precisamente lo que ocurre en el presente caso, en que la Corte dejó de razonar más a fondo - como debía - sobre el derecho fundamental a la vida en las circunstancias de marginación social y abandono del *cas d'espèce*.

30. En su escrito de alegatos finales, del 16.02.2006, en el presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, los representantes de las víctimas señalaron que

---

226. A.A. Cançado Trindade, "General Course on Public International Law - International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium*", in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (2005), capítulos I-XXVII, 997 pp. (en prensa).

227. En sus Sentencias, v.g., en los casos de los "*Niños de la Calle*" (Villagrán Morales y Otros, 1999), Bulacio (2003), Juan Humberto Sánchez (2003), Myrna Mack Chang (2003), Instituto de Reeducación del Menor (2004), 19 Comerciantes (2004), Huilca Tecse (2005).

228. CtIADH, caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri (2004), párr. 124.

"El no poder vivir en su tierra, les ha impedido a los miembros de la Comunidad, entre otras prácticas, enterrar a sus muertos, conforme a sus ritos y creencias"<sup>229</sup>.

Se ha, pues, afectado gravemente su identidad cultural. El vivir en sus tierras ancestrales es esencial para el cultivo y la preservación de sus valores, inclusive para su comunicación con sus antepasados.

31. Al respecto, en mi extenso Voto Razonado (párrs. 60-61) en el caso de la *Comunidad Moiwana versus Suriname* (Sentencia del 15.06.2005), me permití recordar que el respeto a las relaciones de los vivos con sus muertos encuéntrase presente en el origen del derecho de gentes, como lo señaló, en el siglo XVII, H. Grotius en el capítulo XIX del libro II de sua obra clásica *De Jure Belli ac Pacis* (1625), dedicado al "derecho de sepultura", inherente a todos los seres humanos, en razón de un precepto de "virtud y humanidad"<sup>230</sup>. Y el propio *principio de humanidad*, - como bien lo recordó el erudito jusfilósofo G. Radbruch, - mucho debe a las culturas antiguas, habiendo se asociado, con el *pasar del tiempo*, a la propia formación espiritual de los seres humanos<sup>231</sup>.

32. En mi Voto Razonado subsiguiente (del 08.02.2006) en el mismo caso de la *Comunidad Moiwana* (Interpretación de Sentencia), insistí en la necesidad de reconstrucción y preservación de la identidad cultural (párrs. 17-24), de la cual el *proyecto de vida y de pós-vida* de cada miembro de la comunidad mucho depende; la *conciencia jurídica universal*, - agregué, - ha evolucionado de tal modo a reconocer esta apremiante necesidad, como ilustrado por

"la tríada de las significativas Convenciones de UNESCO, conformada por la Convención de 1972 sobre la Protección del Patrimonio Mundial, Cultural y Natural; la Convención de 2003 para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial; y, más recientemente, la Convención de 2005 sobre la Protección y Promoción de la Diversidad de Expresiones Culturales.

---

229. Página 48 del referido escrito.

230. H. Grocio, *Del Derecho de la Guerra y de la Paz* [1625], tomo III (libros II y III), Madrid, Edit. Reus, 1925, pp. 39, 43 y 45, y cf. p. 55.

231. G. Radbruch, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, 3a. ed., México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1965, pp. 153-154.

La Convención de UNESCO de 1972 advierte en su preámbulo que el deterioro o la desaparición de cualquier ítem del patrimonio cultural o natural empobrece lamentablemente la herencia cultural de ‘todas las naciones del mundo’, pues dicho patrimonio es del mayor interés y necesita ser preservado como ‘parte del patrimonio mundial de la humanidad como un todo’; de ahí de establecer un ‘sistema efectivo de protección colectiva del patrimonio cultural y natural de notable valor universal’<sup>232</sup>. La Convención de UNESCO de 2003 busca la salvaguardia del *patrimonio cultural immaterial* (para ésto invocando los instrumentos internacionales de derechos humanos), conceptualizado éste último como ‘the practices, representations, expressions, knowledge, skills (...) that communities, groups and, in some cases, individuals recognize as part of their cultural heritage’<sup>233</sup>.

La reciente Convención de UNESCO de 2005 fue precedida por su Declaración Universal sobre Diversidad Cultural de 2001, la cual conceptualiza la diversidad cultural como *patrimonio común de la humanidad*, y expresa su aspiración a una mayor solidaridad con base en el reconocimiento de la diversidad cultural, de una ‘conciencia de la unidad de la humanidad’<sup>234</sup>. Con posterioridad a dicha Declaración de 2001, la Convención de 2005, adoptada (el 20.10.2005) después de amplios debates<sup>235</sup>, reiteró la concepción de la diversidad cultural como *patrimonio común de la humanidad*, ponderando que “culture takes diverse forms across time and space” y esta diversidad encuéntrase incorporada ‘in the uniqueness and plurality of the identities and cultural expressions of the peoples and societies making up humanity’<sup>236</sup>. La Convención agregó que la diversidad

---

232. Consideranda 1 and 5.

233. Preámbulo y artículo 2(1).

234. Preámbulo y artículo 1 de la Declaración de 2001.

235. Cf., e.g., UNESCO/Conferencia General, documento 33-C/23, del 04.08.2005, pp. 1-16, y Anexos; y cf. G. Gagné (ed.), *La diversité culturelle: vers une Convention internationale effective?*, Montréal/Québec, Éd. Fides, 2005, pp. 7-164.

236. Preámbulo, consideranda 1, 2 y 7 de la Convención de 2005.

cultural sólo puede ser protegida y promovida mediante la salvaguardia de los derechos humanos<sup>237</sup>.

En mi entender, la conciencia jurídica universal ha evolucionado hacia el claro reconocimiento de la relevancia de la diversidad cultural para la universalidad de los derechos humanos, y vice-versa. Ha, además, evolucionado hacia la *humanización* del Derecho Internacional, y la conformación de un nuevo *jus gentium* en este inicio del siglo XXI, de un Derecho Internacional para la humanidad, - y la supracitada tríada de las Convenciones de UNESCO (de 1972, 2003 y 2005) son, en mi percepción, una de las muchas manifestaciones contemporáneas de la conciencia humana en ese sentido<sup>238</sup> (párrs. 21-24).

33. Aún antes de la adopción de las dos últimas Convenciones de la referida tríada, ya se había manifestado en el seno de la UNESCO el entendimiento según el cual la afirmación y preservación de la identidad cultural, inclusive de las minorías, contribuye a la “liberación de los pueblos”:

“Cultural identity is a treasure which vitalizes mankind’s possibilities for self-fulfillment by encouraging every people and every group to seek nurture in the past, to welcome contributions from outside compatible with their own characteristics, and so to continue the process of their own creation”<sup>239</sup>.

---

237. Artículo 2(1) de la Convención de 2005. Cf., al respecto, en general, v.g., A.Ch. Kiss y A.A. Cançado Trindade, “Two Major Challenges of Our Time: Human Rights and the Environment”, in *Human Rights, Sustainable Development and Environment* (Seminario de Brasilia de 1992, ed. A.A. Cançado Trindade), 2a. ed., Brasilia/San José de Costa Rica, IIDH/BID, 1995, pp. 289-290; A.A. Cançado Trindade, *Direitos Humanos e Meio Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1993, pp. 282-283.

238. Cf. A.A. Cançado Trindade, “General Course on Public International Law - International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium*”, *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de la Haye* (2005), cap. XIII (en prensa).

239. J. Symonides, “UNESCO’s Contribution to the Progressive Development of Human Rights”, 5 *Max Planck Yearbook of United Nations Law* - Heidelberg (2001) p. 317. Y, sobre la proyección de la cultura en el tiempo, cf., v.g., A.Y. Gurevitch, “El Tiempo como Problema de Historia Cultural”, in *Las Culturas y el Tiempo*, Salamanca/Paris, Ed. Sigueme/UNESCO, 1979, pp. 261-264, 272 y 280.

Un atentado a la identidad cultural, como ocurrido en el presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, es un atentado al derecho a la vida *lato sensu*, del derecho de vivir, con las circunstancias *agravantes* de los que efectivamente falecieron. El Estado no puede eximirse del deber de debida diligencia para salvaguardar el derecho de vivir<sup>240</sup>.

34. Permítome aquí ir más allá, ingresando en el plano de la deontología jurídica. Tal como sostuve en mi “*Curso General de Derecho Internacional Público*” del año pasado (2205) en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, la humanidad como tal ha emergido como sujeto de Derecho Internacional<sup>241</sup>. La humanidad puede lamentablemente ser victimada, y por eso ha últimamente marcado presencia en la doctrina jusinternacionalista más lúcida. Y aquí, el gran reto de los juristas de las nuevas generaciones, reside a mi juicio en conceber y formular la construcción conceptual de la representación legal de la humanidad como un todo (abarcando las generaciones presentes y futuras), conllevoando a la consolidación de su capacidad jurídica internacional, en el marco del nuevo *jus gentium* de nuestros tiempos<sup>242</sup>.

## **VII. El Sufrimiento de los Inocentes y la Centralidad de la Víctima Abandonada como Sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos**

35. El presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa* revela la centralidad, no de la posición del Estado que invoca circunstancias

240. Cf., v.g., [Varios Autores,] *Actes du Symposium sur le droit à la vie - Quarante ans après l'adoption de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme: évolution conceptuelle, normative et jurisprudentielle* (eds. D. Prémont y F. Montant), Genève, CID, 1992, pp. 1-91; J.G.C. van Aggelen, *Le rôle des organisations internationales dans la protection du droit à la vie*, Bruxelles, E. Story-Scientia, 1986, pp. 1-89; [Varios Autores,] *The Right to Life in International Law* (ed. B.G. Ramcharan), Dordrecht, Nijhoff, 1985, pp. 1-314. - El gran teatrólogo rumano Eugène Ionesco advertía que «en nuestro mundo desespiritualizado, la cultura es todavía lo último que nos permite sobrepasar el mundo cotidiano y reunir a los hombres. La cultura une a los hombres, la política los separa»; E. Ionesco, *El Hombre Cuestionado*, Buenos Aires, Emecé Ed., 2002 [reed.], p. 34.

241. Como se puede desprender, v.g., del contenido de algunos instrumentos internacionales, sobre todo en los dominios del derecho ambiental internacional, del derecho del espacio exterior y del derecho internacional del mar, así como de la jurisprudencia de los Tribunales Penales Internacionales *ad hoc* para la Ex-Yugoslavia y para Ruanda.

242. A.A. Cançado Trindade, “General Course on Public International Law - International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium*”, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005), cap. XI (en prensa).

presumiblemente eximentes de su responsabilidad, sino más bien de las víctimas, en una situación de alta vulnerabilidad, y que, aún sobreviviendo en condiciones de indigencia total, y virtual abandono, no obstante, han logrado que su causa fuera examinada por un tribunal internacional de derechos humanos para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado en cuestión. La centralidad de las víctimas, en las circunstancias más adversas, como sujetos del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pone de manifiesto su *derecho al Derecho*, su derecho a la justicia bajo la Convención Americana, el cual abarca la protección judicial (artículo 25) conjuntamente con las garantías judiciales (artículo 8). Tal derecho abarca toda la protección jurisdiccional, hasta la fiel ejecución de la Sentencia internacional (el derecho de acceso a la justicia internacional *lato sensu*), debidamente motivada, y fundamentada en el derecho aplicable en el *cas d'espèce*. El artículo 25 de la Convención Americana constituye efectivamente un pilar del Estado de Derecho en una sociedad democrática, en estrecha relación con las garantías del debido proceso legal (artículo 8), dando debida expresión a los principios generales del derecho universalmente reconocidos, que pertenecen al dominio del *jus cogens* internacional.

36. Como señlé en mi reciente Voto Razonado en el caso de la *Masacre de Pueblo Bello versus Colombia* (Sentencia del 31.01.2006),

"La indisociabilidad que sostengo entre los artículos 25 y 8 de la Convención Americana (*supra*) conlleva a caracterizar como siendo del dominio del *jus cogens* el acceso a la justicia entendido como la *plena realización* de la misma, o sea, como siendo del dominio del *jus cogens* la intangibilidad de todas las garantías judiciales en el sentido de los artículos 25 y 8 tomados *conjuntamente*. No puede haber duda de que las garantías fundamentales, comunes al Derecho Internacional de los Derechos Humanos y al Derecho Internacional Humanitario, tienen una vocación universal al aplicarse en todas y cualesquiera circunstancias, conforman un derecho imperativo (perteneciendo al *jus cogens*), y acarrean obligaciones *erga omnes* de protección.

Posteriormente a su histórica Opinión Consultiva n. 18, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes*

*Indocumentados*, de 2003<sup>243</sup>, la Corte ya podía y debía haber dado este otro salto cualitativo adelante en su jurisprudencia. Me atrevo a alimentar la esperanza de que la Corte lo hará lo más pronto posible, si realmente sigue adelante en su jurisprudencia de vanguardia, - en lugar de intentar frenarla, - y amplíe el avance logrado con fundamentación y coraje por su referida Opinión Consultiva n. 18 en la línea de la continua expansión del contenido material del *jus cogens*" (párrs. 64-65).

Es esta la hermenéutica emancipadora del ser humano que sostengo, con miras a poner fin sea a las arbitrariedades, o a las omisiones, o a la falta de debida diligencia por parte del Estado, a que cabe el papel de garante de los derechos de todos los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción.

37. Transcurridos siete años desde la Sentencia de fondo de esta Corte en el caso paradigmático de los "*Niños de la Calle*" (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, Sentencia del 19.11.1999)<sup>244</sup>, los abandonados y olvidados del mundo vuelven a alcanzar un tribunal internacional de derechos humanos en búsqueda de justicia, en los casos de los miembros de las *Comunidades Yakyé Axa* (Sentencia del 17.06.2005) y *Sawhoyamaxa* (la presente Sentencia. En el *cas d'espèce*, los forzadamente desplazados de sus hogares y tierras ancestrales, y socialmente marginados y excluidos, ha efectivamente alcanzado una jurisdicción internacional, ante la cual han en fin encontrado justicia.

38. Hace una década, en las Sentencias de esta Corte sobre excepciones preliminares, de los días 30 y 31.01.1996, en los casos *Castillo Páez y Loayza Tamayo*, respectivamente, atinentes al Perú, avanzé, en mis Votos Razonados las siguientes consideraciones, a las cuales de siguieron los cambios incorporados en el tercer y cuarto (y actual) Reglamentos de la Corte, que hoy - como siempre he sostenido - otorga *locus standi in judicio* a los peticionarios en todas las etapas del procedimiento contencioso ante la Corte:

"(...) Sin el *locus standi in judicio* de ambas partes cualquier sistema de protección se encuentra irremediablemente

---

243. En la cual sostuvo la Corte que el principio de la igualdad y la no-discriminación integra el dominio del *jus cogens* internacional.

244. Y cf. también la Sentencia sobre reparaciones del mismo caso, del 26.05.2001.

mitigado, por cuanto no es razonable concebir derechos sin la capacidad procesal de directamente vindicarlos.

En el universo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, es el individuo quien alega tener sus derechos violados, quien alega sufrir los daños, quien tiene que cumplir con el requisito del previo agotamiento de los recursos internos, quien participa activamente en eventual solución amistosa, y quien es el beneficiario (él o sus familiares) de eventuales reparaciones e indemnizaciones. (...)

En nuestro sistema regional de protección, el espectro de la persistente denegación de la capacidad procesal del individuo peticionario ante la Corte Interamericana, verdadera *capitis diminutio*, emanó de consideraciones dogmáticas propias de otra época histórica tendientes a evitar su acceso directo a la instancia judicial internacional, - consideraciones estas que, en nuestros días, a mi modo de ver, carecen de sustentación o sentido, aún más tratándose de un tribunal internacional de *derechos humanos*.

En el sistema interamericano de protección, cabe de *lege ferenda* superar gradualmente la concepción paternalista y anacrónica de la total intermediación de la Comisión entre el individuo (la verdadera parte demandante) y la Corte, según criterios y reglas claros y precisos, previa y cuidadosamente definidos. En el presente dominio de protección, todo jusinternacionalista, fiel a los orígenes históricos de su disciplina, sabrá contribuir al rescate de la posición del ser humano como sujeto del derecho de gentes dotado de personalidad y plena capacidad jurídicas internacionales" (párrs. 14-17).

39. En el mismo año de 1996 se otorgó dicho *locus standi* en la etapa de reparaciones, por el tercer Reglamento de la Corte, del cual fui relator, y, cuatro años después, el cuarto Reglamento (2000), adoptado bajo mi Presidencia del Tribunal, extendió tal *locus standi* a todas las etapas del procedimiento ante la Corte. En efecto, a la personalidad jurídica internacional de la persona humana corresponde necesariamente su capacidad jurídica de actuar, de vindicar sus derechos, en el plano internacional. Ésto se materializa a través de su acceso directo - entendido *lato sensu* - a la justicia internacional

justice, implicando un verdadero derecho al Derecho (*droit au Droit*). La consolidación de su capacidad jurídica internacional marca la emancipación del individuo de su propio Estado, ilustrada por su *jus standi* ante los tribunales internacionales de derechos humanos (lo que ya es una realidad ante la Corte Europea). El derecho de acceso (*lato sensu*) a la justicia internacional se ha enfin cristalizado como el derecho a la realización de la justicia en el plano internacional.

40. Ya en la vigencia del tercer Reglamento de la Corte (de 1996), en la Sentencia de la Corte (sobre excepciones preliminares) en el caso *Castillo Petrucci y Otros versus Perú*, del 04.09.1998, en extenso Voto Concurrente me permití destacar el carácter *fundamental* del derecho de petición individual (artículo 44 de la Convención Americana como “piedra angular del acceso de los individuos a todo el mecanismo de protección de la Convención Americana” (párrs. 3 y 36-38). Mediante tal derecho de petición, - “conquista definitiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, - se operó el “*rescate histórico* de la posición del ser humano como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotado de plena capacidad procesal internacional” (párrs. 5 y 12).

41. Después de recorrer la *historia juris* de dicho derecho de petición (párrs. 9-15), me referí a la expansión de la noción de “victima” en la jurisprudencia internacional bajo los tratados de derechos humanos (párrs. 16-19), así como a la *autonomía* del derecho de petición individual *vis-à-vis* el derecho interno de los Estados (párrs. 21, 27 y 29), y agregué:

“La desnacionalización de la protección y de los requisitos de la acción internacional de salvaguardia de los derechos humanos, además de ampliar sensiblemente el círculo de personas protegidas, posibilitó a los individuos ejercer derechos emanados directamente del derecho internacional (*derecho de gentes*), implementados a la luz de la referida noción de garantía colectiva, y no más simplemente “concedidos” por el Estado. Con el acceso de los individuos a la justicia a nivel internacional, mediante el ejercicio del derecho de petición individual, se dió finalmente expresión concreta al reconocimiento de que los derechos humanos a ser protegidos son inherentes a la persona humana y no derivan del Estado.

Por consiguiente, la acción de su protección no se agota - no puede agotarse - en la acción del Estado.

(...) Si no fuese por el acceso a la instancia internacional, jamás se hubiera hecho justicia en sus casos concretos. (...) Sin el derecho de petición individual, y el consecuente acceso a la justicia a nivel internacional, los derechos consagrados en la Convención Americana se reducirían a poco más que letra muerta. Es por el libre y pleno ejercicio del derecho de petición individual que los derechos consagrados en la Convención se tornan *efectivos*. El derecho de petición individual abriga, en efecto, la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional. (...) El derecho de petición individual es indudablemente la estrella más luminosa en el firmamento de los derechos humanos" (párrs. 33 y 35).

42. Siendo la vía jurisdiccional la modalidad "más perfeccionada y evolucionada" de protección internacional de los derechos humanos, sostuve en aquel Voto Concurrente que los individuos debían tener "el derecho de acceso directo [a la Corte] independientemente de la aceptación de una cláusula facultativa", como la del artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por sus respectivos Estados (párr. 40). O sea, a mi juicio tanto el derecho de petición individual como la jurisdicción de la Corte Interamericana deberían ser *automáticamente mandatorios* para todos los Estados Partes en la Convención Americana (párr. 41). Y ponderé, en seguida, que

"Trátase de buscar asegurar, ya no sólo la representación directa de las víctimas o de sus familiares (*locus standi*) en el procedimiento ante la Corte Interamericana en casos ya enviados a ésta por la Comisión (en todas las etapas del proceso y no apenas en la de reparaciones), sino más bien el derecho de acceso directo de los individuos ante la propia Corte (*jus standi*), para traer un caso directamente ante ella, como futuro órgano jurisdiccional único para la solución de casos concretos bajo la Convención Americana. Para ésto, prescindirían los individuos de la Comisión Interamericana, la cual, sin embargo, retendría funciones

otras que la contenciosa<sup>245</sup>, prerrogativa de la futura Corte Interamericana permanente<sup>246</sup>.

(...) Más que todo, este salto calitativo atendería, a mi modo de ver, a un imperativo de justicia. El *jus standi* - no más apenas *locus standi in judicio*, - irrestricto, de los individuos, ante la propia Corte Interamericana, representa, - como he señalado en mis Votos en otros casos ante la Corte<sup>247</sup>, - la consecuencia lógica de la concepción y formulación de derechos a ser protegidos bajo la Convención Americana en el plano internacional, a las cuales debe necesariamente corresponder la capacidad jurídica plena de los individuos peticionarios de vindicarlos.

La jurisdiccionalización del mecanismo de protección se impone a partir del reconocimiento de los roles esencialmente distintos de los individuos peticionarios - la verdadera parte demandante - y de la Comisión (órgano de supervisión de la Convención que presta asistencia a la Corte). Bajo la Convención Americana, los individuos marcan presencia tanto en el *inicio* del proceso, al ejercer el derecho de petición en razón de los daños alegados, como al *final* del mismo, como beneficiarios de las reparaciones, en casos de violaciones comprobadas de sus derechos; no hace sentido negarles presencia *durante* el proceso. El derecho de acceso a la justicia a nivel internacional debe efectivamente hacerse acompañar de la garantía de la igualdad procesal (*equality of arms/égalité des armes*) en el procedimiento ante el órgano judicial, elemento esencial a cualquier mecanismo jurisdiccional de protección de los derechos humanos, sin el cual estará el mecanismo en cuestión irremediablemente mitigado.

(...) El *jus standi* de los individuos ante la Corte es una medida benéfica no sólo para los peticionarios sino también para ellos propios (los Estados que vengan a ser demandados), así como para el mecanismo de protección

---

245. A ejemplo de la realización de misiones de observación *in loco* y la elaboración de informes.

246. Ampliada, funcionando en cámaras, y con recursos humanos y materiales considerablemente mayores.

247. Cf., en ese sentido, mis Votos Razonados en los casos *Castillo Páez* (Excepciones Preliminares, Sentencia del 30.01.1996), párrs. 14-17, y *Loayza Tamayo* (Excepciones Preliminares, Sentencia del 31.01.1996), párrs. 14-17, respectivamente.

como un todo. Ésto en razón de la jurisdiccionalización, garantía adicional de la prevalencia del *rule of law* en todo el contencioso de los derechos humanos bajo la Convención Americana.

Si deseamos realmente actuar en la altura de los desafíos de nuestro tiempo, es a la consagración de dicho *jus standi* que debemos prontamente dedicarnos, con la misma clarividencia y osadía lúcida con que los redactores de la Convención Americana divisaron originalmente el derecho de petición individual. Con la base convencional que nos fué legada por el artículo 44 de la Convención Americana, no necesitamos esperar medio siglo para dar expresión concreta al referido *jus standi*. Con la consolidación de este último, es la protección internacional que, en última instancia, en el ámbito de nuestro sistema regional de protección, tendrá alcanzado con eso su madurez" (párrs. 42-46).

43. En el año de 2001, redacté y presenté, como Presidente y relator de la Corte, a la Organización de los Estados Americanos (OEA), como próximo paso a ser dado en esta dirección (y tal como vengo insistiendo hace tiempo), una propuesta de consagración del *jus standi* de los individuos, para presentar sus demandas *directamente* ante la Corte, en forma de bases para un *Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, para fortalecer su mecanismo de protección<sup>248</sup>. Considero esencial que los avances reglamentarios se plasmen en dicho Protocolo, para evitar retrocesos en el futuro, y asegurar el real compromiso de los Estados Partes, dotado de base convencional, con la causa de los derechos humanos internacionalmente protegidos<sup>249</sup>.

248. A.A. Cançado Trindade, *Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección*, vol. II, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 1-669 (2a. ed., 2003).

249. Cf. A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104; A.A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 15-455 (2a. ed., 2006). Y cf. A.A. Cançado Trindade, "El Nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2000) y Su Proyección Hacia el Futuro: La Emancipación del Ser Humano como Sujeto del Derecho Internacional", in *XXVIII Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - OEA* (2001) pp. 33-92.

44. Como me permití ponderar en mi intervención del día 10 de junio de 2003 ante el plenario de la Asamblea General de la OEA en Santiago de Chile<sup>250</sup>, la Corte Interamericana, en la evolución de sus procedimientos y de su jurisprudencia, ha dado una relevante contribución a “la consolidación del nuevo paradigma del Derecho Internacional, el nuevo *jus gentium* del siglo XXI, que consagra el ser humano como sujeto de derechos”<sup>251</sup>. El Proyecto de Protocolo que redacté y presenté a la OEA ha constado invariablemente en la agenda de la Asamblea General de la OEA (como lo ilustran las Asambleas de San José de Costa Rica en 2001, de Bridgetown/Barbados en 2002, de Santiago de Chile en 2003, y de Quito en 2004), y permanece presente en los documentos pertinentes de la OEA del bienio 2005-2006<sup>252</sup>. Espero que en el futuro próximo genere frutos concretos.

45. En mi Voto Concurrente en el primer caso contencioso tramitado enteramente bajo el nuevo y cuarto Reglamento de la Corte, el de los *Cinco Pensionistas versus Perú* (Sentencia del 28.02.2003), me permití ponderar, en la misma línea de pensamiento, que

“En efecto, la afirmación de dichas personalidad y capacidad jurídicas constituye el legado verdaderamente revolucionario de la evolución de la doctrina jurídica internacional en la segunda mitad el siglo XX. Ha llegado el momento de superar las limitaciones clásicas de la *legitimatio ad causam* en el Derecho Internacional, que tanto han frenado su desarrollo progresivo hacia la construcción de un nuevo *jus gentium*. (...)” (par. 24)<sup>253</sup>.

Manifestaciones en este sentido encuéntranse en la jurisprudencia reciente de esta Corte en materia no sólo *contenciosa*, sino también

---

250. Poco después de la realización, en esta ciudad, de una histórica sesión externa de la Corte Interamericana.

251. Cf. “Discurso [del Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Juez Antônio Augusto Cançado Trindade, en el Plenario de la Asamblea General de la OEA]”, in: OEA, *Asamblea General, XXXIII Período Ordinario de Sesiones (Santiago de Chile, Junio de 2003) - Actas y Documentos*, vol. II, Washington D.C., Secretaría General de la OEA, pp. 168-171.

252. OEA, documento AG/RES.2129 (XXXV-0/050), del 07.06.2005, pp. 1-3; OEA, documento CP/CAJP-2311/05/Rev.2, del 27.02.2006, pp. 1-3.

253. Más recientemente recordé esta ponderación en mi Voto Concurrente (párr. 7) en las Medidas Provisionales de Protección en el caso de dos *Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el Complejo del Tatuapé de FEBEM versus Brasil* (Resolución del 30.11.2005).

consultiva, a ejemplo de su Opinión Consultiva n. 17, sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño (del 28.08.2002), el qual se situó en la misma línea de afirmación de la emancipación jurídica do ser humano, al enfatizar la consolidación de la personalidad jurídica de los niños, como verdaderos sujetos de directo y no simples objeto de protección; fue éste el *Leitmotiv* que permeó todo la Opinión Consultiva n. 17 de la Corte<sup>254</sup>.

46. Anteriormente, el contencioso del supracitado *leading case* de los “Niños de la Calle” (caso *Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, 1999-2001) reveló la importancia del acceso directo de los individuos a la jurisdicción internacional, posibilitándoles vindicar sus derechos contra las manifestaciones del poder arbitrario, y dando un contenido ético a las normas tanto del derecho público interno como del derecho internacional. Su relevancia fue claramente demostrada ante la Corte en el procedimiento de aquel caso histórico, en el cual las madres de los niños asesinados, tan pobres y abandonadas como los hijos, tuvieran acceso a la jurisdicción internacional, comparecieron a juicio<sup>255</sup>, y, gracias a las Sentencias en cuanto al fondo y reparaciones de esta Corte<sup>256</sup>, que las ampararon, pudieron por lo menos recuperar la fe en la Justicia humana<sup>257</sup>.

47. Trascorridos cuatro años, el caso del *Instituto de Reeducación del Menor versus Paraguay* vino una vez más demostrar, como señalé en mi Voto Razonado (párrs. 3-4) que el ser humano, aún en las condiciones más adversas, irrumpió como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, dotado de plena capacidad jurídico-procesal internacional. La Sentencia de la Corte en este último caso reconoció debidamente la alta relevancia de las históricas reformas introducidas por la Corte en su actual Reglamento (párrs. 107, 120-121 y 126), vigente a partir de 2001<sup>258</sup>, en pro de la *titularidad*, de los individuos, de los derechos protegidos, otorgándoles *locus standi in judicio* en todas

254. Y afirmado de modo elocuente en los párrafos 41 y 28 de la misma.

255. Audiencias públicas de los días 28-29.01.1999 y 12.03.2001 ante esta Corte.

256. De 19.11.1999 y de 26.05.2001, respectivamente.

257. En mi extenso Voto Razonado (párrs. 1-43) en aquel caso (Sentencia de reparaciones, del 26.05.2001), resalté precisamente este punto, además de otro virtualmente inexplorado en la doctrina y jurisprudencia internacionales hasta la fecha, a saber, la tríada de la victimización, del sufrimiento humano y de la rehabilitación de las víctimas.

258. Cf., a respeito, A.A. Cançado Trindade, «Le nouveau Règlement de la Cour Intermétricaine des Droits de l'Homme: quelques réflexions sur la condition de l'individu

las etapas del procedimiento contencioso ante la Corte. Los referidos casos de los “Niños de la Calle” y del *Instituto de Reeducación del Menor* son testimonios elocuentes de tal titularidad, afirmada y ejercida ante esta Corte, aún en situaciones da la más extrema adversidad<sup>259</sup>.

48. En mi Voto Concurrente en otro caso contencioso resuelto por esta Corte, el de los *Cinco Pensionistas versus Peru* (Sentencia de 28.02.2003), - el primer caso tratado enteramente bajo el cuarto y actual Reglamento de la Corte, - ponderé, en la misma línea de pensamiento, que

“En efecto, la afirmación de dichas personalidad y capacidad jurídicas constituye el legado verdaderamente revolucionario de la evolución de la doctrina jurídica internacional en la segunda mitad el siglo XX. Ha llegado el momento de superar las limitaciones clásicas de la *legitimatio ad causam* en el Derecho Internacional, que tanto han frenado su desarrollo progresivo hacia la construcción de un nuevo *jus gentium*. (...)" (párr. 24)<sup>260</sup>.

49. Manifestaciones en este sentido por parte de la Corte encuéntranse igualmente en el ejercicio de su función consultiva. A ejemplo de su Opinión Consultiva n. 17, sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* (del 28.08.2002), la cual se situó en la misma línea de afirmación de la emancipación jurídica del ser humano, al enfatizar la consolidación de la personalidad jurídica de los niños, como verdaderos sujetos de derecho y no como simple objeto de protección. Fue éste el *Leitmotiv* que permeó toda la Opinión Consultiva n. 17 de la Corte<sup>261</sup>.

---

comme sujet du Droit international», in *Libertés, justice, tolérance - Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 351-365.

259. Como, no caso do *Instituto de Reeducação do Menor*, as que padeceram os internos no Instituto “Panchito López”, inclusive em meio a três incêndios (com internos mortos queimados, ou feridos), e mesmo ante as limitações de sua capacidade jurídica em razão de sua condição existencial de meninos (menores de idade); ainda assim, sua *titularidade* de direitos emanados diretamente do direito internacional tem subsistido intacta, e sua causa alcançou um tribunal internacional de direitos humanos.

260. Más recientemente recordé esta ponderación en mi Voto Concurrente (párr. 7) en las Medidas Provisionales de Protección en el caso de dos *Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el Complejo del Tatuapé de FEBEM versus Brasil* (Resolución del 30.11.2005).

261. Y afirmado de modo elocuente en los párrafos 41 y 28.

50. En los cinco últimos años, los individuos peticionarios han pasado a participar activamente en todas las etapas del procedimiento contencioso ante la Corte Interamericana, con resultados muy positivos en los tres últimos años. Además, pasaron igualmente a tener participación de las más activas también en el procedimiento consultivo, como ilustrado por lo ocurrido en relación con las históricas 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 de octubre de 1999), y Opinión Consultiva n. 18, sobre *La Condición Jurídica y los Derechos de los Migrantes Indocumentados* (del 17 de septiembre de 2003).

51. La participación directa de los individuos, en los últimos años, en todo el procedimiento ante la Corte, no se ha limitado a los casos contenciosos y opiniones consultivas. Se ha extendido igualmente a las medidas provisionales de protección, en casos ya bajo el conocimiento de la Corte, a partir de los casos del *Tribunal Constitucional* (2000), y de *Loayza Tamayo* (2000), ambos relativos al Perú. Ésto demuestra no sólo la viabilidad, sino también la importancia, del *acceso directo* del individuo, sin intermediarios, a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aún más en una situación de extrema gravedad y urgencia. Estamos, en efecto, en medio de un proceso histórico, y jurídicamente revolucionario, de construcción del nuevo paradigma propio del *jus gentium* de este inicio del siglo XXI.

52. El presente caso de la *Comunidad Indígena Sawhoyamaxa*, precedido por el caso de la *Comunidad Indígena Yakyé Axa*, se insertan en la línea de emancipación del ser humano *vis-à-vis* su propio Estado para la vindicación de los derechos que le son inherentes, y que son anteriores y superiores a dicho Estado. Los miembros de las referidas comunidades indígenas, abandonados a la vera de carreteras, tuvieran su causa examinada y resuelta (aunque de modo no enteramente satisfactorio) por un tribunal internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Quizás este desarrollo de la conciencia humana universal no pudiera ser anticipado por los llamados “realistas” hace algunos años atrás. Algo ha efectivamente cambiado en el mundo, y, en este particular, para mejor.

53. Con el impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la conciencia humana parece haber despertado para el sufrimiento de los abandonados en las calles y la vera de las carreteras

del mundo. El ser humano empieza ha entender que no puede vivir en paz consigo mismo ante el sufrimiento silencioso de los demás, inclusive de los que lo circundan. Es posible, y así lo espero, que, mediante la presente Sentencia de la Corte, la “noche oscura”<sup>262</sup> de los miembros de la *Comunidad Sawhoyamaxa* esté llegando al fin. El Estado demandado dió muestras, en trechos de sus dos escritos presentados ante la Corte en el presente caso, de su disposición de cumplir fielmente con la Sentencia de la Corte.

54. El sufrimiento humano sigue siendo un misterio que permea la existencia de todos y de cada uno. A lo largo de los siglos, ha sido objeto de reflexión por parte de teólogos, filósofos y escritores (y, en menor escala, inclusive de juristas). Sin embargo, a mi modo de ver, no han logrado explicarlo convincentemente, y no han encontrado un respuesta satisfactoria para su presencia a lo largo de la existencia humana. Algunos - sobre todo teólogos y filósofos - han encontrado algún consuelo en sus reflexiones, sobre todo al señalar el carácter temporario o pasajero del mismo (dado que el propio tiempo existencial suele ser breve), y la búsqueda de un apoyo trascendental ante el mismo.

55. Pero cómo explicar el sufrimiento de niños inocentes? Cómo entender el destino de un niño nascido en la vera de una carretera, que pasa rápidamente por esta vida y luego fallece en la vera de la misma carretera? Más que un absurdo, es una gran injusticia, un sufrimiento causado por el hombre a sus semejantes. Gran parte del sufrimiento humano es causada por el propio hombre; fue lo que señaló, v.g., C.S. Lewis en su estudio sobre *El Problema del Sufrimiento* (1940), en que recordaba las ponderaciones de Aristóteles y Tomás de Aquino en cuanto a la importancia del *conocimiento* de la existencia del mal, para enfrentarlo y no dejar tomarse por él<sup>263</sup>. Casi un siglo antes, en sus reflexiones sobre *El Sufrimiento del Mundo* (1850), A. Schopenhauer advertía para la triste situación de los que “lived tormented lives in poverty and wretchedness, without recognition, without sympathy”, mientras todas las facilidades y ventajas “went to the unworthy”<sup>264</sup>, - para expresar su propia inconformidad con tal situación:

---

262. Parafraseando las célebres meditaciones de San Juan de la Cruz, en el siglo XVI.

263. C.S. Lewis, *The Problem of Pain*, N.Y., Harper Collins, 1996 [reed.], pp. 123-124, y cf. pp. 86 y 117.

264. A. Schopenhauer, *On the Suffering of the World*, London, Penguin, 2004 [rred.], p. 132.

"(...) Existence is typified by unrest. In such a world, where no stability of any kind, no enduring state is possible, where everything is involved in restless change and confusion and keeps itself on its tightrope only by continually striding forward, - in such a world, happiness is not so much as to be thought of"<sup>265</sup>.

56. Difícilmente se encontraría una explicación para el sufrimiento humano. Lo más probable es que los intelectualmente honestos pasen toda la vida buscándola, y esta búsqueda es todo a que puedan aspirar. Recientemente, un teólogo de 91 años de edad resolvió dar a público un relato de los diálogos personales que mantuvo con Albert Camus, 40 años después de la muerte trágica de este gran escritor del siglo XX, agnóstico y profundo investigador del alma humana. En su relato dió cuenta de la búsqueda desesperada, y en vano, de A. Camus (movida por su fe humanista, más que religiosa) por una explicación para la desgracia de la condición humana, y su desahogo en una ocasión:

"El silencio del universo me llevó a concluir que el mundo no tiene significado. Este silencio sinaliza los males de la guerra, de la pobreza y del sufrimiento del inocente. (...) Todo lo que puedo hacer es escribir al respecto y seguir escribiendo al respecto"<sup>266</sup>.

Después de transcribir estas palabras de A. Camus, el referido teólogo agregó que "uno de los problemas más difíciles que los seres humanos tienen que enfrentar es la existencia del mal. No es un problema exclusivamente religioso. Cualquier persona sensible es perturbada por el mal y por el dolor"<sup>267</sup>.

57. No podría dejar de rendir, en este Voto Razonado un reconocimiento al sufrimiento de las víctimas silenciosas del presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, - así como del anterior caso congénere de la *Comunidad Yakyé Axa*, - y evocar, en particular, la memoria de los inocentes que perdieron su vida en la vera de una carretera, y al dolor de sus familiares que sobreviven, en la vera de la misma carretera, en la miseria impuesta a ellos por la codicia y avaricia humanas. Como advertí en mi Voto Razonado en la Sentencia sobre

---

265. *Ibid.*, p. 18.

266. *Cit. in H. Mumma, Albert Camus e o Teólogo*, São Paulo, Carrenho Edit., 2002, p. 30.

267. *Ibid.*, pp. 31-32.

reparaciones en el caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, Sentencia del 26.05.2001), la tríada formada por la *victimización*, el *sufrimiento humano* y la *rehabilitación de las víctimas*, no ha sido suficientemente tratada por la jurisprudencia y la doctrina jurídica internacionales contemporáneas, y urge que lo sea, necesariamente a partir de la integralidad de la personalidad de las víctimas (párrs. 2-3 y 23 del Voto), tomando en cuenta inclusive su identidad cultural.

58. En el mismo Voto Razonado en el caso de los “*Niños de la Calle*” (reparaciones), me permití advertir además que

“(…) Aunque los responsables por el orden establecido no se den cuenta, el sufrimiento de los excluidos se proyecta ineluctablemente sobre todo el cuerpo social. La suprema injusticia del estado de pobreza infligido a los desafortunados contamina a todo el medio social (...). El sufrimiento humano tiene una dimensión tanto personal como social. Así, el daño causado a cada ser humano, por más humilde que sea, afecta a la propia comunidad como un todo. Como el presente caso lo revela, las víctimas se multiplican en las personas de los familiares inmediatos sobrevivientes, quienes, además, son forzados a convivir con el suplicio del silencio, de la indiferencia y del olvido de los demás” (párr. 22).

59. Gracias a la existencia de la jurisdicción internacional de los derechos humanos, el silencio de los inocentes, en el presente caso, ha, sin embargo, ecoado en el plano internacional. El presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa* demuestra que su personalidad y capacidad jurídicas internacionales se afirmaron y ejercieron de modo incuestionable. Ésto es particularmente significativo por las circunstancias del caso, tratándose de miembros de una comunidad indígena.

## **VIII. Reflexiones Finales**

### **1. Los Derechos de los Pueblos Indígenas en la Formación y Desarrollo del Derecho de Gentes (*Jus Gentium*)**

60. En los últimos años, se vienen desarrollando proyectos (de declaraciones) y estudios, en el ámbito de organizaciones

internacionales (tanto las Naciones Unidas como la Organización de los Estados Americanos - OEA), tendientes al reconocimiento del *jus standi* de los pueblos indígenas (sea ante los órganos convencionales de derechos humanos de Naciones Unidas, sea ante los tribunales internacionales - Cortes Interamericana y Europea - de derechos humanos). En el marco de la aserción de la personalidad jurídica internacional, y del ejercicio de la capacidad jurídica internacional, de los miembros de las comunidades indígenas, han asumido especial importancia sus derechos a sus tierras ancestrales<sup>268</sup>.

61. Se ha sugerido que estos ejercicios en los últimos años han sido movidos por un imperativo ético, para rescatar una deuda histórica que la comunidad internacional siente tener con los pueblos indígenas, para remediar y reparar las injusticias que les fueron causadas en los planos tanto material como espiritual. Más que en relación con otras minorías, el despertar de la conciencia humana, de la conciencia jurídica universal, para la necesidad de la consagración del *jus standi* de los pueblos indígenas configúrase como un verdadero imperativo ético para el rescate de una deuda social histórica<sup>269</sup>. En nada sorprende, pues,

que hoy día se multipliquen, de modo alentador, los estudios dedicados a la protección de los derechos de los pueblos indígenas<sup>270</sup>.

---

268. A. Meijknecht, *Towards International Personality: The Position of Minorities and Indigenous Peoples in International Law*, Antwerpen/Groningen, Intersentia-Hart, 2001, p. 227, y cf. pp. 134, 172, 175 y 213.

269. *Ibid.*, pp. 228 y 232-233.

270. Cf., *inter alia*, v.g., R. Stavenhagen y D. Iturralde, *Entre la Ley y la Costumbre - El Derecho Consuetudinario Indígena en América Latina*, México, Instituto Indigenista Interamericano/IIDH, 1990, pp. 15-388; R. Stavenhagen, *Derecho Indígena y Derechos Humanos en América Latina*, México, El Colegio de México/IIDH, 1988, pp. 9-353; A.A. An-Na'im, *Human Rights in Cross-Cultural Perspectives - A Quest for Consensus*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1992, pp. 189-384; P. Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 329-382; P. Thornberry, *Indigenous Peoples and Human Rights*, Manchester, University Press/Juris Publ., 2002, pp. 1-429; P. Pérez-Sales, R.B. Herzfeld y T. Durán Pérez, *Muerte y Desaparición Forzada en la Araucanía - Una Aproximación Étnica*, Santiago de Chile, Ed. LOM/Universidad Católica de Temuco, 1988, pp. 7-300; S.J. Anaya, *Indigenous Peoples in International Law*, 2a. ed., Oxford, University Press, 2004, pp. 3-291; N. Rouland, S. Pierré-Caps y J. Poumarède, *Direito das Minorias e dos Povos Autóctones*, Brasilia, Edit. Universidad de Brasilia, 2004, pp. 9-608; J. Castellino y N. Walsh (eds.), *International Law and Indigenous Peoples*, Leiden, Nijhoff, 2005, pp. 89-116 y 249-267; S. Tristán Donoso, *Régimen*

62. Las violaciones de los derechos de los pueblos indígenas, y las reparaciones debidas a éstos últimos, encuéntranse, en efecto, en las raíces del proceso histórico de formación del derecho de gentes, del *jus gentium*. Lo demuestran con vehemencia, en el siglo XVI, las célebres *Relecciones Teológicas* de Francisco de Vitoria, en particular su célebre *De Indis - Relectio Prior* (1538-1539), así como los *Tratados Doctrinales* (1552-1553) de Bartolomé de las Casas. Ambos autores se fundamentaron en el jusnaturalismo para desarrollar sus sólidos argumentos en defensa de los derechos de los pueblos indígenas.

63. En sus célebres *Relecciones* del siglo XVI, F. de Vitoria insistió en la necesidad de fiel observancia del *principio de humanidad* (invocando las reflexiones de Cícero), para enfrentar las "muchas atrocidades y crueidades fuera de toda humanidad"<sup>271</sup>. Afirmó F. de Vitoria que no se podía impedir los indígenas de "tener verdadero y legítimo dominio, tanto privado como público o político", y agregó que el fundamento último del Derecho consiste

"en la dignidad de la persona humana como *ser racional*. El hombre se constituye en persona moral y sujeto capaz de derechos y deberes por su racionalidad, ya que por el uso de su facultad racional y su consiguiente libertad tiene *dominio de sus propios actos* y es también dueño de elegir libremente sus destinos (...). La facultad racional es, pues, la raíz fundamento formal que otorga al hombre el ser *capaz de dominio* y de derechos"<sup>272</sup>.

64. Elocuente defensor del jusnaturalismo<sup>273</sup>, sostenía F. de Vitoria que el derecho natural está conforme a la *recta ratio*, emanando, pues, no de la voluntad sino de la razón, con miras a la realización sobre todo del bien común<sup>274</sup>. Como señalé en libro reciente, aún mucho antes de F. Vitoria, la *recta ratio* fue muy bien captada y conceptualizada

---

de *Propiedad de Pueblos Indígenas*, Panamá, Centro de Asistencia Legal Popular, 1993, pp. 3-62; J.E.R. Ordóñez Cifuentes (coord.), *Análisis Interdisciplinario de la Declaración Americana de los Derechos de los Pueblos Indígenas*, México, UNAM, 2001, pp. 1-160.

271. Cf. F. de Vitoria, *Relecciones del Estado, de los Indios y del Derecho de la Guerra*, 2a. ed., México, Ed. Porrúa, 1985 [reed.], pp. 95-96 y 98-99.

272. T. Urdanoy (ed.), *Obras de Francisco de Vitoria - Relecciones Teológicas*, Madrid, BAC, 1960, p. 521, y cf. p. 552.

273. Cf. *ibid.*, pp. 564 y 675.

274. F. de Vitoria, *La Ley [De Lege - Commentarium in Primam Secundae, 1533-1534]*, Madrid, Tecnos, 1995 [reed.], pp. 5, 23 y 77. Sobre la *recta ratio* como fundamento último

por Platón y Aristóteles, y luego, de modo insuperable, por Cícero y Tomás de Aquino, para en seguida ser debidamente situada en los fundamentos del *jus gentium*, precisamente por F. Vitoria, además de F. Suárez y H. Grotius<sup>275</sup> En efecto, el imperativo del *bien común* está profundamente arraigado en el pensamiento de Francisco de Vitoria, para quien constituye él una “finalidad superior” de la *civitas maxima*, y la propia evolución del derecho de gentes debe ser “obra colectiva de la comunidad humana” como un todo<sup>276</sup>.

65. A su vez, Bartolomé de las Casas denunció, en sus *Tratados Doctrinales* del mismo siglo XVI, que la “despoblación de más de dos mil léguas de tierra”, efectuada con “crueldad e inhumanidad” por “los españoles en las Índias”, generó “la perdición y muerte de tan infinitas gentes”<sup>277</sup>, además de la

“destrucción de su estado y de todo el bien común de aquel mundo, y contra el derecho de particulares, y contra la ley natural, quitando y robando y tiranizando no sólo las haciendas, pero la libertad, las vidas y las personas de unos para darlo a otros”<sup>278</sup>.

66. Según la enseñanza de B. de las Casas, a ninguna persona le es lícito desposeer a los demás, causar un tal agravio a los demás, transgrediendo así el derecho natural, y el de gentes<sup>279</sup>. Ésto llevó el autor a distinguir el derecho de gentes primordial, - para conservar los pactos, la libertad y el bien común, - del secundario, frente a la “maldad de los hombres”, las guerras y los cautiverios<sup>280</sup>. El rol de cada agente del poder público, - agregó, - debe ser posibilitar que cada criatura racional “alcance su fin” (sobre todo espiritual) como ser humano<sup>281</sup>.

---

del *jus gentium*, cf. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-29.

275. A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3-29.

276. Yves de la Brière, «Introduction», in *Vitoria et Suarez - Contribution des théologiens au Droit international moderne*, Paris, Pédone, 1939, pp. 5 y 10.

277. B. de las Casas, *Tratados*, tomo I, México, Fondo de Cultura Económica, 1997 [reed.], p. 219.

278. B. de las Casas, *Tratados*, tomo II, México, Fondo de Cultura Económica, 1997 [reed.], p. 761.

279. *Ibid.*, tomo II, p. 1249.

280. *Ibid.*, tomo II, p. 1255.

281. Cf. *ibid.*, tomo II, p. 1263.

Al expresar su indignación ante las despoblaciones, matanzas, servidumbre y otras crueidades perpetradas contra los indígenas, B. de Las Casas - al igual que F. de Vitoria, - invocó expresamente la *recta razón* y el derecho natural<sup>282</sup>.

67. Los discursos penetrantes de F. Vitoria y B. de las Casas en el siglo XVI siguen resonando en la conciencia humana y rivistiéndose de triste actualidad<sup>283</sup>. A lo largo de los siglos, cambiaron los victimarios, pero las víctimas siguen siendo las mismas, los pueblos indígenas en situación de alta vulnerabilidad, como ilustrado en el presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa* en este inicio del siglo XXI. Pero ha habido una evolución de la conciencia humana que hoy día hace la diferencia: la existencia de una jurisdicción internacional de los derechos humanos, última esperanza de los marginados y olvidados en las jurisdicciones nacionales.

68. En el presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, una vez más, el despertar de la conciencia jurídica universal, - como fuente material última de todo el Derecho, como vengo insistiendo en mis numerosos Votos en el seno de esta Corte<sup>284</sup>, - ha de nuevo posibilitado, después de los casos de los "Niños de la Calle" (1999-2001) y de la *Comunidad Yakye Axa* (2005), que los olvidados y abandonados del mundo, sobreviviendo en circunstancias las más adversas en medio a la total indigencia a ellos impuesta por sus semejantes, alcancasen la instancia judicial internacional en búsqueda de la realización de la justicia.

---

282. Cf. B. de las Casas, *Brevísima Relación de la Destrucción de las Indias* [1552], Barcelona, Ediciones 29, 1997 [reed.], pp. 7-94, esp. pp. 9 y 41.

283. Sobre la insensatez y el "mal esencial" de las relaciones de dominación y opresión, cf., v.g., Simone Weil, *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Opresión Social*, Barcelona, Ed. Paidós/Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, pp. 81-84 y 130-131.

284. Cf. mi Voto Concurrente en la pionera Opinión Consultiva n. 16, sobre el *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (1999), párrs. 3-4, 12 y 14; Voto Concurrente en las Medidas Provisionales de Protección en el caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiano en República Dominicana* (2000), párr. 12; Voto Razonado en el caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (fondo, 2000), párrs. 28 y 16; Voto Concurrente en la Opinión Consultiva n. 18, sobre la *Condición Jurídica y Derechos de Migrantes Indocumentados* (2003), párrs. 23-25 y 28-30, esp. par. 29; entre otros.

## **2. La Gran Lección del Presente Caso de la Comunidad Indígena Sawhoyamaxa**

69. En mi entender, en el presente caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, al igual que en el caso congénere de la *Comunidad Yakyé Axa*, se comprobó fehacientemente la responsabilidad internacional del Estado por la creación, y la perpetuación en el tiempo, de la situación de condiciones infrahumanas de vida que llevaron a la muerte de varios miembros de *ambas* Comunidades Indígenas. Al contrario de lo que sostuvo la mayoría de la Corte en el caso de la *Comunidad Yakyé Axa*, no se necesitaba prueba adicional alguna, ninguna “prueba para mejor proveer” (*la probatio diabolica*). Y la presunta ausencia de prueba (adicional) no podría jamás (como concluyó equivocadamente la mayoría de la Corte en el caso de la *Comunidad Yakyé Axa*) ser entendida como comprobando la no-ocurrencia de la responsabilidad internacional del Estado por la muerte de algunos miembros de la *Comunidad Yakyé Axa*. En su afán de decidir apresuradamente aquel caso (y otros), la mayoría de la Corte se apartó de la propia jurisprudencia del Tribunal, tanto en materia de derecho material - en relación con el derecho fundamental e inderogable a la vida - como en materia probatoria.

70. Menos mal que, transcurridos nueve meses desde aquella lamentable equivocación, la mayoría de la Corte rectificó enteramente su posición en la presente Sentencia en el caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, y se reencontró así con la más lúcida jurisprudencia del Tribunal. Pero subsiste el hecho de que los familiares de los muertos de la *Comunidad Yakyé Axa* no encontraron justicia plena ante esta instancia máxima interamericana, mientras que los de la *Comunidad Sawhoyamaxa* sí.

71. De nada valería, para evitar no admitir esta manifiesta equivocación, intentar sugerir que los dos casos no son “similares” o “idénticos”. Sería un sofisma inaceptable. Salta a los ojos, como evidencia ineluctable, que tanto en el caso de la *Comunidad Yakyé Axa* como en el de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, las violaciones de la Convención Americana son las mismas; la prueba es la misma; el perito (Sr. P. Balmaceda Rodríguez)<sup>285</sup> es el mismo; los victimados de ambas

---

285. Cf. párrafo 34(h) de la presente Sentencia.

Comunidades pertenecen al mismo Pueblo Indígena (Enxet-Lengua)<sup>286</sup> y al mismo subgrupo de antepasados (Chanawatsam)<sup>287</sup>; las condiciones infrahumanas de sobrevida en la indigencia de los miembros de ambas Comunidades son las mismas; los alegatos del Estado (en cuanto a la alegada entrega de víveres y a la supuesta asistencia médica brindada) son, para ambas Comunidades, los mismos<sup>288</sup>; los representantes de las víctimas em ambos casos son<sup>289</sup> los mismos<sup>290</sup>; el decreto de emergencia para ambas Comunidades (expresamente mencionadas en conjunto en dicho decreto) es el mismo; el Departamento (de Presidente Hayes) de ambas Comunidades es el mismo; y hasta la carretera (que une Pozo Colorado y Concepción), en cuya vera los miembros de ambas Comunidades siguen sobreviviendo en condiciones de pobreza crónica<sup>291</sup>, es la misma.

72. En realidad, lo único que no es lo mismo son, sorprendentemente, los criterios discrepantes utilizados por la mayoría de la Corte en los dos casos, en la valoración de la prueba para la determinación de la responsabilidad internacional del Estado por violación del derecho a la vida. Lo decidido por la mayoría de la Corte en el caso congénere de la *Comunidad Yakyé Axa* raya lo absurdo, por cuanto estableció la violación del derecho a la vida en perjuicio de los sobrevivientes, pero no estableció la violación del derecho a la vida en perjuicio de los que efectivamente fallecieron! *Summum jus, summa injuria*.

73. La gran lección a extraerse de este lamentable desvío jurisprudencial, remediado y superado en la presente Sentencia en el caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, es para mí clara. Un tribunal internacional de derechos humanos no puede perderse en tecnicismos, propios de tribunales nacionales (sobre todo en materia penal). Un tribunal internacional de derechos humanos no puede intentar frenar su propia jurisprudencia, pues actuamos en un dominio de protección que no admite retrocesos, como ya había yo firmemente advertido en mis extensos Votos Disidentes (párrs. 1-49, y 1-75, respectivamente) en

286. Cf., v.g., el párrafo 114(f) de la presente Sentencia.

287. Y dos familiares de la Comunidad Yakyé Axa se juntaron a la Comunidad Sawhoyamaxa.

288. Cf., v.g., el párrafo 57 de la presente Sentencia.

289. Con excepción de CEJIL, participante sólo en el contencioso del caso de la *Comunidad Yakyé Axa*.

290. Los integrantes de la organización no-gubernamental Tierraviva.

291. Separadas una de la otra por 43 km.

el caso de las *Hermanas Serrano Cruz versus El Salvador* (Sentencias de excepciones preliminares, del 23.11.2004, y de fondo y reparaciones, del 01.03.2005). Un tribunal internacional de derechos humanos no puede jamás permitirse bajar los estándares internacionales de protección, aún más cuando los justiciables se encuentran en una posición de flagrante vulnerabilidad, si no de abandono, condenados - muchos desde su nacimiento - por sus semejantes a la marginación social, y a la pobreza crónica, la cual constituye, a mi modo de ver<sup>292</sup>, la denegación de la totalidad de los derechos humanos.

74. *Last but not least*, en la presente Sentencia en el caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa*, la Corte ha, *sponte sua*, correctamente tomado la decisión de, en aplicación del principio *jura novit curia*, examinar por primera vez el derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica (artículo 3 de la Convención Americana), a la luz de las circunstancias del *cas d'espèce*. Teniendo presente que niños y niñas de la referida Comunidad no contaron con "partida de nacimiento, certificado de defunción o cualquier otro tipo de documento de identificación" (párr. 72.73), la Corte acertadamente estableció la violación del artículo 3 - en relación con el artículo 1(1) - de la Convención en el presente caso. No es mi propósito discorrer, en el final de este Voto Razonado, sobre la relevancia de la personalidad jurídica del ser humano en los planos tanto del derecho interno como del derecho internacional.

75. Limítome a hacer referencia a algunos de mis escritos sobre la materia<sup>293</sup>, señalando un aspecto importante que se desprende del

---

292. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, 2<sup>a</sup> ed., Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 203, 221 y 494; A.A. Cançado Trindade, *Direitos Humanos e Meio Ambiente - Paralelo dos Sistemas de Proteção International*, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1993, pp. 73-75.

293. A.A. Cançado Trindade, "A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional", in *Jornadas de Direito Internacional* (Cidade do México, dez. de 2001), Washington D.C., Subsecretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, 2002, pp. 311-347; A.A. Cançado Trindade, "Vers la consolidation de la capacité juridique internationale des pétitionnaires dans le système interaméricain des droits de la personne", 14 *Revue québécoise de droit international* (2001) n. 2, pp. 207-239; A.A. Cançado Trindade, "A Consolidação da Personalidade e da Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional", 16 *Anuario del Instituto Hispano-Luso-Americanos de Derecho Internacional* - Madrid (2003) pp. 237-288; A.A. Cançado Trindade, "Hacia la Consolidación de la Capacidad Jurídica Internacional de los Peticionarios en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", 37 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2003) pp. 13-52; A.A. Cançado

presente caso: aunque el Estado deje de reconocer la personalidad jurídica del ser humano como sujeto de derecho, apto a ejercer sus derechos subjetivos en el ordenamiento jurídico interno, ni por eso el ser humano encuéntrese privado de su personalidad jurídica, pues el derecho a dicha personalidad es un derecho inherente al ser humano. Aquí, una vez más, se evidencia el impacto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en los ordenamientos jurídicos internos o nacionales. Face a las carencias de estos últimos, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos viene al amparo de los individuos, para asegurarles la plena vigencia del derecho básico a la personalidad jurídica, de que nadie puede ser privado. El individuo, - como vengo sosteniendo en las últimas cuatro décadas, - es *sujeto del derecho tanto interno como internacional*, dotado en ambos ordenamientos jurídicos de personalidad jurídica, y de la correspondiente capacidad jurídico-procesal para vindicar los derechos que le son inherentes.

76. De ahí, una vez más, mi pesar ante al hecho de que la Corte haya omitido de dar, ya en el caso congénere de la *Comunidad Yakye Axa*, ese paso positivo, en cuanto al artículo 3 de la Convención Americana, plasmado en la presente Sentencia en el caso de la *Comunidad Sawhoyamaxa* (párrs. 183-190). Aquí, una vez más, los distintos criterios utilizados por la mayoría de la Corte en los dos casos congéneres han aumentado el flagrante desequilibrio del tratamiento jurídico de la protección brindada a los victimados de las dos Comunidades indígenas en cuestión, que se encuentran en la misma situación, padeciendo de las mismas privaciones y los mismos sufrimientos. Esto injustificable desequilibrio suele ocurrir cuando, en las deliberaciones judiciales, los requisitos de las tan necesarias paciencia y reflexión

---

Trindade, "El Derecho de Acceso a la Justicia Internacional y las Condiciones para Su Realización en el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", 37 *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos* (2003) pp. 53-83; A.A. Cançado Trindade, "Le nouveau Règlement de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme: quelques réflexions sur la condition de l'individu comme sujet du Droit international", in *Libertés, justice, tolérance - Mélanges en hommage au Doyen G. Cohen-Jonathan*, vol. I, Bruxelles, Bruylant, 2004, pp. 351-365; A.A. Cançado Trindade, "The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments", in *Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle - K. Vasak Amicorum Liber*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 521-544; A.A. Cançado Trindade, "A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado", 6/7 *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro* (1998-1999) pp. 425-434.

pieren terreno para la prisa y la precipitación, contra las cuales he estado en los últimos meses me posicionando, con *vox clamantis in deserto*, en el seno de la Corte.

**3. Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade en la Opinión Consultiva n. 17 (del 28.08.2002) sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño:**

1. Voto a favor de la adopción, por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, de la presente Opinión Consultiva n. 17 sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, la cual constituye, a mi juicio, un nuevo aporte de su jurisprudencia reciente a la evolución del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. La consulta formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encuadra perfectamente, a mi modo de ver, en la amplia base jurisdiccional de la función consultiva de la Corte Interamericana (artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), ya por ésta claramente explicada y establecida en su Opinión Consultiva n. 15 sobre los *Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos* (del 14.11.1997)<sup>294</sup>. La Corte tiene, así, la competencia para interpretar las disposiciones relevantes (objeto de la presente consulta) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados que vinculan los Estados de la región, además de la responsabilidad y del deber - como lo determina la Convención Americana - de ejercer su función consultiva, cuya operación es materia de *ordre public* internacional.

**I. Prolegómenos: Breves Precisiones Conceptuales**

2. El preámbulo de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 advierte en su preámbulo que "en todos los países del mundo hay niños que viven en condiciones excepcionalmente difíciles", necesitando por lo tanto "especial consideración". Los niños abandonados en las calles, los niños tragados por la delincuencia, el trabajo infantil, la prostitución infantil forzada, el tráfico de niños para venta de órganos, los niños involucrados en conflictos armados, los niños refugiados, desplazados y apátridas, son aspectos del cotidiano de la tragedia contemporánea de un mundo aparentemente sin futuro.

---

294. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-15/99, Serie A, n. 15, pp. 3-25, párrs. 1-59, esp. pp. 13-19 y 24, párrs. 23-41 y puntos resolutivos 1-2.

3. No veo cómo evitar ese prognóstico sombrío de que, un mundo que se descuida de sus niños, que destruye el encanto de su infancia dentro de ellos, que pone un fin prematuro a su inocencia, y que les somete a toda suerte de privaciones y humillaciones, efectivamente no tiene futuro. Un tribunal de derechos humanos no puede dejar de tomar conocimiento de esta tragedia, aún más cuando expresamente instado a pronunciarse sobre aspectos de los derechos humanos del niño y de su condición jurídica, en el ejercicio de su función consultiva, dotada de amplia base jurisdiccional.

4. Todos vivimos en el tiempo. El pasar del tiempo afecta nuestra condición jurídica. El pasar del tiempo debería fortalecer los vínculos de solidaridad que unen los vivos a sus muertos, acercándolos<sup>295</sup>. El pasar del tiempo debería fortalecer los vínculos de solidaridad que unen todos los seres humanos, jóvenes y ancianos, que experimentan un mayor o menor grado de vulnerabilidad en diferentes momentos a lo largo de su existencia. Sin embargo, ni siempre prevalece esta percepción de los efectos implacables del pasar del tiempo, que a todos nos consume.

5. De modo general, es al inicio y al final del tiempo existencial que uno experimenta mayor vulnerabilidad, frente a la proximidad del desconocido (el nacimiento y la primera infancia, la vejez y la muerte). Todo medio social debe, así, estar atento a la condición humana. El medio social que se descuida de sus niños no tiene futuro. El medio social que se descuida de sus ancianos no tiene pasado. Y contar sólo con el presente fugaz no es más que una mera ilusión.

6. En su punto resolutivo n. 1, la presente Opinión Consultiva n. 17 de la Corte Interamericana dispone que, “de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección*”<sup>296</sup>. En efecto, son sujetos de derecho los

---

295. Cf., sobre este punto, mis Votos Razonados en el caso *Bámaca Velásquez versus Guatemala*, Sentencia del fondo, del 25.11.2000, Serie C, n. 70, párrs. 1-40 del Voto; y Sentencia sobre reparaciones, del 22.02.2002, Serie C, párrs. 1-26 del Voto.

296. (Énfasis acrecentado). - Dispone el artículo 19 de la Convención Americana que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

niños<sup>297</sup>, y no la infancia o la niñez. Son sujetos de derecho los ancianos, y no la vejez. Son sujetos de derecho las personas con discapacidad<sup>298</sup>, y no la discapacidad ella misma. Son sujetos de derechos los apátridas, y no la apatridia. Y así por delante. Las limitaciones de la capacidad jurídica en nada subtraen a la personalidad jurídica. El titular de derechos es el ser humano, de carne y hueso y alma, y no la condición existencial en que se encuentra temporalmente.

7. Desde el universo conceptual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, - en el cual se enmarcan, a mi modo de ver, los derechos humanos del niño, - son los niños los titulares de derechos, y no la infancia o la niñez. Un individuo puede tener derechos específicos en virtud de la condición de vulnerabilidad en que se encuentre (v.g., los niños, los ancianos, las personas con discapacidad, los apátridas, entre otros), pero el titular de derechos sigue siendo siempre él, como persona humana, y no la colectividad o el grupo social al que pertenece por su condición existencial (v.g., la infancia o niñez, la vejez, la discapacidad, la apatridia, entre otros).

8. Es cierto que la personalidad y la capacidad jurídicas guardan estrecha vinculación, pero en el plano conceptual se distinguen. Puede ocurrir que un individuo tenga personalidad jurídica sin disfrutar, en razón de su condición existencial, de plena capacidad para actuar. Así, en el presente contexto, por personalidad se puede entender la aptitud para ser titular de derechos y deberes, y por capacidad la aptitud para ejercerlos por sí mismo (capacidad de ejercicio). La capacidad encuéntrase, pues, íntimamente vinculada a la personalidad; sin embargo, si por alguna situación o circunstancia un individuo no dispone de plena capacidad jurídica, ni por eso deja de ser sujeto de derecho. Es el caso de los niños.

9. Dada la importancia transcendental de la materia tratada en la presente Opinión Consultiva n. 17 de la Corte Interamericana de

---

297. Término que, - como señala la Corte (nota 43 de la presente Opinión Consultiva), - abarca, evidentemente, los niños y las niñas y los adolescentes.

298. El preámbulo de la Convención Interamericana para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (de 1999), v.g., empieza por reafirmar que las personas con discapacidad "tienen los mismos derechos humanos" que otras personas (inclusive el derecho de no verse sometidas a discriminación basada en la discapacidad), los cuales "dimanan de la dignidad y la igualdad que son inherentes a todo ser humano".

Derechos Humanos sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, me veo en el deber de dejar constancia de mis reflexiones sobre la materia, centradas en seis aspectos medulares, que considero de la mayor relevancia y actualidad, y que conforman una temática que me ha consumido años de estudio y meditación, a saber: primero, la cristalización de la personalidad jurídica internacional del ser humano; segundo, la personalidad jurídica del ser humano como respuesta a una necesidad de la comunidad internacional; tercero, el advenimiento del niño como verdadero sujeto de derechos en el plano internacional; cuarto, el derecho subjetivo, los derechos humanos y la nueva dimensión de la personalidad jurídica internacional del ser humano; quinto, las implicaciones y proyecciones de la personalidad jurídica del niño en el plano internacional; y sexto, los derechos humanos del niño y las obligaciones de su protección *erga omnes*. Pasemos a un examen suscinto de cada uno de esos aspectos.

## **II. La Cristalización de la Personalidad Jurídica Internacional del Ser Humano**

10. La cristalización de la personalidad jurídica internacional del ser humano constituye, en mi entender<sup>299</sup>, el legado más precioso de la ciencia jurídica del siglo XX, que requiere mayor atención por parte de la doctrina jurídica contemporánea. En este particular, el Derecho Internacional experimenta hoy, al inicio del siglo XXI, de cierto modo un retorno a los orígenes, en el sentido que fue originalmente concebido como un verdadero *jus gentium*, el derecho de gentes. Ya en los siglos XVI y XVII, los escritos de los llamados fundadores del Derecho Internacional (especialmente los de F. Vitoria, F. Suárez y H. Grotius, además de los de A. Gentili y S. Pufendorf) sostenían el ideal de la *civitas maxima gentium*, constituida por seres humanos organizados socialmente en Estados y coextensiva con la propia humanidad<sup>300</sup>.

---

299. A.A. Cançado Trindade, "The Procedural Capacity of the Individual as Subject of International Human Rights Law: Recent Developments", *Karel Vasak Amicorum Liber - Les droits de l'homme à l'aube du XXIe siècle*, Bruxelles, Bruylants, 1999, pp. 521-544; A.A. Cançado Trindade, *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 17-96; A.A. Cançado Trindade, *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2001, pp. 317-374.

300. Es cierto que el mundo cambió enteramente, desde que Vitoria, Suárez, Gentili, Grotius, Pufendorf y Wolff escribieron sus obras, pero la aspiración humana sigue la

11. Lamentablemente, las reflexiones y la visión de los llamados fundadores del Derecho Internacional (consignadas notadamente en los escritos de los teólogos españoles y en la obra grociana), que lo concebían como un sistema verdaderamente *universal*<sup>301</sup>, vinieron a ser suplantadas por la emergencia del positivismo jurídico, que 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 (según el positivismo voluntarista) se tornó el criterio predominante en el Derecho Internacional, negando *jus standi* a los individuos, a los seres humanos<sup>302</sup>.

12. Ésto dificultó la comprensión de la comunidad internacional, y debilitó el propio Derecho Internacional, reduciéndolo a un derecho estrictamente interestatal, no más *por encima* sino *entre* Estados soberanos<sup>303</sup>. En efecto, cuando el ordenamiento jurídico internacional se alejó de la visión universal de los llamados “fundadores” del derecho de gentes (cf. *supra*), sucesivas atrocidades se cometieron contra el género humano. Las consecuencias desastrosas de esa distorsión son ampliamente conocidas.

13. Ya a finales de la década de los veinte, surgían las primeras reacciones doctrinales contra esta posición reaccionaria<sup>304</sup>. Y a mediados del siglo XX la más lúcida doctrina jusinternacionalista se distanciaba definitivamente de la formulación hegeliana y neo-hegeliana del

---

misma. A.A. Cançado Trindade, “A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo como Sujeito do Direito Internacional”, in *Jornadas de Derecho Internacional* (UNAM, Ciudad de México, 11-14 de diciembre de 2001), Washington D.C., Secretaría General de la OEA, 2002, pp. 311-347.

301. C.W. Jenks, *The Common Law of Mankind*, London, Stevens, 1958, pp. 66-69; e cf. também R.-J. Dupuy, *La communauté internationale entre le mythe et l'histoire*, Paris, Economica/UNESCO, 1986, pp. 164-165.

302. P.P. Remec, *The Position of the Individual in International Law According to Grotius and Vattel*, The Hague, Nijhoff, 1960, pp. 36-37.

303. *Ibid.*, p. 37.

304. Como, v.g, la luminosa monografía de Jean Spiropoulos, *L'individu en Droit international*, Paris, LGDJ, 1928, pp. 66 y 33, y cf. p. 19. Ponderó el autor que, a contrario de lo que se desprendía de la doctrina hegeliana, el Estado no es un ideal supremo submiso tan sólo a su propia voluntad, no es un fin en sí mismo, sino «un medio de realización de las aspiraciones y necesidades vitales de los individuos», siendo, pues, necesario proteger el ser humano contra la lesión de sus derechos por su propio Estado. *Ibid.*, p. 55; una evolución en ese sentido, agregó, habría que aproximarnos del ideal de la *civitas maxima*.

Estado como depositario final de la libertad y responsabilidad de los individuos que lo componían, y que en él [en el Estado] se integraban enteramente<sup>305</sup>. Contra la corriente doctrinal del positivismo tradicional<sup>306</sup>, que pasó a sostener que solamente los Estados eran sujetos del Derecho Internacional<sup>307</sup>, emergió una corriente opuesta<sup>308</sup>, sosteniendo, *a contrario sensu*, que, en última instancia, solamente los individuos, destinatarios de todas las normas jurídicas, eran sujetos del Derecho Internacional. Jamás hay que olvidar que, al fin y al cabo, el Estado existe para los seres humanos que lo componen, y no *vice-versa*.

14. Mientras tanto, persistía la vieja polémica, estéril y ociosa, entre monistas y dualistas, erigida en falsas premisas, que, no sorprendentemente, dejó de contribuir a los esfuerzos doctrinales en pro de la emancipación del ser humano *vis-à-vis* su propio Estado. En efecto, lo que hicieron tanto los dualistas como los monistas, en este particular, fue “personificar” el Estado como sujeto del Derecho Internacional<sup>309</sup>. Los monistas descartaron todo antropomorfismo, afirmando la subjetividad internacional del Estado por una análisis de la persona jurídica<sup>310</sup>; y los dualistas<sup>311</sup> no se contuvieron en sus excesos de caracterización de los Estados como sujetos únicos del Derecho Internacional<sup>312</sup>.

---

305. W. Friedmann, *The Changing Structure of International Law*, London, Stevens, 1964, p. 247.

306. Formada, además de Triepel y Anzilotti, también por K. Strupp, E. Kaufmann, R. Redslab, entre otros.

307. Postura que también vino a ser adoptada por la llamada doctrina soviética del Derecho Internacional, con énfasis en la “coexistencia pacífica” inter-estatal; cf., v.g., Y.A. Korovin, S.B. Krylov, *et alii*, *International Law*, Moscow, Academy of Sciences of the USSR/Institute of State and Law, [s/f], pp. 93-98 y 15-18; G.I. Tunkin, *Droit international public - problèmes théoriques*, Paris, Pédone, 1965, pp. 19-34.

308. Formada por L. Duguit, G. Jèze, H. Krabbe, N. Politis y G. Scelle, entre outros.

309. Cf. C.Th. Eustathiades, «Les sujets du Droit international et la responsabilité internationale - Nouvelles tendances», 84 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1953) p. 405.

310. *Ibid.*, p. 406.

311. A ejemplo sobre todo de H. Triepel y D. Anzilotti.

312. Para una crítica a la incapacidad de la tesis dualista de explicar el acceso de los individuos a la jurisdicción internacional, cf. Paul Reuter, «Quelques remarques sur la situation juridique des particuliers en Droit international public», *La technique et les principes du Droit public - Études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. II, Paris, LGDJ, 1950, pp. 542-543 y 551.

15. Con el reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano en el plano internacional, el Derecho Internacional pasó a configurarse como un *corpus juris* de emancipación. No hay “neutralidad” en el Derecho; todo Derecho es *finalista*, y los destinatarios últimos de las normas jurídicas tanto nacionales como internacionales son los seres humanos. A mediados del siglo XX, la propia experiencia jurídica contradecía categóricamente la teoría infundada de que los individuos eran simples *objetos* del ordenamiento jurídico internacional, y destruía otros prejuicios del positivismo estatal<sup>313</sup>. En la doctrina jurídica de entonces se tornaba patente el reconocimiento de la expansión de la protección de los individuos en el ordenamiento jurídico internacional<sup>314</sup>, como verdaderos sujetos de derecho (del *law of nations*)<sup>315</sup>.

16. En la ponderación de René Cassin, escribiendo en 1950, por ejemplo, son sujetos de derecho “todas las criaturas humanas”, como miembros de la “sociedad universal”, siendo “inconcebible” que el Estado venga a negarles esta condición<sup>316</sup>. Los derechos humanos se concebieron como *inherentes* a todo ser humano, independientemente de cualesquiera circunstancias en que se encuentre. Ya entonces, el individuo pasaba a ser visto como sujeto *jure suo* del Derecho internacional, tal como sostenía la doctrina más lúcida, desde la de los llamados fundadores del derecho de gentes (*droit des gens*)<sup>317</sup>.

17. También en el continente americano, aún antes de la adopción de las Declaraciones Americana y Universal de Derechos Humanos de 1948, florecieron manifestaciones doctrinales en pro de la personalidad jurídica internacional de los individuos, como las que se encuentran, por

313. Cf. G. Sperduti, *L'Individuo nel Diritto Internazionale*, Milano, Giuffrè Ed., 1950, pp. 104-107.

314. C. Parry, «Some Considerations upon the Protection of Individuals in International Law», 90 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1956) p. 722.

315. H. Lauterpacht, *International Law and Human Rights*, London, Stevens, 1950, pp. 69, 61 y 51; y, anteriormente, H. Lauterpacht, «The International Protection of Human Rights», 70 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1947) pp. 11, 6-9 y 104.

316. R. Cassin, «L'homme, sujet de droit international et la protection des droits de l'homme dans la société universelle», in *La technique et les principes du Droit public - Études en l'honneur de Georges Scelle*, vol. I, Paris, LGDJ, 1950, pp. 81-82.

317. P.N. Drost, *Human Rights as Legal Rights*, Leyden, Sijthoff, 1965, pp. 223 e 215.

ejemplo, en las obras de Alejandro Álvarez<sup>318</sup> y Hildebrando Accioly<sup>319</sup>. En efecto, estudios sucesivos sobre los instrumentos internacionales de protección internacional pasaron a enfatizar precisamente la importancia histórica del reconocimiento de la personalidad jurídica internacional de los individuos<sup>320</sup>.

18. Todo el nuevo *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido construído sobre la base de los imperativos de protección y los intereses superiores del ser humano, independientemente de su vínculo de nacionalidad o de su estatuto político, o cualquiera otra situación o circunstancia. De ahí la importancia que asume, en ese nuevo derecho de protección, la personalidad jurídica del individuo, como sujeto del derecho tanto

---

318. A. Álvarez, *La Reconstrucción del Derecho de Gentes - El Nuevo Orden y la Renovación Social*, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1944, pp. 46-47 y 457-463, y cf. pp. 81, 91 y 499-500.

319. H. Accioly, *Tratado de Direito Internacional Público*, vol. I, 1a. ed., Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1933, pp. 71-75.

320. Cf., e.g., R. Cassin, «Vingt ans après la Déclaration Universelle», 8 *Revue de la Commission internationale de juristes* (1967) n. 2, pp. 9-17; W.P. Gormley, *The Procedural Status of the Individual before International and Supranational Tribunals*, The Hague, Nijhoff, 1966, pp. 1-194; C.A. Norgaard, *The Position of the Individual in International Law*, Copenhagen, Munksgaard, 1962, pp. 26-33 y 82-172; A.A. Cançado Trindade, *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, University Press, 1983, pp. 1-445; A.A. Cançado Trindade, *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 2a. ed., Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, pp. 1-327; F. Matscher, «La Posizione Processuale dell'Individuo come Ricorrente dinanzi agli Organi della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo», in *Studi in Onore di Giuseppe Sperduti*, Milano, Giuffrè, 1984, pp. 601-620; A.Z. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 20-34 e 341; P. Thornberry, *International Law and the Rights of Minorities*, Oxford, Clarendon Press, 1992 [reprint], pp. 38-54; J.A. Carrillo Salcedo, *Dignidad frente a Barbarie - La Declaración Universal de Derechos Humanos, Cincuenta Años Despues*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, pp. 27-145; E.-I.A. Daes (rapporteur spécial), *La condition de l'individu et le Droit international contemporain*, ONU doc. E/CN.4/Sub.2/1988/33, de 18.07.1988, pp. 1-92; J. Ruiz de Santiago, «Reflexiones sobre la Regulación Jurídica Internacional del Derecho de los Refugiados», in *Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo* (ed. J. Irigoin Barrenne), Santiago, Universidad de Chile, 1991, pp. 124-125 e 131-132; R.A. Mullerson, "Human Rights and the Individual as Subject of International Law: A Soviet View", 1 *European Journal of International Law* (1990) pp. 33-43; A. Debricon, "L'exercice efficace du droit de recours individuel", in *The Birth of European Human Rights Law - Liber Amicorum Studies in Honour of C.A. Norgaard* (eds. M. de Salvia y M.E. Villiger), Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1998, pp. 237-242.

interno como internacional<sup>321</sup>. Hoy se reconoce la responsabilidad del Estado por todos sus actos - tanto *jure gestionis* como *jure imperii* - y todas sus omisiones, lo que pone de relieve la personalidad jurídica de los individuos y su acceso directo a la jurisdicción internacional para hacer valer sus derechos (inclusive contra el propio Estado)<sup>322</sup>.

19. El Estado, creado por los propios seres humanos, y por ellos compuesto, para ellos existe, para la realización de su bien común. Para este reconocimiento han contribuído decisivamente, en el plano internacional, la considerable evolución en las cinco últimas décadas del Derecho Internacional de los Derechos Humanos<sup>323</sup>, a la cual se puede agregar del mismo modo la del Derecho Internacional Humanitario; también este último considera las personas protegidas no como simples objeto de la reglamentación que establecieron, sino

---

321. Sobre la evolución histórica de la personalidad jurídica en el derecho de gentes, cf. H. Mosler, «Réflexions sur la personnalité juridique en Droit international public», *Mélanges offerts à Henri Rolin - Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone, 1964, pp. 228-251; G. Arangio-Ruiz, *Diritto Internazionale e Personalità Giuridica*, Bologna, Coop. Libr. Univ., 1972, pp. 9-268; G. Scelle, "Some Reflections on Juridical Personality in International Law", *Law and Politics in the World Community* (ed. G.A. Lipsky), Berkeley/L.A., University of California Press, 1953, pp. 49-58 e 336; J.A. Barberis, *Los Sujetos del Derecho Internacional Actual*, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 17-35; J.A. Barberis, "Nouvelles questions concernant la personnalité juridique internationale", 179 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1983) pp. 157-238; A.A. Cançado Trindade, "The Interpretation of the International Law of Human Rights by the Two Regional Human Rights Courts", *Contemporary International Law Issues: Conflicts and Convergence* (Proceedings of the III Joint Conference ASIL/Assem Instituut, The Hague, July 1995), The Hague, Assem Instituut, 1996, pp. 157-162 e 166-167; C. Dominicé, "La personnalité juridique dans le système du droit des gens" *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century - Essays in Honour of Krzysztof Skubiszewski* (ed. J. Makarczyk), The Hague, Kluwer, 1996, pp. 147-171; M. Virally, «Droits de l'homme et théorie générale du Droit international», *René Cassin Amicorum Discipulorumque Liber*, vol. IV, Paris, Pédone, 1972, pp. 328-329.

322. S. Glaser, «Les droits de l'homme à la lumière du droit international positif», *Mélanges offerts à Henri Rolin - Problèmes de droit des gens*, Paris, Pédone, 1964, p. 117, y cf. pp. 105-106, 114-118 y 123.

323. Cf. M. Ganji, *International Protection of Human Rights*, Genève/Paris, Droz/Minard, 1962, pp. 178-192; A.A. Cançado Trindade, "Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)", 202 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1987) pp. 1-435; P. Sieghart, *The International Law of Human Rights*, Oxford, Clarendon Press, 1983, pp. 20-23.

como verdaderos sujetos del Derecho Internacional<sup>324</sup>. Al fin y al cabo, todo el Derecho existe para el ser humano, y el derecho de gentes no hace excepción a ésto, garantizando al individuo sus derechos y el respeto de su personalidad<sup>325</sup>.

20. El “eterno retorno” o “renacimiento” del jusnaturalismo ha sido reconocido por los propios jusinternacionalistas<sup>326</sup>, contribuyendo en mucho a la afirmación y la consolidación de la primacía, en el orden

---

324. Es lo que se desprende, v.g., de la posición de las cuatro Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario de 1949, erigida a partir de los derechos de las personas protegidas (v.g., III Convención, artículos 14 y 78; IV Convención, artículo 27); tanto es así que las cuatro Convenciones de Ginebra proíben claramente a los Estados Partes derogar - por acuerdos especiales - las reglas en ellas enunciadas y en particular restringir los derechos de las personas protegidas en ellas consagrados (I, II y III Convenciones, artículo 6; y IV Convención, artículo 7); cf. A. Randelzhofer, “The Legal Position of the Individual under Present International Law”, *State Responsibility and the Individual - Reparation in Instances of Grave Violations of Human Rights* (eds. A. Randelzhofer y Ch. Tomuschat), The Hague, Nijhoff, 1999, p. 239. - En realidad, las primeras Convenciones de Derecho Internacional Humanitario (ya en el paso del siglo XIX al XX) fueron pioneras al expresar la preocupación internacional por el destino de los seres humanos en los conflictos armados, reconociendo el individuo como beneficiario directo de las obligaciones convencionales estatales. K.J. Partsch, “Individuals in International Law”, *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), vol. 2, Elsevier, Max Planck Institute/North-Holland Ed., 1995, p. 959; y cf. G.H. Aldrich, “Individuals as Subjects of International Humanitarian Law”, *Theory of International Law at the Threshold of the 21st Century - Essays in Honour of K. Skubiszewski* (ed. J. Makarczyk), The Hague, Kluwer, 1996, pp. 857-858.

325. F.A. von der Heydte, «L’individu et les tribunaux internationaux», 107 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1962) p. 301; cf. también, al respecto, v.g., E.M. Borchard, «The Access of Individuals to International Courts», 24 *American Journal of International Law* (1930) pp. 359-365.

326. J. Maritain, *O Homem e o Estado*, 4a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Agir, 1966, p. 84, y cf. pp. 97-98 y 102; 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; L. Le Fur, «La théorie 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; C.J. Friedrich, *Perspectiva Histórica da Filosofia do Direito*, Rio de Janeiro, Zahar Ed., 1965, pp. 196-197, 200-201 y 207; 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. - Y, para un estudio general, cf. A.P. d’Entrèves, *Natural Law*, London, Hutchinson Univ. Libr., 1970 [reprint], pp. 13-203; 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.

de los valores<sup>327</sup>, de las obligaciones estatales en materia de derechos humanos, y del reconocimiento de su necesario cumplimiento *vis-à-vis* la comunidad internacional como un todo<sup>328</sup>. Esta última, testimoniando la moralización del propio Derecho, asume la vindicación de los intereses comunes superiores<sup>329</sup>. Gradualmente se ha vuelto a concebir un sistema jurídico verdaderamente *universal*.

### **III. La Personalidad Jurídica del Ser Humano como Respuesta a una Necesidad de la Comunidad Internacional**

21. Así, el propio Derecho Internacional, al reconocer derechos inherentes a todo ser humano, ha desautorizado el arcaico dogma positivista que pretendía autoritariamente reducir tales derechos a los “concedidos” por el Estado. El reconocimiento del individuo como sujeto tanto del derecho interno como del derecho internacional, representa una verdadera revolución jurídica, - a la cual tenemos el deber de contribuir en la búsqueda de la prevalencia de valores superiores, - que viene en fin dar un contenido ético a las normas tanto del derecho público interno como del derecho internacional. Esta transformación, propia de nuestro tiempo, corresponde, a su vez, al reconocimiento de la necesidad de que todos los Estados, para evitar nuevas violaciones de los derechos humanos, respondan por la manera como tratan a todos los seres humanos que se encuentran bajo su jurisdicción.

22. Esta prestación de cuentas simplemente no hubiera sido posible sin la consagración del derecho de petición individual, en medio al reconocimiento del carácter objetivo de las obligaciones

---

327. Gustav Radbruch, particularmente sensible - sobre todo en la edad madura - al valor de la justicia, resumió las diversas concepciones del derecho natural como presentando los siguientes trazos fundamentales comunes: primero, todas proveen ciertos “juicios de valor jurídico con un determinado contenido”; segundo, tales juicios, universales, tienen siempre como fuente la naturaleza, o la revelación, o la razón; tercero, tales juicios son “accesibles al conocimiento racional”; y cuarto, tales juicios priman sobre las leyes positivas que les sean contrarias; en suma, “el derecho natural debe siempre prevalecer sobre el derecho positivo”. G. Radbruch, *Filosofia do Direito*, vol. I, Coimbra, A. Amado Ed., 1961, p. 70.

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

329. R.-J. Dupuy, «Communauté internationale et disparités de développement - Cours général de Droit international public», 165 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1979) pp. 190, 193 y 202.

positivas de protección y a la aceptación de la garantía colectiva de cumplimiento de las mismas. Es este el sentido real del *rescate histórico* del individuo como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Es por esto que, en mi Voto Concurrente en el caso *Castillo Petrucci y Otros versus Perú* (Excepciones Preliminares, Sentencia del 04.09.1998), instado por las circunstancias del *cas d'espèce*, me permití examinar la evolución y cristalización del derecho de petición individual internacional, que califiqué de *cláusula pétrea* de los tratados de derechos humanos que lo consagran<sup>330</sup>. Y agregué:

- "El derecho de petición individual abriga, en efecto, la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional. No me omitiría ni vacilaría en acrecentar, - permitiéndome la metáfora, - que el derecho de petición individual es indudablemente la estrella más luminosa en el firmamento de los derechos humanos"<sup>331</sup>.

23. En efecto, el reconocimiento de la personalidad jurídica de los individuos atiende a una verdadera *necesidad* de la comunidad internacional<sup>332</sup>, que hoy busca guiarse por valores comunes superiores. Como se puede desprender, v.g., del histórico caso de los "Niños de la

---

330. A la cual se suma, en lo que toca a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la otra cláusula pétrea del reconocimiento de la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia contenciosa. Para un estudio, cf. A.A. Cançado Trindade, «Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos», *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI - Memoria del Seminario* (Nov. 1999), vol. I, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 3-68.

331. Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Castillo Petrucci y Otros versus Perú* (Excepciones Preliminares), Sentencia del 04.09.1998, Serie C, n. 41, Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade, p. 62, par. 35. Mi Voto fue posteriormente publicado en forma de artículo, titulado "El Derecho de Petición Individual ante la Jurisdicción Internacional", 48 *Revista de la Facultad de Derecho de México - UNAM* (1998) pp. 131-151.

332. Tal como reconocido hace décadas; cf. A.N. Mandelstam, *Les droits internationaux de l'homme*, Paris, Éds. Internationales, 1931, pp. 95-96, 103 y 138; Charles de Visscher, «Rapport - 'Les droits fondamentaux de l'homme, base d'une restauration du Droit international'», *Annuaire de l'Institut de Droit International* (1947) pp. 3 y 9; G. Scelle, *Précis de Droit des Gens - Principes et systématique*, parte I, Paris, Libr. Rec. Sirey, 1932 (reimp. del CNRS, 1984), p. 48; Lord McNair, *Selected Papers and Bibliography*, Leiden/N.Y., Sijhoff/Oceana, 1974, pp. 329 y 249.

*Calle*" (caso *Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*) ante esta Corte (1999-2001), la titularidad jurídica internacional de los individuos es hoy día una realidad irreversible, y la violación de sus derechos fundamentales, emanados directamente del ordenamiento jurídico internacional, acarrea consecuencias jurídicas.

24. En su Sentencia de fondo (del 19.11.1999) en el referido caso de los "*Niños de la Calle*", la Corte advirtió significativamente que

"A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los 'niños de la calle', los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el 'pleno y armonioso desarrollo de su personalidad'<sup>333</sup>, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida"<sup>334</sup>.

25. El ser humano irrumpió, en fin, aún en las condiciones más adversas, como sujeto último del Derecho tanto interno como internacional. El caso de los "*Niños de la Calle*", decidido por la Corte Interamericana, en que los marginados y olvidados del mundo lograron recurrir a un tribunal internacional para hacer valer sus derechos como seres humanos, es verdaderamente paradigmático, y da un testimonio claro e inequívoco de que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha alcanzado su madurez.

26. La corriente doctrinal que todavía insiste en negar a los individuos la condición de sujetos del Derecho Internacional se basa en

---

333. Al cual se refiere el preámbulo (párr. 6) de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

334. CtIADH, Serie C, n. 63, pp. 78-79, párr. 191.

una rígida definición de estos últimos, de ellos exigiendo no sólo que posean derechos y obligaciones emanados del Derecho Internacional, sino también que participen en el proceso de creación de sus normas y del cumplimiento de las mismas. Ocurre que esta rígida definición no se sostiene siquiera en el plano del derecho interno, en el cual no se exige - jamás se exigió - de todos los individuos participar en la creación y aplicación de las normas jurídicas para ser titulares de derechos, y ser vinculados por los deberes, enmanados de tales normas.

27. Además de insostenible, aquella concepción se muestra contaminada de un dogmatismo ideológico nefasto, que tuvo como consecuencia principal alienar el individuo del ordenamiento jurídico internacional. Es sorprendente - si no espantoso, - además de lamentable, ver aquella concepción repetida mecánicamente y *ad nauseam* por una parte de la doctrina, aparentemente pretendiendo hacer creer que la intermediación del Estado, entre los individuos y el ordenamiento jurídico internacional, sería algo inevitable y permanente. Nada más falso. En el breve período histórico en que prevaleció aquella concepción estatista, a la luz - o, más precisamente, en medio a las tinieblas - del positivismo jurídico, se cometieron sucesivas atrocidades contra el ser humano, en una escala sin precedentes.

28. Resulta hoy clarísimo que nada hay de intrínseco al Derecho Internacional que impida o imposibilite a actores no-estatales disfrutar de la personalidad jurídica internacional. Nadie en sana conciencia osaría hoy negar que los individuos efectivamente poseen derechos y obligaciones que emanan directamente del Derecho Internacional, con el cual se encuentran, por lo tanto, en contacto directo. Y es perfectamente posible conceptualizar - inclusive con mayor precisión - como sujeto del Derecho Internacional cualquier persona o entidad, titular de derechos y obligaciones, que emanan directamente de normas del Derecho Internacional. Es el caso de los individuos, quienes tienen así fortalecido ese contacto directo - sin intermediarios - con el ordenamiento jurídico internacional<sup>335</sup>.

29. La verdad es que la subjetividad internacional del ser humano (sea él un niño, anciano, persona con discapacidad, apátrida, o cualquier otro) irrumpió con todo vigor en la ciencia jurídica del siglo XX,

---

335. A.A. Cançado Trindade, "A Personalidade e Capacidade Jurídicas do Indivíduo...", *op. cit. supra* n. (7), pp. 311-347.

como reacción de la conciencia jurídica universal contra las sucesivas atrocidades cometidas contra el género humano. Un elocuente testimonio de la erosión de la dimensión puramente interestatal del ordenamiento jurídico internacional encuéntrase en la histórica y pionera Opinión Consultiva n. 16 de la Corte Interamericana, sobre el *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Ámbito de las Garantías del Debido Proceso Legal* (del 01.10.1999)<sup>336</sup>, que ha servido de orientación a otros tribunales internacionales y ha inspirado la evolución *in statu nascendi* de la jurisprudencia internacional sobre la materia.

30. En aquella Opinión Consultiva, la Corte Interamericana señaló con lucidez que los derechos consagrados en el artículo 36.1 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963

“tienen la característica de que *su titular es el individuo*. En efecto, el precepto es inequívoco al expresar que ‘reconoce’ los derechos de información y notificación consular a la persona interesada. En esto, el artículo 36 constituye una notable excepción con respecto a la naturaleza, esencialmente estatal, de los derechos y obligaciones consagrados en la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares y representa, en los términos en que lo interpreta esta Corte en la presente Opinión Consultiva, un notable avance respecto de las concepciones tradicionales del Derecho Internacional sobre la materia”<sup>337</sup>.

31. De ese modo, la Corte Interamericana reconoció, a la luz del impacto del *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el propio ordenamiento jurídico internacional, la cristalización de un verdadero derecho individual subjetivo a la información sobre asistencia consular, de que es *titular* todo ser humano privado de su libertad en otro país; además, rompió con la óptica tradicional puramente interestatal de la materia, amparando numerosos trabajadores migrantes e individuos victimados por la pobreza, privados de libertad en el exterior. La presente Opinión Consultiva n. 17 de la Corte Interamericana, sobre la *Condición Jurídica y los Derechos Humanos del Niño*, se enmarca en la misma línea de afirmación de la emancipación jurídica del ser humano, al subrayar

---

336. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-16/99, Serie A, n. 16, pp. 3-123, párrs. 1-141, y puntos resolutivos 1-8.

337. Párrafo 82 (énfasis acrecentado).

la consolidación de la personalidad jurídica de los niños, como verdaderos sujetos de derecho y no simples objeto de protección.

32. La categoría jurídica de la personalidad jurídica internacional no se ha mostrado insensible a las *necesidades* de la comunidad internacional, entre las cuales figura con destaque la de proveer protección a los seres humanos que la componen, en particular los que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, como son los niños. En efecto, la doctrina y la jurisprudencia internacional sobre la materia sostienen que los propios sujetos de derecho en un sistema jurídico son dotados de atributos que atienden a las necesidades de la comunidad internacional<sup>338</sup>.

33. De ahí que, - como señala con perspicacia Paul de Visscher, - mientras que "el concepto de persona jurídica es unitario como concepto", dada la unidad fundamental de la persona humana que "encuentra en sí misma la justificación última de sus propios derechos", la capacidad jurídica, a su vez, revela una variedad e multiplicidad de alcances<sup>339</sup>. Pero tales variaciones del alcance de la capacidad jurídica, - inclusive sus limitaciones en relación con, v.g., los niños, los ancianos, las personas con discapacidad mental, los apátridas, entre otros, - en nada afectan la personalidad jurídica de todos los seres humanos, expresión jurídica de la dignidad inherente a ellos.

34. Así, en suma, toda persona humana es dotada de personalidad jurídica, la cual impone límites al poder estatal. La capacidad jurídica varía en razón de la condición jurídica de cada uno para realizar determinados actos. Sin embargo, aunque varíe tal capacidad de ejercicio, todos los individuos son dotados de personalidad jurídica. Los derechos humanos reforzan este atributo universal de la persona humana, dado que a todos los seres humanos corresponden de igual modo la personalidad jurídica y el amparo del Derecho, independientemente de su condición existencial o jurídica.

---

338. Corte Internacional de Justicia, Opinión Consultiva sobre las *Reparaciones de Daños*, *ICJ Reports* (1949) p. 178: - "The subjects of law in any legal system are not necessarily identical in their nature or in the extent of their rights, and their nature depends upon the needs of the community. Throughout its history, the development of international law has been influenced by the requirements of international life, and the progressive increase in the collective activities of States has already given rise to instances of action upon the international plane by certain entities which are not States".

339. Paul de Visscher, «Cours Général de Droit international public», 136 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International* (1972) p. 56, y cf. pp. 45 y 55.

#### **IV. El Advenimiento del Niño como Sujeto de Derechos en el Plano Internacional.**

35. En la base de todo ese notable desarrollo, encuéntrase el principio del *respeto a la dignidad de la persona humana*, independientemente de su condición existencial. En virtud de ese principio, todo ser humano, independientemente de la situación y las circunstancias en que se encuentra, tiene derecho a la dignidad<sup>340</sup>. Este principio fundamental encuéntrase invocado en los preámbulos de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 así como de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Figura igualmente en el preámbulo del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales e Culturales (Protocolo de San Salvador, de 1988), entre otros tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos.

36. También se encuentra recogido, - como no podría dejar de ser, - en la presente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana, cuando esta ubica, en la escala de los *valores fundamentales*,

"la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la sociedad y con respecto al Estado" (párr. 93).

37. Es cierto, como lo señala la Corte en la presente Opinión Consultiva sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, que solamente a lo largo del siglo XX se articuló el *corpus juris* de los derechos del niño, en el marco del Derecho Internacional de los Derechos Humanos (párrs. 26-27), concebido el niño como verdadero sujeto de derecho. Ésto ocurrió con el impacto notadamente de las supracitadas Declaración (1959)<sup>341</sup> y Convención (1989) sobre los Derechos del

---

340. Sobre ese principio, cf., recientemente, v.g., B. Maurer, *Le principe de respect de la dignité humaine et la Convention Européenne des Droits de l'Homme*, Aix-Marseille/París, CERIC, 1999, pp. 7-491; [Varios Autores,] *Le principe du respect de la dignité de la personne humaine* (Actes du Séminaire de Montpellier de 1998), Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1999, pp. 15-113; E. Wiesel, «Contre l'indifférence», in *Agir pour les droits de l'homme au XXIe. siècle* (ed. F. Mayor), Paris, UNESCO, 1998, pp. 87-90.

341. Precedida por la Declaración de 1924 de la Sociedad de Naciones sobre la materia.

Niño, así como de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Beijing, 1985), y sobre las Medidas No Privativas de la Libertad (Tokio, 1990), y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Riad, 1990), - además de los tratados generales de derechos humanos.

38. O sea, los derechos del niño en fin se desprendieron de la *patria potestas*<sup>342</sup> (del derecho romano) y de la concepción de la indisolubilidad del matrimonio (del derecho canónico). En el propio derecho de familia, - enriquecido por el reconocimiento, en el siglo XX, de los derechos del niño, en el plano internacional, - el fundamento de la autoridad parental pasa a ser el “interés superior del niño”, cuyo estatuto o condición jurídica adquiere en fin autonomía propia<sup>343</sup>.

39. Es sorprendente que, frente a este notable desarrollo de la ciencia jurídica contemporánea, todavía exista una corriente doctrinal que insiste en que la Convención sobre los Derechos del Niño se limita a crear obligaciones estatales. Esta postura me parece inconvincente y jurídicamente infundada, por cuanto tales obligaciones existen precisamente en razón de los *derechos humanos del niño* consagrados en aquella Convención de las Naciones Unidas y otros instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos.

40. Además, aquella corriente de pensamiento deja de apreciar precisamente la gran conquista de la ciencia jurídica contemporánea en el presente dominio de protección, a saber, la consagración del niño como *sujeto de derecho*. Es este, a mi juicio, el *Leitmotiv* que permea toda la presente Opinión Consultiva sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en afirmar que todos los seres humanos, independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables, que le son inherentes (párr. 41), y en subrayar

---

342. Obsérvese que, en el siglo XVII, John Locke ya dispensaba atención al tratamiento a ser dispensado a los niños, aunque desde la perspectiva de los derechos parentales, y en particular de los deberes de protección de los niños (y no del desarrollo de su estatuto jurídico); tanto es así que dedicó, v.g., todo un capítulo (VI) de su *Ensayo sobre el Gobierno Civil* (además de sus escritos sobre la educación) al *patria potestas*; a pesar de este avance, los niños todavía no habían irrumpido como verdaderos sujetos de derecho.

343. D. Youf, *Penser les droits de l'enfant*, Paris, PUF, 2002, pp. 2-5, 9, 14, 18-27 y 77.

el imperativo de atender a las necesidades del niño “como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección” (párr. 28).

41. El niño pasa así a ser tratado como verdadero sujeto de derecho, reconocida de ese modo su personalidad propia, distinta inclusive de las de sus padres<sup>344</sup>. Así, la Corte Interamericana sostiene, en la presente Opinión Consultiva, la preservación de los derechos sustantivos y procesales del niño en todas y cualquiera circunstancias (párr. 113). La concepción kantiana de la persona humana como un fin en sí mismo abarca naturalmente los niños, todos los seres humanos *independientemente de las limitaciones de su capacidad jurídica* (de ejercicio).

42. Todo ese extraordinario desarrollo de la doctrina jusinternacionalista al respecto, a lo largo del siglo XX, encuentra raíces, - como suele suceder, - en algunas reflexiones del pasado, en el pensamiento jurídico así como filosófico<sup>345</sup>. Ésto es inevitable, por cuanto refleja el proceso de maduración y refinamiento del propio espíritu humano, que torna posibles los avances en la propia condición humana.

43. Así, en cuanto al dominio jurídico, me limito a rescatar un pasaje de un magistral curso dictado por Paul Guggenheim en la Academia de Derecho Internacional de La Haya en 1958. En la ocasión, recordó aquel jurista, con pertinencia, que, ya en el siglo XVII, Hugo Grotius, que tanto contribuyera a la *autonomía del jus gentium* (desvinculándolo del pensamiento escolástico), sostenía que las reglas relativas a la capacidad de los niños en materia civil<sup>346</sup> pertenecían al propio *derecho de gentes*<sup>347</sup>.

44. En cuanto al pensamiento filosófico, en su *Tratado de la Educación* (más conocido como el *Emilio*, 1762), Jean-Jacques Rousseau se posiciona como un precursor de la conceptualización moderna de los derechos del niño, al advertir, con gran sensibilidad, que hay que

344. F. Dekeuwer-Défossez, *Les droits de l'enfant*, 5a. ed., Paris, PUF, 2001, pp. 4-6 y 61; D. Youf, *op. cit. supra n.* (46), p. 134; J.-P. Rosenczveig, “The Self-Executing Character of the Children’s Rights Convention in France”, *Monitoring Children’s Rights* (ed. E. Verhellen), Ghent/The Hague, Univ. Ghent/Nijhoff, 1996, p. 195, y cf. pp. 187-197.

345. Para un examen de la subjetividad individual en el pensamiento filosófico, cf., v.g., A. Renaut, *L'ère de l'individu - Contribution à une histoire de la subjectivité*, [Paris,] Gallimard, 1991, pp. 7-299.

346. V.g., sucesiones, bienes y propiedad, prescripción adquisitiva.

347. 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. 30 y 32-34.

respetar la infancia, dejar “obrar a la naturaleza”, que quiere que los niños sean niños (con su propia manera de ver, pensar y sentir) antes de ser adultos<sup>348</sup>. La inteligencia humana, - sigue advirtiendo Rousseau, - tiene sus límites, no puede aprender todo, y el tiempo existencial es breve. Al principio “no sabemos vivir, pronto ya no podemos”; la razón y el juicio “vienen lentamente”, mientras que “los prejuicios acuden en tropel”<sup>349</sup>. Hay, pues, que no perder de vista el pasar del tiempo, hay que tenerlo siempre presente, y que saber respetar las edades de la existencia humana.

## **V. El Derecho Subjetivo, los Derechos Humanos y la Nueva Dimensión de la Personalidad Jurídica Internacional del Ser Humano**

45. No hay cómo disociar el reconocimiento de la personalidad jurídica internacional del individuo de la propia dignidad de la persona humana. En una dimensión más amplia, la persona humana se configura como el ente que encierra su fin supremo dentro de sí misma, y que lo cumple a lo largo del camino de su vida, bajo su propia responsabilidad. En efecto, es la persona humana, esencialmente dotada de dignidad, la que articula, expresa e introduce el “deber ser” de los valores en el mundo de la realidad en que vive, y sólo ella es capaz de eso, como portadora de dichos valores éticos. La personalidad jurídica, a su vez, se manifiesta como categoría jurídica en el mundo del Derecho, como la expresión unitaria de la aptitud de la persona humana para ser titular de derechos y deberes en el plano del comportamiento y las relaciones humanas reglamentadas<sup>350</sup>.

46. Cabe recordar, en el presente contexto, que la concepción de *derecho subjetivo* individual tiene ya una amplia proyección histórica, originada en particular en el pensamiento jusnaturalista en los siglos XVII y XVIII, y sistematizada en la doctrina jurídica a lo largo del siglo XIX. Sin embargo, en el siglo XIX e inicio del siglo XX, aquella concepción siguió enmarcada en el derecho público interno, emanado

---

348. J.-J. Rousseau, *Emilio, o De la Educación*, Madrid, Alianza Ed., 2001 (reed.), pp. 145-146 y 120.

349. *Ibid.*, pp. 241, 311 y 250.

350. Cf., en ese sentido, v.g., L. Recaséns Siches, *Introducción al Estudio del Derecho*, 12a. ed., México, Ed. Porrúa, 1997, pp. 150-151, 153, 156 y 159.

del poder público, y bajo la influencia del positivismo jurídico<sup>351</sup>. El derecho subjetivo era concebido como la prerrogativa del individuo tal como definida por el ordenamiento jurídico en cuestión (el derecho objetivo)<sup>352</sup>.

47. Sin embargo, no hay como negar que la cristalización del concepto de derecho subjetivo individual, y su sistematización, lograron al menos un avance hacia una mejor comprensión del individuo como *titular* de derechos. Y tornaron posible, con el surgimiento de los derechos humanos a nivel internacional, la gradual superación del derecho positivo. A mediados del siglo XX, quedaba clara la imposibilidad de la evolución del propio Derecho sin el derecho subjetivo individual, expresión de un verdadero “derecho humano”<sup>353</sup>.

48. Tal como me permití sostener en mi Voto Concurrente en la histórica Opinión Consultiva n. 16 de esta Corte sobre el *Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Devido Proceso Legal* (del 01.10.1999), actualmente testimoniamos

“el proceso de *humanización* del derecho internacional, que hoy alcanza también este aspecto de las relaciones consulares. En la confluencia de estas con los derechos humanos, se ha cristalizado el derecho individual subjetivo a la información sobre la asistencia consular, de que son titulares todos los seres humanos que se vean en necesidad de ejercerlo: dicho derecho individual, situado en el universo conceptual de los derechos humanos, es hoy respaldado tanto por el derecho internacional convencional como por el derecho internacional consuetudinario” (párr. 35).

49. La emergencia de los derechos humanos universales, a partir de la proclamación de la Declaración Universal de 1948, vino a ampliar considerablemente el horizonte de la doctrina jurídica contemporánea, desvendando las insuficiencias de la conceptualización tradicional del derecho subjetivo. Las necesidades apremiantes de protección del ser

351. L. Ferrajoli, *Derecho y Razón - Teoría del Garantismo Penal*, 5a. ed., Madrid, Ed. Trotta, 2001, pp. 912-913.

352. Ch. Eisenmann, «Une nouvelle conception du droit subjectif: la théorie de M. Jean Dabin», 60 *Revue du droit public et de la science politique en France et à l'étranger* (1954) pp. 753-774, esp. pp. 754-755 y 771.

353. J. Dabin, *El Derecho Subjetivo*, Madrid, Ed. Rev. de Derecho Privado, 1955, p. 64.

humano en mucho fomentaron ese desarrollo. Los derechos humanos universales, superiores y anteriores al Estado y a cualquier forma de organización político-social, e inherentes al ser humano, afirmáronse como oponibles al propio poder público.

50. La personalidad jurídica internacional del ser humano se cristalizaba como un límite al arbitrio del poder estatal. Los derechos humanos liberaron la concepción del derecho subjetivo de las amarras del positivismo jurídico. Si, por un lado, la categoría jurídica de la personalidad jurídica internacional del ser humano contribuyó a instrumentalizar la reivindicación de los derechos de la persona humana, emanados del Derecho Internacional, - por otro lado el *corpus juris* de los derechos humanos universales proporcionó a la personalidad jurídica del individuo una dimensión mucho más amplia, ya no más condicionada al derecho emanado del poder público estatal.

## **VI. Implicaciones y Proyecciones de la Personalidad Jurídica del Niño en el Plano Internacional**

51. No hay que pasar desapercibida la convergencia de los puntos de vista, expresados en el curso del presente procedimiento consultivo, tanto por escrito como en los alegatos orales ante la Corte Interamericana durante la audiencia pública del 21 de junio de 2002, en sustentación de la posición de los niños como verdaderos *sujetos de derecho* y no como simples objeto de protección. En ese mismo sentido se manifestaron, v.g., los dos Estados intervenientes, México y Costa Rica, así como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, además de organismos especializados como el Instituto Interamericano del Niño, el Instituto Latinoamericano para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente de Naciones Unidas (ILANUD), además de organismos no-gubernamentales, como el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y la Fundación Rafael Preciado Hernández (de México). Esta convergencia de puntos de vista en cuanto a la condición jurídica de los niños como titulares de derechos consagrados en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es altamente significativa, por cuanto tal reconocimiento, además de reflejar un verdadero cambio de paradigma, representa, al fin y al cabo, la *opinio juris communis* en nuestros días sobre la materia.

52. Pero no basta afirmar que el niño es sujeto de derecho, importa que él lo sepa, inclusive para el desarrollo de su responsabilidad.

De ahí la transcendental importancia de la educación en general<sup>354</sup>, y de la educación en derechos humanos en particular, debidamente reconocida en la presente Opinión Consultiva (párrs. 84-85 y 88). No son de difícil constatación las manifestaciones precoces de algunas grandes vocaciones, a veces muy temprano en la vida. Todo niño tiene efectivamente el derecho de crear y desarrollar su propio *proyecto de vida*<sup>355</sup>. A mi juicio, la adquisición del conocimiento es una forma - quizás la más eficaz - de emancipación humana, e imprescindible para la salvaguarda de los derechos inherentes a todo ser humano<sup>356</sup>.

53. El *corpus juris* de los derechos humanos del niño se ha conformado como respuesta de la conciencia humana a sus necesidades de protección. El hecho de que los niños no disfrutan de plena capacidad jurídica para actuar<sup>357</sup>, y que tengan así que ejercer sus derechos por medio de otras personas, no les priva de su condición jurídica de sujetos de derecho. Nadie osaría negar el imperativo de la observancia, desde la aurora de la vida, de los derechos del niño,

---

354. Consagrado en los artículos 13 y 16 (*in fine*) del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, de 1988).

355. En la presente Opinión Consultiva n. 17, el propio derecho fundamental a la vida (artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) es entendido *lato sensu*, abarcando igualmente las condiciones dignas de vida (punto resolutivo n. 7). En esta misma línea de razonamiento, la Corte ponderó, en su Sentencia de fondo en el caso de los "Niños de la Calle" (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, del 19.11.1999) que "el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un prerequisito para el disfrute de todos los demás derechos humanos. (...) En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que no se le impida el acceso a las condiciones que le garanticen una existencia digna. Los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones que se requieran para que no se produzcan violaciones de ese derecho básico y, en particular, el deber de impedir que sus agentes atenten contra él" (Serie C, n. 63, pp. 64-65, párr. 144).

356. Y como nuestra capacidad de conocimiento es ineluctablemente limitada, la conciencia de esa finitud es el mejor remedio para luchar contra los dogmatismos, la ignorancia y los fanatismos, tan comunes en nuestros días.

357. Sobre el *décalage*, si no paradoja, sobre la incapacidad del niño en materia civil (v.g., derecho de los contratos), para evitar que asume obligaciones sin discernimiento, y la retención de su responsabilidad (civil y penal) cuando comete un delito, cf. F. Dekeuwer-Défossez, *op. cit. supra* n. (47), pp. 22-23; y cf. D. Youf, *op. cit. supra* n. (46), pp. 109-110 y 118-119.

v.g., a las libertades de conciencia, pensamiento y expresión. Especial relevancia ha sido atribuída al respeto a los puntos de vista del niño, estipulado en el artículo 12 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, la cual, a su vez, ha fomentado una visión holística e integral de los derechos humanos<sup>358</sup>.

54. Además del amplio alcance de ese deber, tal como formulado en el artículo 12 de la Convención de 1989, - abarcando el derecho del niño a ser oído (directamente o mediante un representante legal) en procedimientos judiciales o administrativos en que participe, y de tener sus puntos de vista tomados en consideración, - en la práctica el Comité sobre Derechos del Niño (de Naciones Unidas) le ha atribuído importancia capital, reflejada en sus directrices generales para la elaboración de los informes (estatales) inicial y periódicos<sup>359</sup>. En circunstancias de comisión de un delito, el enfoque de aquel *corpus juris* de los derechos del niño en relación con el menor infractor no deja de ser garantista, orientado hacia el desarrollo de la responsabilidad de éste<sup>360</sup>; en ninguna circunstancia, - como se desprende de la presente Opinión Consultiva, - encuéntrese el niño privado de su personalidad jurídica, con todas las consecuencias jurídicas de ahí resultantes.

55. A la luz de lo anteriormente expuesto, es innegable que la subjetividad jurídica internacional del ser humano se ha afirmado y expandido en las últimas décadas (cf. *supra*), y que el niño (como titular de derechos) no hace excepción a ésto. Frente a las limitaciones de capacidad jurídica del niño (para ejercer por sí mismo sus derechos), se le reconoce un representante legal. Pero independientemente de dichas limitaciones, la personalidad jurídica del niño, - como de todo ser humano, - se proyecta en el plano internacional. Como no es posible concebir derechos - enmanados directamente del Derecho Internacional - sin la prerrogativa de reivindicarlos, toda la evolución de la materia se ha orientado hacia la consagración del derecho

---

358. Sobre este último punto, cf. N. Cantwell, "The Origins, Development and Significance of the United Nations Convention on the Rights of the Child", in *The United Nations Convention on the Rights of the Child - A Guide to the 'Travaux Préparatoires'* (ed. Sh. Detrick), Dordrecht, Nijhoff, 1992, p. 27.

359. Sh. Detrick, *A Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*, The Hague, M. Nijhoff, 1999, pp. 213-214 y 222.

360. Limitada en razón directa de su inmadurez y vulnerabilidad.

del individuo - inclusive el niño - de recurrir directamente a las jurisdicciones internacionales<sup>361</sup>.

56. La experiencia de la aplicación de la Convención Europea de Derechos Humanos provee ejemplos de casos concretos en que niños han efectivamente hecho uso del derecho de petición individual internacional bajo la Convención. Así, por ejemplo, los dos peticionarios en el caso *X y Y versus Holanda* (1985)<sup>362</sup> ante la Corte Europea de Derechos Humanos fueron una niña (de 16 años de edad) y su padre (cf. *infra*). Más recientemente, en los casos *Tanrikulu versus Turquía* (1999)<sup>363</sup>, *Akdeniz y Otros versus Turquía* (2001)<sup>364</sup>, y *Oneryildiz versus Turquía* (2002)<sup>365</sup>, adultos y niños figuraron como peticionarios conjuntamente, en denuncias de violaciones del derecho a la vida<sup>366</sup>. En el caso *A versus Reino Unido* (1998)<sup>367</sup>, actuó como peticionario un niño de 9 años de edad (cf. *infra*).

57. De ese modo, un niño, aunque no disponga de capacidad jurídica en el sistema jurídico nacional en cuestión, puede, sin embargo, hacer uso del derecho de petición individual a las instancias internacionales de protección de sus derechos. Pero una vez interpuesta la petición, debe, naturalmente, contar con un representante legal<sup>368</sup>, si es legalmente incapaz. Dicha representación no tiene por qué estar condicionada por disposiciones de cualquier derecho interno. Tal como me permití señalar en mi supracitado Voto Concurrente en el caso *Castillo Petrucci y Otros versus Perú* (Excepciones Preliminares, 1998) ante la Corte Interamericana, las condiciones para el ejercicio del derecho de petición individual internacional no coinciden necesariamente con los criterios de derecho interno relativos al *locus*

---

361. M. Pilotti, «Le recours des particuliers devant les juridictions internationales», in *Grundprobleme des internationalen Rechts - Festschrift für Jean Spiropoulos*, Bonn, Schimmelebusch & Co., [1957], p. 351, y cf. pp. 351-362; y cf. S. Séféridès, «Le problème de l'accès des particuliers à des juridictions internationales», 51 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1935) pp. 23-25 y 54-60.

362. Caso n. 16/1983/72/110, originado de la petición n. 8978/80.

363. Originado de la petición n. 23763/94.

364. Originado de la petición n. 23954/94.

365. Originado de la petición n. 48939/99.

366. Involucrando homicidios y desapariciones forzadas de personas.

367. Caso n. 100/1997/884/1096, originado de la petición n. 25559/94.

368. La Corte Europea de Derechos Humanos ha adoptado un enfoque amplio y flexible de dicha representación legal, - la cual se encuentra prevista en el artículo 36 de su Reglamento vigente.

*standi, y hay toda una jurisprudence constante en claro apoyo a la autonomía del derecho de petición individual en el plano internacional vis-à-vis conceptos y disposiciones del derecho interno (párrs. 21-22).*

## **VII. Los Derechos Humanos del Niño y las Obligaciones de Su Protección Erga Omnes**

58. Las consideraciones anteriores me conducen a mi última línea de reflexiones, atinente al punto resolutivo n. 9 de la presente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, el cual dispone que

“los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones inter-individuales o con entes no estatales”.

59. Al respecto, en su Sentencia en el ya mencionado caso de los “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*, del 19.11.1999), en que se estableció “un contexto de mucha violencia contra los niños y jóvenes que vivían en las calles” (párrs. 167 y 79), la Corte Interamericana, señaló

“la especial gravedad que reviste el presente caso por tratarse las víctimas de jóvenes, tres de ellos niños, y por el hecho de que la conducta estatal no solamente viola la expresa disposición del artículo 4 de la Convención Americana, sino numerosos instrumentos internacionales, ampliamente aceptados por la comunidad internacional, que hacen recaer en el Estado el deber de adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de los niños bajo su jurisdicción”<sup>369</sup>.

60. Los avances, en el presente contexto, en el plano jurídico (cf. *supra*), no nos pueden hacer olvidar el actual deterioro de las políticas sociales básicas en toda parte, agravando los problemas económico-sociales que tanto afectan a los niños, y que transforman la necesidad de asegurarles el derecho a crear y desarrollar su proyecto de vida

---

369. CtIADH, Serie C, n. 63, p. 65, párr. 146.

una innegable cuestión de justicia<sup>370</sup>. Los problemas recurrentes, y agravados, que hoy día afectan a los niños (sumados a la tragedia de los niños refugiados, desplazados y apátridas, y de los niños involucrados en conflictos armados), advierten que continuamos lejos de su “protección integral”. Sin embargo, hay que perseverar en los esfuerzos en pro de la prevalencia del principio general del “interés superior del niño”, - recogido en el artículo 3 de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, y evocado en la presente Opinión Consultiva (párrs. 56-61), - el cual emana de su dignidad como seres humanos.

61. En el supracitado caso *X y Y versus Holanda* (1985) ante la Corte Europea de Derechos Humanos, concerniente a abuso sexual en perjuicio de una niña, de 16 años de edad y con discapacidad mental, - con consecuencias traumáticas para la víctima directa, agravando sus disturbios mentales, - la Corte Europea señaló que el concepto de “vida privada” (bajo el artículo 8 de la Convención Europea) abarcaba la integridad física y moral de la persona (inclusive su vida sexual). En el caso, - agregó la Corte, - “valores fundamentales y aspectos esenciales de la vida privada” estaban en cuestión, y requerían la adopción de medidas positivas por parte del Estado para asegurar el respeto por la vida privada *también en la esfera de las relaciones inter-individuales*. La Corte concluyó que el Estado demandado había violado el artículo 8 de la Convención, por cuanto las disposiciones pertinentes del Código Penal holandés<sup>371</sup> no aseguraban a la víctima una “protección práctica y eficaz”<sup>372</sup>.

62. O sea, la Corte concluyó que Holanda violara el artículo 8 de la Convención por no proveer la protección legal contra abusos (en perjuicio de una niña) en las relaciones privadas o inter-individuales. Estamos aquí ante el deber estatal de tomar medidas positivas de protección de los niños, entre los demás individuos, no sólo *vis-à-vis* las autoridades públicas, sino también en relación con otros individuos y actores no-estatales. Es éste un claro ejemplo de obligaciones

370. Cf., en ese sentido, E. García Méndez, “Infancia, Ley y Democracia: Una Cuestión de Justicia”, in *Infancia, Ley y Democracia en América Latina* (eds. E. García Méndez y M. Beloff), Bogotá/Buenos Aires, Temis/Depalma, 1998, pp. 9-28, esp. p. 28.

371. Artículos 248 ter y 239(2) del referido Código.

372. European Court of Human Rights, case of *X and Y versus The Netherlands*, Judgment of 26.03.1985, Series A, n. 91, pp. 11-14, esp. párrs. 7-8, 22-23, 26-27 y 30.

de protección de los niños (y todos necesitados de protección) verdaderamente *erga omnes*.

63. En dos otros casos recientes, *A versus Reino Unido* (1998) y *Z y Otros versus Reino Unido* (2001), la Corte Europea afirmó la obligación del Estado demandado de tomar medidas positivas para proteger los niños contra malos tratos, *inclusive los infligidos por otros individuos* (párrs. 22 y 73, respectivamente)<sup>373</sup>. Es precisamente en este ámbito privado dónde frecuentemente se cometen abusos contra los niños, ante la omisión del poder público, - lo que requiere así una protección de los derechos humanos del niño *erga omnes*, o sea, inclusive en las relaciones entre particulares (*Drittewirkung*).

64. Es éste un contexto en que, en definitivo, asumen especial relevancia las obligaciones de protección *erga omnes*. El fundamento para el ejercicio de dicha protección se encuentra en la propia Convención Americana sobre Derechos Humanos. La obligación general que estipula en su artículo 1.1 de *respetar y hacer respetar* los derechos consagrados - inclusive los derechos del niño, como estipulado en el artículo 19<sup>374</sup> - requiere del Estado la adopción de medidas positivas de protección (inclusive para resguardar el rol preponderante de la familia, previsto en el artículo 17 de la Convención, en la protección del niño - párr. 88), aplicables *erga omnes*. De ese modo, el artículo 19 de la Convención pasa a revestirse de una dimensión más amplia, protegiendo los niños también en las relaciones inter-individuales.

65. La presente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño* da un notable aporte a la construcción jurisprudencial de las obligaciones *erga omnes* de protección de los derechos de la persona humana en todas y cualquier circunstancias. La Opinión Consultiva afirma categóricamente el deber general de los Estados Partes en la Convención Americana, como garantes del bien común, de organizar el poder público para garantizar

---

373. Igual posición fue asumida por la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos, en el caso *Z, A, B y C versus Reino Unido* (petición n. 29392/95), interpuesto por dos niños y dos niñas (*Informe* del 10.09.1999, párr. 93).

374. Durante los trabajos de la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (San José de Costa Rica, noviembre de 1969), esta disposición (del artículo 19) fue insertada en la Convención Americana sobre Derechos Humanos sin mayores dificultades; cf. OEA, *Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos - Actas y Documentos* (San José de Costa Rica, 07-22.11.1969), doc. OEA/Ser.K/XVI/1.2, de ...[cf.]..., pp. 20-21, 232, 300 y 445.

a todas las personas bajo sus respectivas jurisdicciones el libre y pleno ejercicio de los derechos convencionalmente protegidos, - obligación ésta exigible no sólo en relación con el poder estatal sino también en relación con “actuaciones de terceros particulares” (párr. 87).

66. En un momento en que lamentablemente se diversifican las fuentes de violaciones de los derechos de la persona humana, el entendimiento de la Corte no podría ser diferente. Es ésta la interpretación que se impone, en conformidad con la letra y el espíritu de la Convención Americana, y capaz de contribuir a la realización de su objeto y fin. Al igual que la Corte sostuvo en su reciente Resolución sobre Medidas Provisionales de Protección (del 18.06.2002) en beneficio de los miembros de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó* (Colombia), y de las personas que prestan servicios a ésta, en la presente Opinión Consultiva n. 17 la Corte vuelve a subrayar, correctamente, que la protección de los derechos de la persona humana se aplica *erga omnes*.

67. Es este un imperativo de *ordre public* internacional, que implica el reconocimiento de que *los derechos humanos constituyen el fundamento básico, ellos propios, del ordenamiento jurídico*. Y los valores, que le son siempre subyacentes, - además de perfectamente identificables<sup>375</sup>, - cuidan de darles expresión concreta. No hay que pasar desapercibido, por ejemplo, que ya el preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 invocaba la “conciencia de la humanidad”. Y, una década después, el preámbulo de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 advertía con toda propiedad que “la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”.

68. En suma, en el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, movido por consideraciones de *ordre public* internacional, estamos ante valores comunes y superiores, verdaderamente fundamentales e irreductibles, captados por la conciencia humana. Esta última encuéntrase siempre presente, ha acompañado e impulsado toda la evolución del *jus gentium*, del cual - tengo la plena convicción - es la *fuente material* por excelencia.

---

375. A lo largo de la parte operativa de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos, pero explicitados sobre todo en sus preámbulos, que tienden a invocar los ideales que inspiraron dichos tratados e instrumentos, o a enunciar sus fundamentos o principios generales. N. Bobbio, “Il Preambolo della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo”, 57 *Rivista di Diritto Internazionale* (1974) pp. 437-440.

69. Al concluir este Voto Concurrente, permítome retornar a mi punto de partida. Todos vivimos en el tiempo. Cada uno vive en su tiempo, que debe ser respetado por los demás. Importa que cada uno viva en su tiempo, en armonía con el tiempo de los demás. El niño vive en el minuto, el adolescente vive en el día, y el ser adulto, ya “impregnado de historia”<sup>376</sup>, vive en la época; los que ya partieron, viven en la memoria de los que quedan y en la eternidad. Cada uno vive en su tiempo, pero todos los seres humanos son iguales en derechos.

70. Desde la perspectiva de un tribunal internacional de derechos humanos como la Corte Interamericana, hay que afirmar los derechos humanos de los niños (y no los llamados “derechos de la niñez o infancia”), a partir de su condición jurídica de verdaderos sujetos de derecho, dotados de personalidad jurídica internacional; hay, además, que desarrollar todas las potencialidades de su capacidad jurídica. Siempre he sostenido que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos alcanzará su plenitud el día en que se consolide en definitivo el reconocimiento no sólo de la personalidad, sino también de la capacidad jurídica internacional de la persona humana, como titular de derechos inalienables, en todas y cualesquiera circunstancias. En el *jus gentium* de nuestros días, la importancia de la consolidación de la personalidad y capacidad jurídicas internacionales del individuo, independientemente de su tiempo existencial, es mucho mayor de lo que pueda uno *prima facie* suponer.

71. En efecto, como el Derecho reconoce ineluctablemente la personalidad jurídica a todo ser humano (sea él un niño, un anciano, una persona con discapacidad, un apátrida, o cualquier otro), independientemente de su condición existencial o de su capacidad jurídica para ejercer sus derechos por sí mismo (capacidad de ejercicio), - podemos, de ese modo, visualizar un verdadero *derecho al Derecho*, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico (en los planos tanto interno como internacional) que efectivamente salvaguarde los derechos inherentes a la persona humana<sup>377</sup>. El reconocimiento y la consolidación de la posición del ser humano como sujeto pleno del Derecho Internacional de los Derechos Humanos constituye, en

---

376. En la feliz caracterización de Bertrand Russell, *A Última Oportunidade do Homem*, Lisboa, Guimarães Ed., 2001, p. 205.

377. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. III, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 2002, capítulo XX (en prensa).

nuestros días, una manifestación inequívoca y elocuente de los avances del proceso en curso de *humanización* del propio Derecho Internacional (*jus gentium*), al cual tenemos el deber de contribuir, tal como lo ha hecho la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la presente Opinión Consultiva n. 17 sobre la *Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*.

**4. Voto Concurrente del Juez A.A. Cançado Trindade en la Opinión Consultiva n. 18 (del 7.09.2003) sobre la Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados:**

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 materia<sup>378</sup>. 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 historia<sup>379</sup>, la Corte Interamericana adopta otra Opinión Consultiva, de gran transcendencia y nuevamente pionera,

---

378. La Corte Interamericana, mediante su referida Opinión Consultiva n. 16, - emitida al final de un procedimiento consultivo que generó amplia movilización (con ocho Estados intervenientes, además de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de diversas organizaciones no-gubernamentales e individuos), - fue efectivamente el primer tribunal internacional a advertir que el incumplimiento del artículo 36(1)(b) de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 se daba en perjuicio no sólo de un Estado Parte en dicha Convención sino también de los seres humanos afectados.

379. 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 intervenientes 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.

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 humanos<sup>380</sup>, - 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 transcendental 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 permite 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 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.

---

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

## 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 individual<sup>381</sup>. 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 humanidad<sup>382</sup>; 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 forman<sup>383</sup>.

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 universal<sup>384</sup>. Para Suárez, el derecho de gentes abarcaba, además de las naciones y los pueblos, el género humano como un todo,

---

381. 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.

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

383. 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.

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

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*<sup>385</sup>. La sociabilidad y solidaridad humanas estaban presentes en 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"<sup>386</sup>. 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 Estado<sup>387</sup>.

7. Según la visión grociana, el ser humano y su bienestar ocupan posición central en el sistema de las relaciones internacionales; los patrones de justicia aplícanse *vis-à-vis* tanto los Estados como

---

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

386. 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.

387. *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).

los individuos<sup>388</sup>. 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”<sup>389</sup>. Están los Estados sometidos al Derecho, y el Derecho Internacional tiene “un fundamento objetivo, independiente y por encima de la voluntad de los Estados”<sup>390</sup>. Las consideraciones de justicia permean así las reglas de derecho y fomentan su evolución<sup>391</sup>.

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 universal*<sup>392</sup>. Samuel Pufendorf (autor de *De Jure Naturae et Gentium*, 1672), a su vez, defendió “el sometimiento del legislador a la más alta ley de la naturaleza humana y de la razón”<sup>393</sup>. 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 perfección<sup>394</sup>.

9. Lamentablemente, las reflexiones y la visión de los llamados fundadores del derecho internacional, que lo concebían como un

---

388. 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.

389. E. Jiménez de Aréchaga, “El Legado de Grotius 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.

390. *Ibid.*, p. 617.

391. *Ibid.*, pp. 619-621.

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

393. *Ibid.*, p. 26.

394. 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.

sistema verdaderamente universal<sup>395</sup>, 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 humanos<sup>396</sup>. 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 soberanos<sup>397</sup>. 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 internacional<sup>398</sup>. 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 presentar 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 autosuficiente<sup>399</sup>. El nuevo *jus gentium*, así concebido inclusive para

395. 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.

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

397. *Ibid.*, p. 37.

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

399. 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.

atender a las necesidades humanas, abrió camino para la concepción de un derecho internacional universal<sup>400</sup>.

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 razón<sup>401</sup>. 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 internacional<sup>402</sup>. 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 desplazados<sup>403</sup>.

## **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 noventa<sup>404</sup>, se han caracterizado particularmente por las disparidades en las condiciones de vida entre el lugar de origen y el de destino de los migrantes. Sus causas son múltiples: colapso económico y desempleo, colapso en los servicios públicos (educación, salud, entre otros), desastres naturales, conflictos armados, represión y persecución,

---

400. 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.

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

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

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

404. 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.

violaciones sistemáticas de los derechos humanos, rivalidades étnicas y xenofobia, violencia de distintas formas, inseguridad personal<sup>405</sup>.

14. Las migraciones y los desplazamientos forzados, con el consecuente desarraigo de tantos seres humanos, acarrean 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 permanente de injusticia<sup>406</sup>. 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)<sup>407</sup>. 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

---

405. 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.

406. 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 [L'Enracinement, 1949]* London/N.Y., Routledge, 1952 (reprint 1995), p. 41; y cf. también las ponderaciones de H. Arendt, *La tradition cachée*, Paris, Ch. Bourgois Éd., 1987 (ed. orig. 1946), pp. 58-59 y 125-127.

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

victimados<sup>408</sup>. 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 sociales<sup>409</sup>.

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 económica<sup>410</sup>, en medio a la triste mercantilización de las relaciones humanas. Verifícase hoy, además, a la par de un recrudecimiento de la intolerancia y la xenofobia, una lamentable erosión del derecho de asilo<sup>411</sup> (cf. *infra*, párrs. 36-42). Todos estos peligrosos desarrollos apuntan hacia un nuevo mundo

---

408. 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.

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

410. 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.

411. 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*

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 atribuída 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,

---

*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.

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*)**

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 éstos sido admitidos legalmente en el Estado receptor, e independientemente de haber llegado individual o masivamente (principio 12). E instó los Estados a poner fin a toda expulsión de carácter masivo y a establecer sistemas de "alerta inmediato" (*early warning* - principio 19)<sup>412</sup>. 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 XX<sup>413</sup> ha sido precisamente la atención especial dedicada a

---

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

413. 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, Copenhagen, 1995; IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995; II Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos,

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 desarrollo<sup>414</sup>. 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”<sup>415</sup>. Tal como me permití señalar en mi Voto Concurrente en la Opinión Consultiva n. 16 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Devido 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,

---

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.

414. 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.

415. 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.

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 contemporáneo<sup>416</sup>. 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).

---

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

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 central<sup>417</sup> y teniendo presentes los problemas que afectan a la humanidad 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 justicia<sup>418</sup>. La evolución conceptual aquí examinada gradualmente se movía, a partir de los años sesenta, de la dimensión *internacional* a la *universal*, bajo la gran influencia del desarrollo del propio Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El reconocimiento de ciertos *valores fundamentales*, sobre la base de un sentido de justicia objetiva, en mucho ha contribuído a la formación de la *opinio juris communis*<sup>419</sup> 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. Apesar 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*

---

417. 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.

418. 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 progresó cuando marcha en el sentido de la emancipación humana (*ibid.*, pp. 50 y 105-108). Al afirmar que “la persona humana transciende 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).

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

*gentium* por ellos reconstruído. 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 *fuente* del propio derecho internacional general<sup>420</sup>; 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*<sup>421</sup>. La referida cláusula, como un todo, ha sido concebida y reiteradamente afirmada, en última instancia, en beneficio

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

421. 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.

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*)<sup>422</sup>.

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 Devido 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 resolutivo n. 7), atiende efectivamente a las exigencias y los imperativos del bien común.

#### **IV. 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 transcinden en mucho los llamados “derechos de la ciudadanía”, “concedidos” por el Estado. El bien común, como lo sostén 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 espíritu<sup>423</sup>. El bien común es “común” porque

---

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

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

se proyecta y se refleja en las *personas humanas*<sup>424</sup>. Si se requiriera de determinados individuos que capitulen frente al todo social, que se despojasen 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 completo<sup>425</sup>.

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 legal<sup>426</sup>. 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.

---

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

425. Cf. *ibid.*, pp. 92-93.

426. 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.

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 humanos<sup>427</sup>, 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 desapercebido 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 sistemáticas<sup>428</sup>. De ahí la importancia creciente de la prevalencia de determinados derechos, como el derecho de acceso a la justicia (el derecho a la justicia *lato sensu*), el derecho a la vida privada y familiar (comprendiendo la unidad familiar), el derecho a no ser sometido a tratos crueles, inhumanos y degradantes; es este un tema que trasciende a la dimensión puramente estatal o interestatal<sup>429</sup>, 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

---

427. Cf. notas (3) y (27), *supra*.

428. 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, Bruylants, 2000, pp. 693-696.

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

una facultad discrecionalia 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 autoatribuída facultad de control migratorio, es la primera corriente que parece *de facto* imponerse<sup>430</sup>, 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 asilo<sup>431</sup>. 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 asilo<sup>432</sup>.

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 esteamos testimoniando los primordios de formación de un verdadero *derecho humano a la asistencia humanitaria*<sup>433</sup>. Estamos ante dos enfoques distintos del ordenamiento jurídico internacional, uno centrado en el Estado, el otro

---

430. 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 si 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.

431. 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.

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

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

(que firmemente sostengo) centrado en la persona humana. Estaría en conformidad con este último la caracterización del derecho de asilo como um 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 reconstrucción) de un verdadero derecho individual al asilo<sup>434</sup>.

39. Hay que tener presente que el instituto del asilo es mucho más amplio que el sentido atribuído 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 subjetivo<sup>435</sup>, 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

---

434. 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).

435. 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).

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*<sup>436</sup>. Esta postura muestráse 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 días<sup>437</sup> en el universo conceptual del Derecho Internacional de los 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

---

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

437. *Ibid.*, p. 23.

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"<sup>438</sup>.

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

---

438. L. Legaz y Lacamra, "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.

que los separa y que renuevan fielmente, en el corazón de la humanidad, la idea de una edad futura de más elevado sentimiento humano”<sup>439</sup>.

## V. 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 reducionista 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

---

439. S. Zweig, *Triunfo y Tragedia de Erasmo de Rotterdam*, 5a. ed., Barcelona, Ed. Juventud, 1986, pp. 205-207; S. Zweig, *Érasme - Grandeur et décadence d'une idée*, Paris, Grasset, 2002 (reed.), pp. 183-185.

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 Público<sup>440</sup>, con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, con el Derecho Internacional Humanitario<sup>441</sup>, con el Derecho Internacional de los Refugiados<sup>442</sup>, con el Derecho Penal Internacional<sup>443</sup>. Por más circunscrito o especializado que sea un régimen jurídico, ahí se encuentran sus principios básicos, como, v.g., en el Derecho Ambiental Internacional<sup>444</sup>, en el Derecho del Mar<sup>445</sup>, en el Derecho del Espacio Exterior<sup>446</sup>, entre otros tantos. Como señalado ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos durante el procedimiento atinente a la presente Opinión Consultiva sobre

---

440. 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.

441. 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.

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

443. 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.

444. 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.

445. 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).

446. 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.

*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 positivo<sup>447</sup>. 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”<sup>448</sup>.

---

447. 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.

448. F. Castberg, “Natural Law and Human Rights”, 1 *Revue des droits de l'homme / Human Rights Journal* (1968) p. 37, y cf. pp. 21-22. [Traducción: “las experiencias de nuestra época, con sus cruelezas e injusticias 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

Este “eterno retorno” del jusnaturalismo ha sido, así, reconocido por los propios jusinternacionalistas<sup>449</sup>, 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 todo<sup>450</sup>. 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 jurídico<sup>451</sup>.

51. Los principios generales del derecho han contribuído 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

---

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”].

449. Cf., e.g., L. Le Fur, «La théorie 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.

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

451. 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».

(internos)<sup>452</sup>. 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 humanos<sup>453</sup>.

## **VI. 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 Derecho<sup>454</sup>, y es decisiva para la configuración del *jus cogens*<sup>455</sup> (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 jurídica<sup>456</sup>, 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

452. 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.

453. 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 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.

454. 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.

455. 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.

456. *Ibid.*, p. 224.

(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 se identificaren con los propios fundamentos del sistema jurídico<sup>457</sup>. 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 internacional<sup>458</sup>. 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 Estados<sup>459</sup>. De ese modo, - como lo señala lúcidamente A. Favre, - ellos aseguran la unidad del Derecho, a partir de la idea de la justicia, en beneficio de toda la humanidad<sup>460</sup>.

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 circunstancia<sup>461</sup>. En el dominio del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, un ejemplo de principios generales de derecho de 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*

---

457. 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.

458. 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.

459. 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.

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

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

*Migrantes Indocumentados*, la Corte Interamericana se ha referido expresamente a ambos principios (párr. 157).

55. Además, en su *jurisprudence constante*, la Corte Interamericana, al interpretar y aplicar la Convención Americana, ha asimismo recurrido siempre a los principios generales del derecho<sup>462</sup>. 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 humanos<sup>463</sup>, 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

---

462. 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.

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

respetada por el simple hecho de pertenecer al género humano, independientemente de su condición, su estatuto de ciudadanía, o cualquier otra circunstancia<sup>464</sup>. 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 justicia<sup>465</sup>. 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 cohesión<sup>466</sup>. 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 internacional<sup>467</sup>.

---

464. 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.

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

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

467. *Ibid.*, pp. 104-105 y 110-112.

## **VII. 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 Derecho<sup>468</sup>, - el otro elemento constitutivo, el de la no-discriminación, consignado en tantos instrumentos internacionales<sup>469</sup>, asume importancia capital en el ejercicio de los derechos protegidos. La 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 consagrados<sup>470</sup>. 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.

---

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

469. Declaración Universal de los Derechos Humanos, artículo 2; Pacto de Derechos Civiles y Políticos, artículos 2(1) y 26; Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, artículo 2; Convención Europea de Derechos Humanos, artículo 14; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 1(1); Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, artículo 2); 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 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).

470. 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.

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 Humanos<sup>471</sup>, e incluso como elemento integrante del derecho internacional general o consuetudinario<sup>472</sup>. Al fin y al cabo, la normativa del Derecho Internacional, “debe, por definición, ser la misma para todos los sujetos de la comunidad internacional”<sup>473</sup>. No es mi propósito abundar, en este Voto Concurrente, sobre la jurisprudencia internacional al respecto, por cuanto ya se encuentra analisada en detalles en una de mis obras<sup>474</sup>. Me limito, pues, aquí a señalar en resumen 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 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

---

471. 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.

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

473. 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.

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

limita a los derechos estipulados en el Pacto<sup>475</sup>. 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*<sup>476</sup>.

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 componentes<sup>477</sup>.

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)<sup>478</sup>. En realidad, las causas

475. 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.

476. 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.

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

478. D. Türk (special rapporteur 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.

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 contenido los *Principios Básicos sobre Desplazamiento Interno (Guiding Principles on Internal Displacement)*<sup>479</sup>.

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 Humanitario<sup>480</sup>. 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-discriminación<sup>481</sup>. En suma, los trabajadores migrantes, inclusive los indocumentados, son titulares de los derechos humanos fundamentales, que no se condicionan por su situación jurídica (irregular o no)<sup>482</sup>. En conclusión sobre este punto, al principio fundamental de la igualdad y no-discriminación está reservada, desde la Declaración Universal de 1948, una posición verdaderamente central en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

### **VIII. 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

479. 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*.

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

481. Tal como enunciado en su artículo 7.

482. 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.

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*, transcendiendo 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 Tratados<sup>483</sup>. La Convención consagró el concepto de *jus cogens*, sin con ésto adoptar la tesis - defendida en el pasado por A. McNair<sup>484</sup> - de que un tratado podría generar un régimen de carácter objetivo *erga omnes* en derogación del principio clásico *pacta tertiis nec nocent nec prosunt*<sup>485</sup>. El concepto parece haber

---

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

484. Cf. A.D. McNair, “Treaties Producing Effects ‘Erga Omnes’”, in *Scritti di Diritto Internazionale in Onore di T. Perassi*, vol. II. Milano, Giuffrè, 1957, pp. 23-36.

485. 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-

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*<sup>486</sup>, i.e., de normas imperativas del derecho internacional general<sup>487</sup>. La consagración del *jus cogens* se tornó objeto de análisis de una amplia bibliografía especializada<sup>488</sup>.

---

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. Yépes 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.

486. 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.

487. 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 Direito 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.

488. 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).

67. Transcurrida una década y media, el concepto de *jus cogens* volvió a ser consagrado 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 permitió advertir para la manifiesta incompatibilidad con el concepto de *jus cogens* de la concepción voluntarista del Derecho Internacional<sup>489</sup>, 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 Estados<sup>490</sup>. 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 jurídico<sup>491</sup>. 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 general<sup>492</sup>. 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

---

489. 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).

490. 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.

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

492. 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.

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* internacional<sup>493</sup>. 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)<sup>494</sup>. Esto ocurría en razón de la importancia 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”<sup>495</sup>. En mi entendimiento, es en este capítulo central del Derecho Internacional, el de la responsabilidad internacional (quizás más que

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

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

495. 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.

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*<sup>496</sup> (uno de los elementos subyacentes al concepto de *jus cogens*). En nuestros días, nadie osaría negar la ilegalidad objetiva de actos de genocidio<sup>497</sup>, 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 universal<sup>498</sup>, 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”<sup>499</sup>.

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*<sup>500</sup>, en el dominio del Derecho 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

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

497. 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.

498. 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.

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

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

del debido proceso legal igualmente afrentan 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"<sup>501</sup>; 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 guían<sup>502</sup>.

## **IX. 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-

501. 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 Mijaia 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.

502. 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.

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)<sup>503</sup>. También sobre este particular me permite 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 acarrean 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 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 atribuídos por instrumentos internacionales de carácter universal o casi-universal*”<sup>504</sup>. 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

---

503. Y cf. también párr. 146.

504. CIJ, Sentencia del 05 de febrero de 1970, *ICJ Reports* (1970) p. 32, párrs. 33-34 (énfasis acrecentado). - 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.

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 todo<sup>505</sup>. En el marco del derecho internacional convencional, vinculan todas 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 contribuído 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, genera efectos *erga omnes*, alcanzando las relaciones del individuo tanto con el poder público (estatal) cuanto con otros particulares<sup>506</sup>.

---

505. 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.

506. 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

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*<sup>507</sup>. 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 humano<sup>508</sup>, movido sobre todo por la *opinio*

---

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

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

508. 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*

*juris* como manifestación de la conciencia jurídica universal, en beneficio de todos los seres humanos<sup>509</sup>. 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* 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*<sup>510</sup>.

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

---

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.

509. 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.

510. 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.

consagrados en la Convención, que requiere el claro reconocimiento de los efectos de las obligaciones convencionales *vis-à-vis* terceros (el *Drittirkung*), 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 aclararado 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 transciende así el dominio del derecho de los tratados.

## **X. 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.

**5. Voto Dissidente [excertos] do Juiz A.A. Cançado Trindade no caso relativo à Aplicação da *Convenção Internacional sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação Racial* (CIJ, Geórgia versus Federação Russa; exceções preliminares, Sentença de 01.04.2011):**

**I. Prolegomena**

1. I regret not to be able to follow the Court's majority in the decision which the Court has just adopted in the present Judgment on preliminary objections in the case concerning the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination* (Georgia versus Russian Federation). My dissenting position encompasses the whole of the Court's reasoning, and its conclusions on the second preliminary objection and on jurisdiction, as well as its treatment of issues of substance and procedure raised before the Court. This being so, I care to leave on the records the foundations of my dissenting position, given the considerable importance that I attach to the issues raised by both Georgia and the Russian Federation in the *cas d'espèce*, bearing in mind the settlement of the dispute at issue ineluctably linked to the imperative of the *realization of justice* under a United Nations human rights treaty of the historical importance of

the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination (hereinafter the CERD Convention).

2. I thus present with all care the foundations of my entirely dissenting position on the whole matter dealt with by the Court in the Judgment which it has just adopted, out of respect for, and zeal in, the exercise of the international judicial function, guided above all by the ultimate goal precisely of the *realization of justice*. To that effect, I shall dwell upon all the aspects concerning the dispute brought before the Court which forms the object of the present Judgment of the Court, in the hope of thus contributing to the clarification of the issues raised and to the progressive development of international law, in particular in the international adjudication by this Court of cases on the basis of universal human rights treaties.

3. My first line of considerations concerns the genesis of the compulsory jurisdiction of the Hague Court (PCIJ and ICJ), which in my view cannot pass unnoticed in the consideration of compromissory clauses such as the one of the CERD Convention (Article 22). I shall next turn to the legislative history and development of the optional clause of compulsory jurisdiction of the Hague Court (PCIJ and ICJ). This will lead me into the consideration of the relationship between the optional clause/compromissory clauses and the nature and substance of the corresponding treaties wherein they are enshrined.

4. Attention will thus be drawn to the principle *ut res magis valeat quam pereat*, before I turn to the elements for the proper interpretation and application of the compromissory clause (Article 22) of the CERD Convention (encompassing its ordinary meaning, its *travaux préparatoires*, and the previous pronouncement of the Court itself on it). In considering, next, the ineluctable relationship between peaceful settlement and the realization of justice, particularly under human rights treaties, I shall dwell in particular, upon the question of the verification of prior attempts or efforts of negotiation, in the light of the relevant case-law of the Hague Court (PCIJ and ICJ).

5. In sequence, I shall single out the concern of contemporary *jus gentium* with the sufferings and needs of protection of the population, an issue which, in my view, assumes a central position in the consideration of the present case concerning the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*. This will lead me to a review of the evolutive interpretation of human

rights treaties, - such as the CERD Convention, - regarded constantly in international case-law and international legal doctrine as *living instruments*, so as to respond to new needs of protection of the human person, even in the most adverse circumstances. The path will then be paved for, last but not least, the presentation of my concluding observations, and my final reflections on an old dilemma that we keep on facing nowadays, in the light of contemporary *jus gentium*. (...)

## **II. Towards Peaceful Settlement with the Realization of Justice under Human Rights Treaties**

136. In the present case of the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, the Court's majority seems to overlook this *jurisprudence constante* of the Court itself, in order to set up a strict "precondition" of prior negotiation (paras. 157-159), with a very high threshold, for the exercise of jurisdiction on the basis of that human rights treaty, the CERD Convention. In trying to find support for its position, the Court's majority recalls an *obiter dictum* (p. 116) of the PCIJ in the Advisory Opinion on the *Railway Traffic between Lithuania and Poland* (1931). But, a *contrario sensu*, the *jurisprudence constante* of the Hague Court, on the point at issue, contented itself with noting that the parties had been unable to find common ground before the application was filed with it.

137. Throughout the last decades, studies undertaken on the position of the Hague Court (PCIJ and ICJ), on the verification of attempts or efforts of negotiation prior to recourse to the Court itself, have come to the conclusion that the established case-law (*jurisprudence constante*) of the Court does *not* at all lend support to the view that those prior attempts or efforts of negotiation amount to a mandatory "precondition" to the exercise of the Court's jurisdiction<sup>511</sup>. Quite on the contrary, compromissory clauses have been a relevant source of

---

511. Cf., e.g., G. Abi-Saab, *Les exceptions préliminaires dans la procédure de la Cour internationale*, Paris, Pédone, 1967, pp. 124-125; J.I. Charney, "Compromissory Clauses and the Jurisdiction of the International Court of Justice", 81 *American Journal of International Law* (1987) pp. 870-883, and cf. pp. 859-864; S. Torres Bernárdez, "Are Prior Negotiations a General Condition for Judicial Settlement by the International Court of Justice?", in *Liber Amicorum in Memoriam of Judge J.M. Ruda* (eds. C.A. Armas Barea, J.A. Barderis *et alii*), The Hague, Kluwer, 2000, pp. 507-525.

the Court's jurisdiction<sup>512</sup>, and even more cogently so under some human rights treaties containing them (cf. *infra*), and pointing towards the goal of the realization of justice.

138. Notwithstanding the Court's *jurisprudence constante* (*supra*), the Court's majority regrettably set a very high threshold in the present case as to the requirement of prior negotiations. In my perception, the position of this Court along its history, on this particular issue, has favoured the access to justice *lato sensu* (i.e., including the realization of justice); the change of approach of the Court's majority in the present case opposing Georgia to the Russian Federation, not only operates to the contrary, but, furthermore, can generate a sense of judicial insecurity and can have an adverse impact on the future acceptance of the Court's compulsory jurisdiction under international treaties.

139. This is even more regrettable bearing in mind the *nature* of the treaty at issue, one of the core U.N. Conventions on human rights, the CERD Convention. One cannot lose sight of the rights and values that are at stake. Reliance on formalistic formulas, focus on State "interests" or intentions, or its "will", or other related notions, or State strategies of negotiations, should not make one lose sight of the fact that claimants of justice, and their beneficiaries, are, ultimately, human beings<sup>513</sup>, - as disclosed by the present case brought to the cognizance of the Court.

140. There seems to be general awareness at present that the expansion of international jurisdiction, - illustrated, e.g., by the concomitant operation, with this Court, of international human rights tribunals, - responds and corresponds to a need of the international community nowadays, going beyond the framework of methods of peaceful settlement of international disputes (used in inter-State disputes), and giving expression to the idea of a *préeminence* of International Law<sup>514</sup>. This Court has to remain attentive to that, it cannot overlook the *rationale* of human rights treaties. A mechanical

512. Cf., e.g., C.J. Tams, "The Continued Relevance of Compromissory Clauses as a Source of ICIJ Jurisdiction", in *A Wiser Century? Judicial Dispute Settlement, Disarmament and the Laws of War 100 Years after the II Hague Peace Conference* (eds. Th. Giegerich and U.E. Heinz), Berlin, Duncker & Humblot, 2009, pp. 471, 476, 480-481, 487-489 and 492.

513. Cf., to this effect, e.g., Julius Stone, *Approaches to the Notion of International Justice*, Princeton, University Press, 1970, p. 55.

514. J.-Y. Morin, «L'état de Droit: émergence d'un principe du Droit international», 254 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye [RCADI]* (1995) pp. 199, 451 and 462.

and reiterated search for State consent, placed above the fundamental values underlying those treaties, will lead it nowhere.

141. This Court has, on occasions, expressly acknowledged that the idea of an international *rule of law* has indeed gained ground in recent years. Suffice it here to evoke, for example, the contribution of its Advisory Opinions on *Namibia* (of 21.06.1971 - cf. *infra*), and on the *Obligation to Arbitrate by Virtue of Section 21 of the 1947 U.N. Headquarters Agreement* (of 26.04.1988). This *idée-force* has fostered the search for the realization of justice under the *rule of law* at international level, and is to be kept in mind whenever this Court is called upon to adjudicate a case on the basis of a human rights treaty.

142. May it be recalled that, in the late eighties (1988-1989), e.g., the then Soviet Union (succeeded by the Russian Federation), and some other Eastern European States, withdrew declarations they had previously made to exclude compulsory settlement of disputes in some human rights conventions celebrated during the cold-war period. This was a reassuring initiative to foster the compulsory jurisdiction of the ICJ in respect of six core human rights treaties (including the CERD Convention). In his address to the U.N. General Assembly, of 07.12.1988, the President of the (then) Presidium of the Supreme Soviet of the USSR (Mr. Mikhail Gorbachev), after invoking "the primacy of universal human values", stated that

"We believe that the jurisdiction of the International Court of Justice at The Hague as regards the interpretation and implementation of agreements on human rights should be binding on all States"<sup>515</sup>.

---

515. U.N., doc. A/43/PV.72, of 08.12.1988, p. 26, and cf. p. 8. Shortly afterwards, a USSR memorandum, of 29.09.1989, on "Enhancing the Role of International Law", circulated in the U.N. General Assembly on 02.10.1989 (in the framework of the United Nations Decade of International Law), referred to the strengthening of the role of the ICJ as the principal judicial organ of the United Nations. Cf. U.N. doc. A/44/585, of 02.10.1989, p. 5. - On this new outlook of the primacy of the rule of law in international relations, cf. comments in, e.g., A. Gorin and P. Mishchenko, "New Political Thinking as a Philosophy and a Tool of Soviet Foreign Policy", 17 *Journal of Legislation* (1990) pp. 17-18. On the professed "priority of universal human values" in this new outlook, cf. comments in, e.g., V.S. Vereshchetin and R.A. Mullerson, "International Law in and Interdependent World", 28 *Columbia Journal of Transnational Law* (1990) pp. 292-293 and 300.

143. Shortly afterwards, on 10.02.1989, the (then) Presidium of the Supreme Soviet of the USSR adopted, upon the suggestion of the Council of Ministers of the USSR, a decree (*ukaz*), whereby it withdrew the reservations the USSR had previously made in relevant provisions of six human rights treaties, namely: Article 22 of the CERD Convention (of central importance in the present case), Article 29(1) of the 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women (the CEDAW Convention), Article 30(1) of the 1984 U.N. Convention against Torture (the CAT Convention), Article IX of the 1948 Convention against Genocide, Article IX of the 1953 Convention on the Political Rights of Women, and Article 22 of the 1950 Convention for the Suppression of the Traffic in Persons and of the Exploitation of the Prostitution of Others<sup>516</sup>.

144. Moreover, the realization of justice under human rights treaties (such as the CERD Convention) can hardly be attained by a valuation of the evidence produced before the Court pursuant to a strictly inter-State outlook, singling out the strategies of international litigation of the contending parties, and overlooking the *basic rationale* of those treaties of protection of the rights of the human person. Under those treaties, peaceful settlement is coupled with the realization of justice, and this latter can hardly be achieved in a case, such as the present one, without turning attention to the sufferings and needs of protection of the population.

### **III. The Law and the Sufferings and Needs of Protection of the Population: *Summum Jus, Summa Inuria...***

145. Regrettably, this was not done by the Court in the present case. The Court could, and should, have been particularly attentive to the sufferings and needs of protection of the population, on the basis of an assessment of the whole evidence produced before it by the contending parties themselves. Thus, in its consideration of the first and second preliminary objections in the present Judgment, the Court referred to several pieces of the vast documentation submitted to its cognizance by the Russian Federation and Georgia. Yet, it did so in the course of a reasoning which pursued an essentially inter-State,

---

516. Cf. comments in, e.g., T. Schweisfurth, "The Acceptance by the Soviet Union of the Compulsory Jurisdiction of the ICJ for Six Human Rights Conventions", 2 *European Journal of International Law* (1990) pp. 110-117.

and mostly bilateral, outlook, centred on the (diplomatic) relations between the two States concerned.

146. Accordingly, one does not find, in the reasoning of the Court's majority, an in-depth examination of the pieces of the aforementioned documentation which disclose an aspect of the utmost importance to me: that of the vulnerability, if not defencelessness, of the victimized population, directly affected by the long-standing dispute<sup>517</sup>, aggravated into an armed conflict in early August 2008, between Georgia and the Russian Federation. The present Judgment contains only *in passim* references to the sufferings endured by the victimized population, such as the reference to an agreement concluded by Georgia and the Russian Federation, as early as on 24.06.1992, which stated in the preamble that the Parties were striving for "the immediate cessation of the bloodshed" (para. 38).

147. It is beyond the purpose of my Dissenting Opinion to embark on an exhaustive analysis of that extensive documentation, as a whole, produced before the Court. Suffice it here to refer to those documents, submitted to this Court, in a commendable way, either by the Russian Federation or by Georgia, which are clearly illustrative of the aspect I single out herein, namely, that of the pain and sufferings, and the pressing needs of protection, of the silent victims of the dispute and armed conflict between Georgia and the Russian Federation. The point I here wish to make is that this aspect of the present case could not have been overlooked, especially in a case lodging with this Court on the basis of a human rights treaty like the CERD Convention.

148. In the documentation presented to the Court by the Russian Federation, appended to its Preliminary Objections of 01.12.2009<sup>518</sup>, are the *Concluding Observations* of the CERD Committee in respect of reports lodged with it by Russia as well as by Georgia. Thus, already in its *Concluding Observations*, of 22.03.2001, on the initial report of

---

517. As it ensues from, e.g., the resolutions of the Georgian Parliament of 20.03.2002 (concerning the situation in Abkhazia), and of 11.10.2005 (concerning alleged "ethnic cleansing by third parties" in Abkhazia and South Ossetia); Georgia's letters of 27.10.2005 to the U.N. Security Council (U.N. doc. S/2005/678), and of 10.11.2005 to the U.N. Secretary General (U.N. doc. A/60/552-S/2005/718); Georgia's statement at the U.N. Security Council of 26.01.2006, and address at the U.N. General Assembly of 23.09.2006, followed by other manifestations of the kind, ranging from September-November 2006 to August 2008.

518. Annexes 50, 63 and 70.

Georgia under the CERD Convention, the Committee *inter alia* found that

"Georgia has been confronted with ethnic and political conflicts in Abkhazia and South Ossetia since independence. (...) [T]he conflicts in South Ossetia and Abkhazia have resulted in discrimination against people of different ethnic origins, including a large number of internally displaced persons and refugees"<sup>519</sup>.

149. The point was reiterated by the CERD Committee in its *Concluding Observations*, of 15.08.2005, on the second to third periodic reports of Georgia under the CERD Convention<sup>520</sup>. And, in its more recent *Concluding Observations*, of 13.08.2008, on the 18th and 19th periodic reports of the Russian Federation, the Committee recommended *inter alia* that

"the State Party undertake a thorough investigation, through an independent body, into all allegations of unlawful police conduct against Georgian nationals and ethnic Georgians in 2006 and adopt measures to prevent the recurrence of such acts in the future"<sup>521</sup>.

150. In the documentation presented by Georgia to the Court, appended to its Memorial of 02.09.2009, and to its Written Statement (on Preliminary Objections) of 01.04.2010, there are several reports of international organizations (United Nations, Council of Europe, Organization of Security and Cooperation in Europe [OSCE], European Union)<sup>522</sup>, as well as non-governmental organizations (Human Rights Watch, Amnesty International)<sup>523</sup>. The latter provide accounts of the occurrence, in the armed conflict that broke out on 07 August 2008, of deliberate and indiscriminate use of force and violence against civilians, ethnic attacks, intentional burning of homes and villages, forced displacement of persons, and other human rights and humanitarian law violations. But it is the former, - particularly the successive reports

519. U.N. doc. CERD/C/304/Add.120, of 27.04.2001, paras. 3-4. It added that, "[o]n repeated occasions, attention has been drawn to the obstruction by the Abkhaz authorities of the voluntary return of displaced populations" (*ibid.*, para. 4).

520. Cf. U.N. doc. CERD/C/GEO/CO/3, of 27.03.2007, paras. 4-5.

521. U.N. doc. CERD/C/RUS/CO/19, of 20.08.2008, para. 13.

522. Annexes (to the Memorial) 56, 59, 60, 62, 71.

523. Annexes (to the Memorial) 150, 152, 156, 158.

of the Monitoring Commission<sup>524</sup> of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe - that provide an over-all account of the features and the pattern of violence that generated the sufferings of the population in the regions affected by the armed conflict, and the pressing needs of protection of the numerous victims.

151. Even if this particular aspect of the *cas d'espèce* goes beyond the framework of bilateral (diplomatic) inter-State relations, this Court, in my view, could not have overlooked it, at the present stage of Preliminary Objections, - even more so after its recent decision to indicate provisional measures of protection (Order of 15.10.2008) in the present case, having found that it had jurisdiction *prima facie* over the dispute at issue (para. 117). And, above all, one has to go beyond the strict inter-State (diplomatic) outlook of traditional international law, for it is generally recognized that contemporary *jus gentium* is not at all insensitive to the fate of the populations.

152. Thus, it should not pass unnoticed that the aforementioned reports of the Monitoring Commission of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe took the care to draw attention to the living conditions of the population affected. One of them, of late April 2009, asserted

“the rule of customary international law that the well-being of the population in occupied areas has to be a basic concern for those involved in a conflict. (...) [T]he well-being of the population in occupied areas has to be a basic concern for those involved in a conflict (...)”<sup>525</sup>.

This was of great importance, - the report added, - in the light of the claims of “violations of human rights and international humanitarian Law” in the course of the war and during its aftermath<sup>526</sup>.

153. In a previous report, of late January 2009, the Monitoring Commission reiterated this warning (paras. 1, 46, 49, 50), in face of the originally recorded - by the UNHCR<sup>527</sup> - 133.000 internally displaced

---

524. I.e., the Committee on the Honouring of Obligations and Commitments by Member States of the Council of Europe.

525. C.E./Parliamentary Assembly, *Follow-up Given by Georgia and Russia to Resolution 1647(2009)*, doc. 11.876, of 28.04.2009, p. 7, paras. 29-30.

526. *Ibib.*, p. 6, para. 23.

527. That is, the United Nations High Commissioner for Refugees. In addition to the UNHCR, also the International Committee of the Red Cross (ICRC) received requests

persons in Georgia<sup>528</sup>. Looking back in time, to the early nineties (the conflict of 1992, which also generated forced displacement), the estimated total of displaced persons in the area, throughout the nineties, raises to 222.000 persons, according to another report, of early October 2008, of the Monitoring Committee; this report estimates that, out of the war of August 2008 in particular, of the more than 30.000 displaced persons, 25.000 from South Ossetia and 6.000 from Abkhazia “are considered to be ‘permanently’ unable to return to their original place of residence”<sup>529</sup>.

154. This report, furthermore, deplores “the human suffering” caused by the war between Georgia and Russia, and resulting in particular from alleged “patterns of ethnic cleansing” in South Ossetia<sup>530</sup>, and other “human rights and humanitarian law violations committed by both sides in the context of the war, such as the intentional or avoidable killing or wounding of civilians, as well as destruction of property”<sup>531</sup>. In the course of 2009, two Committees of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe issued reports, also focusing on the suffering of the population, ensuing from the humanitarian consequences of the war between Russia and Georgia.

155. The Monitoring Committee, in a new report, of mid-September 2009, regretted that “little tangible progress” had been achieved to address the consequences of that “tragic war”: there had not been a serious investigation of the alleged “ethnic cleansing of ethnic Georgians” and perpetrators had not been brought to justice<sup>532</sup>. The tensions in the whole region had not been reduced, - the report added, - negatively affecting its stability and “the security of all its

---

members of families of those displaced or missing.

528. C.E./Parliamentary Assembly, *Implementation of Resolution 1633 (2008) on the Consequences of the War between Georgia and Russia*, doc. 11.800, of 26.01.2009, p. 15, para. 58, and cf. pp. 2, 14-15 and 22, paras. 1, 46, 49-50 and 104.

529. C.E./Parliamentary Assembly, *The Consequences of the War between Georgia and Russia*, doc. 11.724, of 01.10.2008, p. 3, para. 15, and cf. also p. 13, para. 36.

530. *Ibid.*, pp. 1 (summary) and 14-15, para. 42 and 54. In this respect, the Monitoring Committee’s report refers to “credible reports of acts of ethnic cleansing committed in Georgian villages in South Ossetia and the ‘buffer zone’ by irregular militia and gangs which the Russian troops failed to stop”; *ibid.*, p. 1 (summary).

531. *Ibid.*, p. 3, para. 11, and cf. also p. 16, para. 60.

532. C.E./Parliamentary Assembly, *The War between Georgia and Russia: One Year After*, doc. 12.010, of 14.09.2009, pp. 3 and 5, paras. 1 and 9-10, and cf. also p. 2, para. 6.

inhabitants”; a pressing need remained of “urgent protection of human rights and humanitarian security”<sup>533</sup>.

156. For its part, the Committee on Migration, Refugees and Population, of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe, in its report of early April 2009, also addressed the continuation of problems that kept on inflicting suffering on the population concerned, and its “ongoing fear” of a “renewal of hostilities” (para. 95), namely: a) detained and missing persons (paras. 39-46); b) forced displacement (para. 2); c) family reunification (paras. 25 and 45); and d) destruction of property and looting (para. 30)<sup>534</sup>.

157. These reports were accompanied by resolutions (related to the fact-finding work of the Monitoring Committee) of the Parliamentary Assembly of the Council of Europe<sup>535</sup>, which also referred to the sufferings of the victimized population. One of those resolutions (namely, resolution 1683 (2009), of 29.09.2009), after referring to the “tragic war” at issue (para. 1), made a cross-reference to the *Report* of the “Independent International Fact-Finding Mission on the Conflict in Georgia” (of September 2009), established by the European Union, into the origins and course of the conflict at issue (para. 2).

158. The aforementioned *Report* was also included in the documentation which Georgia presented to this Court in the course of the proceedings on the consideration of the preliminary objections interposed by the Russian Federation<sup>536</sup>. The *Report* began by stressing that, as a result of a decision taken by the Council of the European Union, this was “the first time in its history that the European Union has decided to intervene actively in a serious armed conflict”, setting up a Fact-Finding Mission as a follow-up to the conflict (p. 2). And it went on:

---

533. *Ibid.*, pp. 9 and 12, paras. 27 and 49. The report added that there was “a serious risk of a new exodus of ethnic Georgians from the Gali and Akhalgori districts”; *ibid.*, p. 14, para. 64.

534. C.E./Parliamentary Assembly, *Humanitarian Consequences of the War between Georgia and Russia: Follow-Up Given to Resolution 1648(2009)*, doc. 11.859, of 09.04.2009, pp. 2, 8-11 and 16, paras. 2, 25, 30, 39-46 and 95.

535. E.g., resolution 1647 of 28.01.2009; resolution 1633 of 02.10.2008 (forced displacement, paras. 15 and 24(3)); resolution 1683 of 29.09.2009 (alleged “ethnic cleansing”, para. 9).

536. Cf. Annexes (to Georgia’s Written Statement on Preliminary Objections, of 01.04.2010) 120 and 121.

“(...) [M]ost people directly involved in the conflict remember human fates and human suffering first and foremost. The August 2008 armed conflict unfortunately saw many crimes committed in violation of International Humanitarian Law and Human Rights Law. (...)

As for the conflict in South Ossetia and adjacent parts of the territory of Georgia, the Mission established that all sides to the conflict - Georgian forces, Russian forces and South Ossetian forces - committed violations of International Humanitarian Law and Human Rights Law. (...)” (paras. 25-26).

159. The *Report* added that the Mission had found “patterns of forced displacements of ethnic Georgians who had remained in their homes after the onset of hostilities” (para. 27). The violations of the rights of the human person mainly concerned “indiscriminate attacks” and “ill-treatment of persons”, forced displacement and destruction of property. As a result,

“Adding to the severity of the situation, there was a considerable flow of internally displaced persons (IDPs) and refugees. Reportedly about 135.000 persons fled their homes, most of them from regions in and near South Ossetia. While most persons fled to other parts of Georgia, a significant number also sought refuge in Russia. The majority fled because of the dangers and the insecurity connected to the conflict situation. But also numerous cases of forced displacements in violation of International Humanitarian and Human Rights Law were noted” (para. 28).

160. As we have seen, the fact-finding reports reviewed above characterized the armed conflict of 2008 between Georgia and Russia as a “tragic war”, marked, by all those who can remember it, by “human fates and human suffering” (cf. *supra*). Even earlier occurrences, well before the 2008 armed conflict, have been characterized as “tragic”. Very brief references to such characterization, by Georgia, can be found in the present Judgment, in paragraph 51 (“tragic events” of 1993), paragraph 57 (“tragic events” of 1998), and paragraph 65 (“tragic results” of occurrences of 2001). Yet, this dimension - the human factor - is not at all reflected in the present Judgment of the Court, in its

own assessment of the facts for the consideration of the preliminary objections raised before it.

161. As to the first preliminary objection, for example, the Court spent 90 paragraphs to concede that, in its view, a legal dispute at last crystallized, on 10 August 2008 (para. 93), only *after* the outbreak of an open and declared war between Georgia and Russia! I find that truly extraordinary: the emergence of a legal dispute only *after* the outbreak of widespread violence and war! Are there disputes which are quintessentially and ontologically *legal*, devoid of any political ingredients or considerations? I do not think so. The same formalistic reasoning leads the Court, in 78 paragraphs, to uphold the second preliminary objection, on the basis of alleged (unfulfilled) "preconditions" of its own construction, - in my view at variance with its own *jurisprudence constante* and with the more lucid international legal doctrine.

162. Under human rights treaties, the individuals concerned, in situations of great vulnerability or adversity, need a higher standard of protection; the ICJ, in the *cas d'espèce*, lodged with it on the basis of the CERD Convention, applied, contrariwise, a higher standard of State consent for the exercise of its jurisdiction. The result was the remittance by the Court of the present dispute back to the contending parties. The cries of suffering of the victims (from all sides) of the conflict between the Russian Federation and Georgia of August 2008 seemed to have echoed in the *Palais des Droits de l'Homme* in Strasbourg, on the occasion of the decision on the admissibility of the case *Georgia versus Russia*<sup>537</sup>: not so in the Peace Palace here at The Hague.

163. This point can be added, in my perception, to the characterization of the present case as indeed a tragic one, above all from the perspective of the victimized families and individuals. Tragedy accompanies human existence; no one can be sure to be free from it, till passing the final threshold of his or her own life secure from pain and injustice, as Sophocles (497-405 b.C.) warned in one of his plays. It is not at all surprising that his masterpieces, like those of Aeschylus (525-456 b.C.) shortly before him, and of his contemporary Euripides (484-

---

537. Cf. ECtHR (Fifth Section), case *Georgia versus Russia* (application n. 13255/07, decision of 30.06.2009, paras. 1-51: the ECtHR, by a majority, declared the application admissible (without prejudging the merits of the case), and joined to the merits the [quite distinct] preliminary objections raised before it.

406 b.C.), keep on being represented throughout the centuries, time and time again, from the Vth. century b.C. until our days, in distinct parts of the world, and in several idioms. Their messages are endowed with contemporaneity, - duly grasped by succeeding generations along the centuries everywhere, - as they touch on the unhappiness and sufferings proper of the human condition.

164. Amidst the violence portrayed in the representations of the perennial Greek tragedies of the Vth. century b.C., there emerged a timely warning as to destiny (as in Sophocles' *Oedipus Rex*, or in his *Ajax*), as to the unforeseeable along human existence, up to its end. Rationalism and so-called "realism" attempted to put an end to tragedy, and did not succeed at all, as human existence has been accompanied, since time immemorial, by irrationality and brutality. It is not surprising to find that, from the tragedies of ancient Greece, there also emerged a yearning and search for justice (as in Euripides' *Hecuba*, or in Aeschylus' *Oresteian Trilogy*, particularly *The Eumenides*), never abandoned until our days. Ever since, attention has been turned to the dictates of human conscience, even when they clashed with the rules of the law of the *polis* (as in Sophocles' *Antigone*); this tension led, in a language gradually crystallized throughout the subsequent centuries, to the opposition of natural law - emanating from the *recta ratio* - to positive law (*jus positum*), in the longing for justice.

165. The reckoned need for justice emanates, e.g., from the rituals of tribute to the dead and the victimized. Tragedy has, furthermore, evoked the process of learning through suffering (as, once again, in Aeschylus' *Oresteian Trilogy*, particularly *Agamemnon*). Tragedy has survived rationalism and so-called "realism", and, in regretting cruel, inhuman and degrading treatment (by all means unnecessary and abominable), - unfortunately inflicted until our days, - remains endowed with manifest contemporaneity. The victims of the "tragic war" of 2008 opposing Georgia to the Russian Federation, the fatal ones and their surviving relatives, and those forcefully displaced from their homes and incapable to return freely thereto ever since, have not yet found justice... As a Member of the International Court of Justice (seized of the case of their concern), I cannot but deeply regret this. *Summum jus, summa injuria...*

166. In this connection, may I further recall, also in temporal perspective, that, in the tragic inter-war period of the first half of the

XXth. century, one of the forerunners of the international protection of human rights (almost forgotten in our hectic days), the Russian jurist André Nicolayévitch Mandelstam, deeply regretted that the international legal order of his time accorded “une complète impunité à l’État violent les droits les plus sacrés de l’individu”, and longed for a new legal order which “obligerait l’État à reconnaître” to each human being a certain “minimum of rights”. In his somehow premonitory warning of 1931, he further stated:

“L’horrible expérience de notre temps a démontré que les abus éventuels, qui pourraient naître de cette imprécision et de l’absence de sanctions, sont beaucoup moins à redouter que ceux qui résultent de la reconnaissance à l’État d’un pouvoir illimité sur la vie et la liberté de ses sujets”<sup>538</sup>.

#### **IV. Human Rights Treaties as Living Instruments**

167. In the present Judgment on preliminary objections, the Court upholds the second preliminary objection relying upon its own strictly textual or grammatical reasoning relating to the compromissory clause (Article 22) of the CERD Convention (para. 135). Nowhere does one find considerations of a contextual nature, or else a reasoning that at least attempts to link such compromissory clause to the object and purpose of the CERD Convention, taking into account the substance and nature of the Convention *as a whole*. Nowhere does the Court consider the historical importance of the CERD Convention as a pioneering human rights treaty, and its continuing contemporaneity for responding to new challenges that are of legitimate concern of humankind, for the purpose of interpreting the compromissory clause contained therein.

168. Moreover, the reasoning of the Court appears to me as a static one, attempting to project into our days what the Court’s majority *imagines* were the intentions of the draftsmen of the Convention (or of some of them) almost half a century ago, on the basis of a textual or grammatical argument. The Court notes that, “at the time” when the CERD Convention “was being elaborated, the idea of submitting to the compulsory settlement of disputes by the Court was not readily acceptable to a number of States” (para. 147). The Court then attempts

---

538. A.N. Mandelstam, *Les droits internationaux de l’homme*, Paris, Éds. Internationales, 1931, p. 138.

to extract consequences therefrom, so as to advance today, in 2011, a reasoning that freezes or ossifies international law in the present domain of protection of the human person, that hinders its progressive development, and - ununderstandably - that limits its own jurisdiction!

169. Nowhere does the Court refer to the actual application that the CERD Convention has had in practice, throughout the last decades, so as to fulfill its object and purpose to the benefit of millions of human beings. Nowhere does the Court recognize that the CERD Convention, - like other human rights treaties, - is a *living instrument*, which has acquired a life of its own, independently from the assumed "intentions" of its draftsmen almost half a century ago. Even within the static outlook of the Court, already at the time the CERD Convention was being elaborated, there were those - as I have already indicated (cf. *supra*) - who supported the compulsory settlement of disputes by this Court, and even more so today, in 2011, in respect of obligations under the CERD Convention, and other human rights treaties.

170. May I here recall that, one and a half decades before the adoption of the CERD Convention, in his Dissenting Opinion in the *Anglo-Iranian Oil Company* case before the ICJ (Preliminary Objections, Judgment of 22.07.1952), Judge Alejandro Álvarez criticized traditional methods of treaty interpretation based on strict adherence to the letter of treaties (seen with an assumed "everlasting and fixed character") and too much reliance on "rules of grammar" without regard to the convention "as a whole" (p. 125). In his view,

"it is necessary to avoid slavish adherence to the literal meaning of legal or conventional texts (...). The important point is (...) to have regard above all to the *spirit* of such documents, to the intention of the parties in the case of a treaty, as they emerge from the institution or convention as a whole, and indeed from the new requirements of international life. (...) [A] convention, once established, acquires a life of its own and evolves not in accordance with the ideas or the will of those who drafted its provisions, but in accordance with the changing conditions of the life of peoples" (p. 126).

171. In addition, Judge A. Álvarez warned that, in his view, it was also

"necessary to have recourse to the *spirit* of the Charter of the United Nations, of which the Statute of the Court forms an integral part (...), and to the general principles of the law of nations. (...)

(...) [T]he present Court is, according to its Statute, a Court of *justice* and, as such, and by virtue of the dynamism of international life, it has a double task: to *declare* the law and to *develop* the law" (pp. 131-132).

172. This applies even more forcefully in respect of human rights treaties, which are living instruments, and accompany the evolution of times and of the social *milieu* wherein are exercised the protected rights, so as to respond to new needs of protection of the human person. Their dynamic or evolutive interpretation finds expression in international case-law. A *locus classicus* in this respect can be found in the Advisory Opinion of the ICJ on *Namibia* (1971), wherein it is asserted that the mandates system (territories under mandate), and in particular the concepts incorporated into Article 22 of the Covenant of the League of Nations, "were not static, but were by definition evolutionary". And the ICJ significantly added that

"its interpretation cannot remain unaffected by the subsequent development of the law, through the Charter of the United Nations and by way of customary law. Moreover, an international instrument has to be interpreted and applied within the framework of the entire legal system prevailing at the time of the interpretation. In this domain, as elsewhere, the *corpus juris gentium* has been considerably enriched, and this the Court, if it is faithfully to discharge its functions, may not ignore" (para. 53).

173. In the same line of reasoning, in the domain of the international protection of human rights, in the case *Tyler versus United Kingdom* (Judgment of 25.04.1978), the ECtHR asserted that the European Convention of Human Rights is "a living instrument" to be interpreted in the light of current living conditions (para. 31). The ECtHR pursued the same approach in other Judgments in leading cases, such as those of *Airey versus Irlanda* (of 09.10.1979), of *Marckx versus Belgium* (of 13.06.1979), of *Dudgeon versus United Kingdom* (of 22.10.1981).

174. The ECtHR has been pursuing this approach until the present time. Such evolutive interpretation bears witness of the incidence of the *temporal dimension* in the work of legal interpretation. In its Judgment of 28.07.1999, in the *Selmouni versus France* case, - to evoke another example, - after reiterating that the Convention is "a living instrument", that ought to be interpreted "in the light of present-day conditions", the European Court added that

"the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies" (para. 101).

175. More recently, to the same effect, the ECtHR has reiterated its approach, *ipsis literis*, in its Judgment of 07.01.2010 in the case of *Rantsev versus Cyprus and Russia* (para. 277). Already years earlier, the ECtHR duly clarified that its evolutive interpretation is not limited to the substantive norms of the Convention, but that it extends likewise to operational provisions such as the optional clauses (as existing prior to the entry into force of Protocol n. 11 to the Convention, on 01.11.1998).

176. Thus, in the case *célèbre* of *Loizidou versus Turkey* (Preliminary Objections, 1995), the ECtHR again pointed out that the European Convention, as "a constitutional instrument of European public order" (para. 75), is "a living instrument" to be interpreted in the light of contemporary conditions. It added that not even the (then) optional clauses - on the acceptance of the right of individual petition (Article 25) and the Court's compulsory jurisdiction (Article 46) - could be interpreted only in the light of what could have been the intentions of their draftsmen more than forty years earlier<sup>539</sup>.

177. The same understanding has been advanced, in the American continent, by the IACtHR, which espoused, likewise, this evolutive interpretation, of the American Convention on Human Rights, in, e.g., its Judgment (of 18.08.2000) in the case of *Cantoral Benavides versus Peru*

---

539. The ECtHR pondered that even if their intentions had been in the sense of permitting restrictions (other than those *ratione temporis*) under those optional clauses - what in the case was not demonstrated, - this element would not have been decisive (para. 71); on the contrary, the practice of the States Parties along the years pointed in the sense of the acceptance without restrictions of the aforementioned optional clauses of the Convention.

(para. 99). And, in its pioneering Advisory Opinion n. 16, on *The Right to Information on Consular Assistance in the Framework of the Guarantees of the Due Process of Law* (of 01.10.1999), after evoking (para. 113) the Advisory Opinion of the ICJ on *Namibia* of 1971, as well as the relevant case-law of the ECtHR, the IACtHR stated that

“(...) human rights treaties are living instruments whose interpretation ought to accompany the evolution of times and the current living conditions.

The *corpus juris* of international human rights law comprises a set of international instruments of varied contents and juridical effects (treaties, conventions, resolutions and declarations). Its dynamic evolution has exercised a positive impact on international law, in the sense of affirming and developing the aptitude of this latter to regulate the relations between States and the human beings under their respective jurisdictions. Accordingly, this Court ought to adopt an adequate approach to consider the question under examination in the framework of the evolution of the fundamental rights of the human person in contemporary international law” (paras. 114-115).

178. Earlier on, in its Advisory Opinion n. 10 (of 14.07.1989), the IACtHR pointed out that it would proceed to interpret the 1948 American Declaration on the Rights and Duties of Man not in the light of what was thought of it in 1948, at the time of its adoption, but “in the present moment, in face of what is today the inter-American system” of protection, taking into account the “evolution experienced since the adoption of the Declaration” (para. 37). Thus, the interpretation pursued by the ECtHR and the IACtHR of the respective human rights treaties is not a static one, clinging to State consent expressed at the time of their adoption, but rather evolutive, taking into consideration the advances achieved in the *corpus* of human society in the protection of human rights throughout the years.

179. The present case before the ICJ concerns the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*. The CERD Convention is, likewise, a living instrument. It is a truly pioneering human rights treaty, having preceded in time the two 1966 U.N. Covenants on Human Rights. Historical accounts

give notice of the “enthusiasm” and high expectations with which the CERD Convention’s coming into being “was greeted”<sup>540</sup>. Its draftsmen kept in mind, *inter alia*, the ground-breaking provisions of the 1948 Universal Declaration of Human Rights, to the point of making them part of the law of the CERD Convention itself, thus conceived as a “maximalist” human rights treaty<sup>541</sup>. The CERD Convention, endowed with universality<sup>542</sup>, was soon to occupy a prominent place in the *law of the United Nations* itself.

180. Ever since its adoption, the CERD Convention faced and opposed a grave violation of an obligation of *jus cogens* (the absolute prohibition of racial discrimination), generating obligations *erga omnes*, and it exerted influence on subsequent international instruments at universal (U.N.) level<sup>543</sup>. Throughout the years, its international supervisory organ, the CERD Committee, has given its contribution to the contemporary *corpus juris gentium* on equality and non-discrimination<sup>544</sup>. The fundamental principle of equality and non-discrimination was propounded, in one of the rare moments or glimpses of lucidity of the XXth. century, by the 1948 Universal Declaration of Human Rights, and echoed in all quarters of the world:

- “All human beings are born free and equal in dignity and rights. They are endowed with reason and conscience and should act towards one another in a spirit of brotherhood” (Article 1).

This principle lies in the foundations, is one of the pillars, not only of the CERD Convention, but of the whole International Law of

---

540. Egon Schwelb, “The International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination”, 15 *International and Comparative Law Quarterly* (1966) p. 997.

541. *Ibid.*, pp. 1024 and 1057, and cf. pp. 998, 1003, 1025-1026 and 1028.

542. N. Lerner, *The U.N. Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, Alphen aan den Rijn, Sijthoff & Noordhoff, 1980, pp. IX and 11.

543. Cf. N. Lerner, *Group Rights and Discrimination in International Law*, 2nd. ed., The Hague, Nijhoff, 2003, pp. 59, 71 and 177.

544. Cf., *inter alia*, e.g., W. Vandenhove, *Non-Discrimination and Equality in the View of the U.N. Human Rights Treaty Bodies*, Antwerpen, Intersentia, 2005, pp. 1-293; and, as to the normative level, cf., e.g., J. Symonides (ed.), *The Struggle against Discrimination*, Paris, UNESCO, 1996, pp. 3-313.

Human Rights<sup>545</sup>; it belongs, in my view, to the realm of international *jus cogens*.<sup>546</sup>

181. As a result of the present Judgment of the Court in the case concerning the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, wherein it upheld the second preliminary objection, the Court deprived itself of the determination whether the present dispute, - which has victimized so many people, - falls or not under the CERD Convention. I firmly disagree with the whole reasoning of the Court, and its conclusions as to the second preliminary objection, and as to its jurisdiction, on the basis of the arguments and elements set forth in the present Dissenting Opinion. The unfortunate outcome of the present case discloses that, despite all the advances achieved for human dignity under the CERD Convention, there is still a long way to go: the struggle for the prevalence of human rights is never-ending, like in the myth of Sisyphus.

182. This, in turn, endows the CERD Convention, as a living instrument, adopted four and a half decades ago, with an all-enduring contemporaneity. Ever since the adoption of the CERD Convention on 21.12.1965, and its opening to signature on 07.03.1966, two World Conferences to Combat Racism and Racial Discrimination were held, in Geneva, in 1978 and 1983. One decade later, the final documents of the II World Conference on Human Rights (1993), - the Vienna Declaration and Programme of Action, - stated that

“(...) The speedy and comprehensive elimination of all forms of racism and racial discrimination, xenophobia and related intolerance is a priority task for the international community. (...)”

(...) The World Conference on Human Rights emphasizes the importance of giving special attention, including through intergovernmental and humanitarian organizations, and finding lasting solutions, to questions related to internally displaced persons including their voluntary and safe return and rehabilitation. (...)

---

545. Cf., to this effect, *inter alia*, T. Opsahl, *Law and Equality*, Oslo, Ad Notam Gyldendal, 1996, pp. 167-176.

546. IACtHR, Advisory Opinion n. 18 (of 17.09.2003), on the *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, paras. 97-101, and Concurring Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, paras. 65-89.

(...) The World Conference on Human Rights calls on all States to take immediate measures, individually and collectively, to combat the practice of ethnic cleansing to bring it quickly to an end. Victims of the abhorrent practice of ethnic cleansing are entitled to appropriate and effective remedies"<sup>547</sup>.

183. The CERD Convention seems to grow in importance if we consider that it applies to distinct kinds of relations, not only to those of individuals *vis-à-vis* the public power of the State, but also to inter-individual or inter-group relations. Also significant is the fact that it addresses situations affecting individuals or groups living – or surviving – in considerable vulnerability or adversity. In any case, the relations it purports to regulate go well beyond the strictly inter-State dimension, - a point which this Court appears to experience much difficulty to grasp. This Court has to accompany the evolving international law in this domain of protection, when called upon to adjudicate cases under human rights treaties, like the present one.

184. Eight years after the adoption of the 1993 Vienna Declaration and Programme of Action by the II U.N. World Conference on Human Rights (so present in my personal memories), it was then the turn of the 2001 World Conference against Racism, Racial Discrimination, Xenophobia and Related Intolerance (Durban, 2001) to urge States, in its adopted Declaration, to accede to the CERD Convention “as a matter of urgency, with a view to universal ratification by the year 2005” (para. 75)<sup>548</sup>. This call promptly repercuted in the U.N. General Assembly itself<sup>549</sup>, and in the work of the CERD Committee<sup>550</sup>.

---

547. Paras. I.15, I.23 and II.24, respectively, and cf. also para. I.28 (part I corresponds to the Vienna Declaration, and part II to the Programme of Action).

548. May it be recalled that the Russian Federation [then the USSR] became Party to the CERD Convention on 04.02.1969, whilst Georgia did so three decades later, on 02.06.1999.

549. Cf., e.g., General Assembly resolutions 61/149, of 19.12.2006, and 62/220, of 22.12.2007, on the comprehensive implementation of, and follow-up to, the Durban Declaration and Programme of Action, in the endeavours towards the elimination of all (including new) forms of racial discrimination and related intolerance, including *de facto* segregation.

550. The CERD Committee’s “general recommendation” XXVIII, of 19.03.2002, for example, pointed out that the Durban Declaration and Programme of Action reaffirmed the “fundamental values” underlying the CERD Convention, and was directly related to the implementation of this latter.

185. The Durban Declaration and Programme of Action underlined the urgency of “addressing the root causes of displacement” and of finding durable solutions to it (para. 54), and called for access to justice – on a basis of equality – for “victims of discrimination” and “the most vulnerable groups” (paras. 42 and 164(f)). Furthermore, it reiteratedly evoked the human “tragedies of the past” (paras. 98-101 and 106), and some “appalling tragedies in the history of humanity” (para. 13), so as to extract lessons therefrom in order “to avert future tragedies” (para. 57). The work of the 2001 U.N. World Conference seems to have been undertaken under the shadows and fears of the everlasting human tragedy, proper of the human condition itself.

#### **V. A Recapitulation: Concluding Observations**

186. From all the preceding considerations, it is crystal clear that my own position, in respect of all the points which form the object of the present Judgment on the case concerning the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, stands in clear opposition to the view espoused by the Court’s majority. And it does not squarely fit into the conceptual framework of the dissenting minority group either, it goes beyond it. My dissenting position is grounded not only on the assessment of the evidence produced before the Court, to which I of course attributed importance, but above all on issues of principle, to which I attach even greater importance. I have thus felt obliged, in the faithful exercise of the international judicial function, to lay the foundations of my dissenting position in the *cas d’espèce* in the present Dissenting Opinion. I deem it fit, at this stage, to recapitulate all the points of my dissenting position, expressed herein, for the sake of clarity, and in order to stress their interrelatedness.

187. *Primus*: Consideration of compromissory clauses, such as the one of Article 22 of the CERD Convention, cannot be dissociated from the larger framework of the compulsory jurisdiction of the Hague Court (PCIJ and ICJ). *Secundus*: As to the genesis of the matter, the 1920 Advisory Committee of Jurists was clearly in favour of compulsory jurisdiction, which found an obstacle in the distinct position taken by the political organs of the League of Nations: hence the amended jurisdictional clause, and the following co-existence of the optional

clause and the compromissory clauses of various kinds as basis for the exercise of compulsory jurisdiction by the Hague Court.

188. *Tertius*: Such co-existence of compromissory clauses with the mechanism of the optional clause was maintained by the 1945 San Francisco Conference, despite the acknowledgement of the 1945 Commission of Jurists's preference for the establishment of the ICJ's compulsory jurisdiction; the force of inertia then prevailed. *Quartus*: The ensuing State practice disclosed the dissatisfaction of international legal doctrine with the States' reliance on their own terms of consent in approaching the optional clause, accompanied by greater hope that compromissory clauses would contribute more effectively to the realization of international justice.

189. *Quintus*: From the fifties to the eighties international legal doctrine endeavoured to overcome the vicissitudes of the "will" of States and to secure broader acceptance of the World Court's compulsory jurisdiction, on the basis of compromissory clauses. *Sextus*: Subsequently (from the late eighties onwards), a more lucid trend of international legal doctrine continued to pursue the same old ideal, relating the compromissory clauses at issue to the *nature* and *substance* of the corresponding treaties; such legal thinking benefitted from the gradual accumulation of experience in the interpretation and application of human rights treaties, such as the CERD Convention in the present case.

190. *Septimus*: The advent of human rights treaties contributed to enrich the contemporary *jus gentium*, in enlarging its aptitude to regulate relations not only at inter-State level, but also at *intra*-State level, as acknowledged in the present case by the contending parties themselves (Georgia and the Russian Federation), in the responses they provided to a question I deemed it fit to put to both of them at the end of the public sitting before this Court of 17 September 2010. *Octavus*: In the present case, the contending parties themselves have thus duly taken into account the *nature* of the human rights treaty at issue, the CERD Convention; only the Court has not.

191. *Nonus*: The hermeneutics of human rights treaties, faithful to the general rule of interpretation *bona fides* of treaties (Article 31(1) of the two Vienna Conventions on the Law of Treaties, of 1969 and 1986), bears in mind the three component elements of the text in the current meaning, the context, and the object and purpose of the treaty

at issue, as well as the nature of the treaty wherein that clause (optional or compromissory) for compulsory jurisdiction appears. *Decimus*: Underlying the general rule of treaty interpretation is the principle *ut res magis valeat quam pereat* (the so-called *effet utile*) whereby States Parties to human rights treaties ought to secure to the conventional provisions *the appropriate effects* at domestic law level; this principle applies not only in relation to substantive norms of those treaties, but also in relation to procedural norms, such as the one pertaining to the acceptance of the compulsory jurisdiction in contentious matters of the international judicial organs of protection.

192. *Undecimus*: International human rights case-law has constantly stressed that provisions of human rights treaties be interpreted in a way to render the safeguard of those rights effective; in this connection, Article 22 of the CERD Convention does not set forth any mandatory "preconditions" for recourse to the ICJ. *Duodecimus*: To set forth such "preconditions" where they do not exist, amounts to erecting an undue and groundless obstacle to access to justice under a human rights treaty. *Tertius decimus*: In its own *jurisprudence constante* (of both the PCIJ and the ICJ), the Court has clarified that prior negotiations are not a mandatory precondition for the exercise of its jurisdiction.

193. *Quartus decimus*: In the present case, the Court diverted from its own *jurisprudence constante*, in erecting a precondition of the kind, unduly limiting its own jurisdiction. *Quintus decimus*: Moreover, in the present case, in its earlier Order on Provisional Measures of 15.10.2008, the ICJ had reiterated its prior understanding to the effect that previous negotiations did not amount to a mandatory precondition for the exercise of its jurisdiction; it could not thus proceed now to review entirely its own *res interpretata* (keeping in mind the principle *venire contra factum/dictum proprium non valet*).

194. *Sextus decimus*: The Court has to remain attentive to the basic rationale of human rights treaties, since to place State consent above the fundamental values those treaties embody will lead it nowhere. *Septimus decimus*: The realization of justice under a human rights treaty, in a case like the present one, can only be achieved taking due account and valuing the sufferings and needs of protection of the population. *Duodecimetus*: State consent plays its role when a State becomes a party to a treaty; it is not, however, an element of treaty interpretation.

195. *Undevisimus*: Human rights treaties are *living instruments* to be interpreted in the light of current living conditions, so as to respond to new needs of protection of human beings. *Vicesimus*: This applies even more forcefully in respect of a treaty like the CERD Convention, centered on the fundamental principle of equality and non-discrimination, which belongs, in my view, to the realm of international *jus cogens*. *Vicesimus primus*: In contemporary *jus gentium*, the conditions of living of the population has become a matter of legitimate concern of the international community as a whole, and contemporary *jus gentium* is not indifferent to the sufferings of the population. *Vicesimus secundus*: Given the truly irreparable damages inflicted upon human beings by means of grave violations of human rights and of International Humanitarian Law, judicial recognition of their victimization is an imperative of justice, which comes at least to alleviate their sufferings.

196. This is not the end of the matter. All this brings to the fore an old dilemma, with a direct bearing on the present and future of international justice. This old dilemma cannot here be revisited on the basis of old dogmas, erected in times past which no longer exist, on the basis of notions of the “will” of the State, or its “interests” or intentions. To insist on such dogmas would present no dilemma, as it would lead to the freezing or ossification of International Law. There is nothing more alien or antithetical to human rights protection than such dogmas. The dilemma we still face today can only be revisited, in my perception, in the framework of contemporary *jus gentium*.

## **VI. Epilogue: An Old Dilemma Revisited, in the Framework of Contemporary *Jus Gentium***

197. As a result of the present Judgment on Preliminary Objections in the *cas d'espèce*, the Court ends up by remitting the present dispute back to the contending parties, for its settlement by whatever other means, political or otherwise, they may wish to take or use. The Court has thereby deprived itself, *inter alia*<sup>551</sup>, of the determination, at a possible

---

551. The Court further deprived itself, as a result of its decision in the *cas d'espèce*, of addressing the relevant question, also raised before it (in another preliminary objection), of the extra-territorial application of human rights treaties, on which there is already a growing and significant international case-law, proper of our times, heralding the advent of the new *jus gentium*, centered on the protection of the human person.

subsequent merits stage, of whether or not the occurrences referred to in the complaint lodged with it, which caused so many victims, fall or not under the provisions of the relevant provisions of the CERD Convention. The present decision undermines the appropriate effects of the CERD Convention (including its compromissory clause in Article 22) and the compulsory jurisdiction of the Court itself thereunder.

198. The Court cannot remain hostage of State consent. It cannot keep displaying an instinctive and continuing search for State consent, - as it so ostensibly did in its decisions, e.g., in the *East Timor* case (Portugal *versus* Australia, Judgment of 30.06.1995), and in the case of *Armed Activities on the Territory of the Congo* (*Congo versus Rwanda*, Judgment of 03.02.2006), - to the point of losing sight of the imperative of realization of justice. The moment State consent is manifested is when the State concerned decides to become a party to a treaty, - such as the human rights treaty in the present case, the CERD Convention. The hermeneutics and proper application of that treaty cannot be continuously subjected to a recurring search for State consent. This would unduly render the letter of the treaty dead, and human rights treaties are meant to be living instruments, let alone their spirit.

199. It is widely known that the founding fathers of the law of nations (the *droit des gens*) never visualized the individual consent of the emerging States as the *ultimate* source of their legal obligations. This point was aptly grasped, e.g., by James L. Brierly, in his thematic course delivered at The Hague Academy of International Law in 1928. He recalled, in his sharp criticism of positivist dogmas, that Hugo Grotius, for example, acknowledged that mere consent could never be the *ultimate* source of legal obligations; a contract or a treaty (at domestic or international law levels), had binding effects on the parties by virtue of the underlying general rule of law of *pacta sunt servanda*<sup>552</sup>.

200. Three decades later his course was republished, in book form, of the kind of "collected papers", wherein J.-L. Brierly's view appeared reiterated. He first reviewed the understanding of the basis of obligation in international law in the distinct theories of some of his main predecessors and contemporaries (e.g., L. Duguit's *notion of solidarity*, H. Krabbe's *sense of right*, H. Kelsen's (hypothetical) *fundamental norm*,

---

552. J.-L. Brierly, "Le fondement du caractère obligatoire du Droit international", 23 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1928) pp. 478-479.

A. Verdross's idea of *objective justice*), before expounding his own. To J.-L. Brierly, more fundamental than the distinction between law and ethics is their interrelationship: obligation in general belongs to the realm of ethics, it has to do with an objective legal order, and the search for its basis takes us onto a metajuridical plane. He ended up by expressing his belief that the "resurgence" of natural law thinking "seems to open a vista full of hope for legal science"<sup>553</sup>.

201. James Brierly and his predecessors and contemporaries (such as L. Duguit, H. Krabbe, H. Kelsen, A. Verdross, among others) lived in a time when a respectful segment of international legal doctrine was still attentive to the issue of the *foundations* of our discipline and the *validity* of international legal obligations. International legal scholars in those days had more time to devote themselves to the fulfillment of the needs of the spirit; their energies were not yet diverted to, or consumed by, the distractions of the ages of television and internet. Modernity and post-modernity, with their characteristic pragmatism, seem to have obscured the goal of fulfillment of those needs, and to have left most people today apparently looking far too busy all the time, doing nothing substantial, certainly not thinking.

202. The outcome of the present case before the ICJ, concerning the *Application of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, is the ineluctable consequence of inaptly and wrongfully giving pride of place to State consent, even above the fundamental values at stake, underlying the CERD Convention, which call for the realization of justice. In effect, the faith in the realization of international justice has been restated time and time again, along the history of this Court. In concluding this Dissenting Opinion, I allow myself to recall, in this connection, statements made, in the Hague Court, on three historical occasions. At the inaugural sitting of the PCIJ, on 15.02.1922, the Court's President, Judge B.C.J. Loder, declared that the Hague Court just established

"occupe dans la Société des Nations une place analogue à celle du pouvoir judiciaire dans beaucoup d'États. (...)

(...) La création de la Cour Permanente marque, en effet, l'avènement d'une ère nouvelle dans la civilisation

---

553. J.-L. Brierly, *The Basis of Obligation in International Law and Other Papers*, Oxford, Clarendon Press, 1958, p. 67, and cf. pp. 10, 16, 18, and 64.

mondiale. Il est de première importance de se rendre parfaitement compte de la valeur de ce fait. (...)

(...) L'égalité des États devant le droit et la justice est maintenant reconnue et franchement enregistrée dans le Pacte de la Société des Nations. (...) Le premier acte de cette Société a été de créer une Cour de Justice, une Cour appelée à faire droit, droit entre des États"<sup>554</sup>.

203. Over two decades later, at the inaugural sitting of the ICJ, on 18.04.1946, the Court's President, Judge J.G. Guerrero, recalling the period of the II world war, declared:

" (...) I shall never forget that day - July 16th, 1940 - when, in the early hours of a morning veiled with a mist of sadness and grief, we slowly left the station of this martyred city, with tears in our eyes and our hearts full of anguish. (...)

(...) The place of this Permanent Court of International Justice, which left The Hague in 1940, is now taken by the International Court of Justice. But between the old and the new Courts the bonds have remained so close that it is hard to believe that there has really been a change. (...)

For this reason, though the International Court of Justice is one of the principal organs of the United Nations Organization, its Statute is based on that of the Permanent Court of International Justice. (...) We shall preserve its continuity (...). The activities of the Court (...) will be dependent on the readiness of governments to refer to the international jurisdiction disputes capable of judicial settlement (...)"<sup>555</sup>.

204. On the occasion of the 50th anniversary of the inauguration of the international judicial system, over two and a half decades later, at a special sitting of the ICJ, on 27.04.1972, the Court's President, Judge

---

554. CPJI, *Discours présidentiel prononcé à l'occasion de l'ouverture solennelle de la Cour Permanente de Justice Internationale par M. le Dr. B.C.J. Loder, Président de la CPJI*, La Haye, 15.02.1922, pp. 7, 16 and 18 (from the ICJ archives).

555. ICJ, *Inaugural Sitting of the International Court of Justice* (Speech by H.E. Mr. J.G. Guerrero, President of the Court), The Hague, 18.04.1946, pp. 16-17 (from the ICJ archives).

M. Zafrulla Khan, observed that the optional clause of acceptance of compulsory jurisdiction had

"achieved a reconciliation between the desires of those who sought to achieve a full system of compulsory jurisdiction at the international level, and the scruples and hesitations of those who were afraid that compulsory submission to the Tribunal might involve infringement of sovereignty or injury to the vital interests of a State. (...)

(...) [T]he conditions of international life today render indispensable the existence and operation of an international tribunal or tribunals for the maintenance of peace. (...)

(...) The Court must apply the law and cannot change it; but in applying the law the Court must interpret it and also take note of changes and developments in the law. This process is a powerful factor of progress. (...)

(...) The lesson to be drawn from 50 years experience of the international judicial system is that at the present stage of development of the international community, recourse to a tribunal for the settlement of international disputes is essential (...). The International Court of Justice lays no claim to a monopoly of international judicial settlement; Article 95 of the United Nations Charter expressly preserves the right of Members of the United Nations to entrust a solution of their differences to other tribunals.

(...) The Court is the judge for and over sovereign States only in so far as they choose; but States which choose not to submit to its jurisdiction must face the judgment none of us can avoid: the judgment of history"<sup>556</sup>.

205. It is high time for the World Court to give concrete expression, - keeping in mind those statements of faith in the realization of international justice, - of commitment to its mission, as I perceive it, when resolving cases, like the present one concerning the *Application*

---

556. ICJ, *Address by the President of the International Court of Justice [, Judge M. Zafrulla Khan,] at a Special Sitting of the Court to Mark the 50th Anniversary of the Inauguration of the International Judicial System*, The Hague, 27.04.1972, pp. 5, 7, 10 and 12-13 (from the ICJ archives).

*of the International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, in the exercise of its jurisdiction on the basis of human rights treaties, bearing in mind the *rationale*, the nature and substance of those treaties, with all the juridical consequences that ensue therefrom. This Court cannot keep on privileging State consent above everything, time and time again, even after such consent has already been given by States at the time of ratification of those treaties.

206. The Court cannot keep on embarking on a literal or grammatical and static interpretation of the terms of compromissory clauses enshrined in those treaties, drawing “preconditions” therefrom for the exercise of its jurisdiction, in an attitude mindful of traditional international arbitral practice. When human rights treaties are at stake, there is need, in my perception, to overcome the force of inertia, and to assert and develop the compulsory jurisdiction of the ICJ on the basis of the compromissory clauses contained in those treaties.

207. After all, it is human beings who are ultimately being protected thereunder, and such compromissory clauses are to be approached in their ineluctable relationship with the *nature* and *substance* of the human rights treaties at issue, in their entirety. From the standpoint of the *justiciables*, the subjects (*titulaires*) of the protected rights, compromissory clauses such as that of Article 22 of the CERD Convention are directly related to their *access to justice*, even if the complaints thereunder are lodged with the ICJ by States Parties to those human rights treaties.

208. The *justiciables* are, ultimately, the human beings concerned. From this humanist optics, which is well in keeping with the creation itself of the Hague Court (PCIJ and ICJ), to erect a mandatory “precondition” of prior negotiations for the exercise of the Court’s jurisdiction amounts to erecting, in my view, a groundless and most regrettable obstacle to justice. I have already pointed out, in respect of the victims of the “tragic war” of 2008 opposing Georgia to the Russian Federation - the fatal victims and their close relatives as well as those forcefully displaced from their homes and incapable of freely and safely returning thereto, - that tragedy has kept its contemporaneity throughout the centuries (paras. 160-162).

209. Despite the extraordinary advances in scientific knowledge, no antidote has yet been discovered to protect man against himself, against his limitless capacity to inflict injustice and suffering upon

his fellow human beings. The ICJ cannot remain indifferent to such injustice of “human fates”, and to human suffering. It cannot keep on overlooking tragedy. As this latter persists, being seemingly proper to the human condition, the need also persists to *alleviate* human suffering, by means of the *realization of justice*. This latter is an imperative which the World Court is to keep in mind. This goal - the realization of justice - can hardly be attained from a strict State-centered voluntarist perspective, and a recurring search for State consent. This Court cannot, in my view, keep on paying lip service to what it assumes as representing the State’s “intentions” or “will”.

210. The position and the thesis I sustain in the present Dissenting Opinion is that, when the ICJ is called upon to settle an inter-State dispute on the basis of a human rights treaty, it is bound to secure a proper interpretation and application of that treaty, bearing in mind its special nature and its substance, in its entirety, and the fact that it is intended to protect rights of the human person at *intra*-State level. The proper interpretation of human rights treaties (in the light of the canons of treaty interpretation of Articles 31-33 of the two Vienna Conventions on the Law of Treaties, of 1969 and 1986) covers, in my understanding, their *substantive as well as procedural provisions*, thus including a provision of the kind of the compromissory clause set forth in Article 22 of the CERD Convention. This is to the ultimate benefit of human beings, for whose protection human rights treaties have been celebrated, and adopted, by States. The *raison d’humanité* prevails over the old *raison d’État*.

211. In the present Judgment, the Court entirely missed this point: it rather embarked on the usual exaltation of State consent, labelled, in paragraph 110, as “the fundamental principle of consent”. I do not at all subscribe to its view, as, in my understanding, consent is not “fundamental”, it is not even a “principle”. What is “fundamental”, i.e., what lays in the *foundations* of this Court, since its creation, is the imperative of the *realization of justice*, by means of compulsory jurisdiction. State consent is but a rule to be observed in the exercise of compulsory jurisdiction for the realization of justice. It is a means, not an end, it is a procedural requirement, not an element of treaty interpretation; it surely does not belong to the domain of the *prima principia*. This is what I have been endeavouring to demonstrate in the present Dissenting Opinion.

212. Fundamental principles are those of *pacta sunt servanda*, of equality and non-discrimination (at substantive law level), of equality of arms (*égalité des armes* – at procedural law level). Fundamental principle is, furthermore, that of humanity (permeating the whole *corpus juris* of International Human Rights Law, International Humanitarian Law, and International Refugee Law). Fundamental principle is, moreover, that of the dignity of the human person (laying a foundation of International Human Rights Law). Fundamental principles of international law are, in addition, those laid down in Article 2 in the Charter of the United Nations<sup>557</sup>.

213. These are some of the true *prima principia*, which confer to the international legal order its ineluctable axiological dimension. These are some of the true *prima principia*, which reveal the values which inspire the *corpus juris* of the international legal order, and which, ultimately, provide its foundations themselves. *Prima principia* conform the *substratum* of the international legal order, conveying the idea of an *objective justice* (proper of natural law). In turn, State consent does not belong to the realm of the *prima principia*; recourse to it is a concession of the *jus gentium* to States, is a rule to be observed (no one would deny it) so as to render judicial settlement of international disputes viable.

214. Such rule or procedural requirement will be reduced to its proper dimension the day one realizes that *conscience stands above the will*. This sums up an old dilemma (faced by the Court as well as by States appearing before it), revisited herein, in the framework of contemporary *jus gentium*. To this Court, conceived as an International Court of Justice, the *realization of justice* remains an ideal which, in the adjudication of human rights cases brought into its cognizance, has not yet been achieved, - as sadly disclosed by the present Judgment. The formalism and rituals of inter-State litigation (which in 2011 seem to keep on fascinating the legal profession) should definitively yield to the ascertainment of the imperative of the *realization of justice* at international level. After all, there is nothing so invincible as an ideal, - such as that of the realization of justice, - which has not yet been

---

557. And restated in the U.N. General Assembly resolution 2625(XXV) of 24.10.1970, containing the U.N. Declaration on Principles of International Law concerning Friendly Relations and Co-operation among States in Accordance with the Charter of the United Nations.

realized: it keeps on banging human conscience until it blossoms and sees the light of the day.

**6. Voto Arrazoado do Juiz A. A. Cançado Trindade no caso atinente a Questões Relativas à Obrigação de Processar ou Extraditar (CIJ, Bélgica versus Senegal; mérito, Sentença de 20.07.2012):**

**I. Prolegomena**

1. I have voted in favour of the adoption of the present Judgment in the case concerning *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Belgium versus Senegal), whereby the International Court of Justice (ICJ) has established violations of Articles 6(2) and 7(1) of the 1984 United Nations Convention against Torture<sup>558</sup>, has asserted the need to take immediately measures to comply with the duty of prosecution under that Convention<sup>559</sup>, and has rightly acknowledged that the absolute prohibition of torture is one of *jus cogens*<sup>560</sup>. Although I have agreed with the Court's majority as to most of the findings of the Court in its present Judgment, there are two points of its reasoning which I do not find satisfactory or consistent with its own conclusions, and on which I have a distinct reasoning, namely, the Court's jurisdiction in respect of obligations under customary international law, and the handling of the time factor under the U.N. Convention against Torture. I feel thus obliged to dwell upon them in the present Separate Opinion, so as to clarify the matter dealt with by the Court, and to present the foundations of my personal position thereon.

2. My reflections, developed in the present Separate Opinion, pertain to considerations at factual, conceptual and epistemological levels, on distinct points in relation to which I do not find the reasoning of the Court entirely satisfactory or complete. At the factual level, I shall dwell upon: a) the factual background of the present case: the regime Habré in Chad (1982-1990) in the findings of the Chadian Commission of Inquiry (Report of 1992); b) the significance of the decision of 2006 of the U.N. Committee against Torture; c) the clarifications on the case before the ICJ, in the responses to questions put to the contending

---

558. Judgment's *dispositif*, paras. 4 and 5.

559. Judgment's *dispositif*, para. 6.

560. Court's reasoning, para. 99.

parties in the course of the legal proceedings; and d) the everlasting quest for the realization of justice in the present case.

3. At the conceptual and epistemological levels, my reflections in the present Separate Opinion will focus on: a) urgency and the needed provisional measures of protection in the *cas d'espèce*; b) the acknowledgement of the absolute prohibition of torture in the realm of *jus cogens*; c) the obligations *erga omnes partes* under the U.N. Convention against Torture; d) the gravity of the human rights violations and the compelling struggle against impunity (within the law of the United Nations itself); e) the obligations under customary international law; and f) the *décalage* between the time of human justice and the time of human beings revisited (and the need to make time work *pro victima*).

4. In sequence, I will proceed to: a) a rebuttal of a regressive interpretation of the U.N. Convention against Torture; and b) the identification of the possible emergence of a new chapter in restorative justice. As to the reassuring assertion by the Court that the absolute prohibition of torture is one of *jus cogens* (para. 99), - which I strongly support, - I go further than the Court, as to what I perceive as the pressing need to extract the legal consequences therefrom, which the Court has failed to do. The way will then be paved, in the epilogue, for the presentation of my concluding reflections on the matter dealt with in the present Judgment of the Court.

## **II. The Factual Background of the Present Case: The Regime Habré in Chad (1982-1990) in the Findings of the Chadian Commission of Inquiry (Report of 1992)**

5. In the written and oral phases of the proceedings before this Court, both Belgium and Senegal referred to the *Report* of the National Commission of Inquiry of the Chadian Ministry of Justice, concluded and adopted in May 1992. Thus, already in its *Application Instituting Proceedings* (of 19.02.2009), Belgium referred repeatedly to the findings of the 1992 *Report* of the Truth Commission of the Chadian Ministry of Justice, giving account of grave violations of human rights and of international humanitarian law during the Habré regime (1982-1990).

in Chad<sup>561</sup>. Subsequently, in its *Memorial* (of 01.07.2010), in dwelling upon Chad under the regime of Mr. H. Habré, Belgium recalled that,

“According to an assessment published in 1993 by the National Commission of Inquiry of the Chadian Ministry of Justice, Mr. Habré’s presidency produced tens of thousands of victims. The Commission gives the following figures: - ‘more than 40,000 victims; more than 80,000 orphans; more than 30,000 widows; more than 200,000 people left with no moral or material support as a result of this repression<sup>562</sup>’” (para. 1.10).

6. The aforementioned *Report* was also referred to in the course of the oral arguments at the provisional measures phase<sup>563</sup>. Subsequently, Belgium referred repeatedly to the *Report*, from the very start of its oral arguments on the merits of the case<sup>564</sup>. For its part, in its oral argument of 16.03.2012 before the Court, Senegal also referred to those findings of the Chadian Truth Commission, as evoked by Belgium<sup>565</sup>. Those findings were not controverted.

7. In my understanding, those findings ought to be taken into account in addressing the questions lodged with the Court in the present case, under the CAT Convention, one of the “core Conventions” on human rights of the United Nations. (This is of course without prejudice to the determination of facts by the competent criminal tribunal that eventually becomes entrusted with the trial of Mr. H. Habré). After all, the exercise of jurisdiction - particularly in pursuance to the principle *aut dedere aut judicare* - by any of the States Parties to the CAT Convention (Articles 5-7) is prompted by the *gravity* of the breaches perpetrated to the detriment of human beings, of concern to the members of the international community as a whole.

---

561. ICJ, *Application Instituting Proceedings* (of 19.02.2009, Belgium *versus* Senegal), pp. 13, 39, 57, 89 and 93.

562. Ministère Tchadien de la Justice, *Les crimes et détournements de l'ex-Président Habré et de ses complices - Rapport de la Commission d'enquête nationale du Ministère tchadien de la Justice* [The Crimes and Misappropriations Committed by Ex-President Habré and his Accomplices - Report by the National Commission of Inquiry of the Chadian Ministry of Justice], Paris, L'Harmattan, 1993, pp. 3-266.

563. ICJ, document CR 2009/08, of 06.04.2009, pp. 18-19.

564. Cf. ICJ, document CR 2012/2, of 12.03.2012, pp. 12 and 23.

565. ICJ, document CR 2012/5, of 16.03.2012, p. 31.

8. Bearing this in mind, the main findings set forth in the *Report* of the Chadian Truth Commission may here be briefly recalled, for the purposes of the consideration of the *cas d'espèce*. They pertain to: a) the organs of repression of the regime Habré in Chad (1982-1990); b) arbitrary detentions and torture; c) the systematic nature of the practice of torture of detained persons; d) extra-judicial or summary executions, and massacres. The corresponding passages of the *Report*, published in 1993, can be summarized as follows.

## **1. The Organs of Repression of the Regime Habré in Chad (1982-1990)**

9. According to the aforementioned *Report* of the Chadian Truth Commission, the machinery of repression of the Habré regime in Chad (1982-1990) was erected on the creation and function of four organs of his dictatorship, namely: the Directorate of Documentation and Security (*Direction de la Documentation et de la Sécurité - DDS*) or the "political police", the Service of Presidential Investigation (*Service d'Investigation Présidentielle - SIP*), the General Information [Unit] (*Renseignements Généraux - RG*) and the State Party (*Parti-État*), called the *Union Nationale pour l'Indépendance et la Révolution - UNIR*). And the *Report* added:

"Tous ces organes avaient pour mission de quadriller le peuple, de le surveiller dans ses moindres gestes et attitudes afin de débusquer les présumés ennemis de la nation et les neutraliser définitivement.

La DDS est l'organe principal de la répression et de la terreur. De toutes les institutions oppressives du régime Habré, la DDS s'est distinguée par sa cruauté et son mépris de la vie humaine. Elle a pleinement accompli sa mission qui consiste à terroriser les populations pour mieux les asservir.

Habré a jeté les bases de sa future police politique dès les premiers jours de sa prise de pouvoir. Au début, elle n'était qu'un embryon appelé 'Service de Documentation et de Renseignements' (...). Quant à la DDS telle qu'elle est connue aujourd'hui, elle a été créée par le décret n° 005/PR du 26 janvier 1983"<sup>566</sup>.

---

566. Ministère Tchadien de la Justice, *Les crimes et détournements de l'ex-Président Habré et de ses complices - Rapport de la Commission d'enquête nationale du Ministère tchadien de la*

10. The “territorial competence” of the DDS extended over “the whole national territory” and even abroad. No sector, public or private, escaped its supervision: - “Des agents ont été disséminés partout à travers le territoire à commencer par les préfectures, les sous-préfectures, les cantons et même les villages. Il a été implanté une antenne par circonscription. Celle-ci, pour superviser son territoire, recrute des agents locaux à titre d’indicateur ou informateur. Chaque antenne est composée d’un chef et d’un adjoint. (...)”<sup>567</sup>. Promotions were given in exchange for information<sup>568</sup>. The DDS aimed also at those who opposed the regime and were based in neighbouring countries, whereto it sent its agents to perpetrate murder or kidnappings<sup>569</sup>. The DDS was directly linked and subordinated to the Presidency of the Republic, as set forth by the decree which instituted the DDS; given the “confidential character” of its activities, there was no intermediary between President H. Habré and the DDS<sup>570</sup>.

## **2. The Systematic Practice of Torture of Persons Arbitrarily Detained**

11. The same *Report* adds that, in the period of the Habré regime, most victims were arbitrarily detained by the DDS, without knowing the charges against them. They were systematically tortured, either for “intimidation” or else as “reprisal”<sup>571</sup>. And the *Report* added that

“La torture est une pratique institutionnalisée au sein des services de la DDS. Ainsi les personnes arrêtées sont systématiquement torturées puis détenues dans les cellules exiguës, dont les conditions de vie sont épouvantables et inhumaines. (...) [L]a DDS a pratiquement érigé la torture en système de travail et que la presque totalité de ses détenus y sont soumis d’une façon ou d’une autre, sans aucune distinction de sexe ou d’âge”<sup>572</sup>.

---

*Justice, op. cit. supra* n. (5), pp. 20-21.

567. *Ibid.*, pp. 21-22.

568. *Ibid.*, p. 22.

569. *Ibid.*, p. 22.

570. He gave all the orders, and the DDS reported to him daily; *ibid.*, p. 22. This was how, during his 8 years in power, he imposed a regime of terror in Chad.

571. *Ibid.*, p. 38.

572. *Ibid.*, p. 38. Such practice was conducted pursuant to superior orders, in the hierarchy of power; cf. *ibid.*, pp. 38-39.

12. And the Chadian Truth Commission proceeded in its account of the facts it found:

“Toute personne arrêtée par la DDS, que ce soit à N'Djamena ou en province, est systématiquement soumise au moins à une séance d'interrogatoire à l'issue de laquelle un procès-verbal d'audition est établi. La torture étant l'outil de préférence lors des interrogatoires, les agents de la DDS y recourent de façon systématique.

Plusieurs anciens détenus de la DDS ont fait état à la Commission d'Enquête de la torture et des mauvais traitements auxquels ils ont été soumis pendant leur détention. Des traces de ces tortures et des examens médicaux ont corroboré leurs témoignages”<sup>573</sup>.

### **3. Extra-Judicial or Summary Executions, and Massacres**

13. The Report of the Chadian Truth Commission also acknowledged cases of extra-judicial or summary executions, and of massacres:

“Durant huit années de règne, Hissein Habré avait instauré un régime où toute opinion politique contraire à la sienne pouvait entraîner la liquidation physique des ses auteurs. Ainsi, depuis son arrivée au pouvoir en juin 1982 jusqu'en novembre 1990, date de sa fuite, un grand nombre de Tchadiens étaient persécutés pour leur prise de position tendant à modifier sa politique autocratique. C'est pourquoi des familles entières ont été interpellées et détenues sans aucune forme de procès, ou tout simplement traquées et exterminées. (...)

Les personnes arrêtées par la DDS ont très peu de chance de sortir vivantes. Cette triste réalité est connue de tous les Tchadiens. Aussi, les détenus meurent généralement de deux façons: soit la mort lente qui survient après quelques jours ou quelques mois, soit la mort expéditive donnée par les bourreaux de Hissein Habré dès les premiers jours suivant l'arrestation. (...)

L'audition d'anciens détenus politiques a démontré avec force détails à l'appui les genres de mort de leurs

---

573. *Ibid.*, p. 39.

camarades en détention. Certains mourraient d'épuisement physique dû aux conditions inhumaines de détention (...). D'autres par contre meurent par asphyxie. Entassés dans de minuscules cellules (...), les détenus s'éteignent les uns après les autres. (...)

Les enlèvements de nuit et les exécutions extra-judiciaires sont pratiqués régulièrement par les agents de la DDS sur les détenus. Ce sont généralement les agents les plus sanguinaires (...) qui procèdent aux sélections des prisonniers destinés à l'abattoir situé aux alentours de N'Djamena. Ces actes odieux et barbares visent une certaine catégorie de détenus"<sup>574</sup>.

#### **4. The Intentionality of Extermination of Those Who Allegedly Opposed the Regime**

14. In its remaining parts, the *Report of the Chadian Truth Commission* addressed aggravating circumstances of the oppression of the regime Habré, mainly the *intentionality* of the atrocities perpetrated. In its own words,

"Le régime de Hissein Habré a été une véritable hécatombe pour le peuple tchadien; des milliers de personnes ont trouvé la mort, des milliers d'autres ont souffert dans leur âme et dans leur corps et continuent d'en souffrir.

Tout au long de ce sombre règne, à N'Djamena comme dans le reste du pays, la répression systématique était la règle pour tous les opposants ou supposés opposants au régime.

Les biens des personnes arrêtées ou recherchées étaient pillés et leurs parents persécutés. Des familles entières avaient été ainsi décimées.

À l'intérieur du pays, des villages ont été complètement brûlés et leurs populations massacrées. Rien n'échappait à cette folie meurtrière et le pays tout entier était soumis à la terreur. (...)

(...) Jamais dans l'histoire du Tchad il n'y a eu autant de morts. Jamais il n'y a eu autant de victimes innocentes. Au

---

574. *Ibid.*, pp. 51 and 54.

début de ses travaux, la Commission d’Enquête pensait avoir affaire, au pire des cas, à des massacres, mais plus elle avançait dans ses investigations, plus l’étendue du désastre s’agrandissait pour aboutir finalement au constat qu’il s’agissait plutôt d’une extermination. Aucun groupe ethnique, aucune tribu, aucune famille n’a été épargnée, exceptés les Goranes et leurs alliés. La machine à tuer ne faisait aucune différence entre hommes, femmes et enfants. La moindre protestation était assimilée à une révolte et entraînait de terribles représailles. Le peuple bâillonné et soumis assistait donc impuissant à son asphyxie progressive. Dès 1982, les prisons politiques ont proliféré au Tchad et n’ont pas désempli jusqu’à la chute du régime, en 1990. À N’Djamena comme en province, les arrestations étaient effectuées à un rythme frénétique. L’on était arrêté pour n’importe quel motif et même sans aucun motif. Il suffisait d’un mot mal placé, d’une vieille rancune non digérée par un Gorane ou n’importe quel agent de la DDS, voire d’un scénario monté de toutes pièces, pour se retrouver dans les sombres cachots de la DDS.

Dans ces cachots, il mourait un nombre impressionnant de détenus. Les chiffres des détenus politiques recensés par la Commission d’enquête pour la période de 1982 à 1990 ainsi que ceux des personnes mortes pendant la même période défient toute imagination<sup>575</sup>.

15. The *Report of the Chadian Truth Commission*, published in 1993, was in fact concluded on 07.05.1992, with a series of recommendations<sup>576</sup>. Its over-all assessment was quite somber. In its own words,

“Le bilan de huit ans de règne qu’a laissés Habré est terrifiant. La Commission ne cesse de se demander comment un citoyen, un enfant du pays a pu faire tant de mal, tant de cruauté à son peuple. L’image empruntée du ‘révolutionnaire pur et dur’ a vite cédé la place à celle d’un tyran minable et sanguinaire.

En récapitulant le mal qu’il a fait contre ses concitoyens, le bilan est lourd et bien sombre; il se chiffre à:

---

575. *Ibid.*, pp. 68-69.

576. Cf. *ibid.*, pp. 98-99.

- plus de 40.000 victimes;
- plus de 80.000 orphelins;
- plus de 30.000 veuves;
- plus de 200.000 personnes se trouvant, du fait de cette répression, sans soutien moral et matériel.

Ajouter à cela les biens meubles et immeubles pillés et confisqués chez de paisibles citoyens, évalués à 1 milliard de francs CFA chaque année.

Huit ans de règne, huit ans de tyrannie (...). Pourquoi tant de mal, tant de haine à l'égard de son propre peuple? Valait-il la peine de lutter toute une décennie pour conquérir le pouvoir et en arriver là? Pour quel idéal et dans quel but Habré s'était-il battu? (...)

Que le régime de Habré et ce qui lui est arrivé servent de leçon à tous les Tchadiens, et en particulier aux gouvernants. Un sage disait: 'Le pouvoir, c'est comme une ombre et l'ombre n'est jamais éternelle'"<sup>577</sup>.

### **III. The Decision of May 2006 of the U.N. Committee against Torture**

16. On 18.04.2001, a group of persons who claimed to be victims of torture during the regime Habré in Chad lodged a complaint with the U.N. Committee against Torture, supervisory organ of the U.N. Convention against Torture (CAT Convention). They did so under Article 22 of the CAT Convention, in the exercise of the right of individual complaint or petition<sup>578</sup>. The Committee then proceeded to the examination of the case of *Souleymane Guengueng et alii versus Senegal*. It should not pass unnoticed, at this stage, that the Committee was enabled to pronounce on this matter due to the exercise, by the individuals concerned, of their right of complaint or petition at international level.

---

577. *Ibid.*, p. 97.

578. Article 22 of the CAT Convention has been accepted by both Senegal (on 16.10.1996) and Belgium (on 25.07.1999). Up to date, 64 of the 150 States Parties to the CAT Convention have accepted this optional clause of recognition of the competence of the U.N. Committee against Torture. For an up-dated digest of the consideration of complaints under Article 22 of the CAT Convention, cf. U.N., *Report of the Committee against Torture*, 45<sup>th</sup>-46<sup>th</sup> Sessions (2010-2011), U.N. doc. A/66/44, pp. 150-203.

17. Half a decade later, on 19.05.2006, the Committee against Torture adopted a decision, under Article 22 of the CAT Convention, on the case *Souleymane Guengueng et alii*, concerning the complaints of Chadian nationals living in Chad, who claimed to be victims of a breach by Senegal of Articles 5(2) and 7 of the CAT Convention<sup>579</sup>. The Committee did so taking into account the submissions of the complainants and of the respondent State, bearing in mind the factual background of the case as contained in the *Report* (of May 1992) of the National Commission of Inquiry of the Chadian Ministry of Justice<sup>580</sup>. In their complaint lodged with the U.N. Committee against Torture, the complainants claimed, as to the facts, that, between 1982 and 1990, they were tortured by agents of Chad who answered directly to Mr. H. Habré, the then President of Chad during the period at issue.

18. The Committee referred to the aforementioned *Report* by the National Commission of Inquiry established by the Chadian Ministry of Justice (cf. *supra*), giving account of 40.000 “political murders” and “systematic acts of torture” allegedly committed during the H. Habré regime. The Committee recalled that, after being ousted by Mr. Idriss Déby in December 1990, Mr. H. Habré took refuge in Senegal, where he has been living ever since. The Committee further recalled the initiatives of legal action (from 2000 onwards) against Mr. H. Habré, in Senegal and in Belgium. The Committee then found the communication admissible and considered that the principle of universal jurisdiction enunciated in Articles 5(2) and 7 of the CAT Convention implies that the jurisdiction of States Parties “must extend to potential complainants in circumstances similar to the complainants”<sup>581</sup>.

19. As to the merits of the communication in the case *Souleymane Guengueng et alii*, the Committee, after reviewing the arguments of the parties as to the alleged violations of the relevant provisions of the CAT Convention, noted that Senegal had not contested the fact that it had not taken “such measures as may be necessary” under Article 5(2). The Committee found that Senegal had not fulfilled its obligations under

---

579. Paras. 1.1-1.3. The Committee (acting under Article 108(9) of its Rules of Procedure) requested Senegal, as an interim measure, not to expel Mr. H. Habré and to take all necessary measures to prevent him from leaving the country (other than an extradition), - a request to which Senegal acceded.

580. Para. 2.1.

581. Para. 6.4, and cf. paras. 6.1-6.5.

that provision<sup>582</sup>. In reaching this decision, the Committee deemed it fit to warn, in its decision of 19.05.2006, that

“the reasonable time-frame within which the State Party should have complied with this obligation [under Article 5(2) of the CAT Convention] has been considerably exceeded”<sup>583</sup>.

20. As to the alleged breach of Article 7 of the CAT Convention, the Committee noted that “the obligation to prosecute the alleged perpetrator of acts of torture does not depend on the prior existence of a request for his extradition”; it further observed that the objective of Article 7 is “to prevent any act of torture from going unpunished”<sup>584</sup>. The Committee also pondered that Senegal or any other State Party “cannot invoke the complexity of its judicial proceedings or other reasons stemming from domestic law to justify its failure to comply with [its] obligations under the Convention”<sup>585</sup>. The Committee found that Senegal was under an obligation to prosecute Mr. H. Habré for alleged acts of torture, unless it could demonstrate that there was not sufficient evidence to prosecute (at the time of the complainants’ submission of their original complaint of January 2000).

21. The Committee recalled that the decision of March 2001 by the Court of Cassation had put an end to any possibility of prosecuting Mr. H. Habré in Senegal, and added that since Belgium’s request of extradition of September 2005, Senegal also had the choice to extradite Mr. H. Habré. As Senegal decided neither to prosecute nor to extradite him, the Committee found that it had failed to perform its obligations under Article 7 of the CAT Convention<sup>586</sup>. The Committee then concluded that Senegal had violated Articles 5(2) and 7 of the CAT Convention; it added that its decision in no way influenced the possibility of “the complainants’ obtaining compensation through the domestic courts for the State Party’s failure to comply with its obligations under the Convention”<sup>587</sup>. This decision of the Committee

---

582. Paras. 9.1-9.6.

583. Para. 9.5.

584. Para. 9.7.

585. Para. 9.8.

586. Paras. 9.7-9.12.

587. Paras. 9.12 and 10.

against Torture is, in my view, of particular relevance to the present case before this Court<sup>588</sup>.

#### **IV. The Case before the ICJ: Responses to Questions Put to the Contending Parties**

##### **1. Questions Put to Both Parties**

22. At the end of the public hearings before this Court, I deemed it fit to put to the two contending parties, on 16.03.2012, the following questions:

“(...) Première question:

1. *En ce qui concerne les faits à l'origine de la présente affaire, quelle serait selon vous, en tenant compte du coût estimatif allégué ou éventuel que représenterait l'organisation du procès de M. Habré au Sénégal, la valeur probante du rapport de la Commission d'enquête nationale du Ministère tchadien de la Justice?*

Deuxième question:

2. *En ce qui concerne le droit:*

a) Comment doit être interprétée l'obligation de `soumet[tre] l'affaire [aux] autorités [nationales] compétentes pour l'exercice de l'action pénale` énoncée au paragraphe 1 de l'article 7 de la Convention des Nations Unies contre la Torture? Les mesures que le Sénégal soutient avoir prises à ce jour suffisent-elles, selon vous, pour considérer qu'il a été satisfait à l'obligation énoncée audit paragraphe?

b) En vertu du paragraphe 2 de l'article 6 de la Convention des Nations Unies contre la Torture, tout État partie sur le territoire duquel se trouve une personne soupçonnée d'avoir commis une infraction (visée à l'article 4) doit `procéde[r] immédiatement à une enquête préliminaire en vue d'établir les faits`. Comment cette obligation doit-elle être interprétée ? Les mesures que le Sénégal soutient avoir prises à ce jour suffisent-elles, selon vous, pour

---

588. Cf. also section XV, *infra*.

considérer qu'il a été satisfait à l'obligation lui incombeant en vertu de cette disposition de la Convention des Nations Unies contre la Torture ?”<sup>589</sup>.

## **2. Reponses by Belgium**

23. Concerning the *first* question I posed<sup>590</sup>, Belgium gave its response on the basis of the relevant rules of Belgian law, and invited Senegal to elaborate on the rules applicable under Senegalese law. Belgium contended that Belgian law espouses the principle of “*liberté de la preuve*” in criminal contexts, which, according to Belgium, entails, first, the free choice of evidence and, secondly, allows the trial judge to have discretion to assess its probative value. Belgium pointed out that the Belgian Court of Cassation has upheld this principle many times<sup>591</sup>. Belgium further argued that the corollary of the principle of “*liberté de*

---

589. ICJ, document CR 2012/5, of 16.03.2012, pp. 42-43. Translation:

“(...) First question:

1. *As to the facts* which lie at the historical origins of this case, taking into account the alleged or eventual projected costs of the trial of Mr. Habré in Senegal, what in your view would be the probatory value of the Report of the National Commission of Inquiry of the Chadian Ministry of Justice?

Second question:

2. *As to the law:*

a) Pursuant to Article 7(1) of the United Nations Convention against Torture, how is the obligation to ‘submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution’ to be interpreted? In your view, are the steps that Senegal alleges to have taken to date, sufficient to fulfill the obligation under Article 7(1) of the United Nations Convention against Torture?

b) According to Article 6(2) of the United Nations Convention against Torture, a State Party wherein a person alleged to have committed an offence (pursuant to Article 4) is present, ‘shall immediately make a preliminary inquiry into the facts’. How is this obligation to be interpreted? In your view, are the steps that Senegal alleges to have taken to date, sufficient to fulfill its obligation under this provision of the United Nations Convention against Torture?”

590. Namely: - “*As to the facts* which lie at the historical origins of this case, taking into account the alleged or eventual projected costs of the trial of Mr. Habré in Senegal, what in your view would be the probatory value of the Report of the National Commission of Inquiry of the Chadian Ministry of Justice?”

591. ICJ, document CR 2012/6, of 19.03.2012, p. 21. Belgium argues that the Court of Cassation has found that “in respect of criminal law, when the law does not lay down a particular method of proof, the trial judge in fact assesses the probative value of the evidence, submitted in due form, on which he bases his opinion”, Belgian Court of Cassation, 27.02.2002, Pas., 2002, p. 598 [*translation by the Registry*].

*la preuve*" is that of firm conviction, whereby the judge can only uphold the charges in case all the evidence submitted to him by the prosecutor warrants the firm conviction that the individual has committed the offence he is charged with.

24. Belgium contended, in addition, that, essentially, any type of evidence is thus admissible, as long as it is rational and recognized, by reason and experience, as capable of convincing the judge. Belgium also alleged that, in accordance with the general legal principle of respect for the rights of the defence, any evidence taken into account by the judge in a criminal case must be subjected to adversarial argument. Belgium contended that the judge in a criminal case may take into consideration all the evidence which has been gathered abroad and which has been transmitted to the Belgian authorities, such as, a copy of the *Report* of the National Commission of Inquiry of the Chadian Ministry of Justice (hereinafter: "the *Report*"), as long as that evidence does not violate the right to a fair trial. Belgium further argued that the judge will determine the legality of the evidence obtained abroad based on the following considerations: whether the foreign law allows the evidence used; whether or not this evidence is consistent with the rules of international law directly applicable in the domestic courts and with Belgian public policy rules; and, whether the evidence was obtained in compliance with the foreign law, in so far as the judge has been seized of a dispute in this connection<sup>592</sup>.

25. Belgium further claimed that when the international arrest warrant against Mr. Habré was issued, the Belgian investigating judge took account, in particular, of the evidence contained in the *Report*. Thus, - to conclude, - Belgium argued that, while keeping in mind that it is for the trial judge to rule on the probative value of the *Report* at issue, it could certainly be used as evidence in proceedings against Mr. Habré. Belgium added that the use of the *Report* could save a considerable amount of time and money in pursuit of the obligation to prosecute, even if - and Belgium referred to Senegal's arguments in this regard - it is not possible to point to "lack of funds or difficulties in establishing a special budget as exonerating factors" concerning the responsibility of the State which is obliged to prosecute or, failing that, to extradite<sup>593</sup>.

---

592. ICJ, document CR 2012/6, of 19.03.2012, p. 21.

593. ICJ, document CR 2012/6, of 19.03.2012, p. 22.

26. As to the *second* question I posed<sup>594</sup>, Belgium argued that there are three steps to be taken pursuant to Article 6 of the Convention against Torture (CAT Convention): “*first*, to secure the offender’s presence; *second*, to conduct, immediately, a preliminary inquiry; and, *third*, to notify, immediately, certain States what is going on, including in particular reporting to them its findings following the preliminary inquiry and indicating whether it intends to exercise jurisdiction”. As to the first requirement of Article 6, Belgium argued that it never contested that Senegal fulfilled this first step, even though from time to time, Belgium has had serious concerns about Senegal’s continuing commitment to this obligation, given certain statements by high-level officials of Senegal.

27. As concerns Article 6(2), Belgium argued that Senegal’s counsel did not make arguments in this regard during the oral hearings. Belgium claimed that Article 6 is a common provision in Conventions containing *aut dedere aut judicare* clauses (as, e.g., in the Hague and Montreal Conventions concerning Civil Aviation), and referred to the United Nations Study of such clauses, to the effect that the preliminary steps set out in the Conventions, including “measures (...) to investigate relevant facts”, are indispensable to allow the proper operation of the mechanism for the punishment of offenders in the relevant conventions. Belgium went on to argue that the nature of the investigation required by Article 6(2) depended to some extent on the legal system concerned, and the circumstances of the particular case. It contended, however, that from the structure of the *aut dedere aut judicare* provisions of the Convention against Torture, the reference to a preliminary inquiry in Article 6(2), is of the kind of preliminary investigation which precedes the submission of the matter to the prosecuting authorities.

28. Belgium claimed that Article 6(4) makes it clear that the preliminary inquiry should lead to findings, and that the main purpose of the inquiry is to enable the State in whose territory the

---

594. Namely: - “According to Article 6(2) of the United Nations Convention against Torture, a State Party wherein a person alleged to have committed an offence (pursuant to Article 4) is present, ‘shall immediately make a preliminary inquiry into the facts’. How is this obligation to be interpreted? In your view, are the steps that Senegal alleges to have taken to date, sufficient to fulfill its obligation under this provision of the United Nations Convention against Torture?”

alleged offender is present, to take a decision on whether it intends to take jurisdiction, and to report its findings to other interested States so that they may take a decision whether or not to seek extradition. In Belgium's submission, "[t]he preliminary inquiry referred to in Article 6, paragraph 2, thus requires the gathering of first pieces of evidence and information, sufficient to permit an informed decision by the competent authorities of the territorial State whether a person should be charged with a serious criminal offence and brought to justice"<sup>595</sup>. Belgium concluded by claiming that there is no information before the Court speaking to any preliminary inquiry on the part of Senegal.

29. As to my question concerning the *interpretation of Article 7*<sup>596</sup>, Belgium first argued that the obligation under Article 7(1) is closely related to the obligations under Articles 5(2), and 6(2) of the CAT Convention, - which in its view Senegal has also violated, - and Belgium further claimed in this regard that "the breach of Article 7 flowed from the breach of the other two provisions". Belgium explained that "[t]he absence of the necessary legislation, in clear breach of Article 5, paragraph 2, until 2007/2008 meant that Senegal's prosecutorial efforts were doomed to failure. So the prosecutorial efforts undertaken in 2000 and 2001 cannot be seen as fulfilling the obligation laid down in Article 7, paragraph 1, of the Convention"<sup>597</sup>.

30. Belgium claimed that the obligation in Article 7 of the CAT Convention "to submit the case to the competent authorities for the purpose of prosecution" is carefully worded as it would not seem realistic "*to prosecute whenever allegations are made*". In this regard, Belgium argued that:

---

595. ICJ, document CR 2012/6, of 19.03.2012, pp. 42-44. Belgium also cites the *Commentary*, by Nowak and McArthur, in this sense: "[s]uch criminal investigation is based on the information made available by the victims and other sources as indicated in Article 6 (1) and includes active measures of gathering evidence, such as interrogation of the alleged torturer, taking witness testimonies, inquiries on the spot, searching for documentary evidence, etc."; M. Nowak, E. McArthur *et alii*, *The United Nations Convention Against Torture - A Commentary*, Oxford, Oxford University Press, 2008, p. 340.

596. Namely: - "Pursuant to Article 7(1) of the United Nations Convention against Torture, how is the obligation to 'submit the case to its competent authorities for the purpose of prosecution' to be interpreted? In your view, are the steps that Senegal alleges to have taken to date, sufficient to fulfill the obligation under Article 7(1) of the United Nations Convention against Torture?"

597. ICJ, document CR 2012/6, of 19.03.2012, p. 46.

"What can be required is that the case is submitted to the prosecuting authorities for the purpose of prosecution; and that those authorities 'shall take their decision in the same manner as the case of any ordinary offence of a serious nature' - in paragraph 2 of Article 7, with which paragraph 1 should be read, provides. What is at issue here, in particular, is the need for the prosecuting authorities to decide whether the available evidence is sufficient for a prosecution"<sup>598</sup>.

31. Belgium then referred to the negotiating history of Article 7 and argued that the same language is now found in many of the *aut dedere aut judicare* clauses that follow the Hague Convention<sup>599</sup> model, including the CAT Convention. Referring to the *travaux préparatoires* of the latter, Belgium argued that it was decided that the language should follow the "well-established language" of the Hague Convention<sup>600</sup>. Belgium also claimed that "the fact that there is no absolute requirement to prosecute does not mean that the prosecuting authorities have total discretion, and that a State may simply do nothing", and contended that, like any other international obligation, it must be performed in good faith.

32. Belgium referred to the object and purpose of the CAT Convention stated in its concluding preambular paragraph - "to make more effective the struggle against torture" - which means, in its view, that the prosecuting authorities start "a prosecution if there is sufficient evidence, and that they do so in a timely fashion". After referring to expert writing on the *travaux préparatoires* of the Hague Convention, for guidance in the interpretation of Article 7 of the CAT Convention<sup>601</sup>, Belgium concluded that Senegal is in breach of its obligation under Article 7 of the CAT Convention, notwithstanding the fact that the prosecuting authorities acted in the year 2000, without success, which in its view was not sufficient to fulfill its obligations under the CAT Convention.

33. Belgium further contended that, since 2000-2001, Senegal has taken no action to submit any of the allegations against Mr. H. Habré

---

598. *Ibid.*, p. 46.

599. Convention for the Suppression of Unlawful Seizure of Aircraft, The Hague, 16.12.1970, *U.N. Treaty Series*, vol. 860, p. 105 (I-12325).

600. ICJ, document CR 2012/6, of 19.03.2012, pp. 46-47.

601. *Ibid.*, pp. 46-48.

to the prosecuting authorities, a fact which Belgium submitted to be a “matter of particular concern given that the allegations against Mr. H. Habré were renewed in the Belgian extradition request of 2005, and in the further complaint laid in Senegal in 2008, not to speak of the information now publicly available concerning the crimes that have been committed when Hissène Habré was in power in Chad, and for which he allegedly bears responsibility”<sup>602</sup>.

### **3. Responses by Senegal**

34. In respect of my *first question (supra)*, Senegal pointed out, as far as the pertinent provisions of domestic law in force in Senegal are concerned, that the *Report* of the Chadian Truth Commission “can only be used for information purposes and is not binding on the investigating judge who, in the course of his investigations conducted by means of an international letter rogatory, may endorse or disregard it”. Senegal added that the *Report* is not binding on the trial judge examining the merits of the case, and thus the value of the *Report* is “entirely relative”<sup>603</sup>.

35. As to my *second question (supra)*, Senegal argued that, even before it adhered to the CAT Convention, it had already endeavoured to punish torture, and as such it had established its jurisdiction in relation to Article 5 (3) of the Convention, on the basis of which Mr. Habré was indicted in 2000 by the senior investigating judge when the competent Senegalese authorities had been seised with complaints. Senegal further claims that pursuant to Article 7(3) of the Convention, Mr. Habré “was able to avail himself of the means of redress made available by Senegalese law to any individual implicated in proceedings before criminal courts, without distinction of nationality, on the same basis as the civil parties”<sup>604</sup>.

36. Senegal also added that, further to the judgment of 20.03.2001 of the Court of Cassation, and the mission of the Committee against Torture in 2009, Senegal adapted its legislation to the other provisions of the CAT Convention. Senegal further claimed that the investigating judge, in criminal proceedings, may be seised either by a complaint with

---

602. *Ibid.*, p. 48.

603. ICJ, document CR 2012/7, of 21.03.2012, p. 32.

604. *Ibid.*, pp. 32-33.

civil-party application or by an application from the Public Prosecutor to open an investigation. Concerning the preliminary inquiry, Senegal claimed that its aim is to establish the basic facts and that it does not necessarily lead to prosecution, as the prosecutor may, upon review of the results of the inquiry, decide that there are no grounds for further proceedings<sup>605</sup>.

37. Senegal further claimed that the CAT Convention does not contain a “general obligation to combat impunity” as a legal obligation with the effect of requiring universal jurisdiction to be established and that an obligation of result is not in question, “since the fight against impunity is a process having prosecution or extradition as possible aims under the said Convention”. Senegal questioned the purpose of establishing universal jurisdiction in the case of a State which already has a legal entitlement to exercise territorial jurisdiction, which, in its view is the most obvious principle in cases of competing jurisdiction. Senegal recalled that, in 2009, it established its jurisdiction concerning offences covered by the CAT Convention.

38. Senegal further recalled the Court’s Order on the request for provisional measures of 2009 to the effect that the Parties seemed to differ on the “time frame within which the obligations provided for in Article 7 must be fulfilled or [on the] circumstances (financial, legal or other difficulties)”. Senegal argues that the obligation *aut dedere aut judicare* remains an obligation either to extradite or, in the alternative, to prosecute, given that international law does not appear to “give priority to either alternative course of action”.<sup>606</sup>

39. Senegal contended, moreover, that “[t]he obligation to try, on account of which Senegal has been brought before the Court, cannot be conceived as an obligation of result” but rather an obligation of means, where “the requirement of wrongfulness is fulfilled only if the State to which the source of the obligation is attributable has not deployed all the means or endeavours that could legitimately be expected of it in order to achieve the results expected by the authors of the rule”. Senegal referred to [some] international jurisprudence and argued that international law does not impose obligations of result on member States.

---

605. *Ibid.*, p. 33.

606. *Ibid.*, p. 34.

40. Senegal concluded by arguing that the measures it has taken thus far are largely sufficient and satisfy the obligations laid down in Articles 6(2) and 7(1) of the CAT Convention. Senegal thus argued that once it “undertook major reforms to allow the trial to be held, including constitutional reforms, it may be considered to have satisfied its obligation of means or of ‘best efforts’, so as not to give the appearance of a State heedless and not desirous of implementing its conventional obligations. It may not have done this to a sufficient extent, but it has made sufficient progress in terms of acting to achieve such a result”<sup>607</sup>.

#### **4. General Assessment**

41. In the light of the aforementioned, it is significant that, for the arrest warrant against Mr. Habré, the evidence contained in the *Report* of the Chadian Truth Commission was taken into account by the Belgian investigating judge. Furthermore, - as also pointed out by Belgium, - that *Report* can certainly be taken into account as evidence in legal proceedings against Mr. H. Habré, it being for the trial judge or the tribunal to rule on its probative value. Senegal itself acknowledged that the *Report* at issue can be taken into account for information purposes, without being “binding” on the investigating judge; it is for the judge (or the tribunal) to rule on it.

42. There thus seems to be a disagreement between Belgium and Senegal as to the consideration of the evidence considered in the *Report*. In any case, the *Report* cannot be simply overlooked or ignored, it cannot be examined without care. It is to be examined together with all other pieces of evidence that the investigating judge or the tribunal succeeds in having produced before him/it, for the purpose of ruling on the matter at issue. The present case concerns ultimately a considerable total of victims, those murdered, or arbitrarily detained and tortured, during the Habré regime in Chad (1982-1990).

43. As to the answers provided by the contending parties to my questions addressed to them, whether in their view the steps that Senegal alleges to have taken to date, were sufficient to fulfill its obligations under Articles 6(2) and 7(1) of the U.N. Convention against Torture, an assessment of such answers ensues from the consideration

---

607. *Ibid.*, pp. 35-36.

of the doctrinal debate on the dichotomy between alleged obligations of means or conduct, and obligations of result. I am of the view that the obligations under a treaty of the nature of the U.N. Convention against Torture are not, as the respondent State argues, simple obligations of means or conduct: they are obligations of result, as we are here in the domain of peremptory norms of international law, of *jus cogens*. I feel obliged to expand on the foundations of my personal position on this matter.

## **V. Peremptory Norms of International Law (*Jus Cogens*): The Corresponding Obligations of Result, and Not of Simple Conduct**

44. In my understanding, the State obligations, - under Conventions for the protection of the human person, - of prevention, investigation and sanction of grave violations of human rights and of International Humanitarian Law, are not simple obligations of conduct, but rather obligations of result<sup>608</sup>. It cannot be otherwise, when we are in face of peremptory norms of international law, safeguarding the fundamental rights of the human person. Obligations of simple conduct may prove insufficient; they may exhaust themselves, for example, in unsatisfactory legislative measures. In the domain of *jus cogens*, such as the absolute prohibition of torture, the State obligations are of due diligence and of result. The examination of the proposed distinction between obligations of conduct and obligations of result has tended to take place at a purely theoretical level, assuming variations in the conduct of the State, and even a succession of acts on the part of this latter<sup>609</sup>, and without taking sufficient and due account of a situation which causes irreparable harm to the fundamental rights of the human person.

45. If the corresponding obligations of the State in such a situation were not of result, but of mere conduct, the doors would then be left

---

608. Cf., to this effect: IACtHR, case of the *Dismissed Employees of the Congress versus Peru* (Interpretation of Judgment of 30.11.2007), Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 13-29; IACtHR, case of the *Indigenous Community Sawhoyamaxa versus Paraguay* (Judgment of 29.03.2006), Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, para. 23; IACtHR, case *Baldeón García versus Peru* (Judgment of 06.04.2006), Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 11-12.

609. A. Marchesi, *Obblighi di Condotta e Obblighi di Risultato (...), op. cit. infra* n. (55), pp. 50-55 and 128-135.

open to impunity. The handling of the case of Mr. Hissène Habré to date serves as a warning in this regard. Over three decades ago, when the then *rapporteur* of the U.N. International Law Commission (ILC) on the International Responsibility of the State, Roberto Ago, proposed the distinction between obligations of conduct and of result, some members of the ILC expressed doubts as to the viability of distinguishing between the two types of obligation; after all, in order to achieve a given result, the State ought to assume a given behaviour<sup>610</sup>. In any case, obligations of result admitted the initial free choice by the State of the means to comply with them, of obtaining the results due.

46. The aforementioned distinction between the two kinds of obligations introduced a certain hermeticism into the classic doctrine on the matter, generating some confusion, and not appearing much helpful in the domain of the international protection of human rights. Despite references to a couple of human rights treaties, the essence of R. Ago's reasoning, developed in his dense and substantial *Reports* on the International Responsibility of the State, had in mind above all the framework of essentially inter-State relations. The ILC itself, in the *Report* of 1977 on its work, at last reckoned that a State Party to a human rights treaty has obligations of *result*, and, if it does not abide by them, it cannot excuse itself by alleging that it has done all that it could to comply with them, that it has behaved in the best way to comply with them; on the contrary, such State has the duty to attain the *result* required of it by the conventional obligations of protection of the human person.

47. Such binding obligations of *result* (under human rights treaties) are much more common in international law than in domestic law. The confusion generated by the dichotomy of obligations of conduct and of result has been attributed to the undue transposition into international law of a distinction proper to civil law (*droit des obligations*); rather than "importing" inadequately distinctions from other branches of Law or other domains of legal theory, in my view one should rather seek to ensure that the behaviour of States is such that it will abide by the required result, of securing protection to human beings under their respective jurisdictions. Human rights treaties have

---

610. Report reproduced in: Appendix I: *Obligations of Result and Obligations of Means*, in I. Bronwlie, *State Responsibility - Part I*, Oxford, Clarendon Press, 2001 [reprint], pp. 241-276, esp. pp. 243 and 245.

not had in mind the dichotomy at issue, which is vague, imprecise, and without practical effect.

48. It is thus not surprising to find that the distinction between so-called obligations of conduct and of result was discarded from the approved 2001 draft of the ILC on the International Responsibility of States, and was met with criticism in expert writing<sup>611</sup>. Moreover, it failed to have any significant impact on international case-law. The ECtHR, for example, held in the case of *Colozza and Rubinat versus Italy* (Judgment of 12.02.1985), that the obligation under Article 6(1) of the European Convention of Human Rights was one of result. For its part, the ICJ, in the case of the *Hostages (U.S. Diplomatic and Consular Staff) in Tehran* (Judgment of 24.05.1980), ordered the respondent State to comply promptly with its obligations, which were “not merely contractual”, but rather imposed by general international law (para. 62); the ICJ singled out “the imperative character of the legal obligations” incumbent upon the respondent State (para. 88), and added that

“Wrongfully to deprive human beings of their freedom and to subject them to physical constraint in conditions of hardship is in itself manifestly incompatible with the principles of the Charter of the United Nations, as well as with the fundamental principles enunciated in the Universal Declaration of Human Rights” (para. 91).

49. One of such principles is that of respect of the dignity of the human person. Thus, in so far as the safeguard of the fundamental rights of the human person is concerned, the obligations of the State - conventional and of general international law - are of *result*, and not of simple conduct, so as to secure the effective protection of those rights. The absolute prohibition of grave violations of human rights (such as torture) entails obligations which can only be of *result*, endowed with a necessarily objective character, and the whole conceptual universe

---

611. Cf., e.g., I. Bronwlie, *State Responsibility - Part I*, *op. cit supra* n. (53), pp. 241, 250-251, 255-259, 262, 269-270 and 276; J. Combacau, “Obligations de résultat et obligations de comportement: quelques questions et pas de réponse”, in *Mélanges offerts à P. Reuter - Le droit international: unité et diversité*, Paris, Pédone, 1981, pp. 190, 198 and 200-204; P.-M. Dupuy, “Le fait générateur de la responsabilité internationale des États”, 188 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1984) pp. 47-49; and cf. also P.-M. Dupuy, “Reviewing the Difficulties of Codification: On Ago’s Classification of Obligations of Means and Obligations of Result in Relation to State Responsibility”, 10 *European Journal of International Law* (1999) pp. 376-377.

of the law of the international responsibility of the State has to be reassessed in the framework of the international protection of human rights<sup>612</sup>, encompassing the origin as well as the implementation of State responsibility, with the consequent and indispensable duty of reparation.

50. In the framework of the International Law of Human Rights, - wherein the U.N. Convention against Torture is situated, - it is not the result that is conditioned by the conduct of the State, but, quite on the contrary, *it is the conduct of the State that is conditioned by the attainment of the result aimed at by the norms of protection of the human person*. The conduct of the State ought to be the one which is conducive to compliance with the obligations of result (in the *cas d'espèce*, the proscription of torture). The State cannot allege that, despite its good conduct, insufficiencies or difficulties of domestic law rendered it impossible the full compliance with its obligation (to outlaw torture and to prosecute perpetrators of it); and the Court cannot consider a case terminated, given the allegedly "good conduct" of the State concerned.

51. This would be inadmissible; we are here in before obligations of *result*. To argue otherwise would amount to an exercise of legal formalism, devoid of any meaning, that would lead to a juridical absurdity, rendering dead letter the norms of protection of the human person. In sum and conclusion on this point, the absolute prohibition of torture is, as already seen, one of *jus cogens*; in an imperative law, conformed by the *corpus juris* of the international protection of the fundamental rights of the human person, the corresponding obligations of the State are ineluctable, imposing themselves *per se*, as obligations necessarily of *result*.

## **VI. The Everlasting Quest for the Realization of Justice in the Present Case**

52. With these clarifications in mind, it would be helpful to proceed, at this stage, to a brief view of the long-standing endeavours,

---

612. A. Marchesi, *Obblighi di Condotta e Obblighi di Risultato - Contributo allo Studio degli Obblighi Internazionali*, Milano, Giuffrè Ed., 2003, pp. 166-171; F. Urioste Braga, *Responsabilidad Internacional de los Estados en los Derechos Humanos*, Montevideo, Edit. B de F, 2002, pp. 1-115 and 139-203; L.G. Loucaides, *Essays on the Developing Law of Human Rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1995, pp. 141-142 and 149, and cf. pp. 145, 150-152 and 156.

throughout several years, to have justice done, in relation to the grave breaches of human rights and International Humanitarian Law reported to have occurred during the Habré regime (1982-1990). Those endeavours comprise legal actions in domestic courts, requests of extradition (at inter-State level), some other initiatives at international level, and an initiative of entities of the African civil society. The way would then be paved for a brief review of the initiatives and endeavours to the same effect of the African Union in particular, given its influence in the orientation of the conduction of international affairs in the African continent.

## **1. Legal Actions in Domestic Courts**

53. On 25-26.01.2000 the first complaints were lodged by Chadian nationals in Dakar, Senegal, against Mr. Hissène Habré, accusing him of the practice of torture (crimes against humanity). On 03.02.2000 a Senegalese judge, after hearing the victims, indicted Mr. H. Habré, and placed him under house arrest. But on 04.07.2000 the Dakar Appeals Court dismissed the indictment, ruling that Senegalese courts had no jurisdiction to pursue the charges because the crimes were not committed in Senegal.

54. On 30.11.2000, new complaints were filed against Mr. H. Habré, this time in Brussels, by Chadian victims living in Belgium. On 20.03.2001, Senegal's Appeals Court stood by its view, in ruling that Mr. H. Habré could not stand trial because the alleged crimes were not committed in Senegal. In 2002 (26 February to 07 March), a Belgian investigating judge (*juge d'instruction*), in a visit to Chad, interviewed victims and former accomplices of Mr. H. Habré, visited detention centres and mass graves, and took custody of DDS documents. At the end of a four-year investigation, on 19.09.2005, he issued an international arrest warrant *in absentia* in respect of Mr. H. Habré. Senegal, however, refused to extradite him to Belgium.

55. Parallel to new developments, - at international level, - from the end of 2005 to date, at domestic level new complaints were filed, on 16.09.2008, against Mr. H. Habré in Senegal, accusing him again of the practice of torture (crimes against humanity). Earlier on, on 31.01.2007, Senegal's National Assembly adopted a law allowing Senegalese courts to prosecute cases of genocide, crimes against humanity, war

crimes and torture, even when committed outside of Senegal (thus removing a previous legal obstacle); it later amended its constitution.

## **2. Requests of Extradition**

56. To the above initiatives of legal actions at domestic law level, four requests by Belgium to date, of extradition of Mr. H. Habré, are to be added. As to the first Belgian request of extradition, of 22.05.2005, the Dakar Appeals Court decided, on 25.11.2005, that it lacked jurisdiction to deal with it. On 15.03.2011, Belgium presented a second extradition request, declared inadmissible by the Dakar Appeals Court in its decision of 18.08.2011. Later on, a third extradition request by Belgium, of 05.09.2011, was again declared inadmissible by the Dakar Appeals Courts in its decision of 10.01.2012. Belgium promptly lodged a fourth extradition request (same date). To those requests for extradition, one could add the whole of the diplomatic correspondence exchanged between Belgium and Senegal, reproduced in the dossier of the present case<sup>613</sup> before this Court.

## **3. Initiatives at International Level**

57. On 24.01.2006 the African Union (A.U.), meeting in Khartoum, set up a “Committee of Eminent African Jurists”, to examine the H. Habré case and the options for his trial. In its following session, after hearing the report of that Committee, the A.U., on 02.07.2006, asked Senegal to prosecute H. Habré “on behalf of Africa”. In the meantime, on 18.05.2006, the U.N. Committee against Torture found, in the *Souleymane Guengueng et alii* case (*supra*), that Senegal violated the CAT Convention<sup>614</sup> and called on Senegal to prosecute or to extradite Mr. H. Habré. Shortly after the ICJ’s Order of 28.05.2009 in the present case opposing Belgium to Senegal, the President and another member of the U.N. Committee against Torture embarked on an unprecedented visit *in situ* to Senegal, from 04 to 07.08.2009, to seek the application of the Committee’s own decision of May 2006 in the *cas d’espèce*.

---

613. Cf. Annexes to Belgium’s *Memorial*, vol. II, of 01.07.2010, docs. B.1-26.

614. This was the first time the Committee found a breach of the duty to prosecute (Article 7 of the CAT Convention), in a decision that has been seen as corresponding to “the letter, spirit and purpose of Article 7, namely, to avoid safe havens for torturers”; M. Nowak, E. McArthur *et alii*, *The United Nations Convention against Torture - A Commentary*, *op. cit. supra* n. (38), p. 363.

58. In the meantime, on 11.08.2008, a Chadian national residing in Switzerland (Mr. Michelot Yogogombaye) lodged an application against Senegal before the African Court on Human and Peoples' Rights (AfCtHPRP) with a view to suspend the "ongoing proceedings" aiming to "charge, try and sentence" Mr. Hissène Habré. On 15.12.2009, the AfCtHPR decided that it had no jurisdiction to entertain the application at issue, since Senegal had not made a declaration accepting the jurisdiction of the AfCtHPR to hear such applications, pursuant to Article 34(6) of the Protocol to the African Charter on Human and Peoples' Rights (on the establishment of the AfCtHPR).

59. In the period 2008-2010, moreover, given Senegal's refusal to prepare for the trial of Mr. H. Habré unless it received full funding for it, the European Union and the A.U. sent successive delegations to negotiate on the issue with Senegal. In the meantime, on 18.11.2010, the ECOWAS Court of Justice ruled that Senegal ought to try Mr. H. Habré by a special jurisdiction or an *ad hoc* tribunal, to be created for that purpose. On 24.11.2010, a donors' international roundtable held in Dakar secured the full funding to cover all the estimated costs of the proceedings of the trial of Mr. H. Habré<sup>615</sup>. Shortly afterwards, on 31.01.2011, the A.U. called for the "expeditious" start of the trial of Mr. H. Habré, on the basis of the ECOWAS Court decision (cf. *infra*).

60. On 24.11.2011, the *rapporteur* of the CAT Convention on the follow-up of communications (or petitions) sent a letter to the Permanent Mission of Senegal to the United Nations, reminding it of its obligation *aut dedere aut judicare* under the Convention, and took note of the fact that, until then, no proceedings had been initiated by Senegal against Mr. H. Habré. Earlier on, on 12.01.2011, the same *rapporteur* had sent another letter to Senegal's Permanent Mission to the U.N., recalling the State Party's obligation under Article 7(1) of the CAT Convention, now that the full funding for the trial of Mr. H. Habré had been secured (*supra*).

61. For its part, the Office of the U.N. High Commissioner for Human Rights (OHCHR) also expressed its concern with the delays in opening up the trial of Mr. H. Habré; on 18.03.2011, the OHCHR urged Senegal to comply with its duty of prosecution<sup>616</sup>. Later on,

---

615. Cf. UNHCR/Refworld, "African Union Calls for 'Expeditious' Start to Habré Trial", [www.unhcr.org-refworld](http://www.unhcr.org-refworld), doc. of 31.01.2011, p. 2.

616. U.N./OHCHR, [www.ohchr.org/news](http://www.ohchr.org/news), of 18.03.2011, p. 1.

the OHCHR requested Senegal not to extradite (as then announced) Mr. H. Habré to Chad (where he had already been sentenced to death *in absentia*), pondering that “[j]ustice and accountability are of paramount importance and must be attained through a fair process and in accordance with human rights law”<sup>617</sup>. Shortly afterwards, the OHCHR warned, on 12.07.2011, that Mr. H. Habré was

“continuing to live with impunity in Senegal, as he has done for the past 20 years. It is important that rapid and concrete progress is made by Senegal to prosecute or extradite Habré to a country willing to conduct a fair trial. This has been the High Commissioner’s position all along. It is also the position of the African Union (A.U.), as well as of much of the rest of the international community. It is a violation of international law to shelter a person who has committed torture or other crimes against humanity, without prosecuting or extraditing him”<sup>618</sup>.

#### **4. Initiative of Entities of African Civil Society.**

62. In addition to these three exhortations (of the U.N. Committee against Torture itself, the African Union, and the *rapporteur* of the CAT Convention), on 21.07.2010, Nobel Peace Prize winners Archbishop Desmond Tutu and Shirin Ebadi *et alii*, as well as 117 African human rights groups from 25 African countries, likewise called upon Senegal to move forward with the trial of Mr. H. Habré, for political killings and the systematic practice of torture, after more than 20 years of alleged difficulties to the detriment of the victims<sup>619</sup>.

63. In their call for the fair trial of Mr. H. Habré, Archbishop D. Tutu and the other signatories stated:

“We, the undersigned NGOs and individuals urge Senegal rapidly to begin legal proceedings against the exiled former Chadian dictator Hissène Habré, who is accused

617. U.N./OHCHR, “Senegal Must Review Its Decision to Extradite Hissène Habré to Chad”, [www.ohchr.org/news](http://www.ohchr.org/news), of 10.07.2011, p. 1.

618. U.N./OHCHR, [www.ohchr.org/news](http://www.ohchr.org/news), of 12.07.2011, p. 1.

619. Cf. Human Rights Watch (HRW), “Senegal/Chad: Nobel Winners, African Activists Seek Progress in Habré Trial”, [www.hrw.org/news](http://www.hrw.org/news), of 21.07.2010, p. 1; HRW, “U.N.: Senegal Must Prosecute or Extradite Hissène Habré”, [www.hrw.org/news](http://www.hrw.org/news), of 18.01.2001, p. 1.

of thousands of political killings and systematic torture from 1982 to 1990.

The victims of Mr. Habré's regime have been working tirelessly for 20 years to bring him to justice, and many of the survivors have already died. (...) Instead of justice, the victims have been treated to an interminable political and legal soap opera (...)"<sup>620</sup>.

64. After recalling the facts of the victims' quest for justice, they stated that a fair trial for Mr. H. Habré in Senegal "should be a milestone" in the fight to hold "the perpetrators of atrocities (...) accountable for their crimes". They added that this would moreover show that "African courts are sovereign and capable of providing justice for African victims for crimes committed in Africa". They thus urged the authorities "to choose justice, not impunity, and to move quickly towards the trial of Hissène Habré"<sup>621</sup>.

## **VII. The Search for Justice: Initiatives and Endeavours of the African Union**

65. The above review, to be completed, requires closer attention to the initiatives and endeavours of the African Union (reflected in the *Decisions* adopted by its Assembly), in the same search for justice in the *Hissène Habré* case. Thus, at its 6<sup>th</sup> ordinary session, held in Khartoum, Sudan, the Assembly of the African Union adopted its Decision 103(VI), on 24.01.2006, wherein it decided to establish a Committee of Eminent African Jurists "to consider all aspects and implications of the Hissène Habré case as well as the options available for his trial"<sup>622</sup>. It requested the aforementioned Committee to submit a report at the following Ordinary Session in July 2006.

66. At its 7<sup>th</sup> ordinary session, held in Banjul, Gambia, the Assembly of the African Union adopted its Decision 127(VII), on 02.07.2006, whereby it took note of the report presented by the Committee of Eminent African Jurists. It noted that, pursuant to

---

620. FIDH [Fédération internationale des ligues des droits de l'homme], "Appeal [...] for the Fair Trial of Hissène Habré", [www.fidh.org/news](http://www.fidh.org/news), of 21.07.2010, p. 1.

621. *Ibid.*, p. 1.

622. It further took note of the briefing by President Wade of Senegal and President Obasanjo, the outgoing Chairperson of the African Union, on the *Hissène Habré* case.

Articles 3(h), 4(h) and 4(o) of the Constitutive Act of the African Union, “the crimes of which Hissène Habré is accused fall within the competence of the African Union”. Furthermore, the Assembly of the African Union mandated the Republic of Senegal “to prosecute and ensure that Hissène Habré is tried, on behalf of Africa, by a competent Senegalese court with guarantees for fair trial”.

67. At its 8<sup>th</sup> ordinary session, held in Addis Ababa, Ethiopia, the Assembly of the African Union adopted Decision 157(VIII), on 30.01.2007, whereby the African Union commended Senegal for its efforts on “the implementation of the Banjul Decision”, encouraged it “to pursue its initiatives to accomplish the mandate entrusted to it”, and appealed to the international community to mobilize the financial resources required for the trial. Two years later, at its 12<sup>th</sup> ordinary session, held again in Addis Ababa, from 01 to 03.02.2009, the Assembly of the African Union adopted Decision 240(XII), whereby it called on “all Member States of the African Union, the European Union and partner countries and institutions to make their contributions to the budget of the case by paying these contributions directly to the African Union Commission”.

68. At its following 13<sup>th</sup> ordinary session, held in Sirte, Libya, from 01 to 03.07.2009, the Assembly of the African Union adopted Decision 246(XIII), whereby it reiterated its “appeal to all Member States to contribute to the budget of the trial and extend the necessary support to the Government of Senegal in the execution of the AU mandate to prosecute and try Hissène Habré”<sup>623</sup>. Next, at its 14<sup>th</sup> ordinary session, held in Addis Ababa, Ethiopia, from 31.01 to 02.02.2010, the Assembly of the African Union adopted Decision 272(XIV), wherein it requested “the Government of Senegal, the Commission and Partners, particularly the European Union to continue with consultations with the view to ensuring the holding of the Donors’ Round Table as soon as possible”. At its 15<sup>th</sup> ordinary session, held in Kampala, Uganda, the Assembly of the African Union adopted Decision 297(XV), on 27.07.2010, to the same effect.

69. At its 16<sup>th</sup> ordinary session, held in Addis Ababa, Ethiopia, on 30-31.01.2011, the Assembly of the African Union adopted Decision 340

---

623. It also invited the partner countries and institutions to take part in the Donors Round Table, scheduled to be held in Dakar, Senegal.

(XVI), whereby it confirmed “the mandate given by the African Union (AU) to Senegal to try Hissène Habré”. Furthermore, it welcomed the conclusions of the Donors Round Table concerning the funding of Mr. Habré’s trial and called on Member States, all partner countries and relevant institutions to disburse the funds pledged at the Donors Round Table. Moreover, the Assembly requested the “Commission to undertake consultations with the Government of Senegal in order to finalize the modalities for the expeditious trial of Hissène Habré through a special tribunal with an international character”.

70. At its 17<sup>th</sup> ordinary session, held in Malabo, Equatorial Guinea, the Assembly of the African Union adopted Decision 371(XVII), on 01.07.2011, whereby it reiterated its decision (of January 2011) “confirming the mandate given to Senegal to try Hissène Habré on behalf of Africa”. The Assembly of the African Union urged Senegal

“to carry out its legal responsibility in accordance with the United Nations Convention against Torture, the decision of the United Nations (U.N.) Committee against Torture, as well as the said mandate to put Hissène Habré on trial expeditiously or extradite him to any other country willing to put him on trial”.

Next, at its 18<sup>th</sup> ordinary session, held in Addis Ababa, Ethiopia, on 29-30 January 2012, the Assembly of the African Union adopted Decision 401(XVIII), whereby it requested the “Commission to continue consultations with partner countries and institutions and the Republic of Senegal and subsequently with the Republic of Rwanda with a view to ensuring the expeditious trial of Hissène Habré and to consider the practical modalities as well as the legal and financial implications of the trial”.

71. As it can be apprehended from the aforementioned Decisions, the African Union has been giving attention to the *Hissène Habré* case on a consistent basis, since 2006. Although the African Union does not have adjudicatory powers, it has felt obliged to assist Senegal in the pursuit of its obligation to bring Mr. H. Habré to justice; it thus appears to give its own contribution, as an international organization, to the rule of law (at national and international levels) and to the corresponding struggle against impunity. One can note that, as time progressed, the language of the Decisions of the Assembly of the African Union has gradually strengthened.

72. This is evidenced, in particular, by the language utilized in its Decision 371(XVII), adopted on 01.07.2011, wherein the Assembly of the African Union reiterated its previous decision “confirming the mandate given to Senegal to try Hissène Habré on behalf of Africa”, and urged Senegal “to carry out its legal responsibility” in accordance with the U.N. Convention against Torture, the decision adopted by the U.N. Committee against Torture, as well as “the said *mandate to put Hissène Habré on trial expeditiously* or extradite him to any other country willing to put him on trial”<sup>624</sup>. The emphasis shifted from the collection of funds for the projected trial of Mr. H. Habré to the *urgency* of Senegal’s compliance with its duty of prosecution, in conformity with the relevant provisions of the U.N. Convention against Torture.

### **VIII. Urgency and the Needed Provisional Measures of Protection.**

73. In the period which followed the ICJ decision (Order of 28.05.2009) not to order provisional measures, Senegal’s pledge before the Court to keep Mr. H. Habré under house surveillance and not to allow him to leave Senegal pending its much-awaited trial seemed at times to have been overlooked, if not forgotten. First, concrete moves towards the trial were not made, amidst allegations of lack of full funding (which was secured on 24.11.2010). Next, in early July 2011, Senegal announced that Mr. H. Habré would be returned to Chad on 11.07.2011 (where he had been sentenced to death *in absentia* by a court for allegedly planning to overthrow the government).

74. In its Order of 28.05.2009, the ICJ had refrained from indicating the provisional measures of protection, given Senegal’s assurance that it would not permit Mr. H. Habré to leave the country before the ICJ had given its final decision on the case (para. 71 of the Order); the ICJ then found that there was not “any urgency” to order provisional measures in the present case (para. 73). Yet, on 08.07.2011, the then President of Senegal (Mr. A. Wade) wrote to the government of Chad and to the African Union to announce the imminent expulsion of Mr. H. Habré back to Chad, scheduled for 11.07.2011 (*supra*). On the eve of that date, Senegal officially retracted its decision, on 10.07.2011,

---

624. [Emphasis added].

given the international outcry that promptly followed, including from the U.N. High Commissioner for Human Rights<sup>625</sup>.

75. Had the return of Mr. H. Habré to Chad been effected by Senegal in such circumstances, it would have been carried out in breach of the principle of good faith (*bona fides*). The fact that it was seriously considered, and only cancelled in the last minute under public pressure, is sufficient reason for serious concern. There is one lesson to be extracted from all that has happened in the present case since the Court's unfortunate Order of 28.05.2009: I was quite right in casting a solitary and extensive Dissenting Opinion appended to it, sustaining the need for the ordering or indication of provisional measures of protection, given the *urgency* of the situation, and the possibility of irreparable harm (which were evident to me, already at that time).

76. A promise of a government (any government, of any State anywhere in the world) does not suffice to efface the urgency of a situation, particularly when fundamental rights of the human person (such as the right to the realization of justice) are at stake. The ordering of provisional measures of protection has the additional effect of dissuading a State not to incur into a breach of treaty. It thus serves the prevalence of the rule of law at international level. The present case leaves a lesson: the ordering of provisional measures of protection, guaranteeing the rule of law, may well dissuade governmental behaviour to avoid further incongruencies and not to incur into what might become additional breaches of international law.

77. In my extensive Dissenting Opinion appended to the Court's Order of 28.05.2009, I insisted on the issuance of provisional measures of protection, given the manifest urgency of the situation affecting the surviving victims of torture (or their close relatives) during the Habré regime in Chad (paras. 50-59), and the probability of irreparable damage ensuing from the breach of the right to the realization of justice (paras. 60-65). After all, the present case had been lodged with the Court under the U.N. Convention against Torture. Ever since, I have never seen any persuasive argument in support of the decision not to order provisional measures in the present case. All that has been said

---

625. HRW, "Habré Case: Questions and Answers on *Belgium versus Senegal*", [www.hrw.org/news](http://www.hrw.org/news), of 29.03.2012, p. 5.

so far evolves around an empty *petitio principii*: the Court's decision was the right one, as was taken by a large majority (the traditional argument of authority, the *Diktat*).

78. The fact is that majorities, however large they happen to be, at times also incur into mistakes, and this is why I am more inclined to abide by the authority of the argument, rather than *vice-versa*. My position is that the Court should have ordered the provisional measures of protection in its decision of 28.05.2009, having thus assumed the role of *guarantee* of the relevant norms of the U.N. Convention against Torture. It should have gone beyond the short-sighted inter-State outlook, so as to behold the fundamental rights of the human person that were (and are) at stake in the present case, under the U.N. Convention against Torture.

79. Unilateral acts of States - such as, *inter alia*, promise - were conceptualized in the traditional framework of the inter-State relations, so as to extract their legal effects, given the "decentralization" of the international legal order. Here, in the present case, we are in an entirely distinct context, that of *objective obligations* established under a normative Convention - one of the most important of the United Nations, in the domain of the international protection of human rights, embodying an absolute prohibition of *jus cogens*, - the U.N. Convention against Torture. In the ambit of these obligations, a pledge or promise made in the course of legal proceedings before the Court does not remove the prerequisites (of urgency and of probability of irreparable damage) for the indication of provisional measures by the Court.

80. This is what I strongly upheld in my aforementioned Dissenting Opinion of 28.05.2009 (para. 78), and what successive facts ever since leave as a lesson. When the prerequisites of provisional measures are present, - as they in my view already were in May 2009, as confirmed by the successive facts, - such measures are to be ordered by the Court, to the benefit of the subjects of rights to be preserved and protected (such as the right to the realization of justice). Accordingly, in my Dissenting Opinion I deemed it fit to ponder that:

"(...) A decision of the ICJ indicating provisional measures in the present case, as I herein sustain, would have set up a remarkable precedent in the long search for justice in the theory and practice of international law. After all,

this is the first case lodged with the ICJ on the basis of the 1984 U.N. Convention against Torture (...).

(...) [T]he prerequisites of urgency and the probability of irreparable harm were and remain in my view present in this case (...), requiring from it the indication of provisional measures. Moreover, there subsist, at this stage, - and without prejudice to the merits of the case, - uncertainties which surround the matter at issue before the Court, despite the amendment in February 2007 of the Senegalese Penal Code and Code of Criminal Procedure.

Examples are provided by the prolonged delays apparently due to the alleged high costs of holding the trial of Mr. H. Habré, added to pre-trial measures still to be taken, and the lack of definition of the time still to be consumed before that trial takes place (if it does at all). Despite all that, as the Court's majority did not find it necessary to indicate provisional measures, the Court can now only hope for the best.

This is all the more serious in the light of the nature of the aforementioned *obligations* of the States Parties to the U.N. Convention against Torture. (...)

This Court should in my view have remained seized of the matter at stake. It should not have relinquished its jurisdiction in the matter of provisional measures, on the ground of its reliance on what may have appeared the professed intentions of the parties, placing itself in a position more akin to that of a conciliator, if not an expectator. Had the Court done so, it would have assumed the role of the guarantor of the compliance, in the *cas d'espèce*, of the conventional obligations by the States Parties to the U.N. Convention against Torture in pursuance of the principle *aut dedere aut judicare*" (paras. 80, 82-84 and 88).

81. This point is not to pass unnoticed here. Fortunately, - for the sake of the realization of justice in the light of the integrity of the obligations enshrined into the U.N. Convention against Torture, - Mr. H. Habré did not escape from his house surveillance in Dakar, nor was he expelled from Senegal. The acknowledgment of the urgency of the situation was at last made by the ICJ: it underlies its

present Judgment on the merits of the case, which it has just adopted today, 20 July 2012, wherein it determined that Senegal has breached Articles 6(2) and 7(1) of the U.N. Convention against Torture, and is under the duty to take “without further delay” the necessary measures to submit the case against Mr. H. Habré to its competent authorities for the purpose of prosecution (para. 121 and resolutory point 6 of the *dispositif*).

## **IX. The Absolute Prohibition of Torture in the Realm of *Jus Cogens***

82. The victims’ everlasting ordeal in their quest for the realization of justice in the present case becomes even more regrettable if one bears in mind that the invocation of the relevant provisions of the U.N. Convention against Torture (Articles 5-7) in the present case takes place in connection with the absolute prohibition of torture, a prohibition which brings us into the domain of *jus cogens*. One would have thought that, in face of such an absolute prohibition, the *justiciables* would hardly face so many obstacles in their search for the realization of justice. This would be so in a world where justice prevailed, which is not ours. The time of human justice is not the time of human beings; ours is a world where one has to learn soon how to live with the surrounding irrationality, in order perhaps to live a bit longer.

### **1. The International Legal Regime against Torture**

83. Yet, despite of the difficulties arisen in the *cas d’espèce*, the truth is that there is today an international legal regime of absolute prohibition of all forms of torture, both physical and psychological, - a prohibition which falls under the domain of *jus cogens*. Such international legal regime has found judicial recognition; thus, in the case of *Cantoral Benavides versus Peru* (merits, Judgment of 18.08.2000), for example, the Inter-American Court of Human Rights (IACtHR) stated that

“a true international legal regime has been established of absolute prohibition of all forms of torture” (para. 103).

84. Such absolute prohibition of torture finds expression at both *normative* and *jurisprudential* levels. The basic principle of humanity, rooted in the human conscience, has arisen and stood against torture. In effect, in our times, the *jus cogens* prohibition of torture emanates

ultimately from the universal juridical conscience, and finds expression in the *corpus juris gentium*. Torture is thus clearly prohibited, as a grave violation of the International Law of Human Rights and of International Humanitarian Law, as well as of International Criminal Law. There is here a normative convergence to this effect; this is a definitive achievement of civilization, one that admits no regression.

85. In the domain of the International Law of Human Rights, the international legal regime of absolute prohibition of torture encompasses the United Nations Convention (of 1984, and its Protocol of 2002) and the Inter-American (1985) and European (1987) Conventions against torture, in addition to the Special *Rapporteur* against Torture (since 1985) of the former U.N. Human Rights Commission (HRC) and the Working Group on Arbitrary Detention (since 1991) also of the former HRC (which pays special attention to the *prevention* of torture)<sup>626</sup>. The three aforementioned co-existing Conventions to combat torture are basically complementary *ratione materiae*<sup>627</sup>. Moreover, in the domain of International Criminal Law, Article 7 of the 1998 Rome Statute of the International Criminal Court (ICC) includes the crime of torture within the ICC's jurisdiction. Torture is in fact prohibited in any circumstances.

86. As the IACtHR rightly warned, in its Judgments in the case of the *Gómez Paquiyauri Brothers versus Peru* (of 08.07.2004, paras. 111-112), as well as of *Tibi versus Ecuador* (of 07.09.2004, para. 143), and of *Baldeón García versus Peru* (of 06.04.2006, para. 117), the

“Prohibition of torture is complete and non-revocable, even under the most difficult circumstances, such as war, ‘the struggle against terrorism’ and any other crimes, states of siege or of emergency, of civil commotion or domestic conflict, suspension of constitutional guarantees, domestic political instability, or other public disasters or emergencies”.

The IACtHR was quite clear in asserting, e.g., in its Judgment in the case of *Maritza Urrutia versus Guatemala* (of 27.11.2003, para. 92), and reiterating in its Judgments in the cases of *Tibi versus Ecuador* (of

---

626. In addition to these mechanisms, there is the U.N. Voluntary Contributions Fund for Victims of Torture (since 1983).

627. Cf., in this regard, A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 345-352.

07.09.2004, para. 143), of the *Brothers Gómez Paquiyauri versus Peru* (of 08.07.2004, para. 112), and of *Baldeón García versus Peru* (of 06.04.2006, para. 117), that

“There exists an international legal regime of absolute prohibition of all forms of torture, both physical and psychological, a regime which belongs today to the domain of *jus cogens*”.

87. Likewise, in the case of *Caesar versus Trinidad and Tobago* (Judgment of 11.03.2005), the IACtHR found that the conditions of detention to which the complainant had been subjected (damaging his health - his physical, psychological and moral integrity) amount to an inhuman and degrading treatment, in breach of Article 5(1) and (2) of the American Convention on Human Rights, which “enshrines precepts of *jus cogens*” (para. 100). And later on, in the case of *Goiburú et al. versus Paraguay* (Judgment of 22.09.2006), the IACtHR reasserted the absolute prohibition of torture and enforced disappearance of persons, in the realm of *jus cogens*, and acknowledged the duty to fight impunity with regard to those grave violations (with the due investigation of the occurrences), so as to honour the memory of the victims and to guarantee the non-repetition of those facts (para. 93).

88. The IACtHR and the *ad hoc* International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTFY) are the two contemporary international tribunals which have most contributed so far to the jurisprudential construction of the absolute prohibition of torture, in the realm of *jus cogens*<sup>628</sup>. For its part, the ICTFY, in the same line of reasoning, held, in its Judgment (Trial Chamber, of 10.12.1998) in the *Furundzija* case, that torture is “prohibited by a peremptory norm of international law”, it is a prohibition of *jus cogens* (paras. 153 and 155). Likewise, in its Judgment (Trial Chamber, of 16.11.1998) in the *Delalic et al.* case, the ICTFY asserted that the prohibition of torture is of conventional and customary international law, and is a norm of *jus cogens* (paras. 453-454).

89. This view was reiterated by the ICTFY in its Judgment (Trial Chamber, of 22.02.2001) in the *Kunarac* case, wherein it stated that

---

628. Cf., recently, A.A. Cançado Trindade, “*Jus Cogens: The Determination and the Gradual Expansion of Its Material Content in Contemporary International Case-Law*”, in *XXXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano - 2008*, Washington D.C., General Secretariat of the OAS, 2009, pp. 3-29.

"Torture is prohibited under both conventional and customary international law and it is prohibited both in times of peace and during an armed conflict. The prohibition can be said to constitute a norm of *jus cogens*" (para. 466).

Other statements of the kind by the ICTFY, as to the *jus cogens* prohibition of torture, are found in its Judgment (Appeals Chamber, of 20.02.2001) in the *Delalic et al.* case (para. 172 n. 225), as well as in its Judgment (Trial Chamber, of 31.03.2003) in the *Naletilic et. al.* case, wherein it affirmed that

"Various judgments of the Tribunal have considered charges of torture as a grave breach of the Geneva Conventions of 1949, a violation of the laws and customs of war and as a crime against humanity. The *Celebici* Trial Judgment stated that the prohibition of torture is a norm of customary international law and *jus cogens*" (para. 336).

90. The *ad hoc* International Criminal Tribunal for Rwanda (ICTR), in turn, contributed to the normative convergence of International Human Rights Law and contemporary International Criminal Law as to the absolute prohibition of torture, in interpreting, in its decision (Chamber I) of 02.09.1998 in the case of *J.-P. Akayesu*, the term "torture" as set forth in Article 3(f) of its Statute, in accordance with the definition of torture set forth in Article 1(1) of the U.N. Convention against Torture, namely,

"any act by which severe pain or suffering, whether physical or mental, is intentionally inflicted on a person for such purposes as obtaining from him or a third person information or a confession, punishing him for an act that he or a third person has committed or is suspected of having committed, or intimidating or coercing him or a third person, or for any reason based on discrimination of any kind, when such pain or suffering is inflicted by or at the instigation of or with the consent or acquiescence of a public official or other person acting in an official capacity" (para. 681).

91. The European Court of Human Rights (ECtHR), for its part, has also pronounced on the matter at issue, to the same effect. Thus, in its Judgment (Grand Chamber) of 12.11.2008, on the *Demir and*

*Baykara versus Turkey* case, it held that the prohibition of torture has "attained the status of a peremptory norm of international law, or *jus cogens*", and added that this finding was "incorporated into its case-law in this sphere" (para. 73). In a broader context, of prohibition of inhuman and degrading treatment (encompassing mental suffering), the reasoning developed by the ECtHR in its Judgment of 02.03.2010, in the *Al-Saadoon and Mufdhi versus United Kingdom* case, leaves room to infer an acknowledgment of a normative hierarchy in international law, giving pride of place to the norms that safeguard the dignity of the human person.

92. The aforementioned development conducive to the current absolute (*jus cogens*) prohibition of torture has taken place with the awareness of the horror and the inhumanity of the practice of torture. Testimonies of victims of torture - as in the proceedings of contemporary international human rights tribunals - give account of that. Even before the present era, some historical testimonies did the same. One of such testimonies, - a penetrating one, - is that of Jean Améry, himself a victim of it. In his own words,

"(...) la torture est l'événement le plus effroyable qu'un homme puisse garder au fond de soi. (...) Celui qui a été torturé reste un torturé. La torture est marquée dans sa chair au fer rouge, même lorsque aucune trace cliniquement objective n'y est plus repérable. (...) [C]elui qui vient de réchapper de la torture et dont la douleur se calme (...) se sent gagné par une sorte de paix éphémère, propice à la réflexion. (...) Si ce qui reste de l'expérience de la torture peut jamais être autre chose qu'une impression de cauchemar, alors c'est un immense étonnement, et c'est aussi le sentiment d'être devenu étranger au monde, état profond qu'aucune forme de communication ultérieure avec les hommes ne pourra compenser. (...) Celui qui a été soumis à la torture est désormais incapable de se sentir chez soi dans le monde. L'outrage de l'anéantissement est indélébile. La confiance dans le monde qu'ébranle déjà le premier coup reçu et que la torture finit d'éteindre complètement est irrécupérable. (...) Celui qui a été martyrisé est livré sans défense à l'angoisse. C'est elle qui dorénavant le mènera à la baguette de son sceptre. Elle

- mais aussi ce qu'on appelle les ressentiments. Car ils demeurent (...)"<sup>629</sup>.

93. The present Judgment of the ICJ in the case concerning *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* contributes decisively to the consolidation of the international legal regime against torture. To this effect, the Court significantly states that

"In the Court's opinion, the prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (*jus cogens*). That prohibition is grounded on a widespread international practice and on the *opinio juris* of States. It appears in numerous international instruments of universal application (in particular the Universal Declaration of Human Rights of 1948, the 1949 Geneva Conventions for the protection of war victims, the International Covenant on Civil and Political Rights of 1966, General Assembly resolution 3452/30 of 9 December 1975 on the Protection of All Persons from Being Subjected to Torture and Other Cruel, Inhuman or Degrading Treatment or Punishment), and it has been introduced into the domestic law of almost all States; finally, acts of torture are regularly denounced within national and international fora" (para. 99).

94. One of the features of the present-day international legal regime against torture is the establishment of a mechanism of continuous monitoring of a *preventive* character. This is illustrated by the 2002 Optional Protocol of the 1984 U.N. Convention against Torture, as well

---

629. Jean Améry, *Par-delà le crime et le châtiment*, Arles, Babel/Actes Sud, 2005 [reed.], pp. 61, 83-84, 92 and 94-96. And cf. Jean Améry, *At the Mind's Limits*, Bloomington, Indiana Univ. Press, 1980 [reed.], pp. 22, 34 and 38-40: - "(...) torture is the most horrible event a human being can retain within himself. (...) Whoever was tortured, stays tortured. Torture is ineradicably burned into him, even when no clinically objective traces can be detected. (...) The person who has survived torture and whose pains are starting to subside (...) experiences an ephemeral peace that is conducive to thinking. (...) If from the experience of torture any knowledge at all remains that goes beyond the plain nightmarish, it is that of a great amazement and a foreignness in the world that cannot be compensated by any sort of subsequent human communication. (...) Whoever has succumbed to torture can no longer feel at home in the world. (...) The shame of destruction cannot be erased. Trust in the world, which already collapsed in part at the first blow, but in the end, under torture, fully will not be regained. (...) One who was martyred is a defenseless prisoner of fear. It is fear that henceforth reigns over him. Fear - and also what is called resentments. They remain (...)".

as the preventive inspections under the 1987 European Convention for the Prevention of Torture and Inhuman or Degrading Treatment or Punishment (Article 2). In this regard, I deemed it fit to point out, in my Concurring Opinion in the case of *Maritza Urrutia versus Guatemala* (IACtHR, Judgment of 27.11.2003), that such development has

“put an end to one of the remaining strongholds of State sovereignty, in permitting scrutiny of the *sancta sanctorum* of the State – its prisons and detention establishments, police stations, military prisons, detention centers for foreigners, psychiatric institutions, among others, - of its administrative practices and legislative measures, to determine their compatibility or not with the international standards of human rights. This has been achieved in the name of superior common values, consubstantiated in the prevalence of the fundamental rights inherent to the human person” (para. 11).

## **2. Fundamental Human Values Underlying that Prohibition**

95. Human conscience has awoken to the pressing need for decisively putting an end to the scourges of arbitrary detention and torture. The general principles of the law, and the fundamental human values underlying them, play a quite significant and crucial role here. Such fundamental values have counted on judicial recognition in our times. Thus, the ECtHR, for example, asserted, in the *Soering versus the United Kingdom* case (Judgment of 07.07.1989), that the absolute prohibition of torture (even in times of war and other national emergencies) expresses one of the “fundamental values of [contemporary] democratic societies” (para. 88). Subsequently, in the *Kalashnikov versus Russia* case (Judgment of 15.07.2002), the ECtHR stated that Article 3 of the European Convention on Human Rights

“enshrines one of the most fundamental values of democratic society. It prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the circumstances and the victim’s behaviour” (para. 95).

96. In the *Selmouni versus France* case (Judgment of 28.07.1999), the ECtHR categorically reiterated that Article 3 of the European Convention

“enshrines one of the most fundamental values of democratic societies. Even in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organized crime, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols nos. 1 and 4, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15(2) even in the event of a public emergency threatening the life of the nation (...)” (para. 95).

In that same Judgment, the European Court expressed its understanding that “the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights and fundamental liberties correspondingly and inevitably requires greater firmness in assessing breaches of the fundamental values of democratic societies” (para. 101)<sup>630</sup>.

97. Like the ECtHR, also the IACtHR singled out the fundamental human values underlying the absolute prohibition of torture. Thus, in the case of *Cantoral Benavides versus Peru* (merits, Judgment of 18.08.2000), pondered that certain acts which were formerly classified as inhuman or degrading treatment, should from now on be classified distinctly, as torture, given the “growing demands” for the protection of fundamental human rights (para. 99). This, in the understanding of the IACtHR, required a more vigorous response in facing “infractions to the basic values of democratic societies” (para. 99). In the *Cantoral Benavides* case, the IACtHR, with its reasoning, thus purported to address the consequences of the absolute prohibition of torture.

98. In effect, the practice of torture, in all its perversion, is not limited to the physical injuries inflicted on the victim; it seeks to annihilate the victim’s identity and integrity. It causes chronic psychological disturbances that continue indefinitely, making the victim unable to continue living normally as before. Expert opinions rendered before international tribunals consistently indicate that torture aggravates the victim’s vulnerability, causing nightmares, loss of trust in others,

---

630. In the *cas d'espèce*, the ECtHR found the respondent State responsible for the torture inflicted on Selmouni (paras. 105-106). - A similar line of reasoning can be found, e.g., in the Judgment (of 07.09.2004) of the IACtHR in the case of *Tibi versus Ecuador* (para. 143), wherein it likewise found the respondent State responsible for the torture inflicted on the victim (para. 165).

hypertension, and depression; a person tortured in prison or detention loses the spatial dimension and even that of time itself<sup>631</sup>.

99. As to the devastating consequences of the (prohibited) practice of torture, and the irreparable damage caused by it, I pondered, in my Separate Opinion in the case *Tibi versus Ecuador* (IACtHR, Judgment of 07.09.2004), that

"Furthermore, the practice of torture (whether to obtain a confession or information or to cause social fear) generates a disintegrating emotional burden that is transmitted to the next of kin of the victim, who in turn project it toward the persons they live with. The widespread practice of torture, even though it takes place within jails, ultimately contaminates all the social fabric. The practice of torture has sequels not only for its victims, but also for broad sectors of the social milieu affected by it. Torture generates psychosocial damage and, under certain circumstances, it can lead to actual social breakdown. (...) The practice of torture is a hellish threat to civilization itself. One of the infallible criteria of civilization is precisely the treatment given by public authorities of any country to detainees or incarcerated persons. F.M. Dostoyevsky warned about this in his aforementioned *Memoirs from the House of the Dead* (1862); for him, the degree of civilization attained by any social milieu can be assessed by entering its jails and detention centers<sup>632</sup>. Torture is an especially grave violation of human rights because, in its various forms, its ultimate objective is to annul the very identity and personality of the victim, undermining his or her physical or mental resistance; thus, it treats the victim as a "mere means" (in general to obtain a confession), flagrantly violating the basic principle of the dignity of the human person (which expresses the Kantian concept of the human being as an "end in himself"), degrading him, in a perverse and cruel manner<sup>633</sup>, and causing him truly irreparable damage" (paras. 22 and 24).

---

631. IACtHR, case *Tibi versus Ecuador* (Judgment of 07.09.2004), Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, para. 21.

632. Cf. F.M. Dostoyevski, *Souvenirs de la maison des morts* [1862], Paris, Gallimard, 1977 (reed.), pp. 35-416.

633. J.L. de la Cuesta Arzamendi, *El Delito de Tortura*, Barcelona, Bosch, 1990, pp. 27-28 and 70.

100. For its part, the ICTFY stated, in the aforementioned 1998 Judgment in the *Furundzija* case, that

“Clearly, the *jus cogens* nature of the prohibition against torture articulates the notion that the prohibition has now become one of the most fundamental standards of the international community. Furthermore, this prohibition is designed to produce a deterrent effect, in that it signals to all members of the international community and the individuals over whom they wield authority that the prohibition of torture is an absolute value from which nobody must deviate” (para. 154).

101. Another pertinent decision of the ICTFY disclosing the close attention it dispensed to fundamental human values is its Judgment (Trial Chamber II, of 17.10.2002) in the *Simic* case, wherein, in singling out the “substantial gravity” of torture, it pondered that

“(...) The right not to be subjected to torture is recognized in customary and conventional international law and as a norm of *jus cogens*. It cannot be tolerated. It is an absolute assault on the personal human dignity, security and mental being of the victims. As noted in *Krnojelac*, torture `constitutes one of the most serious attacks upon a person’s mental or physical integrity. The purpose and the seriousness of the attack upon the victim sets torture apart from other forms of mistreatment” (para. 34).

102. One decade ago, within the IACtHR, I upheld the view, which I reiterate herein, that *jus cogens* is not a closed juridical category, but rather one that evolves and expands<sup>634</sup>. An ineluctable consequence of the assertion and the very existence of *peremptory* norms of International Law is their not being limited to the conventional norms, to the law of treaties, and their encompassing every and any juridical act, and extending themselves to general international law. *Jus cogens* being, in my understanding, an open category, it expands itself in response to the necessity to protect the rights inherent to each human being in every and any situation. The absolute prohibition of the practices of torture, of forced disappearance of persons, and of summary and extra-legal

---

634. IACtHR, Advisory Opinion n. 18 (of 17.09.2003), on the *Juridical Condition and Rights of Undocumented Migrants*, Concurring Opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 65-73.

executions, leads us decidedly into the realm of the international *jus cogens*<sup>635</sup>. It is in the domain of international responsibility that *jus cogens* reveals its wide and profound dimension, encompassing all juridical acts (including the unilateral ones), and having an incidence - even beyond that - on the very *foundations* of a truly universal international law<sup>636</sup>.

103. Jurisprudence of distinct international tribunals is, thus, perfectly clear in stating the reaction of *ratione materiae* Law, regarding absolute prohibition of torture, in all its forms, under any and all circumstances, - a prohibition that, in our days, falls under international *jus cogens*, with all its juridical consequences for the States responsible. In rightly doing so, it has remained attentive to the underlying fundamental human values that have inspired and guided it. This is a development which cannot be overlooked, and is to continue, in our days.

## **X. Obligations *Erga Omnes Partes* under the U.N. Convention against Torture**

104. The CAT Convention sets forth the absolute prohibition of torture, belonging to the domain of *jus cogens* (*supra*). Obligations *erga omnes partes* ensue therefrom. Significantly, this has been expressly acknowledged by the two contending parties, Belgium and Senegal, in the proceedings before the Court. They have done so in response to a question I put to them, in the public sitting of the Court of 08.04.2009, at the earlier stage of provisional measures of protection in the *cas d'espèce*. The question I deemed it fit to put to both of them was as follows:

"Dans ces audiences publiques il y a eu des références expresses de la part de deux délégations aux droits des Etats ainsi qu'aux droits des individus. J'ai alors une question à poser aux deux Parties. Je la poserai en anglais pour maintenir l'équilibre linguistique de la Cour. La question est la suivante: - For the purposes of a proper understanding of the *rights* to be preserved (under Article 41 of the Statute of the Court), are there rights corresponding to the obligations set forth in Article 7, paragraph 1, in combination with Article 5, paragraph 2, of the 1984 United Nations Convention Against Torture and, if so, what are their *legal nature, content and effects*?

---

635. *Ibid.*, paras. 68-69.

636. *Ibid.*, para. 70.

Who are the *subjects* of those rights, States having nationals affected, or all States Parties to the aforementioned Convention? Whom are such rights opposable to, only the States concerned in a concrete case, or any State Party to the aforementioned Convention?"<sup>637</sup>.

105. In response to my question, Belgium began by recalling the obligation to prosecute or extradite, incumbent upon States Parties to the CAT Convention, under Articles 5(2) and 7(1), and pointing out that

"where there is an obligation of one State to other States, those States have a corresponding right to performance of that obligation"<sup>638</sup>.

The obligation set out in Articles 5(2) and 7(1) "gives rise to a correlative right" (of States Parties) to secure compliance with it<sup>639</sup>. This right, - Belgium proceeded, - has a "conventional character", being founded on a treaty, and "[t]he rule *pacta sunt servanda* applies in this respect"<sup>640</sup>.

106. Thus, - it went on, - all States Parties to the CAT Convention are entitled to seek ensuring compliance with the conventional obligations, - in accordance with the rule *pacta sunt servanda*, - undertaken by each State Party in relation to all other States Parties to the CAT Convention<sup>641</sup>. Belgium then added:

"In the case *Goiburú et al. versus Paraguay* [2006], the Inter-American Court of Human Rights observed that all the States Parties to the American Convention on Human Rights should collaborate in good faith in the obligation to extradite or prosecute the perpetrators of crimes relating to human rights; it is interesting to note that, in order to illustrate this obligation, the Court refers to the 1984 Convention (...):

'The Court therefore deems it pertinent to declare that the States Parties to the Convention should collaborate

---

637. ICJ, document CR 2009/11, of 08.04.2009, p. 25.

638. ICJ, *Response of Belgium to the Question Put by Judge Cançado Trindade at the End of the Public Sitting of 8 April 2009*, doc. BS 2009/15, of 15.04.2009, p. 2, paras. 4-5.

639. *Ibid.*, p. 2, para. 7.

640. *Ibid.*, p. 3, para. 8.

641. *Ibid.*, p. 3, para. 11.

with each other to eliminate the impunity of the violations committed in this case, by the prosecution and, if applicable, the punishment of those responsible. Furthermore, based on these principles, a State cannot grant direct or indirect protection to those accused of crimes against human rights by the undue application of legal mechanisms that jeopardize the pertinent international obligations. Consequently, the mechanisms of collective guarantee established in the American Convention, together with the regional and universal international obligations on this issue, bind the States of the region to collaborate in good faith in this respect, either by conceding extradition or prosecuting those responsible for the facts of this case on their territory' [3] <sup>642</sup>".

In sum, - as Belgium put it, - the rights set forth in the 1984 U.N. Convention against Torture "are therefore opposable to *all* the States Parties to that Convention" <sup>643</sup>.

107. For its part, Senegal began its response to my question by likewise recalling the obligation to prosecute or extradite under Articles 5(2) and 7(1) of the CAT Convention <sup>644</sup>, and added:

"The *nature* of the international obligation to prohibit torture has undergone a major change. From being a conventional obligation of relative effect, it has had an *erga omnes* effect attributed to it" <sup>645</sup>.

Senegal then expressly acknowledged "the existence of indivisible obligations *erga omnes*", as restated by the ICJ on a number of occasions from 1970 onwards <sup>646</sup>. Next, Senegal reckoned that States Parties to the CAT Convention have "the right to secure compliance with the obligation" set forth in Articles 5(2) and 7(1) <sup>647</sup>.

---

642. [3] Inter-American Court of Human Rights, Judgment of 22.09.2006, para. 132, and in particular note n. 87, which provides a full list of the relevant universal instruments, including the 1984 Convention; cf. also the Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 67-68.

643. ICJ, *Response of Belgium to the Question...*, op. cit. supra n. (81), p. 5, para. 14.

644. ICJ, *Response of Senegal to the Question Put by Judge Cançado Trindade at the End of the Public Sitting of 8 April 2009*, doc. BS 2009/16, of 15.04.2009, p. 1, para. 1.

645. *Ibid.*, p. 1, para. 2.

646. *Ibid.*, p. 2, paras. 3-4.

647. *Ibid.*, p. 2, paras. 5-6.

108. From the responses given by Belgium and Senegal to my question, it is clear that they both share a proper understanding of the *nature* of the obligations incumbent upon them under the CAT Convention. Such obligations grow in importance in face of the *gravity* of breaches (*infra*) of the absolute prohibition of torture. They conform the *collective guarantee* of the rights protected thereunder. If those breaches are followed by the perpetrators' impunity, this latter, instead of covering them up, adds further gravity to the wrongful situation: to the original breaches (the acts of torture), the subsequent victims' lack of access to justice (denial of justice) constitutes an additional violation of the protected rights. For years, within the IACtHR, I insisted on the jurisprudential construction of the material expansion of *jus cogens* and the corresponding obligations *erga omnes* of protection, in their two dimensions, the horizontal (*vis-à-vis* the international community as a whole) as well as the vertical (projection into the domestic law regulation of relations mainly between the individuals and the public power of the State)<sup>648</sup>; I now reiterate my position in the present case concerning *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, decided today by the ICJ.

## **XI. The Gravity of the Human Rights Violations and the Compelling Struggle against Impunity**

### **1. Human Cruelty at the Threshold of Gravity**

109. In effect, in addition to its horizontal expansion, *jus cogens* also projects itself on a vertical dimension, i.e., that of the interaction between the international and national legal systems in the current domain of protection (*supra*). The effect of *jus cogens*, on this second (vertical) dimension, is to invalidate any and all legislative, administrative or judicial measures that, under the States' domestic law, attempt to authorize or tolerate torture<sup>649</sup>. The absolute prohibition of torture, as a reaction of *ratione materiae* Law as here envisaged, in both the horizontal and the vertical dimensions, has implications regarding the

---

648. Cf., in this sense, IACtHR, case *La Cantuta versus Peru* (Judgment of 29.11.2006), Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 51 and 60.

649. Cf. E. de Wet, "The Prohibition of Torture as an International Norm of *Jus Cogens* and Its Implications for National and Customary Law", 15 *European Journal of International Law* (2004) pp. 98-99.

longstanding struggle against impunity and the award of reparations due to the victims.

110. As to the first (horizontal) dimension, in my understanding, the “*intérêt pour agir*” of States Parties to the CAT Convention grows in importance, in the light of the gravity of the breaches under that Convention. It would be a mistake to attempt to “bilateralize” contentious matters under the CAT Convention (like in traditional inter-State disputes), which propounds a distinct outlook of initiatives thereunder, to prevent torture and to struggle against it. Even in a wider horizon, this trend was already discernible in the years following the adoption of the CAT Convention in 1984.

111. Thus, in 1988, the Senegalese jurist Kéba Mbaye, in his thematic course at The Hague Academy of International Law, rightly observed that a State’s “*intérêt pour agir*” goes beyond a simple interest, in that it is a concept of procedural law. And, in the present stage of evolution of international law, it is widely reckoned that States can exercise their “*intérêt pour agir*” not only in pursuance of their own interests, but also of common and superior values, and, under some U.N. Conventions, in pursuance of shared fundamental values by means of an “objective control”<sup>650</sup>. This is what I refer to as the *collective guarantee* of human rights treaties, by the States Parties themselves. This is notably the case of the U.N. Convention against Torture; the “*intérêt pour agir*” thereunder is fully justified given the *gravity* of the breaches at issue, acts of torture in all its forms.

112. The cruelty of the systematic practice of torture cannot possibly be forgotten, neither by the victims and their next-of-kin, nor by their social *milieu* at large. In this connection, I have already reviewed the findings of the 1992 *Report* of the Chadian Commission of Inquiry<sup>651</sup>. The Truth Commission’s *Report* gives a sinister account of the methods of torture utilized during the Habré regime, with illustrations<sup>652</sup>, in addition to pictures of the mass graves<sup>653</sup>. The findings of the Chadian

---

650. Kéba Mbaye, “L’intérêt pour agir devant la Cour Internationale de Justice”, 209 *Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de La Haye* (1988) pp. 257 and 271.

651. Cf. section II, *supra*.

652. Cf. Ministère Tchadien de la Justice, *Les crimes et détournements de l’ex-Président Habré et de ses complices - Rapport de la Commission d’enquête nationale...*, op. cit. *supra*, n. (5), pp. 111-123, 137-146 and 148-149.

653. Cf. *ibid.*, pp. 150-154.

Truth Commission have been corroborated by humanitarian fact-finding by non-governmental organizations (NGOs). Although the *Association des Victimes de Crimes et Répressions Politiques au Tchad* (AVCRP) was established in N'Djamena on 12.12.1991, the files of the archives of the “political police” (the DDS) of the Habré regime were reported to have been discovered in N'Djaména only one decade later, in May 2001, by Human Rights Watch (HRW)<sup>654</sup>.

113. In another report, of the same year 2001, Amnesty International (A.I.) stated that, in addition to the information contained in the Chadian Truth Commission's Report (*supra*), most of the information in its own possession came from accounts of surviving victims of torture themselves, or from other detainees. According to such sources, the Chadian government of Hissène Habré

“applied a deliberate policy of terror in order to discourage opposition of any kind. Actual and suspected opponents and their families were victims of serious violations of their rights. Civilian populations were the victims of extrajudicial executions, committed in retaliation for armed opposition groups' actions on the basis of purely ethnic or geographical criteria. Thousands of people suspected of not supporting the government were arrested and held in secret by the DDS. Thousands of people died on DDS premises - killed by torture, by the inhuman conditions in which they were detained or by a lack of food or medical care”<sup>655</sup>.

114. The 2001 report by A.I. proceeded that, during the Hissène Habré regime in Chad,

“the practice of torture was, by all accounts, an ‘institutional practice’ used to extract confessions, to punish or to instil fear. (...) According to survivors, Hisssein Habré personally gave the order for certain people to be tortured. Other sources say that he was often present during torture sessions. (...) Political prisoners were interrogated as a rule

---

654. Cf. UNHCR, “African Union: Press Senegal on Habré Trial”, [www.unhcr.org/news](http://www.unhcr.org/news), of 28.01.2009, p. 1; HRW, *Chad: The Victims of Hissène Habré Still Awaiting Justice*, vol. 17, July 2005, n. 10(A), p. 5; and cf. S. Guengueng, *Prisonnier de Hissène Habré...*, *op. cit. infra* n. (102), pp. 135 and 153.

655. A.I., [Report:] *The Habré Legacy*, AI Index AFR-20/004/2001, of October 2001, p. 10, and cf. p. 26.

by members of the security service at DDS headquarters in N'Djaména. In some cases, they were interrogated and held at the presidential palace after being tortured. (...)

According to survivors, some of the most common forms of torture were electric shocks, near-asphyxia, cigarette burns and having gas squirted into the eyes. Sometimes, the torturers would place the exhaust pipe of a vehicle in their victim's mouth, then start the engine. Some detainees were placed in a room with decomposing bodies, others suspended by their hands or feet, others bound hand and foot. Two other common techniques consisted of gripping the victim's head between two small sticks joined by cords, which were twisted progressively (...). Some prisoners were subjected to particularly brutal beatings during their interrogation. (...)"<sup>656</sup>.

115. In a subsequent report, of 2006, A.I. added that many detainees were held at the prison of the *Camp des Martyrs*, not far from the so-called "*piscine*" (a former swimming pool that had been covered over with concrete and divided into several cells below ground level), wherein they were "subjected to torture". A form of torture that became sadly well-known as practiced in the Habré regime in Chad was the "*arbatachar*", which consisted of "choking the prisoner by tying his wrists to his ankles from behind"<sup>657</sup>, up to a point of stopping the blood circulation and causing paralysis<sup>658</sup>. Moreover, in the personal account of a surviving victim, - complainant before the U.N. Committee against Torture, - very recently published in 2012,

"La DDS prenait plaisir à créer des situations pour rendre les prisonniers malades ou pour provoquer l'épidémie comme la malaria, l'oedème pulmonaire, etc., afin de faire mourir très vite, et à la fois beaucoup de prisonniers.

Selon mes constats, pendant les deux ans et cinq mois que j'ai eu à vivre dans les quatre différentes prisons de la DDS, cette police politique avait tous les moyens de sauver la vie aux détenus. Comme leur mission était de

---

656. *Ibid.*, pp. 26-27.

657. A.I., [Report:] *Chad: Voices of Habré's Victims*, AI Index AFR-20/009/2006, of August 2006, p. 6.

658. Cf. Ministère Tchadien de la Justice, *Les crimes et détournements de l'ex-Président Habré et de ses complices - Rapport de la Commission d'enquête nationale...*, op. cit. supra, n. (5), p. 42; S. Guengueng, *Prisonnier de Hissène Habré...*, op. cit. infra n. (102), p. 121.

terroriser et d'exterminer le peuple tchadien, ils faisaient donc tout pour faire mourir les prisonniers.

(...) Les responsables et tout comme les agents de la DDS, n'éprouvaient aucun sentiment humanitaire vis-à-vis des détenus"<sup>659</sup>.

## **2. The Inadmissibility of Impunity of the Perpetrators**

116. It is in no way surprising that the reparations due to victims in cases of torture have revealed a dimension that is both individual and collective or social. Impunity worsens the psychological suffering inflicted both on the direct victim and on his or her next of kin and other persons with whom he or she lived. Actually, it causes new psychosocial damage. Covering up what happened, or handling with indifference the consequences of criminal acts, constitutes a new aggression against the victim and his or her next of kin, disqualifying their suffering. The practice of torture, aggravated by the impunity of the perpetrators, contaminates the whole social *milieu* wherein it took place.

117. As I deemed it fit to warn in the IACtHR, in my Separate Opinion in the case of the "*Street Children*" (*Villagrán Morales et al. versus Guatemala*, Reparations, Judgment of 26.05.2001),

"Human suffering has a dimension which is both personal and social. Thus, the damage caused to each human being, however humble he might be, affects the community itself as a whole. As the present case discloses, the victims are multiplied in the persons of the surviving close relatives, who, furthermore, are forced to live with the great pain inflicted by the silence, the indifference and the oblivion of the others" (para. 22).

118. The realization of justice is, therefore, extremely important for the rehabilitation of the victims of torture (as a form of reparation), since it attenuates their suffering, and that of their beloved ones, by recognizing what they have suffered. This is still an evolving matter, but the right of those victims to fair and adequate reparation is addressed today on the basis of recognition of the central role of the integrity

---

659. Souleymane Guengueng, *Prisonnier de Hissène Habré - L'expérience d'un survivant des geôles tchadiennes et sa quête de justice*, Paris, L'Harmattan, 2012, pp. 79-80.

of said victims, of the human person. Realization of justice, with due reparations, helps to reorganize human relations and restructure the psyche of victims. Realization of justice must take place from the standpoint of the integral nature of the personality of the victims. Reparations at least mitigate or soothe the suffering of the victims, in conveying to them the sense of the realization of justice.

119. Such reparations cannot be disrupted by undue invocations of State sovereignty or State immunity, as I have pointed out in two recent cases adjudicated by this Court<sup>660</sup>. Likewise, the struggle against impunity for grave violations of human rights and of International Humanitarian Law cannot be dismantled by undue invocations of State sovereignty or State immunity. The hope has been expressed of advances in this respect:

“(...) Progressivement, l'idée d'irresponsabilité, sous couvert de souveraineté ou d'immunité, recule, tout au moins pour une série d'actes atroces désormais qualifiés de ‘crimes internationaux’. Cela constitue une source d'espoir considérable pour tous les mouvements citoyens et de défense des droits humains, pour tous les oubliés de la Terre”<sup>661</sup>.

120. In the case *Bulacio versus Argentina* (Judgment of 18.09.2003), the IACtHR held as “inadmissible” any measure of domestic law intended to hinder the investigation and sanction of those responsible for violations of human rights (para. 116), thus leading to impunity. In my Separate Opinion in the case *Bulacio*, I pondered *inter alia* that

“*Reparatio* does not put an end to what occurred, to the violation of human rights. The wrong was already committed<sup>662</sup>; *reparatio* avoids the aggravation of its consequences (by the indifference of the social *milieu*, by

---

660. ICJ, case concerning the *Jurisdictional Immunities of States* (*Germany versus Italy, Greece intervening*; Judgment of 03.02.2012), Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 1-316; ICJ, case *A.S. Diallo* (*Guinea versus D.R. Congo, Reparations*, Judgment of 19.06.2012), Separate Opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 1-101.

661. L. Joinet (dir.), *Lutter contre l'impunité*, Paris, Éds. La Découverte, 2002, p. 125.

662. Human capacity to promote good and to commit evil has not ceased to attract the attention of human thinking throughout the centuries; cf. F. Alberoni, *Las Razones del Bien y del Mal*, Mexico, Gedisa Edit., 1988, pp. 9-196; A.-D. Sertillanges, *Le problème du mal*, Paris, Aubier, 1949, pp. 5-412.

the impunity, by the oblivion). (...) *Reparatio* disposes again, reestablishes order in the life of the surviving victims, but it cannot eliminate the pain that is already ineluctably incorporated into their daily existence. The loss is, from this angle, rigorously irreparable. (...) *Reparatio* is a reaction, in the realm of Law, to human cruelty, manifested in the most diverse forms: violence in dealing with fellow human beings, the impunity of those responsible on the part of the public power, the indifference and the oblivion of the social *milieu*. This reaction of the breached legal order (the *substratum* of which is precisely the observance of human rights) is ultimately moved by the spirit of human solidarity. This latter, in turn, teaches that the oblivion is inadmissible, by the absence it implies of any solidarity whatsoever of the living with their deceased. (...) Death has over centuries been linked to what is supposed to be the revelation of destiny, and it is especially in facing death that each person becomes aware of his or her individuality<sup>663</sup>. (...) The rejection of the indifference and the oblivion, and the guarantee of non-repetition of the violations, are manifestations of the links of solidarity between those victimized and potential victims, in the violent world, empty of values, wherein we live. It is, ultimately, an eloquent expression of the links of solidarity that unite the living to their deceased<sup>664</sup>. Or, more precisely, of the links of solidarity that unite the deceased to those who survive them (...)” (paras. 37-40).

121. As to the present case before this Court concerning *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite*, the facts speak for themselves. As I deemed it fit to warn in my earlier Dissenting Opinion in the Court’s Order of 28.05.2009 (not indicating provisional measures of protection) in the *cas d’espèce*,

“The several years of impunity following the pattern of systematic State-planified crimes, perpetrated - according to the Chadian Truth Commission - by State agents in

---

663. Ph. Ariès, *Morir en Occidente - desde la Edad Media hasta Nuestros Días*, Buenos Aires, A. Hidalgo Ed., 2000, pp. 87, 165, 199, 213, 217, 239 and 251.

664. On these links of solidarity, cf. my Separate Opinions in the case *Bámaca Velásquez versus Guatemala* (IACtHR, Judgments on the merits, of 25.11.2000, and on reparations, of 22.02.2002).

Chad in 1982-1990, render the situation, in my view, endowed with the elements of gravity and urgency (...). The passing of time with impunity renders the gravity of the situation even greater, and stresses more forcefully the urgency to make justice to prevail" (para. 60).

122. In the present Judgment on the merits in the case opposing Belgium to Senegal, the Court recalls the *ratio legis* of the CAT Convention. After recalling the sixth preambular paragraph of the CAT Convention<sup>665</sup>, the Court states that

"The States Parties to the Convention have a common interest to ensure, in view of their shared values, that acts of torture are prevented and that, if they occur, their authors do not enjoy impunity. The obligations of a State Party to conduct a preliminary inquiry into the facts and to submit the case to its competent authorities for prosecution are triggered by the presence of the alleged offender in its territory, regardless of the nationality of the offender or the victims, or of the place where the alleged offences occurred. All the other States Parties have a common interest in compliance with these obligations by the State in whose territory the alleged offender is present" (para. 68).

123. The Court here captures the *rationale* of the CAT Convention, with the latter's denationalization of protection, and assertion of the principle of universal jurisdiction. Yet, in doing so, the Court does not resist the temptation to quote itself, rescuing its own language of years or decades ago, such as the invocation of "legal interest" (in the *célèbre obiter dictum* in the *Barcelona Traction* case of 1970), or "common interest" (expressions used in the past in different contexts). In order to reflect in an entirely faithful way the *rationale* of the CAT Convention, the Court, in my understanding, should have gone a bit further: more than a "common interest", States Parties to the CAT Convention have a *common engagement* to give *effet utile* to the relevant provisions of the Convention; they have agreed to exercise its *collective guarantee*, in order to put an end to the impunity of the perpetrators of torture, so

---

665. Which expresses the desire "to make more effective the struggle against torture (...) throughout the world". Article 2(1) of the CAT Convention adds that "[e]ach State Party shall take effective legislative, administrative, judicial or other measures to prevent acts of torture in any territory under its jurisdiction".

as to rid the world of this heinous crime. *We are here in the domain of obligations, rather than interests.* These obligations emanate from the *jus cogens* prohibition of torture.

124. In sum, as to this particular point, the development, in recent years, - acknowledged also in expert writing, - leading to the formation and consolidation of a true international legal regime against torture (*cf. supra*), has contributed to the growing awareness as to the pressing need and the compelling duty to put an end to impunity. In effect, the response to the diversification of sources of human rights violations, and the struggle against the impunity of its perpetrators<sup>666</sup>, are challenges which call for the enhancement of the existing mechanisms of protection and the devising of new forms of protection. Impunity, besides being an evil which corrodes the trust in public institutions, remains an obstacle which international supervisory organs have not yet succeeded to overcome fully.

125. However, some of the Truth Commissions, established in recent years in certain countries, with distinct mandates and varying results of investigations, have constituted a positive initiative in the struggle against that evil<sup>667</sup>. Another positive initiative is represented

---

666. Cf. J.A. Carrillo Salcedo, *Dignidad frente a Barbarie - La Declaración Universal de Derechos Humanos Cincuenta Años Después*, Madrid, Ed. Trotta, 1999, pp. 105-145; N. Rodley, *The Treatment of Prisoners under International Law*, Paris/Oxford, UNESCO/Clarendon Press, 1987, pp. 17-143. Cf. also N. Roht-Arriaza (ed.), *Impunity and Human Rights in International Law and Practice*, Oxford, Oxford University Press, 1995, pp. 3-381; S.R. Ratner and J.S. Abrams, *Accountability for Human Rights Atrocities in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1997, pp. 3-303; Kai Ambos, *Impunidad y Derecho Penal Internacional*, Medellín, Found. K. Adenauer et alii, 1997, pp. 25-451; Y. Beigbeder, *International Justice against Impunity – Progress and New Challenges*, Leiden, Nijhoff, 2005, pp. 45-235; [Various Authors,] *Prosecuting International Crimes in Africa* (eds. C. Murungu and J. Biegong), Pretoria/South Africa, Pretoria University Law Press (PULP), 2011, pp. 1-330; N.S. Rodley, "Impunity and Human Rights", in *Reining in Impunity for International Crimes and Serious Violations of Fundamental Human Rights* (Proceedings of the Siracusa Conference, September 1998, ed. C.C. Joyner), Ramonville St.-Agne, Érès, 1998, pp. 71-78.

667. Cf., *inter alia*, [Various Authors,] "Humanitarian Debate: Truth and Reconciliation Commissions", 88 *International Review of the Red Cross* (2006) n. 862, pp. 225-373; P.B. Hayner, *Unspeakable Truths – Transitional Justice and the Challenge of Truth Commissions*, 2<sup>nd</sup> ed., N.Y./London, Routledge, 2011, pp. 1-337; A. Bisset, *Truth Commissions and Criminal Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2012, pp. 1-199; P.B. Hayner, "Fifteen Truth Commissions - 1974 to 1994: A Comparative Study", 16 *Human Rights Quarterly* (1994) pp. 598-634; [Various Authors,] *Truth Commissions: A Comparative Study*, 2<sup>nd</sup> ed., N.Y./London, Routledge, 2011, pp. 1-337.

by the recent endeavours, within the United Nations, towards the establishment of an international penal jurisdiction of permanent character; they have resulted in the creation (by the U.N. Security Council), in 1993 and 1994, of the two *ad hoc* international criminal tribunals, for ex-Yugoslavia and Rwanda, respectively, - followed by the adoption (by the U.N. Conference of Rome) of the 1998 Statute of the International Criminal Court (ICC), followed by the adoption of the first permanent international criminal jurisdiction. Attentions turn now to the evolving position of the individual victims before the ICC, opening up what appears to be a new chapter in the longstanding history of restorative justice<sup>668</sup>.

### **3. The Position of Chad against Impunity**

126. There is another element to be here taken into account: the records of the present case concerning *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* give account of Chad's position against impunity. References in this regard include: a) official pronouncements by Chad concerning the trial of Mr. H. Habré, in connection with the right of victims to the realization of justice and the need to fight against impunity<sup>669</sup>; b) Chad's decision to lift Mr. H. Habré's immunity in 1993, as confirmed in 2002<sup>670</sup>; c) claims that Chad joined in efforts to gather the financial resources for the trial of Mr. H. Habré in Senegal<sup>671</sup>; and d) Chad's recent statements in support of the extradition of Mr. H. Habré to Belgium<sup>672</sup>.

127. In this respect, Belgium refers, in its *Memorial*, to the fact that, in 1993, Chad had, in so far as it was necessary, "lifted the immunities

---

tive Assessment (Seminar of the Harvard Law School, of May 1996), Cambridge/Mass., Harvard Law School, 1997, pp. 16-81.

668. Cf. section XV, *infra*.

669. Cf. ICJ, document CR 2012/6, of 19.03.2012, p. 25, para. 43 (citing "Communiqué de presse du Ministère des affaires étrangères du Tchad", of 22.07.2011).

670. Cf. *Memorial of Belgium*, of 01.07.2010, p. 10, para. 1.29, and p. 57, para. 4.44, and Annex C.5; ICJ, document CR 2012/2, of 12.03.2012, p. 23, para. 21; and ICJ, document CR 2012/3, of 13.03.2012, p. 21, para. 41.

671. ICJ, document CR 2012/2, of 12.03.2012, pp. 47-48.

672. Given its view that a trial of Mr. H. Habré in Africa would seem difficult to realize; cf. ICJ, document CR 2012/6, of 19.03.2012, p. 25, para. 43 (citing "Communiqué de presse du Ministère des affaires étrangères du Tchad", of 22.07.2011).

which Mr. Habré may have sought to claim"<sup>673</sup>. In the same vein, Belgium submitted a letter addressed by the Minister of Justice of Chad to the Belgian *Juge d'instruction*, dated 07.10.2002, confirming the lifting of any immunity of Mr. H. Habré<sup>674</sup>. Furthermore, it stems from the records of the present case that Chad, among other States, reportedly agreed to assist financially Senegal in the trial of Mr. H. Habré<sup>675</sup>. Belgium claims, in this regard, that,

“despite the gestures of support of the European Union, the African Union and other States - including Belgium and Chad - in particular for the funding of the Hissène Habré trial in Senegal, the latter has not yet performed the obligations incumbent on it under international law in respect of the fight against impunity for the crimes concerned”<sup>676</sup>.

128. Moreover, as to Belgium’s request for extradition, and in light of Senegal’s failure to prosecute Mr. H. Habré so far, it also appears from the records of the present case that Chad does not oppose the extradition of Mr. H. Habré to Belgium<sup>677</sup>. In fact, on 22.07.2011, the Ministry of Foreign Affairs, African Integration and International Co-operation of Chad stated that:

“Despite the many national, continental and international initiatives, it appears increasingly unlikely that the former dictator will be tried under the circumstances preferred by the AU [the African Union]. Recent developments confirm this impression.

It seems more difficult than ever to fulfil the conditions, in particular the legal conditions, for the trial of Mr. Hissène Habré to be held on African soil.

In light of this situation, and given the victims’ legitimate right to justice and the principle of rejection of impunity enshrined in the Constitutive Act of the African Union, the Government of Chad requests that preference should

---

673. ICJ, *Memorial of Belgium*, of 01.07.2010, p. 10, para. 1.29.

674. Cf. *ibid.*, Annex C.5.

675. ICJ, document CR 2012/2, of 12.03.2012, p. 47, para. 20.

676. Cf. *ibid.*, p. 48, para. 21(3).

677. ICJ, document CR 2012/6, of 19.03.2012, pp. 24-25.

be given to the option of extraditing Mr. Habré to Belgium for trial. This option, which was explicitly considered among others by the African Union, is the most suitable under the circumstances"<sup>678</sup>.

129. In sum and conclusion, as it can be perceived from the aforementioned, the records of the present case demonstrate that Chad has been consistently supporting the imperative of the fight against impunity, in so far as the case of Mr. H. Habré is concerned. The records of the case make Chad's position clear, to the effect that Mr. H. Habré must be brought to justice, in Senegal or elsewhere<sup>679</sup>. Last but not least, the position of Chad is further confirmed by its statement before the U.N. Human Rights Committee, - the supervisory organ of the U.N. Covenant on Civil and Political Rights, - on the occasion of the consideration of Chad's initial report on measures undertaken to implement the provisions of the Covenant. In responding to questions put to it, the Delegation of Chad, stressing its commitment to the struggle against impunity, declared, on 17.07.2009, that

"sous le régime de Hissène Habré, rien n'a été fait pour rétablir l'état du droit, puisque c'était une dictature. (...) Toutefois, le gouvernement actuel veut faire avancer les choses, et surtout combattre l'impunité, à tous les niveaux (...). Lutter contre l'impunité politique est une entreprise de longue haleine, mais le Gouvernement travaille activement dans ce sens. Le Tchad demande haut et fort que Hissène Habré soit jugé, mais le Sénégal, à qui incombe cette tâche, invoque des difficultés financières. (...)"<sup>680</sup>.

#### **4. The Struggle against Impunity in the Law of the United Nations**

130. The final document of the II World Conference of Human Rights (Vienna, 1993), - of which I keep vivid memories<sup>681</sup>, - the Vienna

---

678. *Ibid.*, p. 25, para. 43.

679. Cf., e.g., ICJ, document CR 2012/6, of 19.03.2012, p. 25, para. 43.

680. U.N./Comité des Droits de l'Homme, 96ème. session - 2636e. séance (of 17.07.2009), document CCPR/C/SR.2636, of 25.09.2009, p. 5, paras. 15-16. And cf. also: U.N. Human Rights Committee, "Human Rights Committee Considers Report of Chad", [www.unog.ch/news](http://www.unog.ch/news), of 17.07.2009, p. 9.

681. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, 2nd. ed., vol. I, Porto Alegre/Brazil, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 1-640; A.A. Cançado

*Declaration and Programme of Action*, cared to include, in its part II, two paragraphs (60 and 91) on the compelling struggle against impunity (of perpetrators of torture), which read as follows:

“States should abrogate legislation leading to impunity for those responsible for grave violations of human rights such as torture, and prosecute such violations, thereby providing a firm basis for the rule of law. (...)

The [II] World Conference on Human Rights views with concern the issue of impunity of perpetrators of human rights violations, and supports the efforts of the Commission on Human Rights and the Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities to examine all aspects of the issue”.

131. In pursuance to the call of the 1993 World Conference of the United Nations, the [former] U.N. Commission on Human Rights, and its [former] Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, engaged themselves in producing, in 1997, a *Set of Principles for the Protection and Promotion of Human Rights through Action to Combat Impunity* (restated by the Commission in 2005)<sup>682</sup>. Later on, also in pursuance of the aforementioned call of the II World Conference on Human Rights, the [former] U.N. Commission on Human Rights adopted its resolution 2003/72, of 25.04.2003, wherein it deemed it fit to emphasize “the importance of combating impunity to the prevention of violations of international human rights and humanitarian law” as well as “the importance of taking all necessary and possible steps to hold accountable perpetrators, including their accomplices, of violations of international human rights and humanitarian law” (paras. 1-2). The

---

Trindade, “Memória da Conferência Mundial de Direitos Humanos (Viena, 1993)”, 87/90 *Boletim da Sociedade Brasileira de Direito Internacional* (1993-1994) pp. 9-57.

682. Cf. U.N. document E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, Annex II, of 02.10.1997, pp. 13-25; and cf. U.N./CHR, resolution 1998/53, of 17.04.1998. Cf., more recently, U.N./CHR, document E/CN.4/2005/102/Add.1, Annex, of 08.02.2005, pp. 5-19. And cf. also L. Joinet (*rapporteur*), *La Cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones de los Derechos Humanos (Derechos Civiles y Políticos) - Informe Final*, U.N./Commission on Human Rights, doc. E/CN.4/Sub.2/1997/20, of 26.06.1997, pp. 1-34; and, for the economic, social and cultural rights, cf. El Hadji Guissé (special *rapporteur*), *La Cuestión de la Impunidad de los Autores de Violaciones de los Derechos Humanos (Derechos Económicos, Sociales y Culturales) - Informe Final*, U.N./Commission on Human Rights, doc. E/CN.4/Sub.2/1997/8, of 23.06.1997, pp. 1-43.

resolution urged States to “give necessary attention” to the matter (para. 1), and recognized that

“crimes such as genocide, crimes against humanity, war crimes and torture are violations of international law, and (...) perpetrators of such crimes should be prosecuted or extradited by States (...)" (para. 10).

The resolution further urged “all States to take effective measures to implement their obligations to prosecute or extradite perpetrators of such crimes” (para. 10).

132. Moreover, the *dossier* of the present case before the Court contains other pertinent elements which cannot pass unnoticed herein. Belgium’s *Memorial*, for example, refers to numerous resolutions of the U.N. General Assembly and Security Council urging States to combat impunity in connection with grave violations of human rights<sup>683</sup>, - a point reiterated in its oral arguments<sup>684</sup>. The U.N. Human Rights Committee (supervisory organ of the U.N. Covenant on Civil and Political Rights), in its *general comment n. 31* (of 2004), asserted, in connection with violations of the Covenant rights, that

“States Parties must ensure that those responsible are brought to justice. As with failure to investigate, failure to bring to justice perpetrators of such violations could in and of itself give rise to a separate breach of the Covenant” (para. 18).

133. After singling out, as particularly grave violations, the crimes of torture, of summary and arbitrary executions, and enforced disappearances of persons, the Human Rights Committee warned that “the problem of impunity for these violations, a matter of sustained concern by the Committee, may well be an important contributing element in the recurrence of the violations” (para. 18). The Committee further warned as to the need “to avoid continuing violations” (para. 19), and drew attention to the “special vulnerability of certain categories” of victims (para. 15).

---

683. ICJ, *Memorial of Belgium*, of 01.07.2010, vol. I, pp. 63-66, paras. 4.69-4.70.

684. ICJ, document CR 2012/3, of 13.03.2012, pp. 24-26.

## **XII. Obligations under Customary International Law: A Precision as to the Court's Jurisdiction**

134. I turn now to another issue, dealt with in the present Judgment, in relation to which my reasoning is distinct from that of the Court. May I begin by recalling the fundamental human values underlying the absolute prohibition of torture, which I have already referred to (*cf. supra*). May I add, at this stage, that such prohibition is one of both *conventional* as well as *customary* international law. And it could not be otherwise, being a prohibition of *jus cogens*. In this sense, the 2005 study on *Customary International Humanitarian Law* undertaken by the International Committee of the Red Cross (ICRC) sustains that:

- “Torture, cruel or inhuman treatment and outrages upon personal dignity, in particular humiliating and degrading treatment, are prohibited” (Rule 90)<sup>685</sup>.

And it goes on to summarize, on the basis of an extensive research, that

“State practice establishes this rule as a norm of customary international law applicable in both international and non-international armed conflicts”<sup>686</sup>.

135. Likewise, in its *general comment n. 2* (of 2008), focused on the implementation by States Parties of Article 2 of the CAT Convention<sup>687</sup>, the U.N. Committee against Torture acknowledged the Convention’s absolute (*jus cogens*) prohibition of torture as being also one of customary international law. It ensues from the *jus cogens* character of this prohibition that States Parties are under the duty to remove any obstacles that impede the eradication of torture; they are bound to take “positive effective measures” to ensure that (para. 4), and “no exceptional circumstances whatsoever may be invoked” by them to attempt to justify acts of torture (para. 5). Stressing the CAT Convention’s “overarching aim of preventing torture and ill-treatment” (para. 11), *general comment n. 2* of the Committee against Torture further stated that each State

---

685. ICRC, *Customary International Humanitarian Law* - vol. I: *Rules*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 [reprint 2009], p. 315.

686. *Ibid.*, vol. I: *Rules*, p. 315, and cf. pp. 316-319; and cf. also ICRC, *Customary International Humanitarian Law* - vol. II: *Practice* - Part 1, Cambridge, Cambridge University Press, 2005, pp. 2106-2160.

687. U.N. document CAT/C/GC/2, of 24.01.2008, pp. 1-8, paras. 1-27.

Party “should prohibit, prevent and redress torture and ill-treatment in all contexts of custody or control” (para. 15), and then drew attention to the needed protection for individuals and groups made vulnerable by discrimination or marginalization (paras. 20-24).

136. Having voted in favour of the conclusions reached by the Court in the present Judgment in the case concerning *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Belgium versus Senegal), I feel, however, obliged to lay down in the present Separate Opinion my understanding, distinct from the Court’s reasoning, corresponding to operative paragraph (2) of the *dispositif* of the present Judgment. May I, at first, recall that, in the *cas d’espèce*, Belgium requested the Court to declare that Senegal has breached an obligation under customary international law for its failure to bring criminal proceedings against Mr. H. Habré concerning core international crimes<sup>688</sup>. In this respect, the Court concludes, in paragraph 55, that

“at the time of the filing of the Application, the dispute between the Parties did not relate to breaches of obligations under customary international law and that it thus has no jurisdiction to decide on Belgium’s claims related thereto”.

137. The Court then goes on to consider whether it has jurisdiction on the basis of Article 30(1) of the Convention against Torture (CAT Convention). In operative paragraph (2) of the *dispositif*, the Court finds that “it has no jurisdiction” to entertain Belgium’s claims relating to Senegal’s “alleged breaches” of “obligations under customary international law”. It is important to be clear as to why the Court has not entertained, in the present case, Belgium’s claim that Senegal breached certain obligations under customary international law.

138. The Court first proceeded to determine, on the basis of the facts of the *cas d’espèce*, whether there was a dispute between the contending parties concerning Senegal’s alleged violations of customary international law obligations. The question as to whether there is a dispute between the parties concerning the corresponding obligations under customary international law turns on factual considerations. The question pertains to whether, on the basis of the factual framework of the present case, a dispute existed between the

---

688. Cf. *Memorial of Belgium*, of 01.07.2010, p. 83, Submission 1(b); *Final Submissions of Belgium*, of 19.03.2012, Submission 1(b).

parties, at the time of the filing of the application, concerning Senegal's obligation under customary international law to take action with regard to core international crimes<sup>689</sup>.

139. As the Court notes in paragraph 45 of the present Judgment, "the existence of a dispute is a condition of its jurisdiction under both bases of jurisdiction invoked by Belgium". It has long been established that "a dispute is a disagreement on a point of law or fact, a conflict of legal views or of interests between two persons"<sup>690</sup>. In this context, the Court's *jurisprudence constante*, as recalled in the present Judgment, is to the effect that the Court's determination of the existence of a dispute "must turn on an examination of the facts" (para. 46)<sup>691</sup>.

140. In the present case, the Court considered the facts, as they were presented to it, in order to decide whether there was a dispute between the contending parties concerning the claims that Senegal had breached obligations under customary international law. The Court found that the diplomatic exchanges between the parties, prior to Belgium's institution of the present proceedings, disclosed that Belgium did not refer to Senegal's alleged obligations under customary international law to take action against Mr. H. Habré for core international crimes. It followed that there could not have existed a disagreement (or a difference of opinion) between the parties, as to Senegal's alleged obligations under customary international law in relation to the prosecution of Mr. H. Habré for the commission of core international crimes, at the time when Belgium filed the application.

141. It is clear that, in the present case, the Court's determination of whether there was a dispute on this question, rested on purely factual considerations of the case at issue. This is, in my view, *distinct from an examination by the Court of whether there is a legal basis of jurisdiction over claims of alleged breaches of customary international law obligations*. The Court's consideration of Belgium's claim that Senegal allegedly

---

689. Its determination is based upon the consideration of the circumstances of the present case (and particularly on the fact that, in the diplomatic correspondence between the parties, Belgium did not refer to its claim that Senegal has an obligation under customary international law to prosecute those accused of the perpetration of core international crimes).

690. PCIJ, *Mavrommatis Palestine Concessions* case, Judgment n. 2, Series A, 1924, p. 11.

691. The Court considers whether there is a dispute by examining, *inter alia*, the position of the contending parties (including their exchanges), as disclosed in the records of the case.

breached obligations under customary international law, as well as its conclusion thereon, stand in stark contrast to its examination of whether it has jurisdiction under the terms of Article 30(1) of the CAT Convention. As to the latter, the Court considers the *legal* conditions pursuant to Article 30(1) of the Convention in order to assess whether there is a *legal basis of jurisdiction* according to the terms of that provision.

142. Contrastingly, with regard to the claim of alleged breaches of customary international law obligations, the Court's analysis hinges on *factual* considerations of the present case (cf. para. 55). In my perception, paragraph 55 and operative paragraph (2) of the *dispositif* of the present Judgment are not to be understood as meaning that the Court lacks jurisdiction to entertain claims of breaches of a State's alleged obligations under customary international law (e.g., to prosecute perpetrators of core international crimes, such as raised in this case). As in the circumstances of the *cas d'espèce* the dispute between the Parties - at the time of the filing of the application - did not include claims of alleged breaches by Senegal of obligations under customary international law, the Court improperly stated that it did not have jurisdiction to dwell upon those alleged breaches.

143. The Court, in my view, did not express itself well. The proper understanding of paragraph 55, in combination with operative paragraph (2) of the *dispositif* of the present Judgment, is, in my understanding, that the determination that the facts of the present case do not disclose a dispute between the parties as to Senegal's alleged breach of obligations under customary international law, is not the same as the finding that the Court presumably does not have jurisdiction to entertain the claims of alleged breaches of obligations under customary international law.

144. What the Court really wished to say, in my perception, is that *there was no material object for the exercise of its jurisdiction* in respect of obligations under customary international law, rather than a lack of its own jurisdiction *per se*<sup>692</sup>. The finding that, in the circumstances of the present case, a dispute did not exist between the contending parties as to the matter at issue, *does not necessarily mean that, as a matter of law, the*

---

692. As already pointed out, the Court's finding concerning Belgium's claim that Senegal breached certain obligations under customary international law is based on the specific factual background of the present case, and particularly on the fact that Belgium did not refer, in its diplomatic correspondence or otherwise, to such obligations.

*Court would automatically lack jurisdiction*, to be exercised in relation to the determination of the existence of a dispute concerning breaches of alleged obligations under customary international law.

### **XIII. A Recurring Issue: The Time of Human Justice and the Time of Human Beings**

#### **1. As Unfortunate *Décalage* to Be Bridged**

145. Already in my earlier Dissenting Opinion in the Court's Order of 28.05.2009 (not indicating provisional measures of protection) in the present case concerning *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or Extradite* (Belgium versus Senegal), I deemed it fit to address the *décalage* to be bridged between the brief time of human beings (*vita brevis*) and the often prolonged time of human justice (paras. 46-64). I stressed the crucial importance of the incidence of the time element, - to the effect of avoiding undue delays, - for the realization of justice in the present case (paras. 74-84). In this respect, in that Dissenting Opinion I deemed it fit to warn that

"(...) As to the obligations corresponding to that right to be preserved, the segment *aut judicare* of the enunciation of the principle of universal jurisdiction, *aut dedere aut judicare*, forbids undue delays in the realization of justice. Such undue delays bring about an irreparable damage to those who seek justice in vain; furthermore, they frustrate and obstruct the fulfillment of the object and purpose of the U.N. Convention against Torture, to the point of conforming a breach of this latter<sup>693</sup>.

(...) It is the gravity of human rights violations, of the crimes perpetrated, that admits no prolonged extension in time of the impunity of the perpetrators, so as to honour the memory of the fatal victims and to bring relief to the surviving ones and their relatives. In my understanding, even more significant than retribution is the judicial recognition of human suffering<sup>694</sup>, and only the realization

---

693. Cf., to this effect, A. Boulesbaa, *The U.N. Convention on Torture and the Prospects for Enforcement*, The Hague, Nijhoff, 1999, p. 227.

694. The right to be herein preserved, the right to justice, is inextricably linked to [non-pecuniary] reparation.

of justice can alleviate the suffering of the victims caused by the irreparable damage of torture.

(...) [W]ith the persistence of impunity in the present case concerning *Questions Relating to the Obligation to Prosecute or to Extradite*, the passing of time will continue hurting people, much more than it normally does, in particular those victimized by the absence of human justice. The time of this latter is not the time of human beings.

(...) This is all the more serious in the light of the nature of the aforementioned obligations of the States Parties to the U.N. Convention against Torture. (...)" (paras. 63, 75, 77 and 84).

146. The often prolonged delays in the operation of human justice seem to disclose an indifference to the brevity of human existence, to the time of human beings. But this is not the only means whereby the administration of human justice, in its handling of the time factor, seems to operate against the expectation of justice on the part of human beings. One example is found in the undue invocation of non-retroactivity in relation to continuing wrongful situations of obstruction of access to justice extending themselves in time (cf. *infra*). Another example is afforded by the undue invocation of prescription in situations of the kind. Whether we look forth, or else back in time, we are faced with injustice in the handling of the time factor, making abstraction of the gravity of the breaches of Law, to the detriment of victimized human beings.

147. In the present case concerning Mr. H. Habré, prescription has already been duly discarded by the 2006 *Report* of the A.U. Committee of Eminent African Jurists (para. 14). And, in my view, the invocation is likewise to be discarded in the present case, for the reasons that I lay down in section XIV, *infra*, of the present Separate Opinion. One cannot lose sight of the fact that those who claim to have been victimized by the reported atrocities of the Habré regime in Chad (1982-1990) have been waiting for justice for over two decades, and it would add further injustice to them to prolong further their ordeal by raising new obstacles to be surmounted<sup>695</sup>. One has to bridge the

---

695. HRW, *The Trial of Hissène Habré: Time is Running Out for the Victims*, vol. 19, January 2007, n. 2, pp. 1, 14 and 19.

unfortunate *décalage* between the time of human justice and the time of human beings.

148. The time factor cannot be handled in a way that leads to injustice. Certain conceptions, which took shape a long time ago in a historical context entirely distinct from the one with which we are confronted in the present case, cannot be mechanically applied herein. It should, moreover, be kept in mind that the passing of time does not heal the profound scars in human dignity inflicted by torture. Such scars can even be transmitted from one generation to another. Victims of such a grave breach of their inherent rights (as torture), who furthermore have no access to justice (*lato sensu*, i.e., no realization of justice), are victims also of a *continuing violation* (denial of justice), to be taken into account as a whole, - without the imposition of time-limits decharacterizing the continuing breach<sup>696</sup>, - until that violation ceases.

149. The passing of time cannot lead to subsequent impunity either; oblivion cannot be imposed, even less so in face of such a grave breach of human rights and of International Humanitarian Law as torture. The imperative of the preservation of the integrity of human dignity stands well above pleas of non-retroactivity and/or prescription. It is high time to bridge the unfortunate *décalage* between the time of human justice and the time of human beings. Articles 5(2), 6(2) and 7(1) – interrelated as they are – of the CAT Convention forbid undue delays; if, despite the requirements contained therein, undue delays occur, there are breaches of those provisions of the CAT Convention. This is clearly what has happened in the present case, in so far as Articles 6(2) and 7(1) of the CAT Convention are concerned, as rightly upheld by this Court<sup>697</sup>.

150. It has already been pointed out that, in its decision of 19.05.2006 in the *S. Guengueng et alii versus Senegal* case, the U.N. Committee against Torture found that the “reasonable time-frame” for the State concerned to take the necessary measures, in pursuance of the principle of universal jurisdiction, under Article 5(2) of the CAT Convention, had been, already by then, “considerably exceeded”.

---

696. On the notion of “continuing situation” in international legal thinking, cf. ICJ, case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany *versus* Italy, Counter-Claim, Order of 06.07.2010), Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 55-94.

697. Operative paragraphs (4) and (5) of the *dispositif* of the present Judgment.

With such a prolonged delay, the same applied in respect of Article 6(2) of the CAT Convention, which expressly determines that the State Party concerned “shall immediately<sup>698</sup> make a preliminary inquiry into the facts”. This has not been done to date. And the same also applies to the measure, - submission of the case to the competent authorities for the purpose of prosecution, - also in pursuance of the principle of universal jurisdiction, under Article 7(1) of the CAT Convention. This has not been done to date either.

151. Although the breach of Article 5(2) ceased in 2007, with the adoption by Senegal of legislative reforms to bring its domestic law into conformity with Article 5(2) of the CAT Convention, the other continuing breaches of Articles 6(2) and 7(1) of the CAT Convention persist to date. These provisions of the CAT Convention are meant, - as I perceive them, - *to bridge the unfortunate gap between the time of human justice and the time of human beings*, by purporting to avoid, and not to allow, undue delays. Non-compliance with such provisions, as in the present case so far, perpetuates the unfortunate gap between the time of human justice and the time of human beings.

152. This is even more regrettable, bearing in mind that everyone lives within time, - the existential time of each one. The irreversible passing of time not only leaves its marks in the aging body, but also marks its flow in one’s conscience. Each person is ineluctably linked more to her own existential time (which cannot be changed) than to the space where she lives (which can be changed). Each person lives inevitably within her own time, *conscious* that it will come to an end. If one’s life-time is marked by injustice and impunity, one is left with the impression, after the occurrence of all the atrocities, that nothing seems to have happened at all<sup>699</sup>.

153. To live within time can thus at times be particularly painful, the more one is conscious of the brevity of one’s lifetime. Even if nothing wrongful had happened, to live within one’s time, and to accept the effect of its implacable passing upon oneself, up to the end of one’s existence, is already difficult. To feel the existential time pass with injustice prevailing, and surrounded by indifference, is all the

---

698. [Emphasis added].

699. Cf. Jean Améry, *Levantar la Mano sobre Uno Mismo - Discurso sobre la Muerte Voluntaria* [Hand an sich legen - Diskurs über den Freitod, 1976], Valencia, Pre-Textos, 2005 (reed.), pp. 67, 91-92 and 143.

more painful; the passing of time in such circumstances is on the verge of becoming truly unbearable. Prolonged and definitive injustice may lead - and not seldom has led - victims of grave violations of human rights into despair. The graver the violation, the greater the likelihood of this to happen. Impunity is an additional violation of human rights.

## **2. Making Time Work Pro Victima**

154. In the domain of the International Law of Human Rights, which is essentially victim-oriented, the time factor is to be made to operate *pro victima*. As to the principle *aut dedere aut judicare* set forth in Article 7(1), it has already been indicated that *aut judicare* is ineluctably associated with the requirement of absence of undue delays. For its part, extradition, largely dependent upon the existence of treaties and the interpretation given to them in the circumstances of each case, is bound to remain largely discretionary. What comes promptly into the fore in the *cas d'espèce* is the requirement of expeditious inquiry into the facts for the purpose of prosecution, - a duty incumbent upon States Parties to the CAT Convention. The duty of prosecution is further singled out by the requirement, under Article 4 of the CAT Convention, of criminalization of all acts of torture under domestic law, taking into account "their grave nature". Extradition comes into the picture only in case of the absence of prosecution.

155. In this connection, the recent Judgment (of 2010) of the Court of Justice of the Economic Community of West African States (ECOWAS Court of Justice), cannot be seen as an obstacle to Senegal's compliance with its obligations under Article 7 of the CAT Convention. In fact, it can at first be argued, as Belgium does<sup>700</sup>, that Senegal has been in non-compliance with its obligations under the CAT Convention (such as those under Article 7) for years, well before the Judgment of the ECOWAS Court was delivered in 2010<sup>701</sup>. In this connection, I find

---

700. ICJ, document CR 2012/3, of 13.03.2012, p. 17.

701. Thus, from the start it does not seem reasonable to rely on this recent ECOWAS Judgment to attempt to justify that continuing non-compliance, largely predating the latter Judgment. Moreover, Senegal's continuing non-compliance with the obligation *aut dedere aut judicare*, enshrined in Article 7 of the CAT Convention, has created a situation whereby Mr. H. Habré has been in house surveillance for an extended period of time, - according to the pleadings of the Parties since 2000; cf. ICJ, document CR 2012/4, of 15.03.2012, p. 21, para. 7. Cf. also ICJ, *Counter-Memorial of Senegal*, p. 3. - It may thus be argued that the delay in prosecuting (or extraditing) him, while

Senegal's reiterated contentions (in its *Counter-Memorial*<sup>702</sup> and oral arguments<sup>703</sup>) of alleged difficulties ensuing from the Judgment of the ECOWAS Court of Justice of 2010 unpersuasive. They do not - cannot - bear an impact on compliance with its obligations under the CAT Convention.

156. Likewise, they cannot be invoked in a way that generates further delays in the realization of justice. A supervening decision of an international tribunal (the ECOWAS Court of Justice) cannot encroach upon the current exercise of the judicial function of another international tribunal (the ICJ), performing its duty to pronounce on the interpretation and application of the CAT Convention, - one of the "core Conventions" of the United Nations in the domain of human rights, - in order to make sure that justice is done. As the ICJ rightly stated in the present Judgment,

"The Court considers that Senegal's duty to comply with its obligations under the Convention cannot be affected by the decision of the ECOWAS Court of Justice" (para. 111).

157. It is my view that coexisting international tribunals perform a *common mission* of imparting justice, of contributing to the common goal of the *realization of justice*. The decision of any international tribunal is to be properly regarded as contributing to that goal, and not as disseminating discord<sup>704</sup>. There is here a convergence, rather than

---

still keeping him under house surveillance (amounting to a preventive detention), is contrary to his right to be tried without undue delay; furthermore, at present this calls into question whether Senegal has truly intended so far to prosecute Mr. H. Habré. In addition, arguments as to the question of non-retroactivity seem hardly convincing; for criticisms, cf., e.g., V. Spiga, "Non-Retroactivity of Criminal Law: A New Chapter in the Hissène Habré Saga", 9 *Journal of International Criminal Justice* (2011) pp. 5-23; A.D. Olinga, "Les droits de l'homme peuvent-ils soustraire un ex-dictateur à la justice? L'affaire Hissène Habré devant la Cour de Justice de la CEDEAO", 22 *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2011) n. 87, pp. 735-746; K. Neldjingaye, "The Trial of Hissène Habré in Senegal and Its Contribution to International Criminal Law", in *Prosecuting International Crimes in Africa* (eds. C. Murungu and J. Biegou), Pretoria/South Africa, Pretoria University Law Press (PULP), 2011, pp. 185-196.

702. ICJ, *Counter-Memorial* of Senegal, vol. I, paras. 67-70, 77, 85, 115-119, 176 and 241.  
703. ICJ, document CR 2012/4, of 15.03.2012, paras. 22, 42-43, 47, 51-53, 55-56, 58-59, 65, 69 and 71; ICJ, document CR 2012/5, of 16.03.2012, paras. 12.22, 16.16-18 and 20-21, and 27.11-12; ICJ, document CR 2012/7, of 21.03.2012, paras. 14.26, 17.8 and 24.25-26.

704. Accordingly, it should not pass unnoticed, in this connection, that Mr. H. Habré has been in custody (under house surveillance) for some years (ICJ, document CR

a divergence, of the *corpus juris* of the International Law of Human Rights and International Criminal Law, for the correct interpretation and application by international tribunals.

#### **XIV. The Time Factor: A Rebuttal of a Regressive Interpretation of the Convention against Torture**

158. Paragraph 99 of the present Judgment, wherein the ICJ expressly acknowledges that “the prohibition of torture is part of customary international law and it has become a peremptory norm (*jus cogens*)”, is in my view one of the most significant passages of the present Judgment. My satisfaction would have been greater if the Court dwelt further upon it, and developed its reasoning on this particular issue, as it could and should, thus fostering the progressive development of international law. The Court, however, promptly turned around in the following paragraph, and started treading on troubled waters, embarking - to my regret - on a regressive interpretation of the relevant provision (Article 7(1)) of the CAT Convention.

159. In any case, up to now, the Court has not shown much familiarity with, nor strong disposition to, elaborate on *jus cogens*; it has taken more than six decades for it to acknowledge its existence *tout court*, in spite of its being one of the central features of contemporary international law. In effect, immediately after identifying the manifestation of *jus cogens* in the customary international law prohibition of torture (para. 99), the Court has indulged into a consideration, *sponte sua*, of non-retroactivity of treaty provisions. The

---

2012/5, of 16.03.2012, p. 21). The submission of the case for purpose of prosecution without undue delay would thus avoid what amounts to a preventive detention for an excessively prolonged period of time, without trial; A. Boulesbaa, *The U.N. Convention on Torture...*, *op. cit. supra* n. (136), p. 225, and cf. pp. 226-227, on the question of pre-trial detention and its impact on the rights of the accused. In the present case, the undue delay in submitting the case to prosecution has thus also caused unreasonable delay in Mr. H. Habré's preventive detention, and that is contrary to basic postulates proper to the International Law of Human Rights; cf., e.g., Article 14(3) of the U.N. Covenant on Civil and Political Rights, providing for the right “to be tried without undue delay”. - Moreover, the principle *aut dedere aut judicare* (in particular the obligation *aut judicare*), set forth in Article 7(1) of the CAT Convention, forbids undue delays, which would militate against the object and purpose of the Convention; cf., to this effect, J.H. Burgers and H. Danelius, *The United Nations Convention against Torture*, Dordrecht, Nijhoff, 1988, p. 137, and cf. also n. (136), *supra*.

Court has done so (paras. 100 to 104) adding an unnecessary - if not contradictory - element of confusion to its own reasoning.

160. It has done so, *sponte sua*, without having been asked to pronounce itself on this point, - alien to the CAT Convention, - neither by Belgium nor by Senegal. It has done so despite the fact that the CAT Convention, unlike other treaties, does not provide for, nor contains, any temporal limitation or express indication on non-retroactivity. It did so by picking out one older decision (of 1989) of the U.N. Committee against Torture that suited its argument, and at the same time overlooking or not properly valuing more recent decisions of the Committee *a contrario sensu*, wherein the Committee overruled its previous decision relied upon by the Court in its reasoning.

161. The Court has referred approvingly to (para. 101) an earlier decision of the Committee against Torture (of 23.11.1989) in the case *O.R. et al. versus Argentina*, whereby the Committee found that the CAT Convention did not apply to acts of torture allegedly committed before the entry into force of the Convention in Argentina<sup>705</sup>. Yet, the Committee has, ever since, adopted a different approach, as illustrated in two subsequent cases. Thus, in 2003, in the case of *Bouabdallah Ltaief versus Tunisia*, the Committee considered allegations of acts of torture allegedly committed in 1987, notwithstanding the fact that the Convention entered into force for Tunisia in 1988<sup>706</sup>. In other words, the Committee did not distinguish between acts allegedly committed before the entry into force of the CAT Convention for Tunisia and those allegedly perpetrated thereafter.

162. Similarly, more recently, in 2006, in the case of *Suleymane Guengueng et al. versus Senegal*<sup>707</sup>, - which pertains to a similar factual background as the present case before this Court, - the Committee again did not make any distinction between the facts that are reported to have taken place *before* the entry into force of the Convention for

---

705. CAT, case *O.R. et al. versus Argentina*, communications ns. 1/1988, 2/1988 and 3/1988, Decision of 23.11.1989, para. 7.3, *Official Records of the General Assembly*, 45th Session, Supplement n. 44 (doc. A/45/44), Annex V, p. 108, paras. 7.2-7.4 and 8.

706. CAT, case *Bouabdallah Ltaief versus Tunisia*, communication n. 189/2001, Decision of 14.11.2003, *Official Records of the General Assembly*, 59th Session, Supplement n. 44 (doc. A/59/44), Annex VII, p. 207, paras. 1.2, 2.1 and 10.1-10.9.

707. CAT, case *Suleymane Guengueng et al. versus Senegal*, communication n. 181/2001, U.N. Convention against Torture - doc. C/36/D/181/2001, Decision of 19.05.2006). And cf. section III, *supra*.

Senegal and those alleged to have occurred *afterwards*. Thus, it can be considered that the more recent approach of the Committee, as illustrated by these two decisions of 2003 and of 2006, has been to apply the CAT Convention without distinguishing between acts alleged to have occurred *before* the Convention entered into force for the respondent State, and those alleged to have occurred *thereafter*.

163. The fact is that the more recent decisions of the Committee against Torture provide no support to the reasoning of the Court on this particular point. Moreover, the Court has overlooked, or not valued properly, the responses given by the contending parties to a question put to them from the bench, in a public sitting of the Court. In its response, Belgium recalled the object and purpose of the CAT Convention and the two more recent cases decided by the Committee against Torture (in the *B. Ltaief* and the *S. Guengueng* cases, *supra*), and contended, as to the procedural obligations under Article 7 of the CAT Convention, that

"There is nothing unusual in applying such procedural obligations to crimes that occurred before the procedural provisions came into effect. There is nothing in the text of the Convention, or in the rules of treaty interpretation, that would require that Article 7 not apply to alleged offenders who are present in the territory of a State Party after the entry into force of the Convention for that State, simply because the offences took place before that date. Such an interpretation would run counter to the object and purpose of the Convention. (...) [T]he procedural obligations owed by Senegal are not conditioned *ratione temporis* by the date of the alleged acts of torture. (...) That does not involve a retroactive application of the Convention to the omissions of Senegal. All these omissions took place after both States, Belgium and Senegal, became Parties to the Convention and became mutually bound by the procedural obligations contained therein"<sup>708</sup>.

164. Likewise, in its response, Senegal, much to its credit, acknowledged the importance of the obligations, "binding on all

---

708. ICJ, *Questions Put to the Parties by Members of the Court at the Close of the Public Hearing Held on 16 March 2012: Compilation of the Oral and Written Replies and the Written Comments on Those Replies*, doc. BS-2012/39, of 17.04.2012, pp. 50-52, paras. 49 and 52.

States”, pertaining to the “punishment of serious crimes under International Humanitarian Law”, such as those in breach of the prohibition of torture. Turning to the procedural obligations under Article 7(1) of the CAT Convention, Senegal added that

“it does not deny that the obligation provided for in the Convention can be applied to the offences allegedly committed before 26 June 1987, when the Convention entered into force for Senegal”<sup>709</sup>.

165. The Court, notwithstanding, has proceeded to impose a temporal limitation *contra legem* to the obligation to prosecute under Article 7(1) of the CAT Convention (para. 100, *in fine*). There were other points overlooked by the Court in this respect. For example, it has not taken into account that occurrences of systematic practice of torture conform *continuing situations* in breach of the CAT Convention<sup>710</sup>, to be considered as a whole, without temporal limitations decharacterizing it, until they cease. Nor has it taken into account the distinct approaches of domestic criminal law and contemporary international criminal law, with regard to pleas of non-retroactivity.

166. And nor has the Court taken into account that such pleas of non-retroactivity become a moot question wherever the crimes of torture had already been prohibited by customary international law (as in the present case) at the time of their repeated or systematic commission. Ultimately, - and summing up, - the Court has pursued, on this particular issue, a characteristic voluntarist reasoning, focused on the will of States within the confines of the strict and static inter-State dimension. But it so happens that the CAT Convention (the applicable law in the *cas d'espèce*) is rather focused on the victimized human beings, who stand in need of protection. It is further concerned to guarantee the non-repetition of crimes of torture, and to that end it enhances the struggle against impunity. Human conscience stands above the will of States.

---

709. *Ibid.*, p. 52.

710. On the notion of *continuing situation* in international legal thinking, cf. ICJ, case concerning the *Jurisdictional Immunities of the State* (Germany versus Italy; counter-claim), Order of 06.07.2010, Dissenting Opinion of Judge Cançado Trindade, paras. 60-94.

167. The Court has pursued a negative or self-restricted approach to its jurisdiction. In respect of Article 5(2) of the CAT Convention, what does not exist here is the *object* of a dispute over which to exercise its jurisdiction; the Court, in my understanding, remains endowed with jurisdiction, with its authority or aptitude to say what the Law is (to do justice), to pronounce on the CAT Convention, and to determine, *inter alia*, that the dispute concerning Article 5(2) has ceased, but it will nevertheless take into account - as it has done (cf. para. 48) - its *effects* in relation to its determination of the breaches by the respondent State of Articles 6(2) and 7(1) of the CAT Convention. The three aforementioned provisions of the CAT Convention are ineluctably interrelated. By the same token, the Court retains its jurisdiction to pronounce upon the corresponding customary international law prohibition of torture. This is a point which requires clarification.

168. Accordingly, it would seem inconsistent with the object and purpose of the CAT Convention if alleged perpetrators of torture could escape its application when found in a State in respect of which the Convention entered into force only *after* the alleged criminal acts occurred (as a result of the temporal limitation which the Court regrettably beheld in Article 7(1)). Worse still, although the present Judgment rightly recognizes that the prohibition of torture has attained the status of *jus cogens* norm (para. 99), it promptly afterwards fails to draw the necessary consequences of its own finding, in unduly limiting the temporal scope of application of the CAT Convention. The Court has insisted on overlooking or ignoring the persistence of a *continuing situation* in breach of *jus cogens*.

## **XV. A New Chapter in Restorative Justice?**

169. This brings me to my remaining line of considerations in the present Separate Opinion. In our days, there is a growing awareness of, and a growing attention shifted to, the sufferings of victims of grave breaches of the rights inherent to them, as well as to the corresponding duty to provide reparation to them. This has become, in our days, a legitimate concern of the international community, envisaging the individual victims as members of humankind as a whole. The International Law of Human Rights has much contributed to this growing consciousness. And contemporary International Criminal

Law also draws further attention to the duty to provide reparation for those sufferings in the quest for the realization of justice.

170. Much has been written on restorative justice, and it is not my intention to review the distinct trends of opinion on the matter within the confines of the present Separate Opinion. Yet, the issue cannot pass unnoticed here, and there is in my view one point to be made. In historical perspective, there are traces of restorative justice in the presence, from ancient to modern legal and cultural traditions, of the provision of compensation due to victims of wrongful acts, attentive to their rehabilitation but also to avoid reprisals or private revenge. As administration of justice was gradually brought under centralized State control (during the Middle Ages), there was a gradual shift from the provision of compensation into retributive justice, a tendency which came to prevail in the XVIIIth century, with the multiplication of criminal law codes, turning attention to the punishment of offenders rather than the redress to individual victims<sup>711</sup>.

171. By then, restorative justice may have faded, but did not vanish. By the mid-XXth century (from the sixties onwards), with the emergence of victimology<sup>712</sup>, restorative justice began again to attract greater attention and to gain in importance. Throughout the second half of the XXth century, the considerable evolution of the *corpus juris* of the International Law of Human Rights, being essentially *victim-oriented*, fostered the new stream of restorative justice, attentive to the needed rehabilitation of the victims (of torture). Its unprecedented projection nowadays into the domain of international criminal justice - in cases of core international crimes - makes us wonder whether we would be in face of the conformation of a new chapter in restorative justice.

172. If so, given the gravity of those core international crimes such as the one of torture, one would likely be facing, nowadays, a coexistence of elements proper to both restorative and retributive justice, in reaction to particularly grave and systematic violations of their rights suffered by the victims. The realization of justice appears, after all, as a form of reparation itself, rehabilitating - to the extent possible - victims (of torture). May I just point out that I do not conceive restorative justice as

---

711. I. Bottiglieri, *Redress for Victims of Crimes under International Law*, Leiden, Nijhoff, 2004, pp. 13-24, and cf. pp. 25, 27 and 35-38.

712. Cf. IACtHR, case *Tibi versus Ecuador* (Judgment of 07.09.2004), Separate Opinion of Judge A.A. Cançado Trindade, paras. 16-17.

necessarily linked to reconciliation; this latter can hardly be imposed upon victims of torture, it can only come spontaneously from them<sup>713</sup>, and each of them has a unique psyche, reacting differently from others. There is no room here for generalizations. I consider restorative justice as necessarily centred on the rehabilitation of the victims of torture, so as to render it possible to them to find bearable to keep on relating with fellow human beings, and, ultimately, to keep on living in this world.

173. Restorative justice grows in importance in cases of grave and systematic violations of human rights, of the integrity of human beings, such as the abominable practice of torture. Reparation to the victims naturally envisages their rehabilitation. The [former] U.N. Commission on Human Rights itself recognized, in its resolution 2003/72 (of 25.04.2003), that, for the victims of grave violations of human rights, “public knowledge of their suffering and the truth about the perpetrators” (including their accomplices) of those violations, are “essential steps” towards their rehabilitation (para. 8).

174. It should be kept in mind that the restorative nature of redress to victims is nowadays acknowledged in the domain not only of the International Law of Human Rights, but also of contemporary International Criminal Law (the Rome Statute of the ICC). Yet, the matter at issue is susceptible of further development, bearing in mind the vulnerability of the victims and the gravity of the harm they suffered. In so far as the present case before this Court is concerned, the central position is that of the human person, the victimized one, rather than of the State.

## **XVI. Epilogue: Concluding Reflections**

175. The factual background of the present case discloses a considerable total of victims, - according to the fact-finding already undertaken, - among those murdered, or arbitrarily detained and tortured, during the Habré regime in Chad (1982-1990). The absolute prohibition of torture being one of *jus cogens*, - as reckoned by the ICJ itself in the present Judgment, - the obligations under a “core human rights Convention” of the United Nations such as the Convention

---

713. A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Belo Horizonte/Brazil, Edit. Del Rey, 2011, Annex II: “Responsabilidad, Perdón y Justicia como Manifestaciones de la Consciencia Jurídica Universal”, pp. 267-288.

against Torture are not simple obligations of means or conduct: they are, in my understanding, obligations necessarily of result, as we are here in the domain of peremptory norms of international law, of *jus cogens*, generating obligations *erga omnes partes* under the Convention against Torture.

176. To the original *grave* violations of human rights, there follows an additional violation: the *continuing situation* of the alleged victims' lack of access to justice and the impunity of the perpetrators of torture (and their accomplices). This wrongful continuing situation is in breach of the U.N. Convention against Torture as well as of the customary international law prohibition of torture. I dare to nourish the hope that the present Judgment of the ICJ, establishing violations of Articles 6(2) and 7(1) of the Convention against Torture, and asserting the duty of prosecution thereunder, will contribute to bridge the unfortunate gap between the time of human justice and the time of human beings. It is about time that this should happen. Time is to be made to work *pro persona humana, pro victima*.

177. In this second decade of the XXIst century, - after a far too long a history, - the principle of universal jurisdiction, as set forth in the CAT Convention (Articles 5(2) and 7(1)), appears nourished by the ideal of a universal justice, without limits in time (past or future) or in space (being transfrontier). Furthermore, it transcends the inter-State dimension, as it purports to safeguard not the interests of individual States, but rather the fundamental values shared by the international community as a whole. There is nothing extraordinary in this, if we keep in mind that, in historical perspective, international law itself precedes the inter-State dimension, and even the States themselves. What stands above all is the imperative of universal justice. This is in line with jusnaturalist thinking<sup>714</sup>. The contemporary understanding of the principle of universal jurisdiction discloses a new, wider horizon.

---

714. On the influence of natural law doctrines, cf., *inter alia*, e.g., M. Henzelin, *Le principe de l'universalité en droit pénal international - Droit et obligation pour les États de poursuivre et juger selon de principe de l'universalité*, Bâle/Genève/Munich/Bruxelles, Helbing & Lichtenhahn/Faculté de Droit de Genève/Bruylant, 2000, pp. 81-119, 349-350 and 450.

178. In it, we can behold the universalist international law, the new universal *jus gentium* of our times<sup>715</sup>, - mindful of the *totus orbis* of Francisco de Vitoria and the *societas generis humani* of Hugo Grotius. *Jus cogens* marks its presence therein, in the absolute prohibition of torture. It is imperative to prosecute and judge cases of international crimes - like torture - that shock the conscience of mankind. Torture is, after all, reckoned in our times as a grave breach of International Human Rights Law and International Humanitarian Law, prohibited by conventional and customary international law; when systematically practiced, it is a crime against humanity. This transcends the old paradigm of State sovereignty: individual victims are kept in mind as belonging to humankind; this latter reacts, shocked by the perversity and inhumanity of torture.

179. The advent of the International Law of Human Rights has fostered the expansion of international legal personality and responsibility, and the evolution of the domain of reparations (in their distinct forms) due to the victims of human rights violations. I have addressed this significant development - which I refer to herein - in my recent Separate Opinion (paras. 1-118) appended to the Court's Advisory Opinion on *Judgment n. 2867 of the Administrative Tribunal of the International Labour Organization upon a Complaint Filed against the International Fund for Agricultural Development* (of 01.02.2012). This development has a direct bearing on reparations due to victims of torture.

180. Here, the suffering and the needs of those victims are to be kept in mind. Rehabilitation of victims plays an important role here, bringing to the fore a renewed vision of restorative justice. In effect, restorative justice, with its ancient roots (going back in time for some millennia, and having manifested itself in earlier legal and cultural traditions around the world), seems to have reflorescent again in our times. This is due, in my perception, to the recognition that: a) a crime such as torture, systematically practiced, has profound effects not only on the victims and their next-of-kin, but also on the social *milieu* concerned; b) punishment of the perpetrators cannot be dissociated from rehabilitation of the victims; c) it becomes of the

---

715. Cf. A.A. Cançado Trindade, "International Law for Humankind: Towards a New *Jus Gentium* - General Course on Public International Law - Part I", 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (2005) pp. 432-439.

utmost importance to seek to heal the damage done to the victims; d) in the hierarchy of values, making good the harm done stands above punishment alone; and e) the central place in the juridical process is occupied by the victim, the human person, rather than by the State (with its monopoly of sanction).

181. We look here beyond the traditional inter-State outlook, ascribing a central position to the individual victims, rather than to their States. Had the inter-State dimension not been surmounted, not much development would have taken place in the present domain. The struggle against impunity is accompanied by the endeavours towards the rehabilitation of the victims. The realization of justice, with the judicial recognition of the sufferings of the victims, is a form of the reparation due to them. This is imperative, we have here moved from *jus dispositivum* to *jus cogens*.

182. Identified with general principles of law enshrining common and superior values shared by the international community as a whole, *jus cogens* ascribes an ethical content to the new *jus gentium*, the International Law for humankind. In prohibiting torture in any circumstances whatsoever, *jus cogens* exists indeed to the benefit of human beings, and ultimately of humankind. Torture is absolutely prohibited in all its forms, whichever misleading and deleterious neologisms are invented and resorted to, to attempt to circumvent this prohibition.

183. In the aforementioned move from *jus dispositivum* to *jus cogens*, this absolute prohibition knows no limits in time or space: it contains no temporal limitations (being a prohibition also of customary international law), and it ensues from a peremptory norm of a *universalist* international law. *Jus cogens* flourished and asserted itself, and has had its material content expanded, due to the awakening of the universal juridical conscience, and the firm support it has received from a lucid trend of international legal thinking. This latter has promptly discarded the limitations and shortsightedness (in space and time) of legal positivism, and has further dismissed the myopia and fallacy of so-called “realism”.

184. Last but not least, the emancipation of the individual from his own State is, in my understanding, the greatest legacy of the consolidation of the International Law of Human Rights - and indeed of international legal thinking - in the second half of the XXth century,

*Antônio Augusto Cançado Trindade*

amounting to a true and reassuring juridical revolution. Contemporary International Criminal Law takes that emancipation into account, focusing attention on the individuals (victimizers and their victims). Not only individual rights, but also the corresponding State duties (of protection, investigation, prosecution, sanction and reparation) emanate directly from international law. Of capital importance here are the *prima principia* (the general principles of law), amongst which the principles of humanity, and of respect for the inherent dignity of the human person. This latter is recalled by the U.N. Convention against Torture<sup>716</sup>. An ethical content is thus rescued and at last ascribed to the *jus gentium* of our times.

---

716. Second preambular paragraph.

## **ANEXO II**

### **LIVROS DO MESMO AUTOR**

- *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 1-486 (1a. edição, esgotada); volume I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 1-640 (2a. edição);
- *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume II, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 1-440 (esgotado);
- *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, volume III, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 2003, pp. 1-663;
- *Developments in the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, em 2 volumes, 15 capítulos, 1.728 páginas (circ. interna): Tese premiada com o Yorke Prize, concedido pela Faculdade de Direito da Universidade de Cambridge, Inglaterra, como a melhor das teses de Ph.D. defendidas naquela Universidade na área do Direito Internacional no biênio 1977-1978;
- *The Application of the Rule of Exhaustion of Local Remedies in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press (Série “Cambridge Studies in International and Comparative Law”), 1983, pp. 1-445 (livro baseado na tese de Ph.D. do Autor, esgotado);
- *O Esgotamento de Recursos Internos no Direito Internacional*, 1a. ed., Brasília, Edit. Universidade Brasília, 1984, pp. 1-285 (esgotada); 2a. edição atualizada, Brasília, Editora Universidade de Brasília, 1997, pp. 1-327;
- *Princípios do Direito Internacional Contemporâneo*, 1a. ed., Brasília, Ed. Universidade de Brasília, 1981, pp. 1-268 (esgotado);
- *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, 1a. ed., Leiden/The Hague, Nijhoff/The Hague Academy of International Law (Monograph Series n. 6), 2010, pp. 1-726; 2<sup>nd</sup>. rev. ed., 2013, pp. 1-726;
- *Co-Existence and Co-Ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights (At Global and Regional Levels)*, The Hague/Dordrecht, M. Nijhoff, 1987, pp. 1-435 (vol. 202 do “Recueil des Cours de l’Académie de Droit International de Haye”);



- *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium - General Course on Public International Law - Part I*, 316 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) pp. 31-439;
- *International Law for Humankind: Towards a New Jus Gentium - General Course on Public International Law - Part II*, 317 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de la Haye* (2005) pp. 19-312;
- *A Humanização do Direito Internacional*, Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2006, pp. 3- 409;
- *Derecho Internacional de los Derechos Humanos - Esencia y Trascendencia (Votos en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1991-2006)*, 1a. edição México, Edit. Porrúa/Universidad Iberoamericana, 2007, pp. 1-1055 (1a. edição, esgotada);
- *Évolution du Droit international au droit des gens – L'accès des particuliers à la justice internationale: le regard d'un juge*, Paris, Pédone, 2008, pp. 1-187;
- *The Access of Individuals to International Justice* [2007 General Course at the Academy of European Law in Florence], Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1-236;
- *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 3<sup>a</sup>. edição, Belo Horizonte/Brasil, Edit. Del Rey, 2013, pp. 1-409;
- *El Derecho de Acceso a la Justicia en Su Amplia Dimensión*, 2<sup>a</sup>. edição, Santiago de Chile, Ed. Librotecnia, 2012, pp. 79-574;
- *El Principio Básico de Igualdad y No-Discriminación: Construcción Jurisprudencial*, 1<sup>a</sup>. edição, Santiago de Chile, Ed. Librotecnia, 2013, pp. 39-748;
- *Le Droit international pour la personne humaine*, Paris, Pédone, 2012, pp. 45-368;
- *Direito das Organizações Internacionais*, Brasília, Escopo Ed., 1990, pp. 1-521 (esgotada); 2a. edição, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2002, pp. 1-795 (esgotada); 3a. edição, Belo Horizonte, Ed. Del Rey, 2003, pp. 1-990 (esgotada); 4a. ed., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2009, pp. 1-814 (esgotada); 5<sup>a</sup>. ed., Belo Horizonte, Edit. Del Rey, 2012, pp. 1-838;
- *O Direito Internacional em um Mundo em Transformação*, Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2002, pp. 1-1163;

- *El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Siglo XXI*, 2<sup>a</sup>. ed., Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006, pp. 9-559;
- *The Access of Individuals to International Justice* [2007 General Course at the Academy of European Law in Florence], Oxford, Oxford University Press, 2011, pp. 1-235;
- *Los Tribunales Internacionales Contemporáneos y la Humanización del Derecho Internacional*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2013, pp. 7-185;
- *Os Tribunais Internacionais Contemporâneos*, Brasília, FUNAG, 2013, pp. 7-132;
- *La Protección de la Persona Humana frente a los Crímenes Internacionales y la Invocación Indebida de Inmunidades Estatales*, Fortaleza, IBDH/IIDH/SLADI, 2013, pp. 5-305;
- *El Acceso Directo del Individuo a los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2001, pp. 9-104;
- *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1961-1981)*, Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão/Ministério das Relações Exteriores, 1984, pp. 1-353 (1a. edição esgotada); 2<sup>a</sup>. edição, Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão/Ministério das Relações Exteriores, 2012, pp. 1-424;
- *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1941-1960)*, Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão/Ministério das Relações Exteriores, 1984, pp. 1-365 (1a. edição esgotada); 2<sup>a</sup>. edição, Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão/Ministério das Relações Exteriores, 2012, pp. 1-444;
- *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1919-1940)*, Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão/Ministério das Relações Exteriores, 1984, pp. 1-278 (1a. edição esgotada); 2<sup>a</sup>. edição, Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão/Ministério das Relações Exteriores, 2012, pp. 1-388;
- *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1899-1918)*, Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão/Ministério das Relações Exteriores, 1986, pp. 1-518 (1a. edição esgotada); 2<sup>a</sup>. edição, Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão/Ministério das Relações Exteriores, 2012, pp. 1-587;

- *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Período 1889-1898)*, Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão/Ministério das Relações Exteriores, 1988, pp. 1-271 (1a. edição esgotada); 2ª. edição, Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão/Ministério das Relações Exteriores, 2012, pp. 1-302;
- *Repertório da Prática Brasileira do Direito Internacional Público (Índice Geral Analítico)*, Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão/Ministério das Relações Exteriores, 1987, pp. 1- 237 (1a. edição esgotada); 2ª. edição, Brasília, Fundação Alexandre de Gusmão/Ministério das Relações Exteriores, 2012, pp. 1-284;
- *O Direito Internacional e a Solução Pacífica das Controvérsias Internacionais*, Rio de Janeiro, Sindicato dos Bancos do Estado do Rio de Janeiro, 1988, pp. 3-135 (edição experimental, esgotada);
- *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos (Coletânea de Ensaios)*, Rio de Janeiro, Sindicato dos Bancos do Estado do Rio de Janeiro, 1988, pp. 7-280 (edição experimental, esgotada);
- *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos - Fundamentos Jurídicos e Instrumentos Básicos*, São Paulo, Editora Saraiva, 1991, pp. 1-742 (esgotado);
- *A Proteção dos Direitos Humanos nos Planos Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras* (ed.), San José de Costa Rica/Brasília, IIDH/Fundação F. Naumann, 1992, pp. 1-358 (esgotado);
- *Derechos Humanos, Desarrollo Sustentable y Medio Ambiente/Human Rights, Sustainable Development and the Environment/Direitos Humanos, Desenvolvimento Sustentável e Meio Ambiente* (ed.), San José de Costa Rica/Brasília, IIDH/BID, 1992, pp. 1-356 (1a. edição, esgotada); 2a. edição, San José de Costa Rica/Brasília, IIDH/BID, 1995, pp. 1-414 (2a. edição, esgotada);
- *Direitos Humanos e Meio-Ambiente: Paralelo dos Sistemas de Proteção Internacional*, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1993, pp. 1-351 (esgotado);
- *La Protección Internacional de los Derechos Humanos en América Latina y el Caribe (Reunión Regional de América Latina y el Caribe Preparatoria de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Naciones Unidas)*, San José de Costa Rica, IIDH/CEE, 1993, pp. 1-137 (1a. edição, esgotada); e *in:* ONU, doc. A/CONF.157/PC/63/Add.3, de 18.03.1993, pp. 9-137 (2a. edição, esgotada);

- *A Incorporação das Normas Internacionais de Proteção dos Direitos Humanos no Direito Brasileiro* (ed.), San José de Costa Rica/Brasília, IIDH/ACNUR/CICV/CUE, 1996, pp. 1-845 (1a. edição, esgotada); 2a. edição, San José de Costa Rica / Brasília, IIDH/ACNUR/CICV/CUE/ASDI, 1996, pp. 1-845 (2a. edição, esgotada);
- *As Três Vertentes da Proteção Internacional dos Direitos da Pessoa Humana* (em coautoria com G. Peytrignet e J. Ruiz de Santiago), Brasília/San José de Costa Rica, IIDH/ACNUR/CICV, 1996, pp. 1-289 (esgotado);
- *A Proteção Internacional dos Direitos Humanos e o Brasil (1948-1997): As Primeiras Cinco Décadas*, 1a. edição, Brasília, Editora Universidade de Brasília (Edições Humanidades), 1998, pp. 1-208 (1a. edição, esgotada); 2a. edição, Brasília, Editora Universidade de Brasília (Edições Humanidades), 2000, pp. 1-214;
- *A Sociedade Democrática no Final do Século* (em coautoria com M. Faro de Castro), Brasília, Paralelo 15, 1997, pp. 7-255 (esgotado);
- *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI*(em co-autoria com Jaime Ruiz de Santiago), San José de Costa Rica, ACNUR, 2001, pp. 09-421 (1a. edição, esgotada; reimpressão, 2002); San José de Costa Rica, ACNUR, 2003, pp. 7-764 (2a. edição); San José de Costa Rica, ACNUR, 2004, pp. 17-1212 (3a. edição); San José de Costa Rica, ACNUR, 2006, pp. 21-1284 (4a. edição);
- *Informe: Bases para un Proyecto de Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, para Fortalecer Su Mecanismo de Protección* (Relator: A.A. Cançado Trindade), volume II, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001, pp. 1-669 (1a. edição); San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, pp. 1-1015 (2a. edição);
- *Las Tres Vertientes de la Protección Internacional de los Derechos de la Persona Humana* (em co-autoria com G. Peytrignet e J. Ruiz de Santiago), México, Ed. Porrúa/Univ. Iberoamericana, 2003, pp. 1-169;
- *Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional*, volume I (em co-autoria com A. Martínez Moreno), San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, pp. 5-64 (esgotado);

- *Doctrina Latinoamericana del Derecho Internacional*, volume II (em co-autoria com F. Vidal Ramírez), San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2003, pp. 5-66 (esgotado);
  - *Pareceres dos Consultores Jurídicos do Itamaraty* (1985-1990 - Pareceres de A.A. Cançado Trindade), vol. VIII (org. A.P. Cachapuz de Medeiros), Brasília, Ministério das Relações Exteriores/Senado Federal, 2004, pp. 7-679 (esgotado);
  - *El Futuro de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (em co-autoria com M.E. Ventura Robles), 3a. ed. rev., San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2005, pp. 7-629;
  - *La Nueva Dimensión de las Necesidades de Protección del Ser Humano en el Inicio del Siglo XXI* (em co-autoria com J. Ruiz de Santiago), 3a. ed., San José de Costa Rica, ACNUR, 2004, pp. 23-1284.
  - *Derecho Internacional y Derechos Humanos / Droit international et droits de l'homme* (em coordenação com D. Bardonnet e R. Cuéllar) (Libro Conmemorativo de la XXIV Sesión del Programa Exterior de la Academia de Derecho Internacional de la Haya), 2a. ed., San José C.R./Haia, 2005, pp. V-VIII e 7-322.
  - E 680 outros estudos, - entre monografias, contribuições a livros e coletâneas, e ensaios e artigos em periódicos de Direito Internacional, - publicados em numerosos países e em distintos idiomas.
-

*Antônio Augusto Cançado Trindade*