

Comité Jurídico Interamericano

**Curso de
Derecho Internacional**

**XLII
2015**



**Organización de los
Estados Americanos**

Secretaría General
Secretaría de Asuntos Jurídicos
Departamento de Derecho Internacional

Carta de la Organización de los Estados Americanos*

Capítulo XIV

El Comité Jurídico Interamericano

Artículo 99

El Comité Jurídico Interamericano tiene como finalidad servir de cuerpo consultivo de la Organización en asuntos jurídicos; promover el desarrollo progresivo y la codificación del derecho internacional y estudiar los problemas jurídicos referentes a la integración de los países en desarrollo del Continente y la posibilidad de uniformar sus legislaciones en cuanto parezca conveniente.

Artículo 100

El Comité Jurídico Interamericano emprenderá los estudios y trabajos preparatorios que le encomienden la Asamblea General, la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores o los Consejos de la Organización. Además, puede realizar, a iniciativa propia, los que considere conveniente, y sugerir la celebración de conferencias jurídicas especializadas.

Artículo 101

El Comité Jurídico Interamericano estará integrado por once juristas nacionales de los Estados miembros, elegidos por un período de cuatro años, de ternas presentadas por dichos Estados. La Asamblea General hará la elección mediante un régimen que tenga en cuenta la renovación parcial y procure, en lo posible, una equitativa representación geográfica. En el Comité no podrá haber más de un miembro de la misma nacionalidad.

Las vacantes producidas por causas distintas de la expiración normal de los mandatos de los miembros del Comité, se llenarán por el Consejo Permanente de la Organización siguiendo los mismos criterios establecidos.

Artículo 102

El Comité Jurídico Interamericano representa al conjunto de los Estados miembros de la Organización, y tiene la más amplia autonomía técnica.

Artículo 103

El Comité Jurídico Interamericano establecerá relaciones de cooperación con las universidades, institutos y otros centros docentes, así como con las comisiones y entidades nacionales e internacionales dedicadas al estudio, investigación, enseñanza o divulgación de los asuntos jurídicos de interés internacional.

Artículo 104

El Comité Jurídico Interamericano redactará su estatuto, el cual será sometido a la aprobación de la Asamblea General.

El Comité adoptará su propio reglamento.

Artículo 105

El Comité Jurídico Interamericano tendrá su sede en la ciudad de Río de Janeiro, pero en casos especiales podrá celebrar reuniones en cualquier otro lugar que oportunamente se designe, previa consulta con el Estado miembro correspondiente.

* Reformada por el Protocolo de Buenos Aires en 1967, por el Protocolo de Cartagena de Indias en 1985, por el Protocolo de Washington en 1992, y por el Protocolo de Managua en 1993

Comité Jurídico Interamericano



Curso de Derecho Internacional

**XLII
2015**

Organización de los Estados Americanos

Secretaría General

Secretaría de Asuntos Jurídicos

Departamento de Derecho Internacional

OAS Cataloging-in-Publication Data

Curso de Derecho Internacional (42th : 2015 : Río de Janeiro, Brasil)

XLII Curso de Derecho Internacional : La actual agenda jurídica interamericana / organizado por el Comité Jurídico Interamericano y el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría General de la OEA, 3 al 21 de agosto de 2015.

p. ; cm. Includes bibliographical references.

ISBN 978-0-8270-6582-6

1. International law--Study and teaching--Congresses. 2. International relations--Study and teaching--Congresses. 3. Conflict of laws--Study and teaching--Congresses.

4. Pan-Americanism. I. Organization of American States. Secretariat for Legal Affairs. II. Inter-American Juridical Committee. III. Title.

IV. Title: La actual agenda jurídica interamericana. V. Series.

JX3091 .C8 2015

OEA/Ser.Q/V.C-42



XLII Curso de Derecho Internacional
"La Actual Agenda Jurídica Interamericana"
Rio de Janeiro, Brasil, 3-21 de agosto de 2015



Tabla de Contenidos

Tabla de Contenidos	5
Presentación	9

Parte I	Desarrollo Económico y Social	11
	BRICS – The Present Picture and Perspectives	13
	Paulo Borba Casella <i>Head, International and Comparative Law Department, University of São Paulo Law School</i>	
	International Development, Investment and Arbitration in Latin America and the Caribbean	95
	Julissa Reynoso, Marc Suskin and Sofia Klot <i>Chadbourn & Parke LLP</i>	
	Forum Non Conveniens, Forum Conveniens y Forum Arresti: Los Aportes de una Evaluación Integral a la Construcción de una Visión Global	113
	Verónica Ruiz <i>Profesora, Universidad de Edimburgo</i>	
	Privacy and Personal Data Protection – The New OAS Principles	145
	David Stewart <i>Miembro, Comité Jurídico Interamericano</i>	

Parte II	Promoción y Protección de los Derechos Humanos	185
	La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide: Plaidoyer en Défense de La Dignité Humaine	187
	Antônio Augusto Cançado Trindade <i>Juez, Corte Internacional de Justicia</i>	
	Hacia la Erradicación de la Apatridia en América: La Declaración y Plan de Acción de Brasil	407
	Juan Ignacio Mondelli <i>Oficial Regional de Protección de Apatridia, Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Costa Rica</i>	

Los Avances más Recientes en la Protección de los Derechos Humanos del Grupo LGBTI en el Ámbito Interamericano Dante Negro <i>Director, Departamento de Derecho Internacional, Organización de los Estados Americanos (OEA)</i>	437
El Tratamiento de las Violaciones Sistemáticas de Derechos Humanos del Pasado Reciente: El Derecho y la Experiencia de América Latina Mónica Pinto <i>Decana de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires</i>	479
Afrodescendientes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Una Mirada desde las Américas Roberto Rojas <i>Oficial Jurídico, Departamento de Derecho Internacional, OEA</i>	517
La Negociación en Torno al Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: Proceso y Aspectos Sustantivos Luis Toro <i>Oficial Jurídico Principal del Departamento de Derecho Internacional, OEA</i>	551
Emprendimientos Legislativos sobre Infracciones Graves del Derecho Internacional Humanitario en América Latina; La Contribución del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) Gabriel Pablo Valladares <i>Asesor Jurídico, Delegación Regional del CICR para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay</i>	633
Los Mecanismos de Protección de los Derechos Humanos Elizabeth Villalta <i>Miembro, Comité Jurídico Interamericano</i>	665

Anexo I – Programa del Curso	685
Anexo II – Lista de Participantes	693
Anexo III – Índice Temático	695

Paulo Borba Casella
Julissa Reynoso
Marc Suskin **Sofia**
Klot *V e r ó n i c a*
Ruiz Mónica Pinto
LUIS TORO Antônio
Augusto Cançado
Trindade *Gabriel*
Pablo Valladares
Dante Negro David
Stewart J U A N
IGNACIO MONDELLI
Elizabeth Villalta
Roberto Rojas

Presentación

El Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos (OEA) se honra en presentar esta publicación que recoge, a manera de artículos, las clases impartidas durante el XLII Curso de Derecho Internacional que tuvo lugar en agosto de 2015 en Río de Janeiro Brasil, sede del Comité Jurídico Interamericano.

Durante más de cuatro décadas, el Curso de Derecho Internacional ha ofrecido a los abogados de las Américas un espacio para estudiar y abordar, desde una perspectiva jurídica, los temas más relevantes de la agenda interamericana, así como de relacionarse con sus pares y desarrollar su red de contactos profesionales.

Año con año, un destacado grupo de profesores que representan lo mejor del pensamiento jurídico de la región, ha impartido clases sobre un amplio abanico de temas relacionados con el derecho internacional tanto público como privado, la democracia, los derechos humanos, las relaciones entre naciones, la protección del medio ambiente, y el derecho comercial, entre otros. En esta ocasión, hemos sido muy afortunados de contar con expertos provenientes de organismos internacionales, firmas de abogados, organizaciones humanitarias y por supuesto, el mundo académico.

Mediante este tipo de actividades, el CJI y el Departamento de Derecho Internacional cumplen con su mandato de promover el desarrollo progresivo del derecho internacional en la región. Esta publicación es una muestra tangible y valiosa del esfuerzo realizado tanto por los organizadores como por los profesores y alumnos que hicieron de ésta una experiencia académica y profesional del más alto nivel.

El tema central del Curso, “La Agenda Jurídica Interamericana” resulta idóneo en esta coyuntura en la que la OEA inicia una nueva etapa con la elección de Luis Almagro como Secretario General. Todo comienzo es sin duda un buen momento para detenernos a reflexionar sobre la situación actual y los retos por enfrentar en un mundo globalizado donde queremos que imperen el estado de derecho y la seguridad jurídica en las relaciones internacionales. Es nuestro deseo que el Curso de Derecho Internacional brinde a sus alumnos las herramientas para hacer frente a estos desafíos y hacer valiosos aportes al desarrollo de la materia.

Parte I

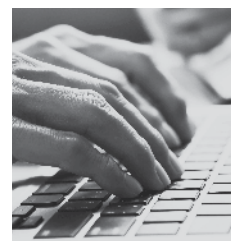
Desarrollo Económico y Social



Summary

Introduction;

- I.** *Brazil, Russia, India, China and South Africa vis-à-vis international cooperation;*
- II.** *Lessons from History are only useful to the extent same are learned;*
- III.** *Brazil and the search for international insertion;*
- IV.** *From old 'Rus' through the Soviet Union to the Russian Federation of today;*
- V.** *Sweet taste of India, from tradition to innovation;*
- VI.** *SIMA QIAN as a guide for orientation on the international relations of China;*
- VII.** *Change in the international perception of South Africa and internally;*
- VIII.** *Is it possible to build a new model for international relations?*
- IX.** *Contemporary international law and the revision of institutional and normative models;*
- X.** *An institutional and normative feature for the BRICS;*
- XI.** *The future of BRICS? XII. Concluding remarks*
- XII.** *Concluding remarks*



BRICS – Brazil, Russia, India, China and South Africa – The Present Picture and Perspectives

Paulo Borba Casella

We shall consider a subject that had barely appeared six years ago – the BRICS – the initiative involving Brazil, Russia, India, China and (since 2011) South Africa, as a new feature in international relations and cooperation,¹ which has achieved considerable visibility since its inception.² It is also worth mentioning that said initiative can be an innovative feature in the on-going process of shaping a new international world order.³ Whether and to what extent this will materialize remains yet to be ascertained.

From the point of view of Russian history, as warned by A. S. ORLOV, A. I. POLUNOV, I. I. TERESHENKO (2015),⁴ “historical facts cannot be understood outside the context of the place and the time”, where they are inserted. The same can be applied to the BRICS.

Introduction

For each and every country, the issue of international insertion is a matter that cannot be neglected. The perception of such necessity is too evident and there are multiple ways to approach international insertion.

One crucial issue is to determine to what extent the international insertion should be based on *force* or on *principles*. This is a matter of lasting controversy. Some hard line realists on international relations may say that there is only room for sheer force, and all the rest is just *words, words and word*, as such

“For each and every country, the issue of international insertion is a matter that cannot be neglected.”

deprived of substance. Most international lawyers, on the other hand, will argue that principles have a role to play, as important as weapons and armies, in the assertion of mandatory rules and operating norms on the international scene. The second group could be labeled as *idealists*.

It can hardly be expected that an intellectual judgment thereon can reach general acceptance. Each side may argue its points; and in between, there is enough room for some variations to occur, combining different scales of *force* and *principles*, in an attempt to strike a balance between power and legitimacy in the international scene.

I do believe and state⁵ that power has to be based on legitimacy⁶: no country can reach and maintain a hegemonic position by force alone. History is the best evidence to that, and I have published several volumes and worked extensively to show how much international law has been present and played a key role in the history of mankind.⁷

For each country, the variations upon the premise of mandatory international insertion begin with the determination of *how* and *with whom* can such integration can be construed, and whether it can be considered to

be a priority.⁸ The multiple analysis and changes of circumstances throughout the last quarter of a century, are enough to render familiar the picture and show just how varied the answers to that question may be.

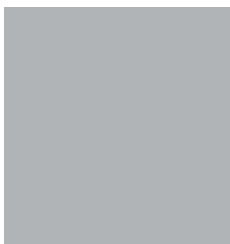
This essay aims to consider how cooperation can be built among the BRICS, as well as the role that same may have in the contemporary world. The crucial issue of cooperation cannot be avoided in the present state of the world, as evidenced by the talks about the theory and practice of these questions, not only in Brazil, as well as in Russia, in India, in China and also in South Africa.

In order to be useful, the lessons of history have to be learned. That almost tautology is all too frequently forgotten, and it therefore becomes necessary to recall it from time to time. This will be considered herein under a separate heading.

To consider the BRICS, we begin with a short review of each of the five States that make up this group.⁹ Thereafter, the focus turns to the possibility of building a new model of international relations, which is already under way and may be relevant not only for the five countries concerned, but for the world at large.

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives



In the context of today's world, international law has a crucial role to play: to review existing models and to set up the legal requirements for new models. This legal framework is in line with the conviction that cultural diversity may help to find innovative solutions for the peaceful conduct of the world. It is important to avoid repeating mistakes made in the past.¹⁰

These five countries encompass so much variety and diversity, that their individual consideration alone would require considerable time and broad cultural and historical knowledge. This becomes even more complex, when we incorporate to our analysis all the relations and interactions that can happen among them, be it in a bilateral basis or also multilaterally, and finally, when we assess the impact that the common action of the BRICS can have on the world at large. Finally, we should add all the interactions of these five with other countries and regional blocks.

Consider for a moment how much there is to say about the relations between China and Russia, or India and China (extending to the entire 'Indochina' area), or India and Russia. Add to that Brazil's relations with each of them, or also within the IBAS framework – the India, Brazil and South Africa initiative of dialogue. Or try to evaluate the impact of the growing presence of China and Chinese investments in the entire African continent, as well as in South America, and particularly in Brazil.

"In the context of today's world, international law has a crucial role to play: to review existing models and to set up the legal requirements for new models."

This group of countries offers amazing similarities and contrasts. One of its outstanding features would be the desire to make some changes to the existing world order. No rupture, no abandonment is intended; reform certainly is. In view of the present condition of the institutional and international legal system, the BRICS stand for reform, not rupture.

Also relevant for understanding the BRICS is an approach that is compatible with international law as a commitment stated several times in the final declarations of the successive annual summits held since 2009 by these five countries.

Grouping these countries together and looking at the extent of possible interactions among them would require consideration of their history, culture, economy, international relations, and the relation of each country to the impact of domestic and international politics.

One thing is certain: the BRICS, as a joint initiative, is a new feature in international law and relations. It can easily also be stated that the BRICS are here to stay, and that as a block, it can be a relevant feature in drawing a new world order. This can be expected, provided some of the existing

shortcomings and *lacunae* can be filled. There is for each of the BRICS, in addition to respective interests, also the possibility of contributing to the shaping of a new international legal order.

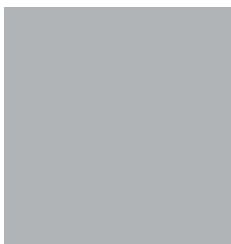
We may be well aware of the exhaustion of old models, but this is not enough to make us think in an innovative way. Just consider how much of international context analysis still seems to be marked by the contingencies of the Cold War years (1949-1989), although a quarter of a century has lapsed since then. International reviews seldom go beyond that mark of the old U.S. – Russia confrontation, sometimes characterizing China as the opponent. It is time to look for new answers to questions such as how to frame a new international world order.

I. Brazil, Russia, India, China and South Africa *vis-à-vis* international cooperation

This initiative started informally – no founding BRICS treaty was signed and no common institutions were drawn, by Brazil, Russia, India, China and South Africa until the idea of a common bank for development and project financing was stipulated. Not by chance the only

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives



BRICS *international institution* so far is a development bank: the message is clear enough, no need to draw a picture.

To a large extent the picture remains the same: the *sources* of the BRICS are to be found in their final declarations published at the end of the summit meetings, thus far held annually at one of the five countries on a rotating basis.

Such recent development on what we may call *cooperation* – ¹¹ which is what we may call the *BRIC perspective on cooperation* is not only relevant for these countries themselves, but is also a symbol of the changes going on in the world, and of the possible contributions to building a new world order, more stable, more open, based on principles of international law. Having said that, we can't help but wonder whether such expectations can be fulfilled and if so, to what extent.

My central statement is clear: the BRICS can bring about a change in the balance of relevance in the world. Certainly, through this cooperation each individual member of the BRICS serves its respective interests and addresses its own required insertion in the international scene, as well as its bilateral relations. But as a group, they have the possibility to operate in an efficient and organized way: the cooperation among them and their common action may redesign international cooperation in the post-modern world. The BRICS development bank could therefore become an agent of change at international level.

The world has seen significant changes since the end of the Cold War (1949-1989), and the need arose to define new guidelines for the organization of the world, after the short period of the unipolar American hegemonism, the so-called «G. W. BUSH years» (2000-2008), a disastrous time for the legal governance of the world, as illustrated

by the unilateral use of force: the invasions of Afghanistan in 2001 and Iraq in 2003 are part of the damage done to the world at large. Not only were these blunders – from military, economic and international legal standpoints – they also triggered a reaction for which the Christian minorities in the Middle East countries are now paying the price, to the point that they are at risk of total extinction, after almost two thousand years of Christian communities existing in Syria, Egypt, and Iraq. Terrorist extremism can also be explained along such lines.

The emergence of the self-labeled *Islamic State* terrorist group is part of the reaction against aggressions made in the region by the coalition of Western powers, led by the United States. There is a direct link between the former aggressions and the reactions currently under way: costing the massive destruction of human lives and the obliteration of world heritage archeological sites like Palmyra.¹² Similarly, the damage to remnants from pre-Islamic civilizations in the region may be ascribed to the same source of misguided use of hegemonic power.

The years 2000 to 2008 were a bad time also for the fundamental principles of international law and the

international protection of human rights, as shown in the U. S. opposition to the International Criminal Court – which may nonetheless become a relevant forum for the development of international criminal law.

This serious and big failure – not only from military and political, but also from an international legal point of view – shows that such *hegemonism* based on the unilateral use of force cannot be a desirable nor a viable model for the world. Except for so-called *hard line realists*, those which may still be favor political realism and defend the unilateral use of force forgetting principles and norms of international law, it seems that the world is too vast and too complex for any one power to rule the world, in such a crude way.

At any rate, if unilateralism is dead, the multilateralism that can replace it is yet to be defined. And the BRICS could be a sound choice, provided its five States can avoid making similar mistakes.

The *BRIC perspective on cooperation* may later develop into a fully embodied cooperation project among Brazil, Russia, India, China and South Africa, which can be innovative in its conception, its contents, its developments and its practice.

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

To be sure, the aim of the BRICS is not to resume the old formula of the *European concert* (1814-1914)¹³ which was intended to set up a new international system, after more than two decades of the French revolutionary and Napoleonic wars in Europe (1792-1815), and played its part in the context in which it was created and operated.

The picture of today's world cannot be cut to be inserted in an old frame, given the substantial changes occurred, in a world context of almost two hundred States. We note the growing interdependence of States, in the context of the so-called worldwide globalization as an example.¹⁴ Such efforts can only make sense, when we think how the world, as it stands, could operate properly.¹⁵

The most relevant feature in the BRICS perspective is that it is yet to be invented, which construction interests not only each of the five States, but will impact the rest of the world as well, allowing a new variant for international relations. We do not yet know everything about BRICS, as it is still unfolding and taking shape.

"The most relevant feature in the BRICS perspective is that it is yet to be invented."

But at least some features are already present. In my view, at least six fundamental features can already be identified:

1. The BRICS is clearly intended as a *cooperation model* in the strict sense of action coordinated by intergovernmental mechanisms, without the need to create new institutional structures in common;
2. The BRICS do not result from historical or geographical imperatives, unlike other regional cooperation processes like the European Union, the Andean Community or the MERCOSUL;
3. There is no previous content or predetermined framework ascribed to the BRICS model, unlike the gargantuan institutional structure adopted for the European Union – verging towards a federative State; and unlike the lithe structures of in the APEC, the Asia Pacific Economic Cooperation;¹⁶

4. There are more similarities among the BRICS States, than superficial differences might lead us to believe. Studies of comparative law and the application of international law for each of these States may show that behind such apparent differences, there are significant relevant commonalities;
5. Each of these countries underwent crucial transformations in the last twenty to thirty years, which may be combined in an approach to foster common developments, both individually and collectively;
6. This is presented as a partnership unburdened by the past. These are all *big players* in the sense that no member should expect charity from another.

In view of their geographic condition, the *BRICS cooperation perspective* is more of a deliberate choice than other initiatives, centered on neighbors, bearing in mind that three of the five States are located in the Northern Hemisphere and that these have borders in common, and also that such areas have not always been peaceful. The inclusion of Brazil and South Africa gives the BRICS a worldwide reach.

A crucial feature is that the BRICS would be an equitable cooperation among like-minded states,¹⁷ as opposed to the old models with almost paternalist colonial features.¹⁸

The premises of international law, marked by the colonialist approach – from 1870 to 1960¹⁹ – are a reflection of that particular historical and cultural context. Since the end of World War II, decolonization presented new traits,²⁰ which origins may be traced back to the colonization in the Americas,²¹ and which would later be practiced by the Europeans and the United States also in Africa, Asia and Oceania.²²

Since then, the changes in the international legal model²³ lead to an international law that is more consistent with the post-modern context: historic changes must be accompanied by a corresponding transformation of the institutional model. Such a change is under way in international law, but has yet to happen in the case of the BRICS.

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

II. Lessons from History are only useful to the extent that they are learned

For history, as well as for law, theory alone cannot perform the job properly. It may seem easier to talk about *the lessons from history* than to put them to work; in order to achieve advancement, the appropriate interaction between theory and practice is required.

Concerning the BRICS cooperation, those lessons could be also useful in the sense of avoiding negative precedents, such as the unequal trade relations between the other powers and these five countries – as former colonies, as directly experienced in Brazil (colonial ties ended in 1822); India (colonized until the mid-20th century); and South Africa, as well as the case of the unequal treaties of Western powers with China.²⁴

We should not underestimate the impact of the imposition of international law (*Gong fa*) as a tool for domination by Western powers over China, in late XIXth and early XXth centuries.²⁵ That period has left an imprint, the weight of which is not to be neglected. A complex and changing approach towards international law also happened in the case of Japan.²⁶ A parallel can

be drawn between them, including the reaction towards a new approach to international law and institutions, as evidenced by the People's Republic of China over the latest decades.

Consequently, it would be hard to imagine that, in a hypothetical and formal process of convergence of action among the BRICS countries, certain old forms of international relations would turn up again. No neo-colonial relations can be conceived. As these were condemned, one would not expect the same patterns to be the basis for new models.

These States would be hard-pressed to justify the repetition of models of exploitation and unequal treatment, to which they were subject in the past.

Thus, the *BRIC perspective on cooperation* should encompass the knowledge of these societies and cultures, in order to foster its existence and further development. It is not a question of submitting entirely to history,²⁷ but to keep in mind its necessary role in our understanding of the way of the world. It is also not simply a matter of studying cultures and their history,²⁸ for history serves only as a research tool, and historical background and information are a simple requirement to contextualize the question before

us. It is therefore a matter of situating the lessons from history and from culture in the post-modern context.²⁹

All human constructions have to refer to a certain concept of the world.³⁰ It is necessary to be properly situated in the context of the world: to take into account the parameter of reality – or lose touch with same – but also acknowledging that another reality is possible for the world.

The same can be said about contemporary international law, inserted into its cultural and time frame.³¹ Understanding the lessons from history can help establish a stable world order, through a conciliation of legal institutions and economic interests.³²

“Lessons from History are not to be taken as notions of right or wrong; justice or injustice, they are to be applied instead as tools which may work or not, to achieve results.”

A significant line of thought in international law takes into account the philosophical aspects of historical experience; this already happens in the 16th century with VITORIA and in the 17th with GROTIUS, and continues in our time. I am deeply convinced that such line in international law carries enough weight to be taken into account.³³

Lessons from History are not to be taken as notions of *right* or *wrong*; *justice* or *injustice*, they are to be applied instead as tools which may work or not, to achieve results. They are not idealistic but pragmatic, as they record what has been done, not what could or should have been.

For international lawyers, history can be useful for understanding law as a social phenomenon, well beyond the enactment of rules: law cannot be limited to what exists, without taking into account where concepts originate and the reasons for their institution and orientation in a certain way.

We may now turn to the short review of each of the five BRICS countries. According to the usual sequence, we can start with the case of Brazil, in its search for international insertion.

III. Brazil and the search for international insertion

Brazil had to fight for its international insertion even shortly before its independence.³⁴ The urgency of such a public policy has only increased due to the present international context. Such a necessity cannot be neglected.³⁵

Over the latest decades, such international insertion has been widely focused on the search for *regional* integration with the neighboring countries in South America. However, this policy's poor results have caused it to be reconsidered in order to avoid missing out on new opportunities.

The guiding line in international relations today could be, as usual, associating *national interest*, in its broadest and most lasting sense, with the evaluation of the consequences and the effects of the various systems and models of integration under construction. Regional integration is inserted in an historical, political and cultural context of vital importance for Brazil as well as for its neighbors. Such expectation towards integration – at least as an expectation – is clearly felt by all states in the region. Putting it to work properly is quite another matter.

To the extent that this can correspond to the declared intention of building integration in South America, we have to admit that as much as has been written and said on the topic, little has actually been achieved in terms of that much expected regional integration of the Southern Cone.

Integration cannot be viewed purely as a contingency; it expresses a change of paradigm in contemporary international law and institutional frameworks. Old models, strictly interstate, were characterized by mutual abstention, but in the last few decades, cooperation models were progressively established and resulted in crucial transformations. This could also be said about integration in certain specific instances.³⁶ But, in order to reach integration, the relevant States must engage politically and institutionally in the construction of a process of solidarity. This task alone is difficult to achieve.

What makes the current scenario unique? On the one hand, we see a lack of definition in the orientation and the content of regional integration in South America, not only among the four original MERCOSUR Member States (Argentina, Brazil, Paraguay and Uruguay), plus the mostly ineffectual participation of its associated countries

(Chile, Bolivia, Peru and Ecuador). There are substantial doubts about the viability and the continuity of the integration project, following the entrance of Venezuela, as a full member of the MERCOSUR, which, in my view, did not and does not contribute to make things more clear or viable.

Can we believe in a perspective of integration in South America? Personally, I have stated my views on the matter, over more than twenty years,³⁷ but a certain level of skepticism imposes itself, in view of the poor results achieved until now, and the lack of perspective of new substantial developments in the foreseeable future.

Another example of something that could have achieved interesting and relevant results, but so far produced nothing is the attempt to negotiate a broad trade agreement between the E.U. and the MERCOSUR.

To the extent that the usual channels did not produce results, new patterns and new formulae were attempted. Such models of cooperation, be they institutionally framed or not, may be relevant objectives and remain in the agenda for a country like Brazil: if the same attempts do not work, other possible ways may become perceptible

and identifiable, where it could be possible to seize the opportunity to build channels for interaction and communication, leading to a broader scope of action with states looking for common development. Why pursue the same partners and patterns, if no substantial results are ever achieved?

International cooperation will mandatorily include trade and commerce, in addition to political coordination, setting up new international financial institutions, patterns for development and finance planning, scientific and technological cooperation and projects.

If, on the one hand, the trend towards continuity and to intensify economic integration, featured as supranational and transnational associations in regional groups inevitably limits the space for action of isolated states in matters of international relations, on the other hand, it is necessary for States and their respective governments to learn to work together in a concerted manner. Such learning requires considerable efforts, as well as a high level of commitment around a common project.

Integration in and of South America cannot be understood as a separate phenomenon, but walks goes hand

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

in hand with great transformations which occurred in the international system, as a whole, and particularly in connection with the existing obligation for the States to conform to imperative rules of general international law (*jus cogens*) as well as with general obligations (*erga omnes*) that are mandatory for all States.³⁸

What is the price to be paid for achieving integration? How far does it deserve to be pursued by each country? Is it reasonable for Brazil to insist in the very same model of regional integration, as the Common Market with Argentina, started in 1988, thereafter joined by Paraguay and Uruguay to form the MERCOSUR, from 1991 onwards?

What are the perspectives for Brazil *vis á vis* such models, basically unchanged in the latest decades? Results seem disappointing, but the costs of such engagement remain high. At the same time, the world changed and goes on changing quickly, while the MERCOSUR partners remained deeply involved in the dramas of the attempted integration in South America.

Brazil may plan and should think in accordance with its needs and priorities, internal and external, in line with challenges of today's world, beyond the

narrow limits of the regional scene, as it has done so far. Regional integration has been considered as a priority by successive governments; only now, in 2015, is there talk of dropping out of MERCOSUR and the restrictions it entails for Brazil's trade and external relations.³⁹

Beyond the South American scene there are interesting areas for the enlargement and the development of Brazil's international insertion, such as the already mentioned relation with the European Union, as a group and with each of its Member States, not to mention the relations between Brazil and the United States and Canada. It is also wise to consider the expansion of its international relations with several countries in Africa and Asia.

More than ever, Brazil sees itself as a *global player*, and as such, has the possibility or rather the duty to assert its credentials and claim its place in the international scene. Sometimes, national interest issues should be handled beyond and above personal affinities and ideological convergences of the ruling party.

It may be time for Brazil to free itself and behave in a more assertive way, beyond the periphery of the international system and not to be bound to continue

in that position of dependence. At a point where the balance of the entire international system is shifting, Brazil's presence and actions may be relevant enough without zeroing in on a permanent seat with veto power in the United Nations Security Council,⁴⁰ but instead helping to rethink the international institutional and normative system,⁴¹ and Brazil's place in the new phase of the international system.

IV. From old 'Rus' through the Soviet Union, to the Russian Federation of today

Within five years much can change in Russia, and within two hundred years nothing changes, warns Svetlana ALEXEIVITCH, the winner of the 2015 Nobel Prize for literature.⁴² The same warning was also issued by Maxim OSSIPOV, in 2009.⁴³ Understanding of the essential course of Russian history today requires the perspective of time and place, according to A. S. ORLOV, A. I. POLUNOV, I. I. TERESHENKO (2015).⁴⁴ The same can be said of any civilization, and as mentioned above, also applies in the case of the BRICS, and the reasons for the Russian participation in the initiative.

Part of Russia's history has to be traced back to the great migrations of Indo-European peoples from Central

Asia and Southern Russia, including the Hittites, the Philistines, the Greeks, various ethnic groups from India and the Iranians, which superseded the former system of Mesopotamia, and lead to the organisation of the Iranian peoples in a great Persian Empire. The Empire established trade systems and relations with the Greek city-states, the Indian states and the Chinese empire.⁴⁵

Michel de TAUBE (1939)⁴⁶ emphasized the long duration of Byzantine influences over medieval Europe, extending not only to large areas of the Italian peninsula, but also to Russia.

The future Russian identity starts with the Principality of Kiev,⁴⁷ one of the largest States of medieval Europe, thereafter fractioned and subjected to a long period of feudal fragmentation. After almost two centuries of Mongol occupation, the reestablishment of independence led to the consolidation of the national identity, and to the complexities of the *Russian soul*. With a history stretching more than 1000 years,⁴⁸ coinciding with the Christianization of the Slav peoples,⁴⁹ who formed the Holy Russia,⁵⁰ underwent considerable political changes along the centuries.

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

The consolidation of a national identity and its historical framework often endured confrontation with foreign threats. After the Mongols, successive invasions were faced and repelled by the Russians. Three of them are particularly noteworthy: the Great Northern War, started by Sweden at the beginning of the 18th century, was one of the largest invasions Russia had to suffer; the invasion by France, with Napoleon's troops during the so-called National War of 1812;⁵¹ to be followed by the Nazis in the 20th century, during the Great National War from 1941 to 1945, as a substantial part of the burden in World War II,⁵² taking an estimated toll of about 20 million casualties.

Russia's insertion in the European context has always been a more or less evident and somewhat problematic issue. Writing in 1822, the poet A. S. PUSHKIN (1799-1837) contemplating the 18th century commented that *a new generation, educated under European influence, grew accustomed to the advantages of the Enlightenment*.⁵³

Characters in the novels of Fiodor DOSTOIEVSKI often alternate reflections, comments and perplexities about the fact that they simultaneously feel part of Europe and yet excluded

therefrom, both culturally as well as geographically. It is not by chance that Marc SEMENOFF, in his *History of Russia* (1924), adds to the title *a comparative study of East and West*⁵⁴ as Russia combines elements of both.

The Russian Empire, as well as its successor, the Soviet State⁵⁵ was deeply engaged in the process of consolidating its territory.⁵⁶ This was a State policy, applied systematically for centuries. State succession of the former Soviet Union presents at least three situations to be distinguished:⁵⁷ the three Baltic States;⁵⁸ the Russian federation;⁵⁹ and the other republics, to the extent that the latter were not yet concerned with international law, as was already the case of the Ukraine and Belarus, with specific elements for each of these situations.⁶⁰

In the cases of Estonia, Latvia and Lithuania, annexation by the Soviet Union happened in 1940, in clear violation of international law (as part of the Secret German-Soviet Pact). The disappearance of these three States, at least nominally, was never accepted by the other members of the international community,⁶¹ and relations with these three States were resumed as soon as they recovered their condition as subjects of international law. The situation

of the Baltic States has considerably changed since the 1990's,⁶² as they eventually joined the European Union.

The Russian Federation was considered the successor to the Soviet Union, in general, with continuity of the international legal personality of the former USSR, as evidenced by its transition in all international organizations and particularly, its status as permanent member with veto power at the U.N. Security Council.

All the other republics of the former Soviet Union were considered successors to the USSR only to the extent that they were not yet subjects of international law. The Ukraine and Belarus however, were already members of the United Nations, since the San Francisco Charter (1945).

Concerning the continuity of legal personality of the State, practice shows that acceptance from other States is required. The Russian Federation took the place of the former USSR in accordance with the political, strategic and legal interest of all parties concerned.⁶³

An outstanding Russian tradition of international law existed before the 1917 Revolution, as successive czars engaged in the great European political game.

In a way, we can trace back the presence of Russia in the European scene to the reign of Peter the Great and to Catherine II, also labeled *The Great*, but the process was only further completed with subsequent occupants of the Russian throne, particularly along the century starting with Alexander I down to the last czar, Nicholas II.

Alexander I was at the core of European politics after the Vienna Congress of 1815, as the key to the institutional structure known as the European concert,⁶⁴ which for first half of the 19th century was marked by the control and the priorities of the major powers and inspired the Holy Alliance.⁶⁵

During the second half of the 19th century, a more controversial period started, when national interests seem to have outgrown the old idea of European solidarity. A new generation of leaders arrived and brought changes to the picture designed by their predecessors, such as Napoleon III, and the new trends are expressed in the deliberations adopted by the Paris Congress of 1856. War among European powers, avoided during the previous period, became again an element of change in the European order.

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

Nicholas II took the initiative of The Hague Peace Conference of 1899, from which resulted the creation of the Permanent Court of Arbitration, an institution that remains in operation to this day. Various treaties were also signed at that time, paving the way for subsequent evolution of international law.

The Russian international law tradition includes the contribution of an outstanding name as Fiodor DE MARTENS, whose Treaty of International Law (published in 1882 in Russian in three volumes, and in 1883 in the French translation)⁶⁶ remains a landmark. To the same Russian international lawyer we owe the famous *De Martens Clause*,⁶⁷ according to which all States are under the obligation, even in case of war, to avoid useless damages, and to spare civil populations and historical patrimony from attack. These ideas are still embodied in the guiding conceptions of international humanitarian law.

After the revolution in 1917, the conception of a new social, political and legal system was attempted, while it was also claimed that a new body of international law should replace the old one, under the influence of authors like Grigory TUNKIN and others,⁶⁸ a new system of law that should regulate relations among socialist countries,

not always as *brotherly* as they claimed, hard facts shown by the interventions in former East Germany in 1953, in Hungary in 1956, and in former Czechoslovakia in 1968.⁶⁹ Such a new conception seems to have disappeared since the 1990's, leaving no traces.⁷⁰

The Soviet period vanished but left deep marks in today's Russia,⁷¹ visible in the huge efforts to reconstruct not only a legal order, but also an institutional and economic system, which has been under way, over the latest quarter of a century.⁷² Beyond the seven decades of *communist* Russia, from old Imperial Russia to the Russian Federation of today,⁷³ there seems to be more continuity than that which may have been initially envisaged.

"All States are under the obligation, even in case of war, to avoid useless damages, and to spare civil populations and historical patrimony from attack. These ideas are still embodied in the guiding conceptions of international humanitarian law."

“Indian civilization tends toward unity, as has been reinforced through time.”

From this short overview of the complexities of Russia, we may now move our study along to Central Asia – a strategic region where new alliances are at stake – to enter another complex and multilayered world, that of the Indian subcontinent, in order to see how the perception of such alliances may be subject to substantial variations.

V. Sweet taste of India, from tradition to innovation

India has a civilizing force that seems to grow from its very soil remarked A. AYMARD and J. AUBOYER (1977),⁷⁴ and although India also faced bloody times in its History there seems to be *a preference for peaceful conquest*.⁷⁵ The same historians caution that *in the Western world we may not be aware of the importance of Indian civilization*, and that India played a role as important to Asia as Greece was to the Western civilization, with the particularity that, for ancient Greece as for ancient Egypt, or the civilizations of Mesopotamia, we talk about glories of the past, whereas India is characterized

by continuity.⁷⁶ From its distant past, certain features of present day civilization of India were already in stable existence and remain so.⁷⁷

Tradition in India has a strength that is hardly conceivable for a Westerner. The transmission of literary texts has been achieved over extremely long periods. Besides that, Indian civilization tends toward unity, as has been reinforced through time: *Indian spirit captures with great subtlety the universal multiplicity: far from shunning it, or reducing it, Indian spirit is contented to verify its effects, from which a long repertoire is drawn.*

The rich and complex panorama of millennia of Indian history is short but aptly described by Romila THAPAR (1990) and Percival SPEAR (1978).⁷⁸ Similarly, John KEAY (2004) emphasizes that South Asia boasts one of the world's longest, richest and most rewarding histories. It crowds the past with a teeming diversity of civilizations and packs the present with a kaleidoscope of regional and cultural entities.⁷⁹ A similar approach is taken by B. and T. METCALF (2012)⁸⁰ albeit focusing on *modern* India, from the Muslim conquest in the 13th century onwards, at least additional four thousand years, since the Harappan civilization, from 2600 b. C. to 1700 b. C. and the Aryans from ca. 1500 b. C. onwards.

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

The trend towards unity is based, naturally, on the need to codify the whole of the godly and human worlds. The collection of philosophical and religious books⁸¹ and the law books (*Dharmashastra*) as much as the glories of the classical literature and theatre remain as evidence of such efforts to understand and to order the surrounding world.

The Ancient *Laws of Manu*⁸² are a requirement for understanding modern India; for the richness of its ideas, its aphoristic profundity and its relevance to universal human dilemmas, *Manu* stands beside the great epics, the *Mahabharata* and the *Ramayana*. The *Laws of Manu* could not have been more enthusiastically praised by philosophers such as Friedrich NIETZSCHE (1895).⁸³

Another example of that trend towards unity, albeit in a distorted way, is the caste system, a social phenomenon typical of India, at least in the way it was formed:⁸⁴ skin color – *varna* – shows clearly the different origin of races, at the source of the hierarchical division system, opposing the white-skinned conquerors from the autochthonous darker skinned people.⁸⁵

Between the 18th and the 10th centuries b. C., a gap opens in the North-east of the Iranian plateau, among Indo-European tribes there, known by the name *aria*, *airia*, *airya* or *aryans*. Their origin is still a matter of controversy, but it is generally accepted that they came from Southern Russia.

Arians arrived in Iran through the Caucasus. The mass of Arians that separated from the Iranian branch entered India by the North-East, the present day Waziristan or through the Kabul valley. They entered Punjab and destroyed former civilizations from the Indus Valley, particularly the Mohenjo-Daro and Harappa.

There are centuries of a long and rich Indian History, with consolidation of ideas and cultures: a vast and complex world, in multiple time layers, displayed together. The classical theatre of India in the work of KALIDASA⁸⁶ is eloquent evidence of the high level of civilization achieved, as much as the amazing political treatise, the *Arthashastra* of KAUTILYA, in the second century.⁸⁷

For a highly civilized and urbanized people as the ancient Indians were, the development of the fine arts was as natural as breathing, remarked

“The most varied of all cultural, ethnic and linguistic elements govern this universe of present day India.”

Jamila BRIJBHUSHAN (1979).⁸⁸ The interest in India renders necessary to put aside the easy temptation of fascination for a country that does not exist, something made up by foreign writers. We have to avoid the illusion of a *revelation of India*. An outstanding scholar of Indian culture and religion, the Romanian Mircea ELIADE states in one of his books on India that a foreigner, arriving in India with the purpose of writing a book, has to do it within six months because after three years in India, the task will become impossible,⁸⁹ nourished as he will be by *extremely noble ideas and major truths*.⁹⁰ The perception of the richness and the variety of the whole, of the multiple possible aspects, will always give a more fragmented character to any attempt of perception and exposition on the subject.⁹¹

We have to be aware of the important contribution of Buddhism to the history of India, China and all of South-East Asia⁹² notwithstanding

its mutations through the centuries, expanding from India to China⁹³ and especially to Tibet,⁹⁴ thereafter to Laos, Cambodia, Japan and on to Burma.

Multiplicity and complexity are characteristics of the culture, religions, languages and dialects, of all civilizations which have thrived in the Indian sub-continent for thousands of years. The most varied of all cultural, ethnic and linguistic elements govern this universe of present day India, and the civilizations in the region, currently described as *Indochina* simplifying to the extreme this phenomenon of vast cultural wealth and human diversity. The entire region stands as evidence of rich and complex interactions between Indian and Chinese civilizations through the millennia.

Ancient India is considered as such after the arrival of Alexander the Great,⁹⁵ thereafter, the Indo-Greek civilization of Gandhara was created⁹⁶ an expression of Buddhist faith in Western shaped art. Similarly, the *Moghol* presence will have an impact on the configuration of classic India. By contrast, modern India is the result of the British construction. The presence and the influence of each of these peoples extends well beyond the limits of the time of occupation

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

or their direct presence, and melt with other autochthonous elements, leading to a singular synthesis, as unique as the civilization living in the territory of the Indian sub-continent.

The Indian sub-continent, often referred to as the largest democracy in the world,⁹⁷ went through great transformations since 1947, with the Independence of the former British India, followed in 1971 by the separation of India and Pakistan -the Eastern part of which eventually became Bangladesh- and continues to evolve today.

The search for international insertion had an interesting moment with the initiative of the Indian Jawaharlal NEHRU,⁹⁸ besides the former Yugoslav leader Josip B. TITO, in the so called Non-Aligned Movement, opposing East-West confrontation of the Cold War. While this movement to renew international relations is past its prime, it was planted the seeds of the innovative conception of an ordering of international relations, far from the standing East-West confrontation, that marked the four decades of the Cold War era. This could be seen as a typical expression of the civilizing and peaceful traditions of ancient India, projected into the second half of the past century.

Politics and principles do not always mix well together. An example of such dichotomy is the recent and controversial nuclear agreement between India and the United States (2006) which follows a strategy of preparing and, in a certain way, setting up the elements for a new world order that might pit the United States against an alliance of Russia and China. Having India as an ally in the region may help the U.S. to mitigate the threat. But what is to be done with Pakistan?

How can men inspired by an ideal of peace and progress foster the understanding among civilizations to the extent we are now bound to live in a common space? This question is asked by Philippe NEMO (2004). How can we go beyond contradiction of a required cosmopolitanism in view of all that we know about the heterogeneity of the cultures? And in this context, where does Western culture stand?⁹⁹

Furthermore, we should not forget that the *Aryan* matrix is shared by the Indian sub-continent and the Western civilization. Due to the distortion caused by the misuse of the term under the *Nazi* regime of the Third Reich, we have to use the term with extreme caution. Notwithstanding the

remark, the *Aryan* contribution was the basis on which the Western civilizations were built, besides the core of the civilization of present day India. Thus, there are common sources, expressed in hundreds of words that originated in Sanskrit and are shared with ancient Greek, with Latin, and thereafter by present day Western languages. Hundreds of words are enough evidence of these common sources of civilization.

VI. SIMA QIAN as a guide for orientation on the international relations of China

The core of civilization is not different in China than in other areas of the world. As noted, a thousand years ago by ZHANG ZAI (1020-1078) “learning means to learn to make a human being of oneself”.¹⁰⁰ The same remains true, to this day, in every civilizational context.

China presents us once again with an enormous legacy of civilization, spanning over 5,000 years of recorded history, and there is a need for a guiding line for this vast and complex world. I therefore suggest taking the great historian Sima QIAN (140-90 BCE) as the guide, who may offer a classic

model for understanding present day reality, and who may help perceive some of the elements that condition the institutional relations with the ancient Middle Empire, transformed into a commercial empire, controlling huge reserves of capital and trade surplus with the rest of the world.

The concept according to which everything changes and at the same time and nothing is created, was stated long ago by the Ecclesiastes, and marks the Jewish-Christian tradition: *nihil sub sole novum* – *there is nothing new under the sun*. In the same way, there is a time for each thing in life and in the world, which are jointly composed of continuity and of change.

QIAN left us with the same perception in his **Shi-Ji** (literally the Register of History).¹⁰¹ This work, published by his grand-son a few years after the death of the author, is still reprinted and is considered by Chinese tradition as a reference work for the study and the understanding of the world. He is not only a *classic* –an author widely admired and often quoted, but who very few people actually read, whose teaching remains present and deserves to be meditated upon, learned and put to practice.

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

Among the teachings of QIAN, one is that everything changes, and therefore we have to sharpen our perception of change in order to understand the world. Such combination of continuity and change will be all the stronger and present as we stress the individual dimension or the collective and social dimension.¹⁰²

The perception of the whole, placed above the individual rights and realities remains a characteristic feature of Chinese civilization. In a Western classic on the matter, Marcel GRANET's book on *Chinese civilization*,¹⁰³ explains how, in China and in the traditional Chinese culture, the perception of the collective prevails over the individual, the interest of the group normally takes precedence over the interest of each member, save for the point of view of a leader, who imposes himself as a parameter to be observed and applied – a cultural axis of stability thereby accepted as such by the whole.

For China, as well as for India, the continuity of a few thousand years of history is part of the present.¹⁰⁴ As if in the West, the civilizations of ancient Egypt, of classic Greece and thereafter the Roman Republic and the Roman Empire had existed without interruption and evolved into their present day countries.

China is often criticized but seldom understood. Many people take issue with the principle of privileging the interest of the group over those of each individual. The fact that China is under constant criticism and yet everybody wants it as a customer and business partner is a testament to its extraordinary character.

The restrictions to the number of kids allowed per couple illustrate that dichotomy between the West and China. Only now, in 2015, has this public policy been repelled.

From an internal as well as from an external point of view, China is confronted with big issues, which greatly influence its decision-making. Some experiences were simply disastrous and caused considerable human losses. But one need only look back a few decades to see the huge progress achieved and the development that resulted from the blunders of the *great steps forward*.¹⁰⁵

"The perception of the whole, placed above the individual rights and realities remains a characteristic feature of Chinese civilization."

Even with the latter, plus some serious *steps backward* as shown by the tragic movement called the *cultural revolution* of the 1960's, China has achieved huge changes, as boasted during the sixtieth anniversary celebrations of the in 2009, as well as the tenth anniversary celebration of the reintegration of Macao.¹⁰⁶ The human and the environmental costs of such progress have yet to be fully assessed, as pollution becomes a frequent and growing threat in large Chinese cities as Beijing.

As for diversity and unity in Chinese history, take the cases of Macao and Hong Kong: the same movement concerned the reintegration of Hong Kong in 1997,¹⁰⁷ and in 1999, the reintegration of Macao. The principle of *one country, two systems* was set up in these two special administrative regions, with specific statutes and courts, including currency and limited economic and political autonomy. These two former foreign *enclaves* were reincorporated into China, while maintaining a special regime, including the currencies (Hong Kong *Dollars* and Macao *Patacas*), the maintenance of capitalism, and to some extent, greater and freer circulation of foreigners than in mainland China.

The concern for territorial integrity is not limited to the peaceful and constructive resolution of these two *incidents*, but is part of a central concern for China, in view of ensuring its security, both internally as also externally.¹⁰⁸ Systematic protests made in Tibet¹⁰⁹ and in the province of Xinjiang by the predominantly Muslim *Uighurs* result in strong reactions from the Central Chinese government: there is an ancestral fear of seeing the country and the reigning dynasty fall apart. The same goes for the Party.

A comparable situation is the case of Taiwan, also called Formosa, which is deemed an *internal question* for China. With an alleged rebel province, the People's Republic of China copes with the division to the extent that business and investment, and the flow of money and trade are not hindered. The tone may be raised from time to time, but Taiwan keeps its own foreign policy and participates in a high number of intergovernmental organizations.

Recent transformations are huge and easily noted. But albeit worthy of admiration, the extraordinary human and environmental costs resulting from all such changes must also be taken into account—for instance, it is estimated that 70% of China's water supply, both

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

at the surface, in rivers and lakes, as well as underground¹¹⁰ has suffered from pollution, while externally, the development of trade and industry of all products *made in China* have effects over the economy and the balance of trade for every country in the world.

China has had bitter experiences with the Western powers and with international law¹¹¹ as applied to China by the foreign powers exercising hegemonic control of the international system. The *unequal* treaties, imposed on China by Great-Britain, France, United States and Russia, and thereafter by Belgium, Germany, Denmark, Portugal and Spain, are a page of history that although not to be praised, should not be forgotten in the history of international law and diplomatic relations.

Even Brazil had a tiny share of privileges resulting from a *capitulation* with China, notably by the treaty signed on October 3, 1881 in Tien Tsin. Brazil declared itself ready to renegotiate with China and other countries concerned as early as 1929, hoping to reach an agreement eliminating the privilege of extraterritoriality; but it was only in August 1943, that a new treaty ending the extraterritorial privilege was signed by Brazil with the Chinese government.¹¹²

A similar treaty, signed on 2 November 1865 by Belgium and China, was brought to the Permanent Court of International Justice, who rendered its judgment in 1929¹¹³ thus marking the disappearance of such international practice, considered a leftover from a dark past.

Summing up, in order to understand present day China it is necessary to take into account, at least as an overview, the whole of China's history – not only the millennia of recorded history within its borders, but also the Sino-centric international system in Asia, of which China was the axis, as the Middle Empire. This lasted for centuries, and was crucial also for Japan, Korea and other peoples in Asia, in a manner comparable to the European system of international law and relations.¹¹⁴

In attempting to understand China, one must consider the impact of the misdeeds of the Western powers, from the second half of the 19th century to the first half of the 20th – and such knowledge is required in order to understand Mao Ze Dong's anti-West reaction. Much has changed since then, with China behaving much less ideologically and more pragmatically, under Deng Xiaoping,¹¹⁵ thereafter adopting a strongly centralized capitalism, with

a great ability to draw attention, both internally and at the international level, as the recent devaluations of the *Yuan* have shown.

From China, we may now move to the changes in the international perception of South Africa.

VII. Change in the international perception of South Africa and internally

At the time of the *apartheid* South Africa was considered a villain in world contemporary history. Its legislation rested on the principle of legal segregation, designated by the euphemism *separate development*,¹¹⁶ as the basic postulate for ordering the life of society. Thus was racism openly stated and the social prejudices other societies tend to disguise became institutionally regulated.

South Africa's image was no better in external politics, due to its illegal occupation of Namibia – former Southwest Africa. These violations remained in spite of the warnings and condemnations from the United Nations General Assembly and the International Court of Justice. The South African Union took a long time to withdraw from the former German colonial territory, over which it originally had a mandate on behalf of the League of Nations.¹¹⁷

In a few years, the country has changed substantially and also the world perception of South Africa has improved considerably. There are still many serious problems to be solved, among them the social inequalities and the pervasive violence, which are bad enough, but are equally found in other countries, as in Brazil. Along the latest quarter of a century, South Africa ceased to be the villain of Africa and started to be positively perceived by the international community.

From the point of view of contacts with Europe, the Portuguese were the first to be present, as *colonizers* at the Cape, originally named Cape of Storms (*Cabo das Tormentas*), due to frequent stormy weather in the region. It was the Portuguese navigator Bartolomeo Díaz who officially sailed around Africa, to create the trade *route of Indies* by the sea. In turn, another Portuguese explorer, D. Francisco de Almeida is held to be the first to have landed in the Bay of Agada, where he met fierce resistance from the local *Hottentots*, so much that the Portuguese gave up permanent settlements in the region. In turn, the English arrived and would soon leave as well.

The first permanent European settlement in South Africa was created by the Dutch Company for the Eastern

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

Indies on April 6th 1652.¹¹⁸ Colonization left deep traces, marking the region profoundly. The expansion of cattle drives led the farmers – the so-called *Boers* – towards the *Hinterland*, killing or enlisting the local populations found along their way. This cohabitation may help explain the racial prejudice that will turn to be a difficult heritage to manage.

In 1806, the English seized the settlement of Cape Town. Following conflicts with the British administration, the *Boer* farmers moved away to the Northeast, in the so-called Grand Track of 1836, and set up two new republics: the Free State of Orange and the South African Republic of Transvaal. After the so-called *Boer war*¹¹⁹ with the English invasion of the Transvaal and the Free State of Orange regions, the British ensured their domination over the entire South Africa.

The traditional racial liberalism of the ancient English colony of the Cape, who allowed the colored to vote as much as the Europeans, was disrupted with the arrival of the Nationalist Party to power. In order to reinforce the position of the Europeans, different racial groups were defined with obligation for each individual to declare its affiliation to one of these groups: Europeans, Asians, colored and individuals of *pure blood Bantu race*.

Non-Europeans were inserted in separated voting districts, with limited power of representation, with the peculiar requirement that their representatives should be white! Furthermore, *Non-Europeans* were deprived of freedom of transit, as they could only settle in predetermined rural and urban zones, and could not become owners of the land in which they lived and worked.

Mixed marriages were forbidden, and sexual intercourse of Europeans with autochthonous people was considered as an immoral act, punishable by law. In the streets, in public transports, in public toilets, on the beaches and for all occasions of social life, strict segregation was legally mandated.¹²⁰ This picture continued well into the 1980's.

“In order to reinforce the position of the Europeans, different racial groups were defined with obligation for each individual to declare its affiliation to one of these groups: Europeans, Asians, colored and individuals of pure blood Bantu race.”

“The changes in the international context brought many issues of State succession after decolonization.”

Radical changes began upon President Frederick De Klerk’s rise to power in 1989. In 1990, Nelson Mandela is released from prison after decades and the African National Congress (ANC) ceases to be illegal. De Klerk engaged in abolishing the segregation requirement and the racial legislation, and launched an initiative for dialogue and for national reconstruction.

In April 1994, Nelson Mandela was elected President of South Africa, following the first free multiracial elections held in the country, when the ANC obtained 252 out of 400 seats in the National Assembly. Shortly thereafter, the Assembly approved the law of title to land, whereby the ownership of land was recovered by the black people, who had been deprived of this right by the law of 1913, which reserved 87% of the entire national territory to the white minority.

Over the last quarter century, great transformations occurred in South Africa, by the institutional acceptance of the principles of equality and the respect for Human dignity, with had an immediate effect on the international perception of the country.

Internationally, this enormous change was completed with the withdrawal from Namibia – former Southwest Africa¹²¹ – after the expiration of the international mandate it had received from the League of Nations¹²². Such withdrawal was only achieved in response to strong condemnations and much pressure from the international community, as a whole, and the large majority of other African States in particular.

The changes in the international context brought many issues of State succession after decolonization,¹²³ which together with the acknowledgement of the right of peoples to self-determination, can be considered as the trigger of the current crisis of *classic* international law, from which it has not yet recovered: the former paradigm has not yet been totally replaced by the new, and it is hard to manage an international system resting on rules that corresponded to a context that became substantially different.¹²⁴

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

Jacob Zuma, as president of South Africa, in an official visit to Brazil in October 2009¹²⁵ stressed the elements for possible complementarities between both countries: *Brazil has faced and overcome numerous challenges that South Africa has yet to assume*. He listed the top five priorities of his government: employment, improvement of basic education, a high quality universal health system, land reform and the fight against criminality and corruption. These issues remain challenges for Brazil as well.

President Zuma also referred to South-South cooperation and stressed the role that the IBAS – the forum for debate set up by India, Brazil and South Africa – could play. He felt that rich countries should no longer dictate the rhythm of the global economy, and the new alignment would necessarily encompass the relations among emerging powers: *IBAS should serve as anchor for the construction of these new relations*.¹²⁶

After this short review of the states composing BRICS, we can turn our attention to the possibility of building a new model for international relations, under the aegis of the BRICS.

VIII. Is it possible to build a new model for international relations?

Interpreting the teaching of N. Machiavelli, as stated in *The Prince*, in 1513,¹²⁷ we can transfer from the *Prince* to each of us the responsibility for what we say and for what we do. The saying and doings of each of us do matter. As do the sayings and doings of politicians, on behalf of the States for which they serve; the value of these sayings notwithstanding. Machiavelli stressed the role of human perception both in personal life as well as in the life of society.

In an ambitious *critical study of history*, Helio Jaguaribe and co-authors (2001)¹²⁸ evoked the historical experience to show that the world order can be controlled by one power, as was the *Pax romana*; be managed by a regime of shared power by a group of dominant nations, as was the case with the European concert, in the 19th century; or by a dual power, as during the four decades of the Cold War era (1949-1989), until the dissolution of the USSR.

Now, how can a new world order be rationally and equitably established? There seem to be two possibilities: (i) the consolidation and generalization

of United States' hegemonic power, under a kind of a *Pax americana* – something that seemed unlikely due to the blunders and the lack of vision of the George W. Bush years (2000-2008) – or (ii) the formation of a multipolar regime, including the U.S., the European Union, and some large countries, such as Russia, China and a few others, leading to a regime of *Pax universalis*, under the aegis of the United Nations.

The second possibility may seem less likely, but is certainly the only acceptable, the first one having shown itself to be intrinsically and structurally not acceptable, for the rest of the world. Setting in parallel the *Pax romana* and what could be called the *Pax americana* seems to me more than an illusion.

“The flow of information and of capital render all balance less stable and the institutions more subject to change.”

Today's world is more diversified and more complex. The flow of information and of capital render all balance less stable and the institutions more subject to change.

For all the criticism that international law can be fragile, relations between States are not governed by force alone. The role of principles and norms of international law has to be followed by procedures for their implementation and performance control.

Other factors and circumstances, stemming from the actors of the international system are opposed to the consolidation of a *Pax americana*. Even if separately they do not weigh enough, the European States, as a group within the European Union, offer a dimension large enough to counterweight the hegemonic role of the U.S. Similarly, China, India, Russia and Brazil united as a block could ensure a minimum of institutional internal and external cohesion to offer a counterweight to the existing picture.

The balance for the entire international system, in addition, could have been guarded by the United Nations Organization (UN), if its existence and action had not been reduced to less than expected, due to the authoritarian attitude towards international law and international institutions adopted by the George W. Bush administration, fueled by the anti-UN attitude of certain U.S. officials, such as John Bolton.¹²⁹

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

Within this consideration on the role of BRICS, it is convenient to consider the possibility of building a new model for international relations. Some features of this model can already be identified:

- The construction of new models of cooperation, such as the BRICS, may rely on its historical foundation: all major changes in previous times resulted from the outcome of wars; whereas no war was waged to make room for the BRICS.
- The BRICS should avoid repeating the models of the past. The new world order should rest on legal foundations and acknowledge the existence of the values and principles of law, aiming to make international law operative in order to maintain and promote human dignity and the well-being of the largest possible number of people.
- The conditions of existence, validity and effect of a new, more equitable model for cooperation among States can be extracted from the development of international law.
- The construction of a BRICS international model could just as well find its sources of inspiration in

the economic domain: maintaining balanced trade relations despite cultural and political differences can contribute to the stability of relations among States, and survive the most devastating of factors: the inexorable flow of time. This has been the case under post-modern international law in connection with mandatory rules of general international law, such as: the prohibition of slavery, the fight against human trafficking, and the prohibition of genocide¹³⁰ and aggression¹³¹.

Due to its absolute necessity, the revision of models for international relations is under way, at the same time that new connections are being built among States and former parameters in international law are being replaced by new conceptions. We now turn to the review of international law in view of this revision and to find out how it can cope with the needs and operational requirements of the contemporary world.

IX. Contemporary international law and the revision of institutional and normative models

Thinking about contemporary or post-modern international law includes the revision of institutional and

normative models inherited from earlier times.¹³² If and to what extent such transformation is under way is not easy to follow, but is nonetheless required, in view of the inability of former models to deal with the necessities of today's world.

"It will become necessary to consider international law from a transcivilizational perspective, with focus on the BRICS in order to encompass the complexities of a multipolar system, leading to a truly global international law."

It will become necessary to consider international law from a transcivilizational perspective, with focus on the BRICS¹³³ in order to encompass the complexities of a multipolar system, leading to a truly global international law.

By contemporary standards, the recognition of general mandatory rules of international law is crucial for the determination of parameters for the action of States. These should consider:

- Conventional technical processes are not, as such, apt to manage the rules with equitable context; in

this framework of international relations, all treaties are to be adopted as per the model of principles and general mandatory rules of international law; therefore, equitable conventions require an equitable framework for international relations;

- New patterns in international cooperation should be developed, in view of equitable cooperation, keeping in mind the teachings of history to avoid repeating the errors of the colonial past; and
- A balanced model for trade and international relations based on the principle of reciprocity.

In order to make sense, the conception of a model for international law and relations based on equitable balance among partners should be considered not only with a humanitarian scope and with a will of reciprocal assistance, but especially as a long-term strategy.

The construction of this model may be an answer to classic international law: States can determine an equitable basis for their international relations. Building such a model is especially a matter of ensuring the human dimension: the world is ordered around the protection

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

of fundamental rights and freedoms, the premises of human dignity.

International law is capable of integrating an agenda of cooperation and dialogue among BRICS countries and between these and other countries (the BRICS+ agenda).

The conception of such a space for cooperation within BRICS should therefore integrate the heart of contemporary international law: the concern and the necessity for human contents and the international protection of human rights. This will allow States to integrate values and principles to the institutional and normative system, such as the protection of the environment and fostering the so-called *green economy* as adopted in the meeting of Ministers for the Environment of the BRICS countries, held in Moscow, in 2015.¹³⁴

In order to have an impact in the legal regulation of the world, the BRICS proposition has to be critical of the legal instruments, anticipating the requirements and challenges to come and finding constructive answers to new challenges facing international law.¹³⁵

Beyond the terrible lessons of war and violence, the experience of the 20th

century stressed the dilemma between the institutionalization efforts and the progress of codification of international law, and on the other hand, the recognition of cultural diversity and international law had to accommodate the clashes of conflicts.

International law will have to find ways and the means to overcome such tensions, in order to build an effective regulation of the *juste milieu – the fair middle ground*—in which it is inserted.¹³⁶

More than a surprise or a novelty, *post-modernism presents itself today as a paradigm*.¹³⁷ Knowledge changes and its valuation changes accordingly, to the extent that national societies are transformed. This creates a need to define criteria of post-modernism and ways of access to a legal system corresponding to the requirements of the future.¹³⁸

The present crisis of post-modernity may lead to improvements in international law to the extent that it adapts to the challenges of the time (history) and context (culture) in which it is designed to act, in order to enable a viable regulation of the world system.¹³⁹

The change of paradigm in international law today is not simply to take

the individual as a social dimension – a task already undertaken during the Enlightenment, in late 18th century: it is a matter of taking human beings as groups, such as in the development of the self-determination of peoples or the international protection of the environment.¹⁴⁰

It is a matter of featuring the sense and the scope of law in general and international law in particular.¹⁴¹ Four features of contemporary culture do have impact on law: pluralism, communication, narrative rendering of the scope of law, and the return of feelings – as expressed in the promotion of the international protection of human rights.

These new trends can be summarized as: pluralism of sources¹⁴² governing the law¹⁴³; pluralism of subjects to protect; pluralism of the accepted values, where dialogue legitimates consensus.¹⁴⁴ Values and principles have always a *double calling*,¹⁴⁵ and values are quite often subject to questioning.¹⁴⁶

As a heritage for law in the 21st century, Erik Jayme (2000)¹⁴⁷ recommends *autonomy* and *transparency*: law in the future should safeguard autonomy and freedom of the individuals, with transparency and information, as key aspects for self-determination¹⁴⁸

of each subject (not an object) of rights¹⁴⁹ and duties: the citizen!¹⁵⁰

The crisis of post-modernity in international law is a fact that has to be faced. The redemption of the founding values of civilization and culture¹⁵¹ may be the foundation for today's international law, with emphasis on tolerance of the others.¹⁵² Law as a whole and international law in particular¹⁵³ have experienced severe changes as a result of post-modernity.¹⁵⁴

We may now proceed to a brief overview of the possible institutional and normative model for the BRICS, and to ascertain which are to be the innovative elements of this model in view of the experience of the law and international relations.

X. An institutional and normative feature for the BRICS

Given its essentially innovative and reform-minded character, the BRICS model for cooperation cannot be set up and operate properly without conscious and firm engagement, accepted by its States. Such acceptance should first be conceptually established and then translated into practice. The crucial issue is the viability of this model.

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

The establishment of an efficient and stable model among these countries may be desirable, but necessarily includes formal commitments; to be observed to the extent each participant State is convinced that the very effectiveness of this model for international relations lies on its reciprocity.

This may seem difficult to put into practice, but that does not make it impossible. Building the BRICS may allow Brazil, Russia, India, China and South Africa to make a relevant contribution, not only to themselves, but also for the definition of an innovative model for international relations. The BRICS countries seem to be aware of and have repeatedly stated the need to redraw the existing world balance, badly in need of correction after seven decades of operation.

The construction of such a new and more comprehensive international model is possible and its first steps have already been taken. What remains to be ascertained is whether and how far this *new order* will rely of principles of justice, equitable treatment and observance of the scope and contents of international law and sustainable development – both repeatedly adopted in the final statements of successive BRICS summits – as emphasis

is added on principles accepted and applied internally, as a source of orientation for commitments, and also internationally, as guidelines formally agreed among the participants.

Concretely, it is necessary for the BRICS to decide whether and to what extent they are going to align themselves with a model governed by the use of force as a guiding rule for definition of priorities and by pure power politics as the criteria to define alliances in the present context of international relations.

The tone of the discourses pronounced both individually and as a block – since the Declaration of Yekaterinburg – might be read as making it likely for the BRICS to become just one more among some many more or less transitory groups in the international context.

On the other hand, we expect that past experiences of each of the BRICS States may provide the drive, not only to make them an innovative operational group in international relations, but also to conceive a new model for management of the relations among States – a new BRICS model could be both institutionally and normatively innovative on an international level as well.

"We expect that past experiences of each of the BRICS States may provide the drive, not only to make them an innovative operational group in international relations, but also to conceive a new model for management of the relations among States."

Our desires are not *per se* realities: if such a possibility exists, it can only be stated as a road map. This sounds promising, albeit a strong commitment towards insertion of shared values in international relations seems rather unlikely, in the context of the present world in general and of the BRICS in particular.

The feeble probability of an innovative institutional and normative model for the BRICS is due to the little regard of States for international law as a fundamental tool for the creation and consolidation of spaces at extra-national level. This can be noted in each State individually, and made all the more visible as interstate relations are at stake.

Can there be peaceful coexistence for the BRICS States governed by international law and international relations? Such coexistence of law and practice is the scope of many analyses, and the conception of international law as a simple function of codification of previous decision made through relations of force¹⁵⁵ in matters of politics and international relations, is not acceptable.

Law as a whole, and international law in particular, finds its intrinsic foundation in the protection of diversity: the present context is not a new one for international law. For the protection to be effective, the adoption of international parameters is called for.

The construction of international law has been achieved by acceptance of a set of principles, rules and institutions, which translated progressively into rules, some of them mandatory, which in turn are expressed through international institutions and implementation procedures. In such construction there is rupture as much as continuity, there is an historic succession with intervention of reciprocal borrowing among countries and different currents of international law.

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

If the record of past international legal compliance of the BRICS countries may at times seem discouraging, it should at least be expected that these States, to the extent they enter new alliances, could not expose themselves to the same mistakes of the past.

Within the BRICS, we must learn to what extent the specific historic features may impact the model and their search for international insertion, and ensure that this process may be conducted in conformity with international law and the peaceful settlement of international controversies.

As in other fields, history always plays a role, and the BRICS States could learn from the past, in order to draw new parameters for the future. Unlike Russia, India and China, which are nuclear powers, Brazil has chosen not to be one. This was a regional achievement, whereby Latin America was the first nuclear-free region, in accordance with the provisions of the Treaty of Tlatelolco. This situation may be perceived either as an asset or as a handicap, but is a concrete feature of *playing by the rules*.

Also unlike Russia, India and China, as former empires that have more or less clearly stated their respective

hegemonic claims, Brazil as an *empire*, lasted only from 1822 to 1889 but even so, Brazil has never been an empire in the *imperial* sense of the term. It never exercised domination over foreign or *colonial* territories submitted by force. Specifically, we can observe that the Cisplatine Province, before it became independent as the Republic of Uruguay, was part of Brazil from 1822 till 1828: at such date the local National Assembly voted in favor of uniting Uruguay with Brazil, and its later separation was more the result of pressure from Argentina and England, than due to the will of the Uruguayan population.

By and large however, Brazil has since remained a peaceful country, with two exceptions: its participation in the war against the aggression started by Paraguay, which resulted in the war of the so-called Triple Alliance – with Argentina, Brazil and Uruguay – against Paraguay, from 1865 to 1870; and its participation in World War II.

Also unlike China and India, Brazil severed its formal colonial ties in 1822, without the humiliations typically associated with foreign occupation. Clearly, both India and China still have to fight the shadows of their respective national past, and to achieve catharsis

of such traumatisms from history in order to establish with the Western world a relation less marked by the desire to impose their will by force. Being nuclear powers – as is Russia – is part of their desire to be assertive.

The heritage from the English colonial period still burdens India. On the other hand, the same period decisively contributed to shape modern India; the use of the English language, as one of the *official* languages in India helps to build a cohesion that it might otherwise lack at national level, due to its vast cultural, ethnic and language diversity.

Comparably, in a certain way, South Africa stills fights with its past, and with the contradicting European heritages left by the Dutch and the English, to build on a multiracial African basis, a complex society combining so diverse ethnic sources.

In many ways, China shows mixed feelings towards foreign influences. A more than slight Anti-western tone was clearly perceived in 2009 during the 60th anniversary celebrations of the regime installed by Mao Ze Dong, which his successors – with special mention to Deng Xiaoping – have since maintained, with major adjustments, including dropping the

strongest *communist* features from the Constitution and from economic life. We watch China celebrating its condition of emerging power, without hiding its intentions and pretenses.

The humiliation of being treated as a *no man's land* during the second half of the 19th century and the first part of the 20th century have not been forgotten by the Chinese and will not be easily put aside. When they complain about the aggressive and anti-western attitudes of the People's Republic of China, western powers, specifically the Europeans and the U.S. should not forget what their ancestors have done in China and with China.

As the USSR, *the other super power* during the four decades of the Cold War (1949-1989) and even before that, Russia was a strongly expansionist empire ruled by the Romanov family for three hundred years. Also to be noted is that Russia exercised its hegemonic colonial power without geographical discontinuity, extensively and substantially expanding over Central Asia, as well as in the region of the Caucasus, stretching to the end of Siberia, and over the Strait of Behring into Alaska –until the latter was purchased by the United States in the 1860's.

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

Out of the group, Brazil would be the most deeply rooted in Western tradition – combining elements of Christian European origin with many other imported and autochthonous elements – and the less threatening and less hegemonic of the BRICS. Brazil is part of the Western world; no matter how much the specific features of *Brazilian culture* may be debated. By contrast, the insertion of Russia within a European – or Western – tradition has been a much debated topic throughout its millenary history.

At least for the moment, South Africa has serious internal structural problems to solve. While this does not diminish its participation in the BRICS equation, its full insertion can not yet be fully assessed in view of the condition of its economy – with unemployment of the economically active population soaring to near 20%, combined with mounting xenophobia, leading to attacks against *foreigners*, albeit some may have been long settled inside the country.

It is true that parallel efforts may offer a space of flexibility and multiplication of choices and possible channels for the construction of the interaction, reinforcing agendas and fostering means of coordinated actions at international level. On the other hand, there is no

substantial difference of underlying concepts between the BRICS and the IBAS initiatives – the latter uniting India, Brazil and South Africa, for some common initiatives.

Due to structural similarities and common objectives, it seems perfectly possible that there be a common strategy, to have BRICS soon absorbing IBAS. The only distinguishing feature in IBAS is the emphasis that these three countries label themselves as *democracies*.

The possibility of expanding the scope of the BRICS efforts with the inclusion of South Africa in 2011, brings in a partner from another continent to reinforce the dynamics to which Brazil has committed and China insinuated itself economically.

Once they have overcome the internal obstacles – with the elimination of *apartheid* – which rendered the dialogue of South Africa with its African neighbors almost impossible, the BRICS perspective encompassing South Africa may acquire a broader dimension, with direct repercussions simultaneously in four continents.

Provided internal affairs are minimally ordered, Brazil could be in charge of

presenting and promoting the BRICS model, due to its less hegemonic and less threatening appearance, backed by its tradition of peaceful settlement of international controversies and the added asset of having diplomatic relations with (almost) all countries in the world. So far, Kosovo has not been recognized by Brazil, probably in solidarity to opposition against it, fiercely stated by Russia, supporting Serbia instead.

Logically, the BRICS perspective of the world has yet to be built, both internally as well as in its external projections. We may expect this to be done in the near future, as the world changes so fast and the quest for international insertion is always changing dynamically, in a world scenario marked by quick moves, especially during the last twenty five years.

Since its inception, the BRICS have extended their activities. The successive final statements, released after each annual summit, have grown substantially in size and in scope.

Operationally, the BRICS seem to have adopted two main plans:

1. Concerted action in meetings and international institutions: for instance the BRICS as a block,

together with Germany, opposed foreign armed intervention in Libya – and the tragic results of such intervention for the civil population of Libya proved them right; and

2. the construction of a multi-sector program of cooperation among its members: in addition to the heads of State, meetings have encompassed ministerial officers in quite different areas, from the Ministers of Finance to the Environment, as well as professional associations, customs officers, intelligence officers, and various other sectors.

Albeit in their annual summits the five members of BRICS reaffirmed their commitment to international law and multilateralism, as well as the recognition of the United Nations as the center and the foundation of the international institutional and legal system, the initial priority was and still is to deepen and to institutionalize the level of political interaction among the BRICS.

In the latest BRICS Summits – specifically during the 4th Summit, held in New Delhi in 2012; the 5th Summit, held in Durban in 2013; the 6th

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

Summit, held in Fortaleza in 2014; and the 7th Summit, held in Ufa, in 2015 – there were reiterated statements of the position of the BRICS as a space for dialogue and consensus-building on the international scene at large.

Furthermore, the BRICS States extended their voice to matters of the world agenda, notably economic and financial topics, and new political impulse towards the identification and the development of specific common projects, such as the BRICS Development Bank, and strategic sectors such as agriculture, energy and scientific-technologic cooperation.

Doubtless, the most relevant concrete achievement so far has been the creation of the BRICS Development Bank. During the 6th Summit in Fortaleza, in 2014, *Inclusive Growth: Sustainable solutions*, the registration acts of the new Bank were executed. In accordance with article 12 of the Declaration and Action Plan of Fortaleza, the Bank will have enough financial resources (combining a reserve fund, stipulated at US\$100 billion, and an initial capital of US\$50 billion in assets), destined to foster stabilization of payment balances and financing investment for the development of emerging countries

and underdeveloped countries. It has its seat in Shanghai, and an Indian national was its first president.

The BRICS Development Bank is still in its initial steps, rendering any evaluation of its achievements a prospective exercise. But its creation clearly intended to show that these five States hope to redesign international financial institutions, beyond the criticisms against the existing stalwarts, such as the IMF and the World Bank Group.

We may now turn to the question of the future of the BRICS, which fit perfectly well into the scenario described by Zygmunt Bauman and Ezio Mauro, in **Babel** (2015): *suspended between a 'no longer' and a 'not yet', ours is the undecipherable time of interregnum*.¹⁵⁶

XI. The future of BRICS?

The question mark above is not there by chance. The *BRIC perspective on cooperation* as stated herein is not only relevant for these five countries; it could also serve as leverage for setting up a new international model, after the collapse of the East-West confrontation model that reigned during the Cold War, and the failure of the attempted and short-lived unipolar world ruled by the United States. But, in my view,

the BRICS can only make sense to the extent that they bring new elements to the institutional and normative international system, in accordance with international law.

Relevant and interesting common work has been done mostly with colleagues from Russia and others in connection with the *legal aspects of BRICS* over the last five years.¹⁵⁷

This includes getting to know each other's language and culture, as well as each legal system, and also become familiar with the respective attitudes towards international law and its implementation in each of the countries concerned, while learning that apparent differences are not as relevant as they may initially seem. We are all human beings, driven by the same needs, no matter the country, the language and the environment in which we grow and are educated.

In his lecture in a seminar held in São Paulo University Law School in September 2013 with eight colleagues from Saint Petersburg and Moscow, Ambassador Carlos Henrique Cardim remembered a phrase from the Brazilian sociologist Gilberto Freyre, according to whom *Brazil is a tropical Russia*. This is an eloquent way of

showing that differences are not as substantial as they may seem: there are amazing similarities in different areas of life and culture.

I deem timely to remind the reader that *the BRIC perspective on cooperation* can be a good example of communication and cultural exchange, which can lead to higher degrees of cultural intermingling. As such, the BRICS could turn out to be evidence of a better way to work with intercultural issues and build an inter-civilizational approach to international law.

Allow me to stress that there are precious legacies from the past which have not always been easy to handle but deserve to be maintained for the future, as a living repertoire of intercultural dialogue. Brazil itself is enough evidence of the mix of different cultures and traditions, a true *melting pot* blending different cultures and ethnic origins together, not just setting one alongside the other.

In that same sense, precious legacies can be provided, for instance, by the regions where more extensive cultural intermingling occurred: these are precious fields for the development of that intercultural dialogue.

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

The rich and varied historical legacy of China offers some examples: the area in the extreme North-east around Harbin could be a symbol for the Russian-Chinese relations, such as in South-east China, the case of Macau is a precious legacy for the ongoing and future relations of China with the eight-member community of Portuguese speaking countries, including Brazil.¹⁵⁸ And nearby Hong Kong is not only a metropolis in itself, but also a much needed bridge for dialogue between China and the English-speaking world, as well as a tremendous business and financial center.

Looking to the future is also the time and place to remember history, and learn from examples of peaceful dispute settlement –for instance the border between the Chinese and Russian empires was drawn along the Amur River by the end of the 17th century. The matter is eloquently reported; to the extent we can trust the comments of Voltaire on this topic.

During the time of *classic* international law, which I frame from the mid-17th until the mid-18th centuries,¹⁵⁹ despite its claims of civilization, Europe was engulfed in never-ending wars. This prompted Leibnitz to insist that China be taken as a parameter of civilization

for Europe, and not for Europe to impose its parameters on China.¹⁶⁰

During the same period, relations between the Russian and Chinese empires was aligned with the peaceful settlement of controversies, when their respective processes of territorial expansion came to be in contact with each other, along the Amur River; the Russians coming from the North and the Chinese, heading Northeast looking for land that was fit for agriculture, opening forests in Manchuria.¹⁶¹

As a result of these interactions between the empires, Chinese tea was adopted by the Russians, and was turned into their national customary drink, in addition to *vodka*. In order to assess the relevance of tea in Russia, consider how often and how many novels and tales in Russian literature revolve around the samovar, as the place and time not only for drinking tea itself, but also for engaging in conversation. How

“Looking to the future is also the time and place to remember history, and learn from examples of peaceful dispute settlement.”

substantially different would Russian literature be had tea not been introduced into Russia from China at that time?

Having reached the same area, and in need of seeing eye to eye on the sovereignty over the respective shares of land, the Russians and the Chinese signed the treaty of Nertchinsk (1689), according to which the Chinese gained the entire basin of the Amur, and kept it until the middle 19th century. The border between China and Russia was thus fixed at the river.¹⁶²

Voltaire, the French writer of the Enlightenment, better known as a historian than as philosopher, pointed out in *History of the Russian Empire under Peter the Great* (1760-1762, ed. 2010)¹⁶³ how China and Russia had been able to solve their border issues without going to war. Of course, these statements are made from the perspective of an 18th century Western individual, but his rendering is worth quoting:

It was in these two countries, China and Russia, unknown for so long that controversies arose about the borders of their respective empires. Russia had some fortifications on the border of the Amur River, three hundred leagues away from the Great Wall. There were many hostilities among the Chinese and the Russians, due to these fortifications.

Finally, both States understood how they could best protect their interests: emperor CAM HI [KANG XI] preferred peace and commerce, rather than wage a useless war. He sent seven ambassadors to Nipchou, one of these settlements. These ambassadors had something like ten thousand men with them, including their retinues. This was Asian opulence.

But most remarkable was the fact that there was no precedent at all, in the registers of the history of the Empire, of an embassy sent to another power. What is also equally unique is that the Chinese had never before signed a peace treaty, since the foundation of the Empire.¹⁶⁴

Voltaire also narrated how the negotiations had been conducted and how the treaty had been drawn between the Chinese and the Russian empires, using Latin as the language for the negotiations and for the record of the understanding reached by both sides:

In which language could the Chinese deal with the Russians in the middle of the deserts? Two Jesuits, one Portuguese, named Pereira, and the other French, named Gerbillon, had left Peking with the Chinese ambassadors, solved all their difficulties and were the true mediators.

They spoke in Latin with a German member of the Russian Embassy, who commanded that language. [...] The two Jesuits regulated

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

the limits of these two dominions: they were set at the river Kerbechi, near the very spot where they negotiated. The south was kept by the Chinese, and the north by the Russians.

The cost for this was just a small fortress, which had been built beyond those limits; they swore everlasting peace, and after some contestations, the Russians and the Chinese ascribed same to the same God in the following wording: 'If anyone ever has the secret thought of alighting the fire of war, we pray the Sovereign Lord of all things, who knows all hearts, to punish these traitors by sudden death'.¹⁶⁵

Voltaire, notwithstanding his harsh criticisms against what he saw as the shortcomings of international law at classical times, also recorded the occurrence and the positive effects of the intelligent use of mechanisms for the peaceful settlement of controversies. He emphasized the importance given by these two large powers to precedent: for Voltaire, Russia and China had thus given an example to the European powers of the time, engaged in constant wars, against each other.

This lesson deserves to be kept in our memory. There is a direct link between this little historical outing and the scope and the purpose of my paper, about the future of the BRICS and the role it can have in the evolution of the world.¹⁶⁶

How does the future of BRICS now stand? On the one hand, there are recent and promising developments, such as: i) the creation of the BRICS Development Bank – with head-quartered in China, first led by an Indian CEO, having a Brazilian head of the Council; and ii) the adoption of common policies, for instance in environmental matters. Considering the relevance of the BRICS countries as worldwide growing producers of pollution and environmental damage, this can be a relevant step not only for the countries concerned, but for the world at large.

On the other hand, however, matters concerning the future of the BRICS, in my view, have to be followed by an intrigued question mark, for several reasons.

"Matters concerning the future of the BRICS, in my view, have to be followed by an intrigued question mark, for several reasons."

These reasons may be briefly stated: pertaining both general issues and also matters concerning each of the participant States. Before having reached any institutional structure, the development of the BRICS initiative has turned somewhat doubtful since its inception six years ago.

Whether and how far it can be continued, if and to what extent the discourse adopted by the BRICS countries can be carried on, from this point in time onwards are the great questions.

The BRICS, as I stated, could make sense to the extent that they would not just be *more of the same*. As the BRICS initiative started, it was hailed as part of a *new world order*¹⁶⁷ as the voice of the new millennium, drawing guidelines for a better world, guided by stronger observance of international law, the peaceful settlement of international controversies, the strengthening of the United Nations system, with its related international organizations – as each of the final statements of the BRICS country yearly meetings stated and reinforced, along the years, since the inception of the initiative.

I believe and have said and written that the BRICS could be the element of a

new world order, and I have lectured thereon in New Delhi and Brasilia, already in 2009, and since then at several Universities, such as Berlin Humboldt University, the Universities of Salamanca, in 2011, Leiden, in 2013, and Florence, in 2014, as well as at the Dutch Ministry for Foreign Affairs in the Hague, in 2013, extensively since 2010 at the Universities of São Paulo and Macau, a couple of times each at the Universities of Rome I (La Sapienza) and Rome II (Tor Vergata) as well as at the National research university in Saint Petersburg, in 2011 and again in 2014, and at the Latin American Institute of the Russian Academy of Sciences in Moscow, in 2014.

Furthermore, I have published books about BRICS, one in Brazil and another in France,¹⁶⁸ as well as chapters on BRICS in books published in Russia, in Italy, in Brazil and elsewhere. And also, I have chosen BRICS as the subject of this course in 2015.

However, as of now, I must admit to have serious doubts about the viability of carrying on this initiative. And I deeply regret the present condition of the matter.

As a law professor I am entitled to my own opinions, and to be allowed

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

to voice them in courses and in publications,¹⁶⁹ and to state them before government officials and the media in general, and I am not bound to please my own or other governments with my opinions. However, I am aware that I have to bear responsibility for the statement thereof same. As I do: the concern is respectfully exposed.

What could be the scope of the BRICS? The question remains open, as the share of responsibility in world order for the BRICS countries has not yet been assessed. The expectation was that the BRICS would go beyond the world division of the Cold War, and the subsequent years of failed American preeminence, which dwindled so quickly due to the misuse of priorities, among which stand paramount the disasters of the George W. Bush years (2000-2008), whereby progress made in the preceding decade was reversed. A full recovery has yet to be achieved despite all the efforts of the Obama administration (2009-2016). Furthermore, the world view of some of the Republican potential candidates are so gruesome, that there are serious reasons for fearing for the future of the planet, in the event that one of these well-polished gentlemen does reach the presidency of the United States.

As for country-specific issues, we must be frank and state things clearly, in order to make any progress. This is mandatory for the academic and intellectual thinking, not bound by governmental policy and talking restrictions. Politically-correct talk will lead us nowhere, in the advancement of learning and knowledge. Let me then present the reader with a list, following the alphabetical order of the BRICS acronym:

1. In its foreign policy and functioning of the foreign service, Brazil has moved from the megalomaniac approach of the Lula years (2003-2010) with a substantial increase in the number of Brazilian Embassies abroad – which is a positive thing *per se*, but was carried out in a hasty and unplanned way – and the foreign policy has been reversed to almost total indifference in the Dilma Rousseff years (since 2011, reelected 2014, for a second term).

The number of embassies and external projection seems to have grown too fast. The lowering of the standards for admission into the Brazilian diplomatic service - historically a nucleus of excellence and professionalism - and the rising costs resulting from the a greatly

increased number of Brazilian embassies, and the mostly positive efforts to ensure a Brazilian presence abroad, have brought forth a crisis in the diplomatic service, as funds are lacking even to pay annual dues to several international organizations and institutions of which Brazil is a member, from the United Nations to the International Criminal Court, and bills from all the embassies do pile up. It is shameful; no comments can be added to soften the picture. But this is evidence of the low estimation of the foreign policy issued by the current government.

2. In general, the Brazilian economy is in recession – its growth was 0.1 in 2014, while the expected figure ranges somewhere around minus 3.7% for 2015, and again at least minus 2.5% in 2016, hopefully something above zero or closer to zero as economic ‘growth’ expected for 2017.

How has this been achieved? It is the result of a combination of mismanagement and poor planning by the federal government, coupled with corruption on an unprecedented scale, mostly by way of diverting public funds for keeping the official party \ and its allies in the top position in power. What is going on is not only corruption: it is the

intentional, widespread and organized diversion of funds, from large state-owned companies, such as was done with PETROBRAS, the Brazilian Oil Company, and other institutions, such as the National Development Bank (BNDES), in order to buy support from *allies* from other political parties, thus keeping the party in power, notwithstanding all the evidence. While investigations drag on, already some former stars of the Worker’s Party are now in prison.

Major issues such as public education, health care and infrastructure remain with low rates and worsening forecasts, whereas violence and criminality rates increase. Clearly, a country in such a condition is not entitled to lecture others on how world issues should be managed. And there are more rotten spots to be cleared, as they start popping up like mushrooms.

3. To a considerable degree, Russia has lost face due to the dissonance between discourse and action in international matters, with the 2014 annexation of Crimea and the on-going undeclared Russian occupation of the Eastern parts of the Ukraine, namely the areas around Donetsk and Luhansk. This lead to the adoption of sanc-

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

tions from the European Union countries, from Japan and from the United States.¹⁷⁰ Roughly 20% of Georgian territory is still occupied and controlled by Russian or pro-Russian forces. Tiny Moldova risks Russian-fueled separatism, potentially losing the Transdnistria region to Russia.

These unilateral uses of force, in violation of the UN Charter, the peaceful settlement of controversies and the territorial integrity of other sovereign countries return to a past, from which we all expected to be free, when countries could redraw boundaries with the use of armies. In today's world, occupation is no longer valid as a title for acquisition of territory – as declared the International Court of Justice in its 2004 opinion on *the legal consequences of the construction of the wall in the occupied Palestinian territories*.¹⁷¹

We all know that this was the practice of the Russian Empire for centuries, over its vast conquered territories, encompassing eastward all of Siberia to the borders of the Pacific and beyond the Strait of Behring into Alaska, while a similar expansion also occurred westward, including the partitions of Poland in the 18th century, and towards the south, progressively taking control

of the Black Sea area, and particularly Crimea, from the decaying Ottoman Empire.

Moreover, the same *imperial* policy of territorial expansion was practiced during Soviet times. But through these recent actions, post-communist Russia, claiming that the world should from now on work differently, faces a substantially loses legitimacy to any claim of a new world order.

4. As for India, the enormous internal needs notwithstanding, the nationalist trend of the present government does not seem to prioritize the country's insertion in efforts to be partner in initiatives like the BRICS or the IBAS, in favor of a new world order. The high level of tension with Pakistan over control of the Kashmir region, is complicated by the fact that both India and Pakistan are nuclear powers.
5. Due to the present conditions of their respective national economic systems, India, Russia and Brazil have also in common that they risk losing investment rating, which can be troublesome for receiving foreign investment in the future.

6. Regrettably, a rising world power such as People's Republic of China is losing face for a minor issue – as evidenced by the raising tension in South China Sea and possible conflicts with South Korea, the Philippines, as well as with Japan around the issue for the control of the Diaou-Senkaku Islands. In view of history, this may be understandable, for a country having been extensively and gravely humiliated by the Western powers, especially since the time of the Opium wars, around the middle of the 19th century. Not forgetting that these humiliations lasted for almost one century, until the expulsion of the Nationalist government led by CHANG Kai Chek and the establishment of the Communist party rule, under MAO Ze Dong, since 1949 – recovering the national pride and the conscience of its history is part of the job, while also working to achieve more assertive international insertion. Thereby China is reworking the burden of that dark 'semicolonial' past, although certainly not giving back all that it received from the foreign powers. This may be understandable, but is hardly acceptable for a country wishing to be a major world power.
7. The reception by Chinese President, in Beijing, in September 2015, of President BASHIR of Sudan – against whom two arrest mandates were issued by the International Criminal Court, in 2009 and 2010 – officially welcomed as 'old and good friend of China' certainly shows the 'independent' line of the foreign policy of the People's Republic, but does not improve record of compliance with international law and institutions by this country as part of the BRICS.
8. As for South Africa, economic crisis and unemployment reaching up to 20 or 25% of the work force of the country – figures for 2015 – have led to new upsurges of nationalist intolerance and violence against foreigners, living in South African territory: we should not forget that these are refugees that came from other African countries, who established themselves there, and prospered with hard labor in their respective small economic initiatives; same are being killed, their shops are being burned and they are being driven out of the country. Can a country in such a condition voice any criticism towards others, and be a

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

relevant partner in an initiative to draw a new world order?

9. In view of the foregoing, how can BRICS become true? How can it play a relevant role in the shaping of a new world order? Each of the countries should keep a clean record first, and subsequently they could try to achieve something new and relevant for the entire world, working together.
10. The BRICS summit final statements, issued after each of the yearly meetings, have in seven years added up a long and interesting list of relevant international topics, from reform of the international financial institutions to the restructuring of the U. N. Security Council, and much more. All these statements lose force and relevance, in view of the present conditions of each and all of the BRICS countries.

XII. Concluding remarks

The innovative character of the BRICS perspective is precisely the fact that these countries achieved a new feature in international relations within a peaceful context: no major war was waged in order for the BRICS

countries to reach the inflexion they already represent in the world context.

These countries may take care of each other's central concerns on issues of international relations – such as the support Russia was given by the other BRICS countries, in favor of its entrance in the World Trade Organization, which already occurred, and to a certain extent was already under way; in a similar way, such support was much favorably perceived when Russia more openly and China more discreetly stated their support towards Brazil and India, favoring them having a more relevant role in the U.N. Security Council, which seems less likely.¹⁷²

“The BRICS as a group may contribute to formulate a new model of international insertion and cooperation. The perspective is there; it still has to be put into proper operation.”

At the same time, the BRICS as a group may contribute to formulate a new model of international insertion and cooperation. The perspective is there; it still has to be put into proper operation.

The BRICS could bring into existence an independent and original model for the world development: caring about respective fundamental concerns, while at the same time ensuring more dialogue and cooperation with third countries. And also acting together in order to establish an international legal, economic and political order featured as fairer and more legitimate, more open and more aware of central issues, like the need of concerted action for the protection of the environment, among central questions, at world level.

Some features do already seem to be clearly stated, in connection with two often repeated mantras, one is ‘cooperation’ and the other, ‘interdependence’:

- Cooperation has a vital role to play in today’s world – this is already known and largely applied, and will remain a necessity for all states and an useful tool for international relations;

- Interdependence of states is growing in the present world, thus making cooperation mandatory, and one condition for all discourse and practice in each country.

The core issue is to what extent can cooperation be achieved with *«added*

values»? Is there a possibility for the BRICS to build a new model?

It is time to redraw the world order, dating back to the aftermath of world war second – this year exactly seven decades have elapsed since that point in time, and albeit the world has substantially changed since 1945, the international system remains basically the same, as concerns the balance of power within the United Nations, the International Monetary Fund, the World Bank group and so forth.

What could be at the reach of the BRICS countries is to answer that expectation of change in conformity with international law, as has been consistently stated in every summit of the BRICS countries, in the statements made each year, since 2009 to this year. This is a keynote speech for the BRICS: thereby they could add a new level of compliance with international law into the international institutional system.

Countries participating in the BRICS – Brazil, Russia, India, China and since 2011 also South Africa – have clearly stated the need to cope with the changes that occurred in the world order in a constructive way, as well as pointed out the shortcomings of the existing model and operational devices.

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

International institutions already existing not only are to be maintained in their view, but also improved, in order to better respond to the needs in the present world context: redrawing the quotas and participation in the financial institutions is something which the BRICS countries have insisted in their respective final statements at the end of each yearly summit.

It is time to redraw the world, under new features. The old formulas are tired, and their results shown to be not sufficient.

Clearly, cooperation among the BRICS cannot be considered only for internal use. The new world context is clearly a multipolar one. This is in preparation. And this is necessary and should be welcome, but the « added values » are not yet clearly established.

It is a matter of a « world order based on international law » and the BRICS countries should avoid repeating the errors from the past.

In this picture, it is a matter of a new world order, axed on certain principles:

- the central role of the United Nations Organisation in the world system – but not forgetting the

need of revision of this structure and the sharing of powers within the Security Council:

- *the use of force should be avoided in the settlement of international controversies»;*
- a stable and reliable world order, based on rules of international law and shared civilization values;
- redrawing international financial institutions of public character, while also providing a new channel for financing development with the BRICS Development Bank;
- at the same time controlling in a more efficient way the private financial institutions, including rating agencies, to the extent that risky actions adopted by same had considerable impact on the financial crisis since 2008;
- volatility of prices of ‘commodities’ and the price of energy cause damages to the world economy as a whole, and some of those fluctuations can be jointly managed, in order to become less acute.

These principles are not new in their formulation, but the innovation will be the way they can be put into practice.

The BRICS countries have already reached some perception of shared interests, but a common strategic agenda is yet to be built. There is potential for the exercise of leadership at world level: be it to reach same, be it to join same, and all this is to be done in a concerted way.

There are multiple challenges in the troubled times we are living, not only in areas already perceived. It is a matter for the BRICS to affirm their influence on the world scene, not only politically and economically, but also at the international legal level, to help shaping the institutional and normative system, for the present and the near future.

This revised version for publication was completed in December 2015.

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

¹ See for instance P. B. CASELLA, *Tributação internacional no BRIC: histórico e perspectiva in Brasil, Rússia, Índia e China (BRIC): estrutura dos sistemas tributários e suas implicações no desenvolvimento e na performance do comércio exterior*, edited by Marcos Aurélio P. VALADÃO e Antonio de Moura BORGES, Brasília: Agência brasileira de desenvolvimento industrial – ABDI / Univ. católica de Brasília, 2011, 2 vols., ISBN 9788561323271, pages 407-413.

² I have believed the BRICS could be the “element of a new world order”, and I lectured thereon at the Humboldt University in Berlin, in 2012, as well as in several other Universities, such as Brasília and New Delhi, already in 2009, and in 2015 at the 67th Annual meeting of the Brazilian Society for the progress of the sciences (SBPC) at São Carlos Federal University and in August 2015, in addition to this Course, also at the Brazilian Congress of International law, held in Fortaleza. I have devoted entire graduate courses to the subject, both at the University of São Paulo (2010 to 2015) and University of Macau Law Schools (in 2010, 2011 and 2012), and lectured on the same topic, at the University of Salamanca, in 2011, at the University of Leiden, in 2013, and at the Dutch Ministry for Foreign Affairs in the Hague, as well as extensively at the Universities of Rome I (La Sapienza) and Rome II (Tor Vergata). I have co-organized a Seminar on the BRICS, with participation of eight Russian colleagues, from Moscow and Saint-Petersburg, at USP, in September 2013, as well as I participated in Seminars on the BRICS held at the National research university in Saint Petersburg, in 2011 and again in 2014. I have also lectured thereon at the Latin American Institute of the Russian Academy of Sciences in Moscow, in 2014, and published a book about BRICS in Brazil, and another book on the topic in France, by editions PEDONE, as well as chapters on BRICS in books published in Russia, in Italy, in Brazil and elsewhere. Now I feel somewhat more skeptic about the future of this initiative ...

³ Also as a bridge for dialogue among different legal traditions and legal systems. As mentioned by Carlos Henrique CARDIM, *A luta pelo princípio da igualdade entre as nações – Rio Branco e Rui Barbosa na Conferência de paz da Haia de 1907*, in the volume *II Conferência da Paz, Haia 1907 – a correspondência telegráfica entre o Barão do Rio Branco e Rui Barbosa*, Brasília: FUNAG / Centro de história e documentação diplomática, 2014, p. 11-29, quoted p. 28, my translation: “Brazil and Russia have common roots in Roman Law, in contrast with the Anglo-saxon countries, inspired by ‘common law’. This topic could be, even today, more usefully handled in our bilateral relations, including in connection with the BRICS.”

⁴ Aleksander Sergueievitch ORLOV, Aleksander Iurievitch POLUNOV, Iuri Iacolevitch TERESHENKO, *Osnovi Kursa Istorii Rossii*. Moscou: Prospekt, 2015, ‘Vvedehnie’, pages 3-16, quoted p. 6.

⁵ My views on the topic were extensively stated in P. B. CASELLA, *Fundamentos do direito internacional pós-moderno* foreword by Hugo CAMINOS, São Paulo: Quartier Latin, 2008, ISBN 9788576743361, esp. chap. XI, ‘*creatio ex nihilo*: justice e força’ and chap. XII, ‘*direito e relações internacionais: coexistência pacífica?*’, pages 831-876 and 877-958, respectively.

⁶ Thomas FRANCK, *The power of legitimacy among nations* Oxford: University Press, 1990, esp. chap. 10, ‘*Coherence and legitimacy*’, pp. 150-182. See also: Thomas M. FRANCK, *The empowered self: law and society in the age of individualism* Oxford: University Press, 1999; Thomas M. FRANCK, *fairness in the international legal and institutional system: general course on public international law* The Hague: Collected Courses of the Academy of International law - RCADI, 1993, t. 240, pp. 9-498.

⁷ On the topic, see specifically P. B. CASELLA, *Direito internacional no tempo clássico* São Paulo: Atlas, 2015, 761 pages, ISBN 9788597001846; CASELLA, *Direito internacional no tempo moderno de SUAREZ a GRÓCIO* São Paulo: Atlas, 2014, xxx+ 665 p., ISBN 9788522482870; CASELLA, *Direito internacional no tempo medieval e moderno até VITORIA* São Paulo: Atlas, 2012, x + 654 p., ISBN 9788522473120; CASELLA, *Direito internacional no tempo antigo* São Paulo: Atlas, 2012, xiv + 472 p., ISBN 9788522462957.

⁸ As was attempted since 1991 with the Common Market of the South, the MERCOSUL, including Argentina, Brazil, Paraguay, Uruguay, joined thereafter by Venezuela. See thereon, P. B. CASELLA, MERCOSUL in *Intergovernmental Organizations – International Encyclopedia of Laws*, General editor Prof. R. BLANPAIN, The Hague: Kluwer Law International, 2007, Nr. 29, 158 pages; CASELLA, *European Union – MERCOSUR relations in The European Union at 50: assessing the past, looking ahead*, edited by Paulo Canelas de CASTRO, Macau: University of Macau, 2010, ISBN 97899965 10120, pages 411-433; CASELLA, *Instituições do Mercosul* Brasília: Senado Federal/Associação Brasileira de Estudos da Integração, vol. 14, 1997, 98 pages, ISBN 8570181728; CASELLA, *Mercosul exigências e perspectivas – integração e consolidação de espaço econômico* São Paulo: LTr Ed., 1996, 220 pages, ISBN 9788573 220988; CASELLA and V. L. LIQUIDATO (edited by) *Direito da integração* São Paulo: Quartier Latin, 2006, 480 pages, ISBN 9788576740889; CASELLA and R. E. SANCHEZ (edited by), *Quem tem medo da ALCA? – Desafios e perspectivas para o Brasil* Belo Horizonte: Del Rey, 2005, 666 pages, ISBN 8573087854; CASELLA (edited by) with Nadia de ARAUJO, Guilherme F. NASCIMENTO and Paulo H. VARGAS, *Mercosul, integração regional e globalização* Rio de Janeiro: Renovar, 2000, xii + 1148 pages, ISBN 9788571471702; CASELLA and N. ARAUJO (edited by) *Integração jurídica interamericana – as Convenções Interamericanas de direito internacional privado (CIDIPs) e o direito brasileiro* (São Paulo: LTr, 1998, 664 pages, ISBN 9788573224115; CASELLA and A. A. MERCADANTE (edited by) *Guerre commerciale ou integração mundial pelo comércio – a OMC e o Brasil* São Paulo: LTr, 1998, 856 pages, ISBN 9788573 224276; CASELLA, BAPTISTA and MERCADANTE (edited by) *Mercosul – das negociações à implantação* São Paulo: LTr, 2ª ed., revised and updated, 1998, 440 pages, ISBN 9788573 225051; CASELLA (edited by) *Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL – após o término do período de transição* (São Paulo: LTr, 1996, 806 pages, ISBN 9788573221329; CASELLA, BAPTISTA and HUCK (edited by) *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas – estudos em homenagem ao prof. Irineu STRENGER* São Paulo: LTr, 1994, no ISBN stated, 606 pages; CASELLA, *A Comparative Approach to Competition Law in the European Communities and the MERCOSUL* Saarbrücken: Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut – Sektion Rechtswissenschaft, vol. Nr. 301, 1993, 72 pages; CASELLA with Ana M. O. NUSDEO, *The competition policy of Brazil* in *Polityka Konkurencji w Krajach Wschodzących Rynków*, edited by Roman PATOVA and Ryszard PIASECKI, Lodz: Kollegium Wydawnicze Społecznej Wyzszej Szkoły w Lodzi, 2001, 2 vols., vol. I: 236 pages, ISBN 8388384252; vol. II: 156 pages, ISBN 8388384260, at vol. I, pages 189-198.

⁹ As presented, i.e., in P. B. CASELLA, *BRIC – à l'heure d'un nouvel ordre juridique international* Paris: Pedone, 2011, 208 pages, ISBN 9782233006264; CASELLA, *BRIC – Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul – uma perspectiva de cooperação internacional* São Paulo: Atlas, 2011, x + 174 pages, ISBN 9788522461134.

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

¹⁰ See for instance, P. B. CASELLA, *Pax perpetua – a review of the concept from the perspective of economic integration* in *Dimensão internacional do direito: estudos em homenagem a G.E. do NASCIMENTO E SILVA*, edited by P. B. CASELLA, São Paulo: LTr, 2000, ISBN 9788573 227215, pp. 69-88.

¹¹ P. B. CASELLA, *International development law and the right to development in post-modern international law* in *Droit international et nouvelles approches sur le tiers monde: entre répétition et renouveau / International law and new approaches to the third world: between repetition and renewal* edited by Mark TOUFAYAN, Emmanuelle TOURME-JOUANNET and Hélène RUIZ-FABRI, Paris: Société de législation comparée, 2013, ISBN 9782365170178, p. 261-280; CASELLA, *Legal features and international structures for the MERCOSUR. The Common Market of the South as it stands (after the end of the transition period)* in *Le partenariat entre l'Union européenne et les Amériques*, edited by Catherine FLAESCH-MOUGIN and Joël LEBULLENGER, Paris: Ed. Apogée – diff. PUF, 1999, ISBN 2843980437, pages 79-92; CASELLA, *Globalização e integração econômica* in *A Soberania*, edited by Celso de Albuquerque MELLO, Anuário direito e globalização – PIDIG – vol. 1, Programa interdisciplinar direito e globalização – UERJ, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, ISBN 9788571 471436, pages 71-97; CASELLA, *From dispute settlement to jurisdiction? Perspectives for the Mercosur* in *International Trade Law and the GATT/WTO Dispute Settlement System*, edited by Ernst-Ulrich PETERSMANN, London/The Hague: Kluwer Law International, 1997, ISBN 9041106847, pages 553-558; CASELLA, *Quadrilateral perspective on integration in the Americas: a view for the MERCOSUR and Brazil* in *Evolution of free trade in the Americas*, edited by Louis PERRÉ with Judy KORECKY, Montreal: Wilson & Lafleur, 1997, ISBN 289127458-X, pages 127-155; CASELLA, *The results of the Uruguay Round in Brazil: legal and constitutional aspects of implementation* in *Implementing the Uruguay Round*, edited by John H. JACKSON and Alan O. SYKES, Oxford: Clarendon Press, 1997, ISBN 9780198 262367, pages 441-455; CASELLA, *A integração econômica e seu tratamento constitucional* in *Mercosul – desafios a vencer*, edited by Fernando A. de A. MOURÃO, São Paulo: CBRI – Conselho brasileiro de relações internacionais, 1994, pages 89-101.

¹² Wiping Palmyra out of the map was a choice made by ISIS because same was considered relevant by Westerners, and had been declared world cultural heritage by UNESCO. On the sad topic see Paul VEYNE, *Palmyre – irremplaçable trésor*. Paris: Albin Michel, 2015, quoted from the 'Introduction', p. 10: "c'était mon devoir d'ancien professeur et d'être humain de dire ma stupéfaction devant ce saccage incompréhensible et d'esquisser un portrait de ce qui fut la splendeur de Palmyre qu'on ne peut plus désormais connaître qu'à travers les livres". Before systematic destruction was carried out, see also Henri STIERLIN (texte et photos), *Cités du desert – Petra, Palmyre, Hatra – L'art antique au Proche-Orient*. Fribourg, Suisse: L'office du livre, 1987.

¹³ P. B. CASELLA, *Direito internacional no tempo clássico*, São Paulo: Atlas, 2015; P. B. CASELLA, *Direito internacional no tempo do iluminismo*, in preparation; Jacques-Alain de SEDOUY, *Le concert européen – aux origines de l'Europe (1814-1914)*, Paris: Fayard, 2009.

¹⁴ Eric HOBSBAWN, *Globalisation, democracy and terrorism*, © 2007, published in Portuguese as, *Globalização, democracia e terrorismo*, trad. de José VIEGAS, São Paulo: Cia. das Letras, 2007.

¹⁵ Joseph E. STIGLITZ, *Making globalization work*, New York: Norton, 2006, cit. p. xvi e 24: “All human institutions are imperfect, and the challenge for each is to learn from the successes and failures” wherefrom comes the need to stress lasting contents and to put “weight on values, like culture, the environment and life itself.”

¹⁶ As compared, twenty years ago, in P. B. CASELLA, *Integration in the Americas: an overview*, Yearbook of European Law, Oxford: Clarendon Press, 1996, vol. 16, pp. 405-422.

¹⁷ Ahmed MAHIOU, *Le cadre juridique de la coopération sud-sud: quelques expériences ou tentatives d'intégration*, The Hague: Collected Courses of the Academy of International law - RCA-DI, 1993, t. 241, pp. 9-194.

¹⁸ See Bryna GOODMAN and David S. G. GOODMAN (edited by), *Twentieth-century colonialism and China*, London: Routledge, 2012; in his book Jean CHESNEAUX, *L'Asie orientale aux XIX^e et XX^e siècles*, © 1966, published in Portuguese, *A Ásia oriental nos séculos XIX e XX*, translated by Antonio Rangel BANDEIRA, São Paulo: Pioneira, 1976, shows two successive phases of action of Western powers in Eastern Asia : a first period up to 1890, and a second one from 1890 to 1937. See also Jean MARTIN, *L'empire renaissant 1789-1871*, Paris: Denoël, 1987 ; also *L'Histoire générale de l'Afrique*, especially vol. VII : *L'Afrique sous domination coloniale 1880-1935*, edited by A. Adu BOAHEN, Paris : Présence africaine / Edicef / Unesco, 1989, reimpression 2009.

¹⁹ Martti KOSKENNIEMI, *The gentle civilizer of nations: the rise and fall of international law (1870-1960)*, “Hersch Lauterpacht Memorial Lectures”, Cambridge: University Press, 1st published 2001, reprinted 2005, quoted p. 504: “solutions to social problems cannot be derived from legal theories”.

²⁰ Jean CHARPENTIER, *Autodétermination et décolonisation*, in *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes: méthodes d'analyse du droit international – mélanges offerts à Charles CHAUMONT*, Paris: Pedone, 1984, pp. 117-133.

²¹ Alfredo BOSI, *Dialética da colonização*, São Paulo: Companhia. das Letras, 1992; P. B. CASELLA, *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*, São Paulo : Quartier Latin, 2008, esp. VI, ‘direito, história e cultura’, pp. 489-615; Jared DIAMOND, *Guns, germs and steel : the fates of Human societies* (“with a new afterword about the modern world”) © 1997, New York: Norton, 1999; Marc FERRO, *Histoire des colonisations: des conquêtes aux indépendances XIII^e au XX^e siècles*, © 1994, published in Portuguese, *História das colonizações: das conquistas às independências – séculos XIII a XX*, translated by Rosa Freire D'AGUIAR, São Paulo: Companhia das Letras, 1996; Ruggiero ROMANO, *Mécanismes de la conquête coloniale: les Conquistadores*, © 1972, published in Portuguese, *Mecanismos da conquista colonial*, translated by Marilda PEDREIRA, São Paulo: Perspectiva, 1973; Bernal DIAZ DEL CASTILLO, *La conquête du Mexique* – Hernán CORTÉS, *La conquête du Mexique* – Pedro PIZARRO, *La conquête du Pérou*, in the volume *Les conquistadors*, édition présentée par Gérard CHALIAND, Paris : Omnibus, 2003.

²² P. B. CASELLA, *Direito internacional dos espaços*, São Paulo: Atlas, 2009, esp. chap. XXIX ‘espacialidade e direitos fundamentais: dimensão humana do território’, p. 777-829.

²³ Robert CHARVIN, *Le droit international tel qu'il a été enseigné : notes critiques de lecture des traités et manuels (1850-1950)* in *Le droit des peuples à disposer d'eux-mêmes : méthodes d'analyse du droit international – mélanges offerts à Charles CHAUMONT*, Paris : Pedone, 1984, pp. 135-159.

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

²⁴ This is a vast topic for reflection. See thereon, for instance, the already mentioned study on: *Twentieth-century Colonialism and China*, edited by Bryna GOODMAN and David S. G. GOODMAN, London: Routledge, 2012.

²⁵ See for instance *Para a vista do Imperador: Memoriais da dinastia QING sobre o estabelecimento dos portugueses em Macau (1808-1887)* edited and translated by Antonio Vasconcelos de SALDANHA and JIN Guo Ping, Macau: Instituto Português do Oriente, 2000. For instance the Memo forwarded to the Chinese Emperor by the Imperial officer in charge of a report on the situation of Macau at that time, ZHANG Zidong, in 1887, text pages 135-152, quoted 146, expressly referred to *Gong fa* = *International law* as the device that should be taken into account to regulate the Chinese relations with the Portuguese in Macau: “We should negotiate maritime control in accordance with Gong fa [International Law] applicable to the matter, refusing them any right over our territorial waters”.

²⁶ See R. P. ANAND, ‘*Family of ‘civilized’ states and Japan: a story of humiliation, assimilation, defiance and confrontation*’ in the volume by ANAND, *Studies in International Law and History – An Asian Perspective*. The Hague: M. Nijhoff, 2004, pages 24-102.

²⁷ Arnold Joseph TOYNBEE, *A study of History*, abridgement by D. C. SOMMERWELL, London – New York – Toronto: Oxford U.P., vols. 1-6, 1949, vols. 7-10, 1957, vols. 11- 12 “Reconsiderations” x+740 p., 1961, or also the lessons of HERODOTUS and THUCYDIDES, see the Complete edition of their works, with an introduction by Jacqueline de ROMILLY; HÉRODOTE texte présenté, traduit et annoté par André BARGUET; THUCYDIDE, texte présenté, traduit et annoté par Denis ROUSSEL, Paris : Gallimard – Pleiade, © 1964, impr. 1982.

²⁸ There is a common layer of civilization, coming from the Ancient Greeks and Romans, shared by the Western civilizations of the present, as shown for instance by Jacob BURCKHARDT, *Kulturgeschichtliche Vorträge*, mit einem Nachwort “herausgegeben von Rudolf MARX, Stuttgart: Alfred Kröner, 1959; with considerable evolution of History of culture, since the XIXth. century classics, such as BURCKHARDT, up to classics of the XXth, such as Werner JAEGER, Paideia: *die Formung des griechischen Menschen* © 1936, translated in Port., Paideia: *a formação do homem grego*, by Artur M. PARREIRA, São Paulo: Martins Fontes, 1979; Henri-Irénée MARROU, *Histoire de l'éducation dans l'Antiquité*, 1948, Paris : Seuil, 2000, in two volumes; Kenneth CLARK, *Civilization: a personal view*, © 1969, published in Portuguese, *Civilização* translated by Madalena NICOL, São Paulo: Martins Fontes, 1^a ed., 1980, 2^a ed., 1995; Fernando de AZEVEDO, *A cultura Brasileira: introdução ao estudo de cultura no Brasil*, Brasília: Ed. UnB, 4^a ed., 1963. See also Peter BURKE, *What is cultural history?* (© 2004), translated in Portuguese *O que é história cultural?*, by Sérgio GÓES DE PAULA, Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2005, or also, Jean-Marie PAILLER & Pascal PAYEN (ed. by), *Que reste-t-il de l'éducation classique ? – relire ‘le MARROU’*, *Histoire de l'éducation dans l'Antiquité*, Toulouse : Presses universitaires du Mirail, 2004.

²⁹ A crucial issue for Historians is to ascertain when History became universal: was it with POLIBIUS, in Late Antiquity, during the period from 1776 to 1789 or closer to us, during the years 1911 to 1917? An extensive review of the evolution of the concept of ‘world history’ is made by Hervé INGLEBERT, in his essay *Le monde, l'histoire – essai sur les histoires universelles*. Paris: PUF, 2014, quoted p. 1010: “les humains ne sont humains que par la médiation d’une culture [...] l’humain n’est qu’une abstraction.”

³⁰ Paul CLAVIER, *Le concept de monde*, Paris: PUF, 2000, p. 4: « Nous pouvons constater, à travers les époques et les générations, à travers les lieux et les milieux, l'existence de différentes façons de concevoir le monde : représentations mythologiques, interprétations scientifiques, doctrines théologiques, organisations politiques, approches économiques, choix éthiques, visions artistiques ... Et, à l'intérieur de chacune de ces approches, des conceptions divergentes: le monde d'HOMÈRE n'est pas celui de DANTE, ni le monde de Saint PAUL celui de CONFUCIUS, le monde d'EINSTEIN n'est plus, ou plus seulement, le monde de NEWTON, ni le monde de PICASSO, celui de VELASQUEZ. Mais justement, ces différences ne sont significatives qu'à partir d'un tronc commun. Dans *La prisonnière* PROUST écrit que 'l'univers est vrai pour nous tous et dissemblable pour chacun'. C'est une manière de dire que les divergences subjectives d'appréhension et de conception de la réalité supposent une convergence objective. À la racine ou au croisement de ces conceptions divergentes, il doit y avoir une configuration commune, une structure générale des êtres et des événements, un référentiel dans lequel ces conceptions se complètent ou se contredisent, se rencontrent ou s'ignorent. Un dispositif ou une figure dont partent ou auxquels aboutissent toutes les perspectives subjectives de connaissance et d'action. »

³¹ On the matter of the cultural exception to free trade see P. B. CASELLA, *Exceção cultural à livre circulação de bens e serviços: o ponto de vista do cinema no Brasil* in Estudos em homenagem à professora doutora Isabel de Magalhães Collaço, edited by Rui M. de MOURA RAMOS et al., Coimbra: Almedina, 2002, 2 vols., vol. I: xxiv + 868 pages, ISBN 9789724017617; vol. II: 956 pages, ISBN 9789724018140, pages 741-763.

³² Philippe BRAILLARD, *Philosophie et relations internationales*, Geneva: Institut de Hautes Études Universitaires, 1974; C. LAFER, *Da reciprocidade no direito internacional econômico: o convênio do café de 1976*, São Paulo: Perspectiva, 1979.

³³ As mentioned, my views on these topics were stated in P. B. CASELLA, *Direito internacional no tempo clássico*, São Paulo: Atlas, 2015, 761 pages, ISBN 9788597001846; CASELLA, *Direito internacional no tempo moderno de SUAREZ a GRÓCIO*, São Paulo: Atlas, 2014, xxx+ 665 p., ISBN 9788522482870; CASELLA, *Direito internacional no tempo medieval e moderno até VITORIA*, São Paulo: Atlas, 2012, xi + 654 p., ISBN 9788522473120; CASELLA, *Direito internacional no tempo antigo*, São Paulo: Atlas, 2012, xiv + 472 p., ISBN 9788522462957.

³⁴ P. B. CASELLA, *Völkerrecht aus brasilianischen Sicht (oder mit brasilianischen Akzent) – zwischen Universalismus und Regionalismus* in *Panorama of Brazilian Law*, ed. by Raphael C. de VASCONCELOS, ISSN 1015 1343 (print) ISSN 2318 1516 (online) Year 2, Nr. 2, 2014, pages 397-406.

³⁵ P. B. CASELLA, *Brazil* (chapter with latest update 2015) in *International Execution Against Judgment Debtors*, edited by Dennis CAMPBELL, CILS – Center for International Legal Studies – Salzburg, Austria / Eagan, MN: Thomson – Reuters, Release 2 – 2015, vol. I, chapter 9, § 9:1 to § 9:28, available in print and online at: <http://legalsolutions.thomsonreuters.com/law/products/Treatises/International.Execution.Against.Judgment.Debtors/p./100025351/>.

³⁶ As already featured by W. FRIEDMANN, *The changing structure of international law*, Londres: Stevens & Sons, 1964; see also W. FRIEDMANN, *General course on public international law*, RCA-DI, 1969, t. 127, p. 39-246.

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

³⁷ P. B. CASELLA, *MERCOSUL in Intergovernmental Organizations – International Encyclopedia of Laws*, General editor Prof. R. BLANPAIN, The Hague: Kluwer Law International, 2007, Nr. 29, 158 pages; CASELLA, *European Union – MERCOSUR relations in The European Union at 50: assessing the past, looking ahead*, edited by Paulo Canelas de CASTRO, Macau: Universidade de Macau, 2010, ISBN 97899965 10120, pages 411-433; CASELLA, *Instituições do Mercosul Brasília: Senado Federal / Associação Brasileira de Estudos da Integração*, vol. 14, 1997, 98 pages, ISBN 8570181728; CASELLA, *Mercosul exigências e perspectivas – integração e consolidação de espaço econômico (1995 – 2001 – 2006)* São Paulo: LTr Ed., 1996, 220 pages, ISBN 9788573 220988; CASELLA, *A Comparative Approach to Competition Law in the European Communities and the MERCOSUL* Saarbrücken: Vorträge, Reden und Berichte aus dem Europa-Institut – Sektion Rechtswissenschaft, vol. Nr. 301, 1993, 72 pages; CASELLA (edited by) with Nadia de ARAUJO, Guilherme F. NASCIMENTO and Paulo H. VARGAS, *Mercosul, integração regional e globalização*, Rio de Janeiro: Renovar, 2000, xii + 1148 pages, ISBN 9788571471702; CASELLA, BAPTISTA and MERCADANTE (edited by), *Mercosul – das negociações à implantação*, São Paulo: LTr, 2ª ed., revista e ampliada, 1998, 440 pages, ISBN 9788573 225051; CASELLA (edited by), *Contratos internacionais e direito econômico no MERCOSUL – após o término do período de transição*, São Paulo: LTr, 1996, 806 pages, ISBN 9788573221329.

³⁸ Brazil ratified the *Vienna Convention on the law of treaties* (1969) in 2009. Entry into force, internally, according to Decree 7030, of 14 December 2009. More than just one more treaty, this in my view is a relevant step, and an acknowledgement of the relevance of ‘jus cogens’ rules in international law, binding the entire community of states.

³⁹ The president of Brazilian Senate, Renan CALHEIROS suggested in August 2015, as one of the items in a long and varied list of proposals to redress the economy and set the country to grow again, to quit MERCOSUR, in order to be free from the constraints such membership allegedly imposes on Brazil.

⁴⁰ My views on the topic are stated in P. B. CASELLA, *Reforma da ONU pós Kelsen in Reforma da ONU* edited by Jerônimo MOSCARDO and Carlos Henrique CARDIM, Brasília: FUNAG, 2010, ISBN 85-7631-279-4, p. 143-210.

⁴¹ As already quoted, Thomas FRANCK, *The power of legitimacy among nations* Oxford: University Press, 1990, chap. 10, ‘Coherence and legitimacy’, pp. 150-182, quoted p. 177: “Their special status had a certain plausibility. Today, Britain, France and China are middle powers, economically inferior to resurgent Germany and Japan. Even India, Brazil and Nigeria might now have a good claim to preferred status as have Britain and France: if not on strictly economic and military grounds, then on geographic and demographic grounds”. – We do not often find equivalent statements in U. S. authors on international law. See also: Thomas M. FRANCK, *The empowered self : law and society in the age of individualism* Oxford: University Press, 1999; Thomas M. FRANCK, *Fairness in the international legal and institutional system: general course on public international law* The Hague: Collected Courses of the Academy of International law - RCADI, 1993, t. 240, pp. 9-498.

⁴² Svetlana ALEXEIEVITCH, *Vremia second hand – konets krasnovo tcheloveka*. Moscow: Vremia, 2013, and in French translation as *La fin de l’homme rouge ou le temps du désenchantement*. trad. du russe par Sophie BENECH, Arles: Actes Sud, 2013, quoted p. 504: “En cinq ans tout peut changer en Russie, et en deux cents ans rien du tout”.

⁴³ Maxime OSSIPOV, *V rodnom kraio – Grex jalovatsia*. Moscow: Astrel, 2009, also published in French translation as *Ma province*. trad. du russe par Anne-Marie Tatsis BOTTON, Lagrasse: Verdier, 2010, quoted p. 17: “en Russie beaucoup de choses changent en cinq ans; en deux cents ans, rien du tout.”

⁴⁴ Aleksander Sergueievitch ORLOV, Aleksander Iurievitch POLUNOV, Iuri Iacolevitch TERESHENKO, *Osnovi Kursa Istorii Rossii*. Moscow: Prospekt, 2015, ‘*Vvedenié*’, pages 3-16, quoted p. 6.

⁴⁵ See P. B. CASELLA, *Direito internacional no tempo antigo* São Paulo: Atlas, 2012, esp. chapter IV, ‘o império persa’, pages 233-268.

⁴⁶ Michel de TAUBE, *L’apport de Byzance au développement du droit international occidental* in RCA-DI – Collected courses of the Hague Academy of International Law, 1939, t. 67, p. 233-340.

⁴⁷ B. RYBAKOV, *Early centuries of Russian History*, translated from the Russian by John WEIR, Moscow: Progress Publishers, first printing 1965.

⁴⁸ Anatole LEROY-BEAULIEU, *L’empire des Tsars et les Russes*, 1^{ère} éd. 1881-1882, éd. présentée par Marc RAEFF, Paris: Robert Laffont, 1990.

⁴⁹ Francis CONTE, *Les Slaves: aux origines des civilisations d’Europe centrale et orientale – VI^e – XIII^e siècles* originally publ. 1986, Paris: Albin Michel, 1996.

⁵⁰ Vladimír BUTROMEYEV, *Velikaia Rossiya* Moscow: Olma, 2014.

⁵¹ Russian decisive participation in the European coalition wars against NAPOLEON led to growing insertion of the Russian Empire in European politics. The new role of Russia in Europe was widely acknowledged during and after the Congress of Vienna, in 1814-1815. See on the topic, i.a.: Antoine D’ARJUZON et al., *Le Congrès de Vienne – ou l’invention d’une nouvelle Europe*, with texts by A. D’ARJUZON, Frédéric Baleine du LAURENS, Jacques-Olivier BOUDON, Pierre BRANDA, Philippe de CARBONNIÈRES, Pascal DUPUY, Grégoire ELDIN, Pascal EVEN, Bérangère FOURQUAUX, Robert FRANK, Françoise JANIN, Frédéric LACAILLE, Thierry LENTZ, Luigi Mascilli MIGLIORINI, Isabelle NATHAN, Robert OUVRARD, Jean-Pierre PIRAT, Isabelle RICHEFORT, Thierry SARMANT, Jacques-Alain de SÉDOUY, Georges-Henri SOUTOU, Luc VANDENHENDE, Charles-Éloi VIAL, and Emmanuel de WARESQUIEL, also catalogue of the exhibition, under the same name at the Musée Carnavalet-Histoire de Paris, 8 April to 31 August 2015, Paris: Archives du Ministère des affaires étrangères et du développement international - Éd. Artlys, 2015; see also Charles ZORGBIBE, *Le choc des Empires – NAPOLEON et le tsar ALEXANDRE* Paris: De Fallois, 2012.

⁵² Evgueni Viktorovitch TARLÉ, *La guerre du nord*, trad. du russe par Jean CHAMPENOIS, Moscow: Progress, (c) 1966, 2 vols., ‘avant-propos des éditeurs’, vol. i, pp. 3-4: « Au cours des dernières années de sa vie, l’académicien E. V. TARLÉ travaillait assidûment à une série de monographies consacrées à la lutte du peuple russe contre les trois plus dangereuses agressions dont la Russie fut l’objet aux XVIII^e, XIX^e et XX^e siècles : l’invasion suédoise, pendant la Grande Guerre du Nord, l’invasion de Napoléon au temps de la Guerre nationale de 1812 ; la trilogie devait s’achever par un livre sur le geste héroïque du peuple soviétique, dans la période de la Grande guerre nationale de 1941-1945. Une même idée inspirait les trois volets de ce tryptique : montrer la faillite des efforts des agresseurs pour asservir à force ouverte les peuples de la Russie, montrer l’héroïsme des masses populaires, en tant que la force décisive qui assura la victoire sur les envahisseurs. »

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

⁵³ Alexander Sergueievitch PUSHKIN, *De l'histoire russe au XVIII^e siècle* (in GRIBOIEDOV – POUCHKINE – LERMONT'OV, *Oeuvres*, intr. par Gustave AUCOUTURIER, textes traduits par Gabriel AROUT, Gustave AUCOUTURIER, Maurice COLIN, André GIDE, Jacques de SCHIFFRIN, Brice PARAIN et Boris de SCHLOEZER, Paris: Gallimard – Pleiade, © 1935, 1973, impr. 2010, pages 859-863, quoted p. 859).

⁵⁴ Marc SEMENOFF, *Histoire de Russie, Étude comparée entre l'Orient et l'Occident*, préface de Louis RÉAU, ancien Directeur de l'Institut français de Petrograd, Paris: La renaissance du livre, 1924; see also Henri MASSIS, *Découverte de la Russie*, Paris: Lardanchet, 1944.

⁵⁵ Peter KENEZ, *A History of the Soviet Union from the beginning to the end* Cambridge: Univ. Press, 1st publ., 1999, new edition 2006, 6th printing 2010; Nicholas V. RIASANOVSKY, and Mark D. STEINBERG, *A History of Russia* Oxford: Oxford Univ. Press, 7th ed., 2005; Robert SERVICE, *A History of modern Russia – from NICHOLAS II to PUTIN*, first published, 1997, Londres: Penguin, “published with revisions under the current title”, 2003. See also A. S. ORLOV, A. I. POLUNOV, I. I. TERESHENKO, *Osnovi Kursa Istorii Rossii*. Moscow: Prospekt, 2015.

⁵⁶ In contrast to that, the consolidation of Brazilian territory was a peaceful process along the centuries. See thereon, P. B. CASELLA, *Direito internacional dos espaços* São Paulo: Atlas, 2009, xviii + 980 pages, ISBN 9788522456253, esp. chapter XXVII, ‘território brasileiro e direito internacional’ and XXVIII, ‘fases da formação do território brasileiro: algumas lições de direito internacional’, pages 699-755 and 756-776; this was the scope of the lecture by CASELLA, ‘Papel do direito internacional na formação e consolidação do território brasileiro’, in *Zemlia kak object prava v Rossii i Braziliu / A terra como objeto de direito na Rússia e no Brasil – Materiali mejdunarodnovo naucznovo seminaru* – Seminário científico internacional, org. by the National Research University, held in Saint Petersburg, 11-12 April 2014, St. Petersburg: National Research University, 2014, ISBN 9785742228455, esp. pages 156-168, 209-210 and 221.

⁵⁷ P. B. CASELLA, *Sucessão de estado no direito internacional pós-moderno* São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da USP. 2007, vol. 102, pages 1155-1170.

⁵⁸ Yves PLASSERAUD, *Les états baltes*, Paris: Montchrestien, 1992; P. B. CASELLA, *Ampliação da União Européia: a Europa central se integra*, in *O novo direito internacional : estudos em homenagem a Erik JAYME*, org. C. L. MARQUES e N. de ARAUJO, Rio de Janeiro: Renovar, 2005, pp. 723-743, esp. ‘os três bálticos: Estônia, Letônia e Lituânia’, pp. 729-732.

⁵⁹ Hélène CARRÈRE D'ENCAUSSE, *Russie, la transition manquée* (c) 1996 NICOLAS II, (c) 1998 LÉNINE, (c) 2005 *Unité prolétarienne et diversité nationale*, Paris: Fayard, éd. 2005; Anatole LE-ROY-BEAULIEU (1842-1912), *L'empire des tsars et les russes*, éd. prés. par Marc RAEFF, Paris: Robert Laffont, (c) 1990, impr. 1991; Marc SEMENOFF, *Histoire de Russie: étude comparée entre l'Orient et l'Occident*, préface de Louis RÉAU, Paris: La renaissance du livre, 1924; Michael THUMANN, *La puissance russe: un puzzle à reconstituer?* trad. Jean-Marie ARGELES, Paris: Alvik, (c) 2002, impr. 2003; originally published in German, *Das Lied von der russischen Erde* (c) 2002; A. S. ORLOV, A. I. POLUNOV, I. I. TERESHENKO, *Osnovi Kursa Istorii Rossii*. Moscow: Prospekt, 2015.

⁶⁰ Principles regulating state succession for the former Soviet Union were agreed in the *Declaration of Alma-Ata*, of 21 December 1991, adopted by the Council of Heads of State of the Community of independent states. As an international organization for cooperation, grouping

the Russian Federation and the other former Soviet Republics, except the three Baltic States, the CIS was created by the Minsk Agreement of 13 December 1991. The general rule, adopted in the Alma Ata Declaration was to maintain, for all successor states, all international legal commitments, previously agreed by the Soviet Union.

⁶¹ In the beginning of the 1990's a certain way, in the cases of Estonia, of Latvia and of Lithuania, the Western European argument was in the sense that legal personality had remained, and simply international relations were restored, fifty years later, after the interruption, caused by Soviet occupation in 1940.

⁶² Karen DAWISHA and Bruce PARROTT, *Russia and the new states of Eurasia: The politics of upheaval* Cambridge: Univ. Press, 1st. publ., 1994, reprinted with corrections, 1995.

⁶³ As further considered in the already mentioned P. B. CASELLA, *Sucessão de estado no direito internacional pós-moderno* São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da USP. 2007, vol. 102, pages 1155-1170.

⁶⁴ Jacques-Alain de SEDOUY, *Le concert européen – aux origines de l'Europe (1814-1914)*, Paris : Fayard, 2009; Thierry LENTZ, *Le congrès de Vienne – une refondation de l'Europe 1814-1815*, Paris: Perrin-temps, 2013; as well as the already quoted volume by A. D'ARJUZZON et al., *Le Congrès de Vienne – ou l'invention d'une nouvelle Europe*, Paris: Archives du Ministère des affaires étrangères et du développement international - Éd. Artlys, 2015; C. ZORGBIBE, *Le choc des Empires – NAPOLEON et le tsar ALEXANDRE* Paris: De Fallois, 2012.

⁶⁵ METTERNICH in a letter dated 7 August 1825, addressed to prince ESTERHAZY, at the time Ambassador of Austria in London, observed: « the moral essence of the Alliance rests on the sole basis of the principle of conservation of things legally constituted, and the happy union among the first powers on this same principle ». See J.-A. de SEDOUY, op. cit., 2009, p. 18 and also B. BOUTROS-GHALI, *Contribution à une théorie générale des alliances*, préface de Charles ROUSSEAU, Paris: Pedone, 1991. See also, Henry BOGDAN, *Histoire des Habsbourg : des origines à nos jours*, Paris: Perrin, 2002, impr. 2005, esp. 5^e partie, 'Les Habsbourg, défenseurs de l'ordre établi', p. 251-283, dont le chapitre 17, 'L'apogée du système de Metternich (1815-1835)'.

⁶⁶ Fiodor de MARTENS, *Traité de droit international*, 1882, trad. du russe par Alfred LÉO, Paris : Librairie Marescq, 1883, 3 vols.

⁶⁷ On the De MARTENS clause, see Christophe SWINARSKI, *Acerca de la contribución del jurista al orden internacional*, *Apuntes sobre F. F. MARTENS*, in the volume *Novas perspectivas do direito internacional contemporâneo – estudos em homenagem ao prof. Celso D. de Albuquerque MELLO*, ed. by C. A. MENEZES DIREITO, A. A. CANÇADO TRINDADE and A. C. ALVES PEREIRA, Rio de Janeiro: Renovar, 2008, pp. 859-866, cit. p. 866: "La actualidad de MARTENS contradice de manera más patente las afirmaciones de quienes pretenden que los esfuerzos y la voz de juristas son condenados a quedarse letra muerta en confrontación con la vorágine de las realidades del conflicto armado."

⁶⁸ G. I. TUNKIN et al., *Curso de derecho internacional*, translated from the Russian by Federico PITA, presentation by V. JARLÁMOV, Moscow: Progress, 1979, 2 vols., see chap. I 'aparición y desarrollo del derecho internacional', vol. I, pp. 27-61, cit. pp. 27-28: «La historia del derecho internacional es parte orgánica de la historia de la sociedad de clases. Por ello, su división en períodos debe asentarse sobre los períodos de la historia universal. Arrancando de ahí, se

distinguen los siguientes tipos de derecho internacional: 1) el derecho internacional de la sociedad esclavista; 2) el derecho internacional de la sociedad feudal; 3) el derecho internacional burgués; 4) el derecho internacional moderno, o sea el derecho de la época de transición del capitalismo al socialismo. »

⁶⁹ Tony JUDT, *Postwar: a History of Europe since 1945*, © 2007, published in Portuguese, *Pós-guerra: uma história da Europa desde 1945*, trad. José Roberto O'SHEA, Rio de Janeiro: Objetiva, 2008; A. S. ORLOV, A. I. POLUNOV, I. I. TERESHENKO, *Osnovi Kursa Istorii Rossii*. Moscow: Prospekt, 2015.

⁷⁰ In this sense, are eloquent the differences between the tenth and eleventh editions of the work by René DAVID and Camille JAUFFRET-SPINOSI, *Les grands systèmes de droit contemporains*, Paris: Dalloz, 10^e éd., 1992 and 11^e éd., 2002, specifically in the part concerning the “droits socialistes”, 10^e éd., 1992, pp. 123-182, which included: “droit traditionnel”, “marxisme-leninisme” and “l'ordre soviétique”. In its turn, the 11^e édition, 2002, presents in its second part, “le système juridique russe”, and is divided in three titles: “évolution historique”, “caractéristiques du droit socialiste de l'ancienne URSS (1917-1991)” and “droit russe”.

⁷¹ As shown by post-soviet Russian literature, including the already quoted Svetlana ALEXEIEVITCH, *Vremia second hand – konets krasnovo tcheloveka*. Moscow: Vremia, 2013, French translation as *La fin de l'homme rouge ou le temps du désenchantement*. trad. du russe par Sophie BENECH, Arles: Actes Sud, 2013; Maxime OSSIPOV, *V rodnom kraio – Grex jalovaisia*. Moscow: Astrel, 2009, published in French translation as *Ma province*. trad. du russe par Anne-Marie Tatis BOTTON, Lagrasse: Verdier, 2010.

⁷² Including the efforts to recover and put back into operation the registers of land property. A subject extensively dealt with in the already mentioned Russian-Brazilian seminar on “the earth as object of law”, *Zemlia kak object prava b Rossii u Braziliu / A terra como objeto de direito na Rússia e no Brasil* – held by the National Research University, in Saint Petersburg, 11-12 April 2014, and published under the same title, Sankt Petersburg: National Research University, 2014, ISBN 9785742228455.

⁷³ Robert SERVICE, *A History of modern Russia – from NICHOLAS II to PUTIN*, first published, 1997, Londres: Penguin, “published with revisions under the current title”, 2003; Michael THUMANN, *La puissance russe: un puzzle à reconstituer*, ed. quoted above, 2002. See also Anna POLITKOVSKAYA, *La Russie de Putin* © 2004, translated by Claudia ZINGHETTI, Milan: Adelphi, 1st. ed., 2005, 7th. ed., 2009; Françoise DAUCÉ, *La Russie postsoviétique*, Paris: La Découverte, 2008; Karen DAWISHA & Bruce PARROTT, *Russia and the new states of Eurasia – the politics of upheaval*, Cambridge: Univ. Press, 1994, reprinted 1995; H. CARRÈRE d'ENCAUSSE, *L'empire éclaté – La révolte des nations en U.R.S.S.*, Paris: Flammarion, © 1978, impr. 1984; A. S. ORLOV, A. I. POLUNOV, I. I. TERESHENKO, *Osnovi Kursa Istorii Rossii*. Moscow: Prospekt, 2015.

⁷⁴ André AYMARD et Jeannine AUBOYER, *L'Orient et la Grèce antique* vol. I: Civilisations impériales de l'Orient, dans la collection *Histoire générale des civilisations*, edited by M. CROUZET, published in Portuguese, *O Oriente e a Grécia antiga*, I: Civilizações imperiais do Oriente, translated by Pedro Moacyr CAMPOS, São Paulo: Difel, 6^a ed., 1977.

⁷⁵ A. AYMARD e J. AUBOYER, op. cit., ed. cit., 1977, pp. 219-220.

⁷⁶ This perennial feature is due to certain causes, whose determination is advised, and without which we cannot understand the evolution of ancient India, and its constant renovation along the centuries. Three main features define India and explain, to a certain extent, the perennial stability: love for tradition, making possible the transmission without fluctuations; the trend towards unity, notwithstanding the complexity and the paradoxes which are specific to India ; its taste for codification, and the establishment of catalogues, resulting in the treatment according to ritual techniques of the activities of apparently quite diversified order, but whose treatment allows to maintain the fundamental coherence. See: A. AYMARD e J. AUBOYER, op. cit., ed. cit., 1977, pp. 221.

⁷⁷ Akash KAPUR, *Resquícios de arcaísmo na Índia moderna*, in *O Estado de São Paulo*, 12 August 2010, page A-13.

⁷⁸ Romila THAPAR, *A History of India* (volume one) first publ. 1966, London: Penguin, 1990, followed by Percival SPEAR, *A History of India* (volume two) first publ. 1965 New Delhi: Penguin Books India, 1978.

⁷⁹ John KEAY, *India: a History* Noida, Uttar Pradesh: Harper Collins Publ. India, 2000, new edition, 2004. The following paragraph in the presentation of the volume adds: “A cradle of civilization, the subcontinent is today the cockpit of one of its most explosive disputes. From the myths of an impossible Antiquity, to the masterpieces of classical glory, from the boasts of obscure dynasts to the chronicles of Islamic conquest, and from the triumphs of liberation to the recrimination of partition” India encompasses a five-thousand-year epic in which conflict underwrites achievement and kings defer to saints.

⁸⁰ Barbara D. METCALF and Thomas R. METCALF, *A concise History of Modern India* Cambridge: Univ. Press, originally published 2001, third edition, 2012.

⁸¹ Mentioning just a few sources: Chaturvedi BADRINATH, *Mahabharata* – an inquiry in the human condition Hyderabad, India: Orient Longman P.L., 2007; *The Upanishads* translated with a general introduction by Eknath EASWARAN, with chapter introductions & concluding essay by Michael N. NAGLER, New Delhi: Penguin Books India, 1st. publ., 1987, new edition, 1996; *The Rig Veda* – an anthology, one hundred and eight hymns, selected, translated and annotated by W. Doniger O’FLAHERTY, New Delhi: Penguin Books India, © 1981, ed. 2000. Countless commentaries are available, such as for ex.: Ananda K. COOMARASWAMY and Sister NIVEDITA, *Myths of the Hindus and Buddhists* originally published in 1913, New York: Norton, 1967; Sue HAMILTON, *Indian philosophy* – a very short introduction Oxford: Univ. Press, 2000, reprint, 2001; Heinrich Robert ZIMMER (1890-1943), *Die indische Weltmutter* – Aufsätze Hg. und eingeleitet von Friedrich WILHELM, Frankfurt: Insel Verlag, 1980; H. ZIMMER, *As filosofias da Índia* from the original *Philosophies of India* © 1951, compiled by Joseph CAMPBELL, translated by Nilton A. SILVA, Cláudia G. BOZZA et al., São Paulo: Palas Atena, 1986.

⁸² *The Laws of Manu*, translated by Wendy DONIGER with Brian K. SMITH, New Delhi: Penguin Books India, © 1991, new edition, 2001.

⁸³ Friedrich NIETZSCHE, *The Antichrist* (1895), section 57, in *Twilight of the Idols and the Antichrist*, translated by R. J. HOLLINGDALE, Harmondsworth, 1968, p. 177: “To set up a law-book of the kind of Manu means to concede to a people the right thenceforth to become

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

masterly, to become perfect – to be ambitious for the highest art of living. To that end, the law must be made unconscious: this is the purpose of any holy lie”, peculiar enough to be worth quoting in the original text in German “Dazu muß es unbewußt gemacht werden; dies ist der Zweck jeder heiligen Lüge”. See F. NIETZSCHE, *Der Antichrist – Flucht auf das Christentum in Werke*, in five volumes, edited by Karl SCHLECHTA, Frankfurt: Ullstein, (c) 1969, edition 1976, vol. III, pages 607-681.

⁸⁴ R. THAPAR, *A History of India* London: Penguin, 1990, p. 18-19 explains “the caste system as described in these sources – such as the *Dharmashastra* (Law Books) – appears to have been a rigid stratification of society, apparently imposed from an early period and thereafter preserved almost intact for many centuries. Yet the actual working of caste in Indian society permitted of much variation, which naturally the authors of the Law Books did not wish to admit.”

⁸⁵ A. AYMARD e J. AUBOYER, op. cit., ed. cit., 1977, p. 222.

⁸⁶ KALIDASA, *The Meghadutam* a rendering in modern English, translated by Rajendra TANDON, New Delhi: Rupa and Co., 2007; *Le théâtre de Kalidasa: Sakuntala au signe de reconnaissance – Urvashi conquise par la vaillance – Malavika et Agnimitra* traduit du Sanskrit et du prakrit présenté et annoté par Lyne BANSAT-BOUDON, Paris: Gallimard – Connaissance de l’Orient, 1996; *Théâtre de l’Inde ancienne* édition établie sous la direction de Lyne BANSAT-BOUDON, Paris: Gallimard – Pleiade, 2006.

⁸⁷ KAUTILYA, *The Arthashastra* edited, rearranged and translated by L. N. RANGAJARAN, New Delhi: Penguin Books India, 1992.

⁸⁸ Jamila BRIJBHUSHAN, *The world of Indian Miniatures*, Tokyo/New York/San Francisco: Kodansha Intl. Ltd., 1979, quoted p. 17: “To a people as highly cultured and urbanized as the ancient Indians, the development of the arts was as natural as breathing. The arts of building, especially temples, and sculpting reached such heights of sophistication that their remains even leave the technologically advanced [...] observers agape with admiration. That painting apart from murals, of which some are found in these temples, had also been lovingly cultivated and extensively practiced is beyond doubt. Ancient plays make numerous references to portraits of the beloved being shown to the lover, accompanied by rapturous remarks about the beauty of the subject and the remarkable way the artist has managed to catch the likeness. Old texts not only mentioned the painter and his work but also laid down meticulous rules about materials and techniques, with detailed tenets as to what distinguishes a good painting from a mediocre or even a bad one.”

⁸⁹ Mircea ELIADE, *L’Inde*, translated from the Rumanian by Alain PARUIT, Paris: L’Herne, © 1988, 1989, « préface », p. 7: « Ce n’est donc pas un livre unitaire sur l’Inde. Pour ma part je pense qu’un tel livre ne peut être écrit qu’après six mois de séjour en Inde ; au bout de trois ans, ce n’est plus possible. »

⁹⁰ M. ELIADE, *Noite bengali*, ed. cit., 1961, p. 21, calls this phenomenon “bovarysm”, i.e. feeling or doing like the main character of the novel *Madame Bovary* (1857), by Gustave FLAUBERT (1821-1880).

⁹¹ Mircea ELIADE, *L’Inde*, ed. cit., loc. cit., p. 131 : « j’ai appris des nouveaux noms et des nouvelles promesses de *gourous*, j’ai recapitulé l’existence incomparable de MILAREPA, poète et criminel, mage et ermite, pour lequel j’ai véritablement un faible. L’une des peintures cen-

trales, d'une beauté sans pareille, le représente à la montagne, nimbé d'une auréole pourpre, dans une posture de méditation, la main à l'oreille droite, c'est en train d'écouter et de traduire les sons 'non-entendus' de la nature. »

⁹² Mircea ELIADE, *L'Inde*, ed. cit., 1989, pp. 129-130. Mircea ELIADE confesses his liking for the wise MILAREPA, ascetic, poet and guide, of the 11th century, a landmark in Tibetan Buddhism.

⁹³ See Nawang TSERING, *Alchi – the living art of Ladakh – 1000 Years of Buddhist Art*, foreword Dr. Kapila VATSYAYAN, photography Aditiya ANYA, New Delhi: National Museum / Leh-Ladakh: Central Institute of Buddhist Studies / Likir Monastery, 2009.

⁹⁴ Pico IYER, *Buddha: the living way*, with photographs by Forest W. TRIMINGHAM, foreword by His Holiness, the DALAI LAMA, New York: Random House, 1998; Claude B. LEVENSON (texts) Laziz HAMANI (photographies), *Symboles du Bouddhisme Tibétain*, préface du DALAI-LAMA, Paris: Assouline, 1996; Peter GRIEDER, *Pays entre ciel et terre: le Tibet éternel*, Brussels: La Renaissance du Livre, 1993; Matthieu RICARD, Danielle et Olivier FÖLLMI, Benoît NACCI, *Buddhist Himalayas: people, faith and nature*, from the original edition in French, *Himalaya Bouddhiste* © 2002, trad. Lora DALE, Francisca GARVIE, Barbara MELLOR and Mary WHITTAL, Londres: Thames & Hudson / New York: Abrams, 2002.

⁹⁵ J. B. BURY and Russell MEIGGS, *A History of Greece – to the death of Alexander the Great* (first published 1900, Londres: Macmillan, 4th ed., 1975).

⁹⁶ Bérénice GEOFFROY-SCHNEITER, *Gandhara: La rencontre d'Apollon et de Bouddha / mémoire de l'Afghanistan*, Paris: Assouline, 2001; Mario BUSSAGLI, *L'art du Gandhara*, 1984, translated from the Italian by Béatrice ARNAL, Paris: Librairie générale française – Encyclopédies d'aujourd'hui, 1996.

⁹⁷ Ramachandra GUHA, *India after Gandhi: the history of the world's largest democracy*, Londres: Picador, "Indian Edition", 2008 ; M. K. GANDHI, *An Autobiography – or the story of my experiments with Truth*, translated from the Gujarati by Mahadev DESAI, edited by Mohini MATHUR, New Delhi: Gandhi Hindustani Sahitya Sabha, 2009; Catherine CLEMENTIN-OJHA, Christophe JAFFRELOT, Denis MATRINGE et Jacques POUCHEPADASS (edited by), *Dictionnaire de l'Inde*, Paris: Larousse, 2009; Jean-Claude CARRIÈRE, *India*, from the original *L'Inde – Dictionnaire amoureux* © 2001, translated by Claudia FARES, São Paulo: Ediouro, 2009.

⁹⁸ R. P. ANAND, 'Jawaharlal NEHRU and international law and relations' in the volume by ANAND, *Studies in International Law and History – An Asian Perspective*. The Hague: M. Nijhoff, 2004, pages 1-23, quoted p. 1: «There are some people who leave an indelible mark on history. J. NEHRU, the first Prime Minister of independent India, was such a great leader. He was not only the architect of independent India's destiny during the first seventeen years he was its undisputed leader and the prime minister, but he played a decisive role in the history of the twentieth century – as a leader of the Indian people, as a representative of the new mood of Asia, and as a spokesman of the international conscience.»

⁹⁹ Philippe NEMO, *Qu'est-ce que l'Occident ?* Paris: PUF / Quadrige, 2004, 'conclusion', pp. 123-129, cit. p. 123; see also, Philippe NEMO, *Histoire des idées politiques: aux temps modernes et contemporains*, Paris: PUF – Quadrige, 2002, 3^e tirage, 2009.

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

¹⁰⁰ ZHANG ZAI as reviewed and quoted by Anne CHENG, *Histoire de la pensée chinoise* Paris: Seuil, 1997, at 448 ff. quoted p. 459.

¹⁰¹ SIMA Qian, *Vies de chinois illustres* (chapitres I à XXXII, XLV, LXVI, LXVIII des *Biographies*, partie V des *Mémoires historiques*, et annexes) (traduction, introduction et notes de Jacques PIMPANEAU, Paris: You-Feng, 2009) ; voir aussi J. PIMPANEAU, Shi Ji – Initiation à la langue classique chinoise à partir d'extraits des Mémoires historiques de SIMA Qian (Paris: You-Feng, 1988, deux volumes).

¹⁰² SIMA QIAN, *Vies de chinois Illustres*, ed. J. PIMPANEAU, Paris, You-Feng, 2009.

¹⁰³ Marcel GRANET, *La civilisation chinoise*: la vie publique et la vie privée, originally published in 1929, Paris: Albin Michel, 1968.

¹⁰⁴ See for instance the excellent work by Anne CHENG, *Histoire de la pensée chinoise* Paris: Seuil, 1997.

¹⁰⁵ Alain PEYREFITTE, *L'empire immobile: le choc des mondes – récit historique*, Paris: Fayard, 1989; Alain PEYREFITTE, *Quand la Chine s'éveillera ... le monde tremblera* tome I: Regards sur la voie chinoise, Paris: Fayard, 1973, tome II: La médaille et son revers, Paris: Fayard, 1973; José FRÈCHES, *Quand les Chinois cesseront de rire le monde pleurera*, Paris: XO Ed., 2007; Jean-Luc DOMENACH et Philippe RICHER, *La Chine 1949-1985*, Paris: Imprimerie nationale, 1987; Henry BAUCHAU avec la participation de Laure BAUCHAU, *Essai sur la vie de MAO Ze Dong*, Paris: Flammarion, 1982; Daniel Aarão REIS Fo., *A construção do socialismo na China*, São Paulo: Braziliense, 1a. ed., 1981, 2a. ed., 1982; William WATSON, *A China*, from the original in English *China*, © 1961, translated by Rodrigo MACHADO, Lisboa: Verbo, 1971; Kurt MENDELSSOHN, *In China now*, Londres: Hamlyn, 1969; Jonathan D. SPENCE, *Em busca da China moderna: quatro séculos de história*, translated from the original in English *The search for modern China*, © 1990, translated by Tomás R. BUENO & Pedro M. SOARES, São Paulo: Cia. das Letras, 1996; Yann LAYMA, *Chine, légendes de José FRÈCHES*, textes de Anne LOUSSOUARN, Catherine ZITTOUN, ZAO Wou-Ki, Jean LECLERC DU SABLON, DAI Sijie, Paris: La Martinière, 2003; Kenneth POMERANZ, *The Great Divergence – China, Europe and the making of the modern world economy*, Princeton and Oxford: Princetion Univ. Press, 2000.

¹⁰⁶ Luís Filipe BARRETO, *Macau: poder e saber – séculos XVI e XVII*, Lisboa: Presença, 2006; Agustina BESSA-LUÍS, *A quinta essência*, Lisboa: Guimarães, © 1999, 5ª ed., 2004; Maria Helena S. R. do CARMO, *Uma aristocracia portuguesa no Macau do século XVII*, Lisboa: Fund. Jorge Álvares / edtrl. Inquérito, 2006; Christina Miu Bing CHENG, *Macau: a cultural Janus*, Hong Kong: University Press, 1999 ; Moisés da Silva FERNANDES, *Macau na política externa chinesa 1949-1979*, Lisboa: Imprensa de Ciências Sociais, 2006; Geoffrey C. GUNN, *Encountering Macau: a Portuguese City-state on the periphery of China, 1557-1999*, Macau: Tipografia Macau – Hong Kong / Geoffrey C. Gunn, 1st. publ. in English 1966, new edition 2005; Antonio KATCHI, *As fontes do direito em Macau*, Macau: Faculdade de Direito da Univ. de Macau – teses e estudos, 2006; Fernando LIMA e Eduardo Cintra TORRES, *Macau entre dois mundos*, Lisboa: Fundação Jorge Álvares / Edtrl. Inquérito, 2004; Boaventura de SOUSA SANTOS e Conceição GOMES, *Macau: o pequeníssimo dragão*, Porto: Afrontamento / Macau: Instituto Português do Oriente, 1ª ed., 1998.

¹⁰⁷ LEE Pui-tak (edited by), *Hong Kong reintegrating with China: political, cultural and social dimensions*, Hong Kong: University Press, 2001.

¹⁰⁸ Andrew J. NATHAN and Robert S. ROSS, *The Great Wall and the empty fortress: China's search for security*, New York: Norton, 1997, esp. cap. 11 'territorial integrity: Inner Asia, Taiwan and Hong Kong', pp. 193-211, cit. p. 203: "Of all the issues of territorial integrity, Taiwan carries the highest risk of Chinese failure. Taiwan is the only piece of its contested territory that China does not dominate militarily and that would be viable without its acquiescence as an independent political entity."

¹⁰⁹ Once more, see R. P. ANAND, *The status of Tibet in international law* in the volume by ANAND, *Studies in International Law and History – An Asian Perspective*. The Hague: M. Nijhoff, 2004, pages 103-141, considers the paradox « the colonization of free Tibet in the present age of decolonization »; see also Matthew T. KAPSTEIN, *Les Tibétains*. Paris: Les belles lettres, 2015, translated by Thierry LAMOUROUX, from the original *The Tibetans*, published 2006; M. KAPSTEIN also published on the topic *Reason's traces: Identity and interpretation in Indian and Tibetan Buddhist Thought* (2001) and *Buddhism between Tibet and China* (2009).

¹¹⁰ Drinking water sold in bottles, even in cities like Hong Kong and Macao, often is just *distilled* water allegedly bottled and sold in compliance with quality controls of the World Health Organization. True *mineral water*, often imported from countries as far away as France and Portugal, is considerably more expensive.

¹¹¹ WANG Tieya, *International law in China: historical and contemporary perspectives*, RCADI, 1990, t. 221, pp. 195-369; LIANG Yuen-Li, *Le développement et la codification du droit international*, RCADI, 1948, t. 73, pp. 407-532; LI Hopei, *Some recent developments in the conflict of laws of succession*, RCA-DI, 1990, t. 224, pp. 9-212; LIU Fout-Chin, *United Nations peace-keeping operations: their importance and their limitations in a polarized world*, RCADI, 1987, t. 201, pp. 385-400; Antonio Vasconcelos de SALDANHA e JIN Guo Ping, *Para a vista do imperador – memoriais da dinastia Qing sobre o estabelecimento dos portugueses em Macau (1808-1887)*, Macau: Instituto português do Oriente, 2000; Vaïos KOUTROULIS, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, Paris: Pédone, 2010.

¹¹² H. ACCIOLY – G. E. do NASCIMENTO E SILVA – P. B. CASELLA, *Manual de direito internacional público*, São Paulo: Saraiva, 21ª ed., 2014, item 3.8.4. 'capitulações', pp. 373-375.

¹¹³ C.P.J.I., *Denunciation of the treaty of 2 November 1865, between China and Belgium* (series A, n. 8, n. 14, n. 16, n. 18, n. 19, series C, n. 16/1). On 25 May 1929 the Court due to the statement submitted by the Kingdom of Belgium, of not willing to pursue the matter in the Court, decided to terminate the procedure.

¹¹⁴ As considered in P. B. CASELLA, *Direito internacional no tempo antigo* São Paulo: Atlas, 2012, esp. item 7.2, 'a China antiga', pages 358-389. See also Yasuaki ONUMA, *A Transcivilizational Perspective on International Law*, RCADI – Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2009, vol. 342, also published as pocketbook: Hague, Academy of International Law – Pocket, 2010, esp. chapter 3, on the crucial role played by the Sino-centric system for large extensions of Asia, during centuries.

¹¹⁵ Ezra F. VOGEL, *Deng Xiaoping and the transformation of China*. Cambridge, Ma.: The Belknap Press of Harvard Univ., 2011, quoted from the 'Preface', p. XI: "The biggest issue in Asia was China, and the man who most influenced China's modern trajectory is Deng Xiaoping".

¹¹⁶ As mentioned, *Apartheid* was the abbreviation for *aparte outwikkeling*, which means 'separated development' in Dutch, as presented by the program of the Nationalist Party, who won the elections in 1948, in South Africa.

¹¹⁷ P. B. CASELLA, *Tratado de Versalbes na história do direito internacional*, São Paulo: Quartier Latin, 2007, especially article 22 of the *Chart of the League of Nations*.

¹¹⁸ The pioneer Jan van RIEBEECK considered the autochthonous populations as black dogs that smelled badly (*zwarte stinkende Honden*), miscegenation occurred due to the lack of white women, and also because prejudices had not yet reached the level of a true *taboo*, as it eventually turned to be. See thereon, José Honório RODRIGUES, *Brazil e África: outro horizonte*, 3ª edição, “rev. e com capítulo atualizado até 1980”, Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1982, esp. chap. 8, ‘política Brasileiro-africana’, item 2, ‘União Sul-africana e Brasil’, pp. 322-333, cit. p. 322.

¹¹⁹ Fred R. van HARTESVELDT, *The Boer War*, Johannesburg: Jonathan Ball Publ., 2000.

¹²⁰ The racial relations in South Africa were legally not an issue internally – as the matter was regulated as a principle of internal public order, but remained an international issue, as it offended the principles regulating international society and a matter of opposition by most other countries. J. H. RODRIGUES, op. cit., 1982, p. 324 e 328. South African Union until the end of the 1980’s, as before HITLER’s Germany (1933–1945) were countries that practiced racism as an official policy, and that not only within national borders, but also in the mandated territory of Southwest Africa. See also John ILIFFE, *Les africains – Histoire d’un continent*, de l’original anglais, *Africans – the history of a continent*, 1^{re} éd., 1995 ; 2^e. éd., 2007, transl. by Jean-Paul MOURLON, Paris: Gallimard – Champs – Histoire, 2009, esp. chap. 14, ‘industrialisation et question raciale en Afrique du Sud’, pp. 550-573. In *Histoire générale de l’Afrique*, see esp. vol. VIII : *L’Afrique depuis 1935*, edited by A. A. MAZRUI and C. WONDJI, Paris: Présence africaine / Edicef / Unesco, 1989, reprinted 2009, “contexte de l’ère de l’apartheid”, pp. 179-180: “En Afrique du Sud, comme en Rhodésie du Sud, la question essentielle était la lutte des Européens pour conserver leur monopole économique sur les terres, les ressources minières, les emplois et les services sociaux et pour juguler la concurrence africaine, réelle ou supposée.”

¹²¹ Beyond national borders the South African Union kept Southwest Africa under its control long after the end of the international mandate, which had been given by the League of Nations, after the end of world war first. The matter was repeatedly brought to the U.N. Security Council and also to the International Court of Justice, such as: l’avis consultatif sur les conséquences juridiques pour les états, découlant de la présence de l’Afrique du Sud en Namibie (*Sudouest africain*), malgré la Résolution du Conseil de Sécurité 276 (1970), rendu le 21 juin 1971 (*Recueil C.I.J.*, 1971), much more assertive in comparison with the precedent manifestation of the Court, just five years before, in the avis consultatif sur le cas du Sudouest africain (Éthiopie et Libérie c. Afrique du Sud), rendu le 18 juillet 1966 (*Recueil C.I.J.*, avis consultatif - exceptions préliminaires et deuxième phase, 11 juillet 1950, 21 décembre 1962 et 18 juillet 1966). Subsequent relevant step was taken by the ICJ in the avis consultatif concernant le cas du Sahara occidental, rendu le 16 octobre 1975 (*Recueil C.I.J.*, 1975, ordonnance du 22 mai 1975 ; avis consultatif du 16 octobre 1975): far from considering the claimed territory as *terra nullius*, the Court stated the right of Saharian people to maintain its ancestral territory.

¹²² During World War I, South African troops, under general BOTHA invaded and occupied the former German colony of Southwestern Africa, *Ex vi* of Part IV, of the treaty of Versailles, and specifically its art. 119, Germany lost all former colonies. Since then, the territory

was managed by South Africa, first with mandate from the League of Nations, and thereafter without legal title. See P. B. CASELLA, *Tratado de Versalhes na história do direito internacional*, São Paulo: Quartier Latin, 2007, pp. 128-136.

¹²³ Karl ZEMANEK, *State succession after decolonization*, RCADI, 1965, t. 116, pp. 181-300; P. B. CASELLA, *Sucessão de estado no direito internacional pós-moderno* (São Paulo: Revista da Faculdade de Direito da USP, 2007, vol. 102, p. 1155-1170).

¹²⁴ This is a wide reaching topic, with which I have dealt in different occasions, over the latest years, such as P. B. CASELLA, *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, esp. X, ‘*opinio juris e corte epistemológico – entre conceitos universais e expedientes específicos – princípios, valores e regras*’, pages 777-829; also P. B. CASELLA, *Contemporary trends on opinio juris and the material evidence of international customary law* presented as “the Gilberto Amado Memorial Lecture 2013, before the United Nations International Law Commission (ILC) in Geneva”, 17 July 2013, at the site ilc-cdi.un.org; also published as CASELLA, *Contemporary trends on opinio juris and the material evidence of international customary law* Zanzibar Legal Services Centre, in the Zanzibar Yearbook of Law, vol. 3, 2013, ISBN 9987697135, pages 27-49.

¹²⁵ “Zuma faz visita estratégica ao Brasil – Presidente da South Africa escolhe o País para sua primeira visita oficial fora do continente africano”, published in the newspaper O Estado de São Paulo (OESP), of 9 October 2009, p. A-17.

¹²⁶ OESP, article quoted, dated 9 out. 2009: “Brasil e África do Sul também tem sido presença constante nas reuniões do G-8 e negociam um acordo de livre comércio entre o Mercosul, a União Aduaneira da África Austral (SACI) e a Índia”.

¹²⁷ Nicolau MAQUIAVEL, *O Príncipe e outros escritos políticos*, originally published in 1513, transl. by Lívio XAVIER, São Paulo: Folha de São Paulo, 2010; see also MACHIAVELLI, *Tutte le opere*, a cura di Mario MARTELLI, Firenze: Sansoni, 1971.

¹²⁸ Hélio JAGUARIBE (ed. by), *Um estudo crítico da história*, trad. Sérgio BATH, São Paulo: Paz e Terra, 2001, 2 vols., especially vol. 2, ‘o problema a ser enfrentado’, pp. 626-630.

¹²⁹ J. R. BOLTON, *Is there really ‘law’ in international affairs?* in *Transnatl. and Contemp. Probs.*, 2000, vol. 10, p. 1-48

¹³⁰ *Convention pour la prévention et la répression au crime de génocide* (New York, 1948), article 2 defines the scope: Le génocide est un des actes suivants, commis avec l’intention de détruire, total ou partiellement, un groupe national, ethnique, racial ou religieux, tels que : assassiner des membres du groupe ; gravement nuire à l’intégrité physique ou mentale de membres du groupe ; soumettre intentionnellement le groupe à des conditions de vie qui lui causent la destruction physique totale ou partielle; l’adoption de mesures destinées à empêcher ou interrompre des naissances dans le sein du groupe ; le transfert forcé de mineurs de ce groupe, vers un autre groupe. See also the text of the Resolution adopted by the *Institut de droit international*, in the session of Krakow, 26 Aug. 2005, on the *compétence universelle en matière pénale à l’égard du crime de génocide, des crimes contre l’humanité et des crimes de guerre / Universal criminal jurisdiction with regard to the crime of genocide, crimes against humanity and war crimes*, 17th Commission; Rapporteur: Christian TOMUSCHAT. See also P. B. CASELLA, *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*, prólogo de Hugo CAMINOS, São Paulo: Quartier Latin, 2008, itens i, ‘construção do direito

internacional e contexto pós-moderno’, and ii, ‘precisões terminológicas e valorativas’; P. B. CASELLA, *O genocídio armênio* in the volume *Direito internacional na Constituição*, edited by Alceu J. CICCO Filho, Ana Flávia P. VELLOSO and Maria Elizabeth G. T. ROCHA, São Paulo: Saraiva, 2014, ISBN 9788502 208216, at p. 565-606; Dalmo de Abreu DALLARI, *O genocídio repensado*, in *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas : estudos em homenagem ao prof. Irineu STRENGER*, ed. by L.O. BAPTISTA, H. M. HUCK and P. B. CASELLA, São Paulo: LTr, 1994, pp. 463-477; Victoria ABELLÁN HONRUBIA, *La responsabilité internationale de l’individu*, RCADI, 1999, t. 280, pp. 135-428, on the crime of genocide, esp. pp. 320-331, quoted p. 323): “la victime du crime de génocide est le groupe lui-même et non pas seulement l’individu. C’est-à-dire que l’accent est mis sur le caractère ‘collectif’ du bien juridique protégé”.

¹³¹ Although the UNGA Resolution 3314 dated 14 Dec. 1974 had already defined the crime of aggression, it was a hard task to reach an acceptable wording for same in the negotiation of the Statute of Rome, for the International Criminal Court (ICC), as signed in 17 July 1998, in force since 1st July 2002. The Kampala Conference in 2010 had as its priority the adoption of the definition of the crime of aggression and the conditions for the exercise of the jurisdiction of the ICC for this crime. It is expected that this Amendment to the ICC Statute should come into force along the year 2016. For a comprehensive assessment of the matter see Julian FERNANDEZ and Xavier PACREAU (editors, with Lola MAZE), *Statut de Rome de la Cour pénale internationale – commentaire article par article*. Paris: Pedone, 2012, 2 vols. See also V. ABELLÁN Honrubia, *La responsabilité internationale de l’individu*. RCADI – Collected courses of the Hague Academy, 1999, vol. 280, pages 135-428, cap. v, ‘la qualification des crime de droit international’, item i, ‘crime d’agression’, pp. 309-320 ; W. KOMARNICKI, *La définition de l’agresseur dans le droit international moderne*, RCADI, 1949, t. 75, pp. 1-114.

¹³² P. B. CASELLA, *Contemporary trends on opinio juris and the material evidence of international customary law* presented as “the Gilberto Amado Memorial Lecture 2013, before the United Nations International Law Commission (ILC) in Geneva”, 17 July 2013, at the site ilc-cdi.un.org; also published CASELLA, *Contemporary trends on opinio juris and the material evidence of international customary law* Zanzibar Legal Services Centre, in the Zanzibar Yearbook of Law, vol. 3, 2013, ISBN 9987697135, pages 27-49; CASELLA, *La réflexion sur l’internationalisation du droit* in *L’Année francophone internationale*, Paris, 2012-2013, ISBN 9782922876192, pages 124-125. Also P. B. CASELLA, *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*. São Paulo: Quartier Latin, 2008, esp. X, ‘*opinio juris* e corte epistemológico – entre conceitos universais e expedientes específicos – princípios, valores e regras’, pages 777-829.

¹³³ Yasuaki ONUMA, *A Transcivilizational Perspective on International Law*, RCADI – Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 2009, vol. 342, also published as pocketbook: Hague, Academy of International Law – Pocket, 2010, chapter I, quoted p. 59 stresses as “major agents of the multipolar system” of the 21st century not only the United States and the West European nations, as well as “China and India and maybe some other such as Russia, Japan and Brazil”, which “have cultural, religious and civilizational perspectives which differ significantly from each other”. Except for South Africa, the other four BRIC countries have been expressly mentioned by ONUMA, alongside the USA, the European Union and

Japan, as major players for setting up a new global system of international law and institutions for the 21st century. ONUMA closes the paragraph with the statement: “The twenty first century world will not only be multipolar, but multi-civilizational as well.”

¹³⁴ The development of a ‘green economy’ was the central topic of the meeting of Environment Ministers of the BRICS in Moscow, in 2015, when members of the group signed a Ministerial Declaration defining the main areas of cooperation for the protection of the environment and the fight against effect of climate change. They created two working groups, of which one for the preparation of proposals for regulatory changes and the other with the task of proposals for specific areas of environmental cooperation. The matter remains an outstanding one in the international agenda.

¹³⁵ P. B. CASELLA, *International law: the post modern approach to the classics and the new challenges*, in *Curso de derecho internacional*, organized by the Inter-American Juridical Committee of the Organization of the American States, held in Rio de Janeiro, August 2009, published in Washington: Organization of American States, 2010, as quoted hereinabove.

¹³⁶ Erik JAYME, *Identité culturelle et intégration: le droit international privé postmoderne: cours général de droit international privé*, RCADI, 1995, t. 251, pp. 9-268 “avant-propos: explication du titre”: “Nous assistons en effet au développement de deux tendances opposées: la première vise à favoriser de plus en plus le rapprochement des États au sein des marchés uniques, dans l’objectif d’améliorer le bien-être économique des différentes sociétés. La seconde tendance, dont le moteur est la réalité de l’identité culturelle des personnes qui sont unies par une tradition commune, conduit à la fragmentation des grands États pour donner naissance à de nouvelles nations indépendantes”; Erik JAYME, *Considérations historiques et actuelles sur la codification du droit international privé*, RCADI, 1982, t. 177, pp. 9-102.

¹³⁷ André-Jean ARNAUD, *O direito entre modernidade e globalização: lições de filosofia do direito e do estado*, trad. Patrice Charles WUILLAUME, Rio de Janeiro: Renovar, 1999, esp. nr. 6, ‘da globalização ao pós-modernismo em direito’, pp. 195-234.

¹³⁸ A.-J. ARNAUD, op. cit., 1999, p. 197.

¹³⁹ Expressing the dimension of the individual as a subject of international law is the greatest transformation in post-modern international law. It is a matter of rewriting the relation of the individual with the state, to rewrite the social dimension of public management, as a necessity for humanly viable guidelines and a change of direction. There may be no government at national level or global governance without contents making human dignity the central value for all governmental levels, be it local, federal or at worldwide stage. See A. A. Cançado TRINDADE *Evolution du droit International au droit des gens – Accès des individus à la justice internationale, le regard d’un juge*. Paris: A. Pedone, 2008.

¹⁴⁰ Th. MERON, *International law in the age of human rights: general course on public international law*, RCADI, 2003, t. 301, pp. 9-490.

¹⁴¹ P. B. CASELLA, *Fundamentos do direito internacional pós-moderno*, op. cit., 2008, item xii, ‘direito e relações internacionais: coexistência pacífica’, p. 877-958; Cláudia Lima MARQUES, *Laudatio para Erik JAYME – memórias e utopia* in *O novo direito internacional: estudos em homenagem a Erik JAYME*,

sous la dir. de Claudia Lima MARQUES et Nadia de ARAUJO, Rio de Janeiro : Renovar, 2005, pp. xv-xxv; Erik JAYME, *Visões para uma teoria pós-moderna do direito comparado*, conference in Osnabrück, 5 June 1997, published in *Revista dos Tribunais*, São Paulo, vol. 759, jan. 1999, pages 24-40.

¹⁴² Both in substantial and formal senses. See P. GUGGENHEIM, *Contribution à l'histoire des sources du droit des gens*, RCADI, 1958, t. 94, pp. 1-84; P. GUGGENHEIM, *Les principes de droit international public*, RCADI, 1952, t. 80, pp. 1-190.

¹⁴³ Pluralism of legislative sources leads to the formation of a new body of law. See C. L. MARQUES, *Laudatio*, op. cit., 2005, p.xxii.

¹⁴⁴ Concerning consensus, we see the difficulty of its own understanding and function, as a category that supports the legal and social order, and that requires an analysis of its elements and the review of its viability. In this sense, the study of consensus could be made following a procedure that we call archeological, in the manner of Michel FOUCAULT. Nelson Ferreira de CARVALHO, *Arqueologia do consenso*, in *Direito e comércio internacional: tendências e perspectivas – estudos em homenagem ao prof. Irineu STRENGER*, ed by L. O. BAPTISTA, H. M HUCK and P. B. CASELLA, São Paulo: LTr, 1994, pp. 353-406.

¹⁴⁵ The expression *double calling* was introduced by E. JAYME. See C. L. MARQUES, op. cit., 2005, loc. cit.; E. JAYME, op. cit., 1995, p. 36 ss., *Das Subsidiaritätsprinzip in der Neuordnung der internationalen Adoptionsrechts: eine Analyse des Haager Adoptionsübereinkommen von 1993 im Hinblick auf das deutsche und das Brazilianische Recht*, Frankfurt-Berlin: Verlag für Standsamtswesen GmbH, 1997.

¹⁴⁶ C. L. MARQUES, op. cit., 2005, pp. xxii-xxiii.

¹⁴⁷ Erik JAYME, *Diálogo com a doutrina*, *Revista trimestral de direito civil – RTDC*, ano 1, n. 3, jul-set. 2000, pp. 289-293; also published in the *Cadernos da pós-graduação em homenagem a Erik JAYME*, ed. by Claudia Lima MARQUES, Porto Alegre: UFRGS.

¹⁴⁸ Voluntary choice is the only legitimate title for the right of self determination. Oliveiros L. LITRENTTO, *O princípio da autodeterminação dos povos: síntese da soberania e o homem*, Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1964, esp. cap ii, 'da idade da razão aos nossos dias', item 10, 'autodeterminação e humanismo', pp. 60-64. See also, Vaíos KOUTROULIS, *Le début et la fin de l'application du droit de l'occupation*, Paris: Pedone, 2010.

¹⁴⁹ C. L. MARQUES (cit., 2005, p. xxiv); Th. MERON, *International law in the age of human rights: general course on public international law*, RCADI, 2003, t. 301, pp. 9-490.

¹⁵⁰ The crisis of post-modernity destroys several values and certainties. C. L. MARQUES, cit., 2005, p. Xxiv ; Erik JAYME, *Le droit international privé du nouveau millénaire – la protection de la personne humaine face à la globalisation*, conférence prononcée le 24 juillet 2000, RCADI, 2000, t. 282, p. 9-40; Heinz-Peter MANSEL, *Kulturelle Identität und Internationales Privatrecht*, Heidelberg: IPRAX, 2003, p. 184.

¹⁵¹ Values cannot be understood without reference to history; but history would make no sense without values. Miguel REALE, *Filosofia do direito*, São Paulo: Saraiva, 1987, p. 187.

¹⁵² Beatriz SARLO, *Tiempo presente: notas sobre el cambio de una cultura* © 2004, published in Portuguese *Tempo presente: notas sobre a mudança de uma cultura*, trad. Luís Carlos CABRAL, Rio de Janeiro: José Olympio, 2005.

¹⁵³ Sensationalism affects the discourse on recent History in the determination of its concepts and mechanisms for interpretation and application.

¹⁵⁴ Catherine KESSEDIAN, *Codification du droit commercial international et droit international privé*, RCADI, 2002, t. 300, pp. 79-308, ‘en guise de conclusion’, pp. 290-293, cit. p. 290: «Nous sommes incontestablement dans une période de transition, où la néomodernité exige des adaptations, voire des transformations profondes des juristes que nous sommes, notamment dans le processus démocratique de création normative. (...) On peut espérer que l’auto-régulation sans limite a fait long feu et que la corégulation deviendra l’un des outils privilégiés de la création normative internationale en tant que l’un des principes centraux de la bonne gouvernance juridique.»

¹⁵⁵ *Power politics* is the usual way to refer to international politics, which stresses a central truth, concerning international relations, even if other aspects are neglected. Not forgetting other aspects, power politics suggests relations among independent powers. Martin WIGHT, *Power politics* © 1978, published in Portuguese, *A política de poder*, transl. by Carlos Sérgio DUARTE, Brasília: Ed. UnB, 1985, chap. i, ‘potências’, pp. 15-20.

¹⁵⁶ Zygmunt BAUMAN e Ezio MAURO, *Babel*. Roma and Bari: Laterza, 2015: “Sospesi tra il ‘non più’ e il ‘non ancora’, il nostro è il tempo indecifrabile dell’interregno.”

¹⁵⁷ P. B. CASELLA, *Empires, hegemony and cooperation in Pravovie Aspekti BRICS – Aspetti giuridici del BRICS – Legal aspects of BRICS*, ed. by T. A. ALEXEEVA & P. CATALANO, St. Petersburg: National Research University, 2011, ISBN 9785742233077, p. 27-48; and again CASELLA, ‘Papel do direito internacional na formação e consolidação do território brasileiro’, in *Zemlia kak object prava b Rossii i Braziliu / A terra como objeto de direito na Rússia e no Brasil – Materiali mejdunarodnovo naucznovo seminaru – Seminário científico internacional*, org. by the National Research University, held in Saint Petersburg, 11-12 April 2014, St. Petersburg: National Research University, 2014, ISBN 9785742228455, esp. pages 156-168, 209-210 and 221.

¹⁵⁸ I have been honored six consecutive years to be invited as visiting professor by the University of Macau, to lecture on topics of international law, including BRICS and on the international protection of human rights. And this has been a much valued experience. On the subject of China relations with the states of the Community of Portuguese speaking countries see P. B. CASELLA, *Brasil, China e os países da CPLP: uma proposta de cooperação no mundo pós-moderno* in *Os países de língua portuguesa e a China num mundo globalizado*, ed. by WEI Dan, Coimbra: Almedina / Macau: Universidade de Macau, 2009, ISBN 978972 4039220, pages 203-220.

¹⁵⁹ Basically from the Peace of Westphalia, in 1648, till the Seven Year War of 1756-1763. See P. B. CASELLA, *Direito internacional no tempo clássico* São Paulo: Atlas, 2015.

¹⁶⁰ The work done by LEIBNIZ in connection with international law and the East-West cultural relations deserves to be better known. On the topic, see also P. B. CASELLA, *Direito internacional no tempo clássico* São Paulo: Atlas, 2015, esp. item 22.1, ‘o direito segundo LEIBNIZ’, p. 657-704.

¹⁶¹ Guillermo CÉSPEDES DEL CASTILLO, *Le contact et les échanges culturels* in UNESCO, *Histoire de l’humanité*, vol. V – 1492-1789, originally published as *History of humanity* – from the sixteenth to the eighteenth century, © 1999, Paris: UNESCO, 2008, p. 115-142.

Paulo Borba Casella

BRICS – The Present Picture and Perspectives

¹⁶² G. CÉSPÉDES DEL CASTILLO, *Le contact et les échanges culturels* op. cit., 2008, cit. p. 131.

¹⁶³ VOLTAIRE, *Histoire de l'empire de Russie sous Pierre le grand*, divisée en deux parties (1760-1762) in VOLTAIRE, *Oeuvres historiques*, édition présentée, établie et annotée par René PO-MEAU, Paris: Gallimard – Pleiade, © 1957, impr. 2010, p. 337-602.

¹⁶⁴ VOLTAIRE (op. cit., 1760-1762, ed. 2010, p. 410-411).

¹⁶⁵ VOLTAIRE (op. cit., 1760-1762, ed. 2010, p. 410-411): ““En quelle langue d’ailleurs les Chinois pouvaient-ils traiter avec les Russes au milieu des déserts? Deux jésuites, l’un portugais, nommé PEREIRA, l’autre français, nommé GERBILLON, partis de Pekin avec les ambassadeurs chinois, leur aplanirent toutes ces difficultés nouvelles, et furent les véritables médiateurs. Ils traitèrent en latin avec un Allemand de l’ambassade russe, qui savait cette langue. [...] Les deux jésuites réglèrent les limites des deux dominations: elles furent posées à la rivière de Kerbecchi, près de l’endroit même où l’on négociait. Le midi resta aux Chinois, le nord aux Russes. Il n’en coûta à ceux-ci qu’une petite forteresse qui se trouva bâtie au delà des limites; on jura une paix éternelle, et, après quelques contestations, les Russes et les Chinois la jurèrent au nom du même Dieu en ces termes: ‘*Si quelqu’un a jamais la pensée secrète de rallumer le feu de la guerre, nous prions le Seigneur souverain de toutes choses, qui connaît les coeurs, de punir ces traîtres par une mort précipitée*’.”

¹⁶⁶ Not to forget the role to be played by international law. See P. B. CASELLA, *Il Foedus tra Plebe e Senato ed il problema del Diritto Internazionale. Dalla secessione della Plebe all’autodeterminazione dei popoli*, in: *Diritto@Storia*, Rivista Giuridiche e Tradizione Romana. N.9 - 2010, ISSN 1825-0300.

¹⁶⁷ This was the subject of the lecture P. B. CASELLA, “BRICS – Element einer neuen Weltordnung?” given at the Humboldt University in Berlin on 16 April 2012.

¹⁶⁸ P. B. CASELLA, *BRIC – à l’heure d’un nouvel ordre juridique international* Paris: Pedone, 2011, 208 pages, ISBN 9782233006264; CASELLA, *BRIC – Brasil, Rússia, Índia, China e África do Sul – uma perspectiva de cooperação internacional* São Paulo: Atlas, 2011, x + 174 pages, ISBN 9788522461134.

¹⁶⁹ P. B. CASELLA, *Jus gentium e os BRICS* “conferência apresentada na sessão solene de inauguração do 1º ano letivo do curso de mestrado em direito romano e sistemas jurídicos contemporâneos, na Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo” em 17 de setembro de 2012, São Paulo: FD-USP, Cadernos de pós-graduação em direito – Estudos e documentos de trabalho, fascículo N° 12/2012, 26 pages; P. B. CASELLA, *BRICS – perspectiva pós-moderna de cooperação internacional* presented in the Seminar held at the University of Rome – Tor Vergata, in May 2013, edited by Riccardo CARDILLI and Stefano PORCELLI.

¹⁷⁰ Over the latest twelve months, the on-going war effort and the sanctions led to a devaluation of more than 80% of the Russian currency, the Ruble, in comparison with the US Dollar; whereas Brazilian currency, the Real, has devaluated more than 70% along the same period – and without external wars and sanctions going on.

¹⁷¹ It was a valid and timely statement that the acquisition of territory with the use of force is a violation of international law: it remains to be ensured that such principle is consistently applied. See I.C.J., *Legal consequences of the construction of a wall in occupied Palestinian territory* (opi-

nion rendered 9 July 2004), see the “separate opinion” by Judge KOROMA. See also thereon, CASELLA, *Direito internacional dos espaços*. São Paulo: Atlas, 2009, esp. item 31.4.

¹⁷² My views on the topic were stated in P. B. CASELLA, *Reforma da ONU pós KELSEN* in *Reforma da ONU* ed. by Jerônimo MOSCARDI and Carlos Henrique CARDIM, Brasília: FUNAG, 2010, ISBN 85-7631-279-4, p. 143-210.

About the Author

Paulo Borba Casella

Paulo Borba Casella is a full-time professor of public international law at the University of São Paulo Law School, head of the International and Comparative Law Department, presently also in charge of the Commission for the publication of the Journal of the same institution. Lectured at the XXXVI Course of International Law of the Organization of American States in 2009.

Visiting professor at the Universities of Berlin-Humboldt in 2012, Macau from 2007 through 2012, Paris-Sorbonne in 2007 and 2010, Paris-Panthéon-Assas in 2005 and 2006, and Strasbourg in 2005. Lectures in universities and spoken at conferences extensively in Brazil, including the 67th Annual Meeting of the Brazilian Society for the Progress of the Sciences (SBPC) in 2015, the Ministry of Foreign Affairs, in Brasília and the Alexandre de Gusmão Foundation in Rio de Janeiro, at several Universities in Brazil, and at various locations

abroad such as the Russian Academy of Sciences – Institute for Latin American Studies, in Moscow in 2014, the Dutch Ministry for Foreign Affairs at the Hague in 2013.



“Gilberto Amado Memorial Lecture” at the United Nations International Law Commission in Geneva in 2013, also lectured at the Permanent Court for Revision of the MERCOSUR in Asunción, where he received the Rosalba medal and diploma in 2015, in recognition of work performed for international law and integration law.

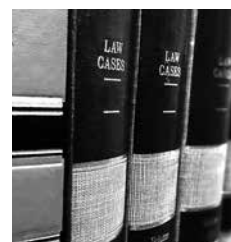
Lectures at the Universities of Amsterdam, Asunción, Bielefeld, Buenos Aires, Coimbra (twice), Córdoba,

Düsseldorf, Florence, Hamburg, Heidelberg, Helsinki, Leiden, Lisbon, Lodz, Lyon (three times), Maastricht, Milan-Bocconi, Montreal, New Delhi, Nice (twice), Ottawa, Rennes, Rome I – La Sapienza (twice), Rome II – Tor Vergata, Saarbrücken (twice), Saint Petersburg (twice), Salamanca, Tokyo, Tübingen, and others. Publications include several books written or edited, as well as articles and chapters, published in some twenty countries.

Summary

Introduction;

- I. *The Basics of International Arbitration;*
- II. *Investment Treaty Arbitration;*
- III. *Investment Treaties: Benefits, Costs and the Latin American Response;*
- IV. *The OAS and International Arbitration;*
- V. *Conclusion: the way forward*



**Julissa Reynoso,
Marc Suskin and
Sofía Klot**

International Development, Investment and Arbitration in Latin America and the Caribbean

Introduction

The benefits of attracting Foreign Direct Investment (FDI) to developing countries are well documented. Among other positive spillovers, FDI may allow for the transfer of know-how and technology (including “green” technologies), promote competition and best practices, generate corporate tax revenues and boost domestic employment as well as GDP growth. Domestic employees can receive training in the course of operating the new businesses, while FDI recipients gain access to international marketing networks.¹ FDI is therefore, a key component of economic development.

The last two decades have seen an overall growth of global FDI flows. These peaked at US\$1.73 billion in 2015, the highest level recorded since the start of the financial crisis in 2007.² Contrary to the global trend,

however, FDI in Latin America and the Caribbean decreased by 14 per cent in 2014 and by 9 percent in 2015, as the region grappled with crises and lower commodity prices.³

In this context, Latin American and Caribbean countries should strive to create an attractive climate for foreign investment. One of the ways in which countries can develop such an environment is by resorting to international arbitration as an impartial and effective mechanism to resolve disputes with foreign investors.

I. The Basics of International Arbitration

International arbitration is a widely used alternative dispute resolution method to that allows parties to settle their claims in a binding, legal and impartial manner. It is based on the principle of *party autonomy*: parties must express their written consent

to submit their dispute to arbitration, thereby removing it from the sphere of domestic courts. This feature gives parties the freedom to choose *how* a dispute will be resolved and *who* will adjudicate it.

More often than not, foreign investors look at domestic courts in the place of investment with certain misgivings. Whether they are litigating against the State, a State-owned entity or any other domestic party, foreign investors fear that home courts will tend to favor the domestic party. By consenting to international arbitration, foreign investors can bypass the local courts and submit their dispute to a panel of arbitrators appointed either by the parties themselves or by an arbitral institution, a process which *guarantees* the neutrality of the forum.

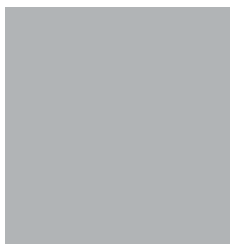
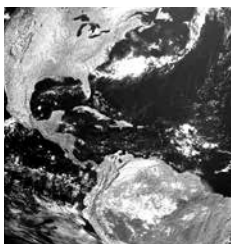
“While domestic judiciaries are generally divided along broad lines of specialization, in international arbitration the parties may appoint arbitrators with a specific skill set or particular expertise.”

Disputes arising from foreign investments can be particularly complex or highly technical, as is the case of telecommunications or energy disputes. While domestic judiciaries are generally divided along broad lines of specialization, (e.g. criminal, civil, bankruptcy, administrative, etc.) in international arbitration the parties may appoint arbitrators with a *specific* skill set or particular expertise—whether commercial or technical—to adjudicate their disputes. This translates into more efficient proceedings and substantiated decisions.

Another significant advantage of international arbitration—as part of an attractive investment climate—is the absence of appeals and the finality of arbitral awards. Save for awards issued under the auspices of the International Center for the Settlement of Investment Disputes (ICSID),⁴ there is a very narrow scope for judicial review of arbitral awards, which is restricted to *setting aside* or *vacating* the award. Under the dominant regime established by the 1958 *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (New York Convention), ratified by most Latin American and Caribbean countries,⁵ and incorporated into domestic laws, the grounds to annul an international

**Julissa Reynoso, Marc
Suskin and Sofía Klot**

**International Development,
Investment and Arbitration**



award are extremely limited.⁶ This advantage is further enhanced by the fact that parties also choose the law under which the award will be reviewed (by selecting the “seat” of the arbitration). Finality is particularly relevant in the Latin American and Caribbean context, where appellate review of judicial decisions can stretch over at least two instances and include constitutional challenges, prolonging the proceedings several years. Arbitration thus generally represents a faster, more efficient alternative.

Arbitration also offers investors considerably more *flexibility* to tailor the process to their needs. Contrary to domestic procedure, which is established by law, parties in international arbitration can decide which rules will govern the arbitration. They can either design the procedure themselves (*ad hoc* arbitration) or choose a particular set of pre-existing rules that will apply. They can also submit the dispute to an institution that will administer the

proceedings for a fee (institutional arbitration). In all of these settings, the parties can select the place and language of the arbitration, determine the extent of discovery and agree to keep the proceedings *entirely* confidential (as opposed to domestic litigation, where publicity is the norm).

Lastly, arbitral awards are enforceable in *almost* every country in the world—including Latin America and the Caribbean—under the *New York Convention*.⁷ Investors can therefore realize the economic gains of an award in any jurisdiction where the losing party (whether a State, State-entity or other) has assets. As with set-aside proceedings, under the *New York Convention* domestic judges can only deny enforcement on the handful of narrow grounds provided therein.⁸ ICSID awards, in turn, grant investors an additional layer of protection: they are treated as if they were a final judgment of the courts of a constituent State. They are executed almost automatically, subject

only to domestic rules governing the immunity of sovereign property from execution.⁹

International arbitration therefore has the potential of increasing FDI by offering foreign investors a depoliticized, neutral and efficient route to settle their disagreements with States or State-owned entities.

“International arbitration has the potential of increasing FDI by offering foreign investors a depoliticized, neutral and efficient route to settle their disagreements with States or State-owned entities.”

II. Investment Treaty Arbitration

Countries can agree to submit their disputes with foreign investors to arbitration by contract, or can even offer this possibility in their national investment laws. However, the most common way in which investment disputes can be removed from the jurisdiction of domestic courts is by relying on *investment treaties*.

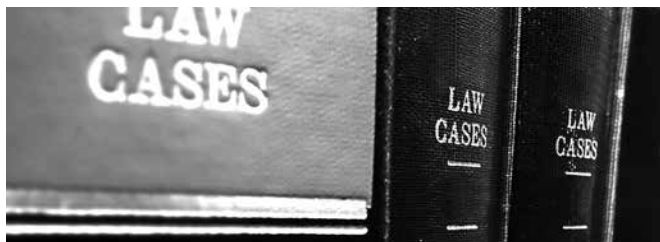
These are international agreements signed by two or more *States* in which they reciprocally grant their respective nationals (individual investors or companies) a number of investment protections. One such protection is, precisely, the investor’s right to commence international arbitration directly against the host State (FDI recipient). Generally speaking, these treaties can take the shape of bilateral investment treaties (BITs), multilateral investment treaties (MITs), free trade agreements (FTAs) or preferential trade agreements (PTAs).¹⁰

The first BITs were drafted following the German model developed in the late 1950s. Starting in 1990, however, the number of investment treaties—particularly BITs—has grown at a dizzying pace. There are now roughly 3,300 investment agreements, including BITs, FTAs, MTAs and PTAs which make up the international investment framework.¹¹ Despite some initial resistance,¹² most countries in Latin America and the Caribbean have entered into several of these agreements.¹³

Investment agreements feature a series of *core standards* aimed at protecting foreign investment, some of which either build on or embody rules of customary international law.

**Julissa Reynoso, Marc
Suskin and Sofía Klot**

**International Development,
Investment and Arbitration**



The main standards of protection are:

1. Prohibition against unlawful expropriation;¹⁴
2. Fair and equitable treatment (FET);¹⁵
3. National treatment;¹⁶
4. Most-favored nation treatment (MFN);¹⁷
5. Free transfer of investments and returns;¹⁸ and
6. Umbrella Clauses,¹⁹ among others.

Importantly, investment treaties allow investors to initiate an international arbitration against the host State. This particular form of arbitration is referred to as “*investment-treaty arbitration*”, precisely because it is provided for in a treaty, as opposed to a contract or a domestic law. It is concerned with *the violation of the treaty’s particular standards of treatment*, as opposed to commercial arbitration, which stems from breaches of contract.

“Investment treaties allow investors to initiate an international arbitration against the host State.”

The dispute resolution clauses of investment treaties typically offer the investor an array of options to seek redress from the host State. These invariably comprise one or more forms of arbitration, such as ICSID arbitration, arbitration under the UNCITRAL Rules²⁰ or any other rules of mutual choice (e.g. International Chamber of Commerce or “ICC” Rules) alongside recourse to domestic courts.²¹ By including such clauses in their investment agreements, States already grant their consent to arbitration to any prospective investor. Therefore, should a dispute under the treaty arise, all an investor needs to do is notify the State of the existence of a dispute

(*trigger letter*) or submit a request for arbitration to perfect the arbitration agreement.²²

ICSID arbitration is the most widely used option when it comes to resolving investor-State disputes. An arm of the World Bank, ICSID is the world's leading institution devoted to administering investor-State conciliation and arbitration proceedings. It was created pursuant to the 1966 *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (*Washington Convention*) with the aim of depoliticizing the resolution investment disputes. While Latin American countries initially opposed the establishment of ICSID, eventually almost all countries in the region joined the *Washington Convention* with certain notable exceptions such as Brazil and Mexico.²³

Even though there is no doctrine of *stare decisis* in investment arbitration, the decisions of arbitral tribunals carry considerable weight in shaping the understanding of many core standards of protection. Arbitral tribunals dealing with a similar factual scenario even under the same treaty, however, can (and do) resolve the same issue differently, as illustrated by recent awards involving Latin American states.

In *Nova Scotia Power Incorporated v. Venezuela*, for instance, the arbitral tribunal found that a purchase and supply contract for coal did not constitute a protected “*investment*” within the meaning of the Canada-Venezuela BIT.²⁴ By contrast, in *Gold Reserve Inc. v. Venezuela*, a tribunal applying the *same definition* of investment under the Canada-Venezuela BIT found that indirect title to gold mining rights and concessions in Venezuela (in addition to indirect share ownership of a local subsidiary) *did* in fact constitute an “*investment*” under the treaty, as investment does not require the movement of capital or other values across the host State's border.²⁵

Despite these occasional inconsistencies, today foreign investors increasingly resort to investment treaty arbitration as a more neutral forum than domestic courts.²⁶

III. Investment Treaties: Benefits, Costs and the Latin American Response

The main incentive for Latin American states to sign investment treaties is the prospect of capturing a larger share of FDI inflows.²⁷

**Julissa Reynoso, Marc
Suskin and Sofía Klot**

**International Development,
Investment and Arbitration**

The exact relationship between investment agreements and FDI, however, is still subject to debate. Studies that have looked at this issue have arrived at seemingly contradictory results. One such study, for instance, revealed that PTA membership by any State results in a significant FDI increase of up to 170% over a ten-year period.²⁸ Focusing only on BITs, that same study concluded that the benefits for developed and developing countries may be fairly different: implementing a BIT between a developing non-OECD state and an OECD member could result in a 130% increase in bilateral FDI for the developing country, while a BIT between two OECD states does not result in a robust FDI effect.²⁹

At least two other studies have supported the proposition that there is a positive correlation between FDI and international investment protections,³⁰ while others have concluded exactly the opposite.³¹ In any case, it is clear that investment agreements do play a critical role in increasing FDI to countries with unstable political climates, particularly in highly regulated sectors and sensitive industries such as natural resource extraction.³² On that basis alone, Latin American and Caribbean countries have a powerful incentive to continue entering into investment

“The main incentive for Latin American states to sign investment treaties is the prospect of capturing a larger share of FDI inflows.”

agreements to mitigate the potentially deterring effects of their changing political climates.

That said, investment treaties can also impose potentially damaging restrictions on governments that must be carefully evaluated and negotiated. These agreements have been criticized for encroaching on a State’s regulatory space and for exposing them to frivolous claims targeting environmental, labor and public health policies, among others. Scholars point out that standards of protection are often worded vaguely, causing arbitrators to grant investors too far-reaching protections.³³

Furthermore, there is a growing unease about the balance between States and investors’ rights and obligations that have caused countries like Bolivia, for instance, to terminate most of its BITs.³⁴ To address this legitimate concern, new generation BITs and FTAs describe the standards of protection

“There is a growing unease about the balance between States and investors’ rights and obligations that have caused countries like Bolivia, for instance, to terminate most of its BITs.”

in greater detail, are considerably more restrictive in their scope and contain numerous carve-outs, thus aiming to strike a fair balance between the protection of foreign investment and states’ right to regulate in the public interest.

The legitimacy of investor-state arbitration and ICSID arbitration particularly, has also come into question. In the last decade, some OAS Member States have been inundated with investment claims resulting in billions of US dollars in damages. Such is the case of Argentina, Venezuela and Ecuador, which top the chart of the most frequent respondents in ICSID arbitration. Following this wave of claims, Bolivia (2007), Ecuador (2009) and Venezuela (2012) withdrew from the Washington Convention and exited the ICSID system.

While pending cases are not affected by the denunciation of the *ICSID Convention*, the question that remains is whether investors may still bring claims before ICSID against these States. There are two schools of thought. One position maintains that, as long as the BIT containing the relevant ICSID arbitration clause is in force, an investor may still bring an ICSID claim. The rationale of this position is that the BIT constitutes an independent, unilateral standing offer of consent that can *only* be revoked by terminating said treaty and is not affected by the denunciation of the *Washington Convention*.³⁵

By contrast, proponents of the opposite view maintain that an investor must have accepted a host State’s standing offer to go to ICSID arbitration *before* the denunciation of the Washington Convention took effect. In other words, once a host State has already exited the ICSID system, it can no longer be compelled to go to ICSID arbitration *even if the underlying investment treaty is still in force*.³⁶ If the relevant investment treaty allows for UNCITRAL or other type of arbitration, investors may still bring these claims.

**Julissa Reynoso, Marc
Suskin and Sofía Klot**

**International Development,
Investment and Arbitration**

Latin American and Caribbean states should become increasingly familiar with the standards of protection contained in investment agreements as interpreted by arbitral tribunals before making such commitments. To the extent that new generation agreements become the norm, States should be able to negotiate more nuanced investment treaties that preserve their regulatory space and provide adequate safeguards for sectors of strategic importance.

IV. The OAS and International Arbitration

International arbitration is not unknown to the OAS. Its involvement with the field goes back to the Panama and Montevideo Conventions.

The 1975 *Inter-American Convention on International Commercial Arbitration (Panama Convention)*, signed and ratified by 19 OAS Member States, embodies an institutional effort to have international awards executed “*in the same manner as [...] decisions handed down by national or foreign ordinary courts*”.³⁷ In turn, the 1979 *Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards (Montevideo Convention)*, ratified by ten OAS Member States,

“In a nutshell, by focusing on the practice of international commercial arbitration and its legal framework, the OAS is encouraging regional economic integration and growth.”

gave foreign judgments, awards and decisions extraterritorial validity in all of the State parties.³⁸ Through these instruments, the OAS has promoted the legitimacy of international commercial arbitration as a mechanism for resolving international disputes, granting awards real “teeth” in OAS jurisdictions. In addition, in 2012 the OAS launched a project on international commercial arbitration as a way to build capacity amongst judges and public officials.³⁹

The OAS—through its Department of International Law (DIL)—is currently engaged in efforts to further understand the practice of international commercial arbitration, the decisions resulting from it and their validity in domestic by domestic courts. As described by the DIL, “*international commercial arbitration is highly relevant to business and trade, because investors*

*prefer to put capital into countries with high political stability, legal certainty, and strong markets”.*⁴⁰

In a nutshell, by focusing on the practice of international commercial arbitration and its legal framework, the OAS is encouraging regional economic integration and growth.

V. Conclusion: the way forward

As the OAS’ DIL has pointed out, the ability to enforce an arbitral award through an expeditious process is a key aspect of an investor’s risk assessment when deciding where to invest.⁴¹ For the system to catalyze foreign investment, domestic courts must strive to correctly apply and interpret the legal principles that govern the enforcement of international arbitration awards.⁴²

In this regard, Latin American and Caribbean countries need to continue updating their arbitration statutes by relying on the UNCITRAL Model Law. Importantly, they should uphold the New York and Washington Conventions to favor the depoliticized resolution of investment disputes and effective enforcement of international arbitral awards. At the same time, states should negotiate investment agreements that do not exclusively target the attraction of FDI, but that also protect the right to regulate in the public interest.

To the extent that this careful balance is achieved, and that Latin American and Caribbean States follow through with their commitments, they may diminish the risk of facing treaty claims, while still reaping the benefits of increased FDI.

¹ P. Mallampally, K. Sauvant, *Foreign Direct Investment in Developing Countries, Finance & Development*, Volume 36, Number 1 (March 1999), available at: <http://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/1999/03/mallampa.htm>; OECD, *FDI in Figures* (April 2016), <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/FDI-in-Figures-April-2016.pdf>.

² OECD, *FDI in Figures* (April 2016), <http://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/FDI-in-Figures-April-2016.pdf>; United Nations ECLAC, *Foreign Direct Investment in Latin America and the Caribbean 2016*, Briefing Paper (June 2016), pp. 9, 17, available at: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40214/4/S1600414_en.pdf.

³ UNCTAD, *World Investment Report 2015, Reforming International Investment Governance* (2015), p. 60; United Nations ECLAC, *Foreign Direct Investment in Latin America and the Caribbean 2016*, Briefing Paper (June 2016), pp. 9, 20-21, available at: http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/40214/4/S1600414_en.pdf.

⁴ ICSID awards are not subject to judicial review and can only be annulled on extremely limited grounds by an ICSID-appointed panel, through a self-contained mechanism.

⁵ Out of the 35 member states of the Organization of American States, only three of them—Grenada, St. Lucia, and St. Vincent & the Grenadines—are not part of the 1958 New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (New York Convention).

⁶ Although the New York Convention governs only the recognition and enforcement of arbitral awards, not their annulment, the principles set forth in Article V of the New York Convention that allow domestic judges to refuse such recognition or enforcement are also widely accepted as grounds for annulling arbitral awards.

⁷ To date, 156 countries are parties to the Convention. For the full list of Contracting States, see <http://www.newyorkconvention.org/countries>.

⁸ These grounds include the violation of public policy, gross procedural mistakes either in the composition of the tribunal or the conduct of the proceedings and invalidity of the arbitral agreement due to illegality or the incapacity of one or more parties, among others. See New York Convention, Article V, available at <http://www.newyorkconvention.org/11165/web/files/original/1/5/15432.pdf>.

⁹ Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (Washington Convention), Articles 53-55, available at: https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc/CRR_English-final.pdf.

¹⁰ A. Aust, *Modern Treaty Law and Practice*, Cambridge University Press (2007), p. 7.

¹¹ Of the roughly 3,300 treaties concluded, about 2,600 are currently in force. See UNCTAD, Investment Policy Hub, International Investment Agreements Navigator at: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

¹² L. Skovgaard Poulsen, *Bounded Rationality and Economic Diplomacy. The Politics of Investment Treaties in Developing Countries*, Cambridge University Press (2015), p. 31.

¹³ There are close to 500 investment agreements currently in force with at least one Latin American party. See UNCTAD, Investment Policy Hub, International Investment Agreements Navigator at: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA>.

¹⁴ Expropriation clauses in investment treaties allow host States to expropriate an investment, whether directly, or through measures which have the equivalent effect, only if: (i) the

expropriation is for a public purpose; (ii) it is conducted in a non-discriminatory manner; (iii) pursuant to due process and (iv) is accompanied by “prompt, adequate and effective” compensation. If the State fails to satisfy one or more of these conditions, the expropriation is deemed “unlawful”.

¹⁵ FET is the most frequently invoked standard of protection in investment disputes. The FET clause was conceived as a “gap filling” provision, to address arbitrary, discriminatory or otherwise unfair treatment not captured by the other standards. It is a flexible concept which covers the host State’s violation of the investor’s legitimate expectations (i.e. breach of promises made by the host State which induced the investment) as well as arbitrary, discriminatory or non-transparent measures targeting foreign investments, among others. FET is sometimes linked to the “Minimum Standard” of treatment of aliens under customary international law. Some investment agreements treat these two standards as one and the same, while others conceive FET as providing an added layer of protection.

¹⁶ In their traditional formulation, national treatment clauses require a host States to accord foreign investors treatment “no less favorable” than that which it accords to its own investors. Their purpose is to eliminate negative discrimination between foreign and domestic investors.

¹⁷ The goal of MFN clauses is to ensure that foreign investors and their investments receive treatment no less favorable than that given to investors of other third countries. The MFN clause widens the protection of a particular treaty to include additional protections that the host State may have granted to investors of other States through other BITs, FTAs or MTAs.

¹⁸ The repatriation or transfer of funds clause protects the free flow of capital into and from the host State. Investment treaty practice shows that practically no treaty grants an absolute right to make transfers, as these are usually subject to the laws of the host State.

¹⁹ Umbrella Clauses guarantee that a host State will observe any specific commitments or obligations it may have entered into with a foreign investor with respect to their investment, typically contracts between an investor and the State or a State-owned entity. In this way, the contract is placed under the treaty’s protective “umbrella” and the investor can initiate arbitration under the treaty for simple breaches of contract.

²⁰ UNCITRAL is the United Nations Commission on International Trade Law. The UNCITRAL Arbitration Rules provide a comprehensive set of procedural rules upon which parties may agree for the conduct of arbitral proceedings. These are used both in *ad hoc* and administered arbitrations.

²¹ *See, for example*, the US-Argentina 1991 BIT, Article VII; the Dominican Republic-Central America FTA (CAFTA-DR), Article 10.6 and the Ecuador-Sweden 2001 BIT, Article 8. Some treaties prescribe a particular order for the different types of arbitration, with ICSID as the default option, and ICSID Additional Facility or UNCITRAL as backup alternatives if ICSID arbitration is not available (such as when one or more of the Contracting States is not a party to the ICSID Convention). *See, for example*, the Spain-Venezuela 1995 BIT, Article XI. All treaties are available at: <http://investmentpolicyhub.unctad.org>.

²² Some treaties require that the investor negotiate an amicable settlement of the dispute with the host State for a period of time (usually six months) before being able to submit a dispute to arbitration.

²³ Venezuela, Ecuador and Bolivia were parties to the Washington Convention but denounced it more recently. The list of Contracting States to the Washington Convention as of April 2016 can be accessed at ICSID's website: <https://icsid.worldbank.org>.

²⁴ *Nova Scotia Power Incorporated v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB(AF)/11/1), Award, 30 April 2014. The tribunal was of the opinion that the contract did not entail a contribution or assumption of risk that would enable it to qualify as an investment: "A commitment to simply pay money in the future after delivery of goods is inadequate to be considered as the contribution which forms the basis of an investment [...] [the tribunal] has not found that the risks alleged are of the sort that is inherent in the notion of investment."

²⁵ *Gold Reserve Inc. v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB(AF)/09/1), Award, 22 September 2014.

²⁶ While not all claims are public, by 2015 there were 600 cases registered against nearly 100 states. See L. Skovgaard Poulsen, *Bounded Rationality and Economic Diplomacy. The Politics of Investment Treaties in Developing Countries*, Cambridge University Press (2015), p. 1.

²⁷ In addition to boosting incoming FDI, with the rise of the "multilatinas" (Latin American multinational corporations), states are also increasingly concerned with ensuring an adequate level of protection for their own investors venturing into regional or international markets.

²⁸ M. Buge, *Do preferential trade agreements increase their members' foreign direct investment*, German Development Institute, Discussion Paper 37 (2014); see also T. Buthe, H. Milner, *The Politics of Foreign Direct Investment into Developing Countries: Increasing FDI through International Trade Agreements*, American Journal of Political Science, Vol. 52, Issue 4 (October 2008).

²⁹ M. Buge, *op cit*.

³⁰ E. Neumayer, L. Spess, *Do Bilateral Investment Treaties Increase Foreign Direct Investment to Developing Countries?*, World Development Vol. 33, No. 10, pp. 1567–1585 (2005) (concluding that bilateral FDI and BIT-partnership are highly correlated); Y. Haftel, *The Effect of U.S. BITs on FDI Inflows to Developing Countries: Signaling or Credible Commitment*, paper prepared for the workshop on Globalization, Institutions and Economic Security (GIES), Ohio State University, November 30, 2007.

³¹ C. Peinhardt, T. Allee, *The Costs of Treaty Participation and Their Effects on U.S. Foreign Direct Investment*, paper presented at American Society for International Law's International Economic Law Interest Group Meeting, Washington, DC, USA, November 2008; A. Bergera, M. Busseb, P. Nunnenkamp and M. Royd, *More Stringent BITs, Less Ambiguous Effects on FDI? Not a Bit!*, World Trade Organization Economic Research and Statistics Division, Staff Working Paper ERSD-2010-10, May 2010 (concluding that investor-state dispute resolutions in BITs do not necessarily increase FDI).

³² For a compilation of studies that discuss this issue, see generally, K. Sauvant, L. Sachs (eds.), *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows*, Oxford University Press (2009).

³³ In 2003, for instance, one UNCITRAL award led to more than US\$350 million in damages against the Czech Republic, an amount higher than its entire health budget and double the public sector deficit for that year. L. Skovgaard Poulsen, *Bounded Rationality and Economic Diplomacy. The Politics of Investment Treaties in Developing Countries*, Cambridge University Press

(2015), pp. 2-3. In 2012, a split ICSID tribunal awarded an American plaintiff US\$2.37 billion in compensation from Ecuador, including interests, despite acknowledging that the investor had broken Ecuador's laws, as well as its contract with the Ecuadorian government. The award amounted to almost 7% of the Ecuadorian government's total budget. *See Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. The Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/06/11), Award, 5 October 2012. This award was partially annulled by an ICSID Annulment Committee in November of 2015.

³⁴ A list of Bolivia's BITs and their status is available at <http://investmentpolicyhub.unctad.org>.

³⁵ In this theory, even if the BIT is eventually terminated, the unilateral offer of consent to ICSID arbitration can still survive for many years by operation of the so-called survival or "sunset" clause. These clauses typically provide that the protections of the BIT (including the right to resort to arbitration) will remain in force for a number of years (usually 10 and up to 20) following the termination of the treaty. During the "sunset" period, the investor could still "accept" the standing offer to go to ICSID arbitration and bring an ICSID claim.

³⁶ For a general discussion of these two positions *see* UNCTAD, *Denunciation of the ICSID Convention and BITs: Impact on Investor-State Claims*, IIA Issues Note No. 2 (December 2010), available at http://unctad.org/en/docs/webdiaeia20106_en.pdf.

³⁷ Inter-American Convention on International Commercial Arbitration, Article 4: "An arbitral decision or award that is not appealable under the applicable law or procedural rules shall have the force of a final judicial judgment. Its execution or recognition may be ordered in the same manner as that of decisions handed down by national or foreign ordinary courts, in accordance with the procedural laws of the country where it is to be executed and the provisions of international treaties." Available at <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-35.html>.

³⁸ Inter-American Convention on Extraterritorial Validity of Foreign Judgments and Arbitral Awards, Article 2, available at <http://www.oas.org/juridico/english/treaties/b-41.html>.

³⁹ The Project includes the instauration of a training program particularly tailored to each country's needs, the creation of a participatory process that allows member States to contribute to the Program, the hosting of sub-regional workshops that promote Inter-American and international law on commercial arbitration, and the creation of networks and databases that facilitates the exchange of information. *See* Organization of American States, Secretariat for Legal Affairs, Department of International Law, The Project. *International Commercial Arbitration* (2012), available at: http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/international_commercial_arbitration_brochure_en.pdf.

⁴⁰ Organization of American States, Secretariat for Legal Affairs, Department of International Law, The Project. *International Commercial Arbitration* (2012), available at : http://www.oas.org/en/sla/dil/docs/international_commercial_arbitration_brochure_en.pdf.

⁴¹ *Id.*

⁴² Practitioners in the field have defined the interplay of powers between arbitrator and judge as the "Achilles' heel of truly effective arbitration. *See* B. Cremades, *The Impact of International Arbitration on the Development of Business Law*, The American Journal of Comparative Law, Vol. 31, No. 3 (1983).

About the Authors

Julissa Reynoso, Marc Suskin and Sofía Klot

Julissa Reynoso is a partner at the international law firm of Chadbourne & Parke LLP, practicing in the firm's International Arbitration and Latin America groups. She is also affiliated with the faculty at Columbia University School of Law and the School of International and Public Affairs.

From March 2012 until December 2014, she served as United States Ambassador to Uruguay. She is a former Deputy Assistant Secretary for the Bureau of Western Hemisphere Affairs at the United States Department of State.

A native of the Dominican Republic, Reynoso obtained a B.A. at Harvard University in 1997, an M.Phil. degree from the University of Cambridge in England, and a law degree from Columbia Law School.

After Law School, she clerked for the Honorable Federal Judge Laura Taylor Swain.

Prior to joining the Obama administration, Ms. Reynoso was an attorney in private practice at the international law firm of Simpson Thacher & Bartlett LLP in New York, and served as a legal fellow at the Institute for Policy Integrity at NYU School of Law and Columbia Law School as well as Deputy Director of the Office of Accountability at the New York City Department of Education.



She has published widely in both Spanish and English on a range of issues including regulatory reform, community organizing, housing reform, immigration policy and Latin American politics for both popular press and academic journals.

Marc Suskin is a Partner in the Litigation Department of the New York office of Chadbourne & Parke and a member of the International Arbitration and Public International Law practices. His practice focuses on international litigation and international arbitration. He earned a B.A. from Yale University, *cum laude* and with distinction, 2001 and a J.D. from Columbia Law School (Harlan Fiske Stone Scholar), continuing his education at Paris I (Panthéon-Sorbonne), Maîtrise en

Droit; and Paris I (Panthéon-Sorbonne), DESS.

Sofía Klot is an Associate at Chadbourne & Parke LLP in New York and part of its International Arbitration team.

The authors would like to thank Adriana Ingenito and Daniel García-Barragán for their valuable collaboration and research support in the preparation of this paper.

Sumario

- I.** *Introducción.*
- II.** *Planteo del tema.*
- III.** *Orígenes del FNC.*
- IV.** *Fundamentos del FNC. El concepto de foro óptimo.*
- V.** *La aplicación del FNC en el derecho inglés. Idoneidad y Conveniencia.*
- VI.** *El forum conveniens (FC) en el derecho inglés contemporáneo. Eficiencia Procesal.*
- VII.** *La evaluación integral de la jurisdicción en el derecho inglés tradicional. Una herramienta más.*
- VIII.** *La reacción de la tradición civilista europea.*
- IX.** *El Forum Arresti. La trayectoria moderna del forum arresti.*
- X.** *Reflexiones finales: los posibles aportes de la evaluación integral del derecho inglés a la cuestión global de los principios atributivos de jurisdicción.*



Forum Non Conveniens, Forum Conveniens y Forum Arrest: Los Aportes de una Evaluación Integral a la Construcción de una Visión Global

Verónica Ruiz Abou-Nigm

I. Introducción

Revisar conceptos paradigmáticos afines a la jurisdicción internacional desde la perspectiva del derecho inglés, como lo son el *forum conveniens*, el *forum non conveniens*, y el *forum arresti*, nos invita a reflexionar sobre los aportes que estos conceptos pueden realizar a la construcción de una visión global de la jurisdicción internacional en la esfera civil y comercial.

Si bien estos conceptos responden al tema competencial desde la perspectiva propia del derecho internacional privado (DIPr), en su aplicación práctica se vinculan necesariamente con consideraciones de índole procesal, de una variada gama. En este sentido podría decirse que el tema es tan afín al derecho procesal internacional como al DIPr;¹ y dentro del ámbito de este último, el tema se vincula con dos de sus pilares fundamentales: la jurisdicción y la cooperación judicial internacional.

Es importante entonces, antes de embarcarnos en el estudio específico de estos conceptos, tener presente la relación entre estos dos pilares fundamentales del DIPr.

En el sistema europeo de jurisdicción² los principios en los que se basa la jurisdicción directa se relacionan directamente con el reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales (jurisdicción indirecta).³ Y es el propósito de la libre circulación de sentencias provenientes de los Estados Miembros dentro de la Unión Europea lo que ha motivado históricamente la revisión de los postulados en que se basa la jurisdicción directa, y en especial la identificación de las bases de jurisdicción consideradas exorbitantes⁴ y por tanto no susceptibles de ser utilizadas en el ámbito del sistema europeo de jurisdicción y reconocimiento y ejecución de sentencias.

En este momento, sin embargo, a nivel internacional, la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado está embarcada en el tan preciado proyecto sobre reconocimiento y ejecución de sentencias a nivel global⁵ y en ese ámbito se ha decidido en primer lugar aunar esfuerzos para concretar la adopción de una convención internacional en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias (jurisdicción indirecta); que se prevé será complementado en una ulterior etapa con un instrumento en materia de jurisdicción directa. Es así que, si bien en el marco regulatorio de la Unión Europea no se concibe la libre circulación de sentencias sin el acuerdo entre los Estados Miembros sobre las bases atributivas de jurisdicción directa; en el plano global el trabajo de la Conferencia de La Haya parecería indicar la viabilidad de una convención unitaria,⁶ relativa al reconocimiento y ejecución de sentencias.

Mas allá de la metodología que se adopte, es decir, ya sea en el caso de que la relación entre estos dos pilares del DIPr resulte en su regulación mediante instrumentos ‘dobles’, o bien mediante instrumentos unitarios sucesivos y complementarios,⁷ parece importante explorar sobre que bases los Estados asientan su visión relativa

a cuestiones de competencia internacional.⁸ Y es aquí donde a primera vista existen diferencias entre los ordenamientos jurídicos del *common law* y los de tradición civilista.⁹

El objetivo de esta contribución es profundizar en el conocimiento de algunas de las particularidades del derecho inglés en materia de jurisdicción. Creemos en el diálogo fructífero entre las tradiciones jurídicas del *common law* y del derecho civil en esta materia y en la importancia para ello de una mayor claridad conceptual recíproca. En el marco internacional el tema es de actualidad en vísperas de la gestación de un nuevo instrumento global en la materia.¹⁰

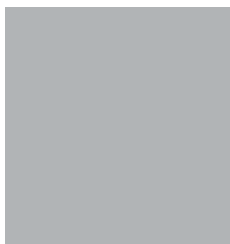
Creemos también que estas figuras jurídicas propias de la tradición jurídica de los ordenamientos del *common law* tienen el potencial de ser facilitadoras de la cooperación judicial internacional en sentido amplio, y es con esa intención que abordamos estos temas.

II. Planteo del tema

En el derecho inglés tradicional¹¹ la doctrina del FNC opera de dos formas: (i) positivamente, para justificar el ejercicio de jurisdicción en relación a un demandado fuera de la

Verónica Ruiz Abou-Nigm

De una Evaluación Integral a una Visión Global



jurisdicción (FC); y (ii) de forma negativa, justificando la suspensión de los procedimientos iniciados contra un demandado dentro de la jurisdicción (FNC).¹² En todo caso, la doctrina es siempre considerada a pedido de parte y los tribunales no tienen la posibilidad de tener en cuenta este tipo de consideraciones de manera oficiosa.

No se cuestiona en principio la existencia de jurisdicción en la esfera internacional, sino que se cuestiona si el ejercicio de tal jurisdicción es el más apropiado para el caso concreto. Esta doctrina dota a los tribunales de la potestad de evaluar la idoneidad y conveniencia de la utilización de ciertos criterios atributivos de competencia internacional para el caso concreto. Esta evaluación es posible en relación a toda la gama de bases de jurisdicción, desde las más generales, basadas en el principio del *actor sequitur forum rei*, hasta la más especiales y específicas, como el *forum arresti* en el caso del arresto de un buque.¹³

En la litigación internacional, la disponibilidad de jurisdicciones concurrentes es una ocurrencia común, y como consecuencia de ello, y hasta cierto punto, el *forum shopping* se vuelve inevitable.¹⁴ En la base de funcionamiento de esta doctrina existen entonces más de un tribunal internacionalmente competente (jurisdicciones concurrentes). En los casos de FNC el actor decide proceder en uno de los tribunales competentes, y el demandado solicita al tribunal elegido por el actor que decline el ejercicio de su competencia a los efectos de que el caso sea resuelto en otro tribunal igualmente competente pero considerado como más apropiado para las circunstancias del caso. En los casos de FC el actor debe convencer al tribunal que Inglaterra es claramente el foro óptimo, y que por tanto sería conveniente ejercer jurisdicción respecto de un demandado domiciliado fuera de la jurisdicción.

La doctrina del FNC de origen escocés ha sido adoptada en múltiples

“En los casos de FC el actor debe convencer al tribunal que Inglaterra es claramente el foro óptimo, y que por tanto sería conveniente ejercer jurisdicción respecto de un demandado domiciliado fuera de la jurisdicción.”

ordenamientos jurídicos del *common law*. Particularmente en Estados Unidos la doctrina ha adquirido unas características y una forma de aplicación que distan considerablemente de sus fundamentos y aplicación en los ordenamientos jurídicos del Reino Unido. Esta contribución no se ocupa de los desarrollos de la doctrina en Estados Unidos,¹⁵ sino que examina tanto el derecho escocés que le dio origen, como el derecho inglés del que surgen los rasgos de su actual aplicación tanto por los tribunales ingleses como por los escoceses, en el entendido de que es en estos desarrollos donde es posible visualizar el potencial de esta doctrina desde el punto de vista de la cooperación judicial internacional.

Es posible estudiar el FNC desde diversos puntos de partida; se le puede

estudiar desde la perspectiva de los derechos del demandado así como desde la perspectiva de los derechos del actor; se lo puede estudiar desde la perspectiva estatal del manejo de los recursos judiciales, así como desde la perspectiva internacional del aseguramiento de la tutela judicial efectiva. Más allá de la óptica que se adopte parece casi innecesario resaltar que esta doctrina está directamente relacionada con la importancia del acceso a la justicia, y por ende resulta interesante revisitar una vez más los conceptos centrales y sobre todo profundizar en el conocimiento de los orígenes y los fundamentos de una doctrina que si bien tiene el potencial y la vocación de ser instrumental para los intereses de la justicia, también en la práctica se ha prestado a usos contrarios a estos derechos fundamentales.¹⁶

La doctrina más recibida reconoce varias razones e intereses relacionados con la atribución de la jurisdicción internacional en general. Fernández Arroyo incluye la conexión necesaria entre el *foro* y el *litigio*; el domicilio del demandado como el paradigma de “*base jurisdiccional razonable*”; la autonomía de las partes; el derecho de acceso a la justicia; los derechos del demandado; y consideraciones de no discriminación.¹⁷

Verónica Ruiz Abou-Nigm

De una Evaluación Integral a una Visión Global



En relación a los diferentes argumentos que apoyan diferentes teorías jurisdiccionales, identifica argumentos políticos y económicos, tales como la soberanía del Estado, los intereses del Estado y de la buena administración de la justicia; la libertad de las partes en relación con las relaciones de derecho internacional privado y la tendencia a la elección del foro, así como también la necesidad de proteger ciertas partes más débiles.¹⁸

Fernández Arroyo también identifica argumentos jurídicos, tales como la seguridad jurídica y la previsibilidad, y la necesidad de coherencia dentro de un determinado régimen jurisdiccional; así como argumentos basados en consideraciones prácticas en el ámbito procesal internacional, como la eficacia de las resoluciones judiciales y la necesidad de evitar los procedimientos paralelos.

El análisis que se ofrece a continuación se nutre de estas consideraciones. Todas estas justificaciones pueden ser

entendidas desde la creciente importancia de la cooperación judicial internacional,¹⁹ y en la medida en que estas figuras propias de la tradición jurídica del *common law* sean comprendidas y aplicadas en pos de tal cooperación, tienen el potencial de constituirse en promotoras de una mayor y más fluida relación entre los tribunales estatales.²⁰

III. Orígenes del FNC

El *forum non conveniens* es una doctrina de origen escocés. En *Sim v Robinow*²¹ Lord Kinnear en un pasaje muy citado, explicó que la petición de FNC sólo puede resultar de recibo si el tribunal está convencido de que hay otro tribunal, asimismo competente en la esfera internacional, en el que el caso puede ser juzgado de manera más adecuada para el interés de todas las partes en el litigio y para los fines de la justicia.

La doctrina recibió varias etiquetas cuando apareció por primera vez: *forum non conveniens*, *forum conveniens* y

forum non competens.²² Los primeros casos identificados como los orígenes de la doctrina datan de la década de 1830. En *Tulloch v William*²³ se utilizó por primera vez la expresión *forum competens*. En *Longworth v Hope*,²⁴ Lord Deas clarificó que a pesar de que la petición había sido nombrada como *forum competens* o *forum non competens*, la doctrina no se relacionaba con la incompetencia del foro sino que estaba basada en la existencia de un foro alternativo al que podía dársele preferencia.

Un año más tarde en *Clements v Macaulay*²⁵ se afirmó que en aras de la justicia, el caso podía ser juzgado ‘más adecuadamente’ en otra parte; a partir de entonces la petición fue etiquetada como *forum non conveniens* y de esa forma alcanzó a *Sim v Robinow*,²⁶ donde Lord Kinnear convirtió a la doctrina en apta para la exportación y proveyó al mundo con un dispositivo valioso para asegurar los fines de la justicia; y en particular, para contener las bases de jurisdicción de largo alcance.

La doctrina del *forum non conveniens* se exportó primero a los Estados Unidos, y luego a Inglaterra y muchos otros sistemas jurídicos del *common law*. Luego de ser adoptada y desarrollarse en Estados Unidos, el FNC escocés recibió su primera

confirmación en sede de la House of Lords en *Société du Gaz de París v La Société Anonyme de Navigation ‘Les Armateurs Français’*,²⁷ en los siguientes términos:

‘... El tribunal tiene que considerar como servir mejor los fines de la justicia en el caso de que se trate y frente a los hechos que se le presentan, en la medida en que tal cosa pueda medirse y determinarse con antelación... El objetivo de las palabras ‘non conveniens’... es encontrar ese foro, que es el más adecuado para los fines de la justicia, y que es preferible debido a que la litigación en ese foro es más probable que asegure los fines de la justicia’.²⁸

IV. Fundamentos del FNC

El fundamento esencial de la doctrina del FNC es *la promoción de los intereses de las partes y la justicia*. De ello se derivan dos principios claves en relación al desarrollo de esta doctrina en el derecho inglés: en primer lugar, la aplicación no puede resultar en una injusticia para ninguna de las partes; y en segundo lugar, la justificación de estos dispositivos procesales radica en las ventajas comparativas que conlleva localizar el *foro óptimo*. Se entiende que la ineficiencia de litigar en un foro que no es el más apropiado favorece a la

parte económicamente más poderosa, siendo que para ésta resulta más fácil absorber los costos adicionales que genera la ineficiencia. Es decir, si se logra litigar en un foro más apropiado, se puede, en alguna medida, paliar el coeficiente de ineficiencia que favorece a la parte más poderosa.²⁹

a) El concepto de *foro óptimo*

Este es un concepto esencialmente pragmático. La doctrina³⁰ y la jurisprudencia inglesas lo relacionan con conceptos de economía procesal vinculados a la eficiencia, pero asimismo a la justicia y a la equidad en el caso concreto. En principio, se asume que el caso puede ser dirimido en relación a los méritos del asunto con la misma pericia en los tribunales ingleses como en el tribunal alternativo.

El concepto de *economía procesal* tiene relación con los costos vinculados fundamentalmente a la producción de la prueba. Excepcionalmente, la cuestión puede centrarse en cuestiones de ineficiencia en la aplicación del derecho extranjero. La dificultad de aplicar la ley extranjera como lo haría el juez del orden jurídico correspondiente, y trascender los meros postulados de la normativa extranjera para apropiarse de la *ley en acción*³¹ del

“El fundamento esencial de la doctrina del FNC es la promoción de los intereses de las partes y la justicia. Se entiende que la ineficiencia de litigar en un foro que no es el más apropiado favorece a la parte económicamente más poderosa.”

sistema jurídico de referencia, es una dificultad real en la mayoría de los casos, pero sólo en aquellos donde esta dificultad sea particularmente acuciante puede esto ser considerado como un elemento relevante. En este sentido, la justificación es similar a los fundamentos del criterio Asser, del paralelismo entre ley aplicable y jurisdicción competente.³²

El concepto del *foro óptimo* se inclina hacia consideraciones relacionadas con el proceso de que se trate, más que con el tipo de reclamación en cuestión, es decir más allá de las conexiones tradicionales de localización como el lugar del cumplimiento del contrato, o el lugar donde se produjo el daño, tienen mayor relevancia factores relativos a la prueba, a la ley aplicable al caso,

a la residencia o establecimiento de las partes, al riesgo de litispendencia internacional, a los costos de aplicar una ley extranjera, o a las dificultades que pueden existir en una determinada jurisdicción en relación a la aplicación de determinados principios legales.

Los factores pasibles de ser considerados son muchos y de muy variada índole. En *Connelly v RTZ Corp*³³ se sostuvo que la ausencia de patrocinio financiero (*legal aid*), que estaba disponible en Inglaterra, hubiera impedido al reclamante litigar en Namibia, dada la complejidad del caso; por tanto la suspensión del caso basado en FNC fue denegada a pesar de que Namibia hubiera sido (si no fuera por la ausencia de patrocinio financiero) el foro más apropiado.³⁴ Otra consideración pertinente incluye el retraso del proceso extranjero, en el sentido de que la justicia que demora no es justicia.

La diferencia en el monto de la compensación por daños pasible de ser obtenida, que es una consideración muy común en relación a la selección de foros como los de Estados Unidos, no hace en principio a la cuestión de la denegación de justicia;³⁵ sin embargo si la compensación a recibir en el foro alternativo es irrisoria, es decir, desproporcionadamente baja en su cuantía, tal consideración puede volverse relevante.³⁶

Excepcionalmente, la inexperiencia del foro alternativo también puede ser determinante del fracaso de la petición de FNC; así como también lo pueden ser las diferencias en las posibilidades de ejecutar la sentencia extranjera una vez obtenida.

Los criterios se vinculan con los intereses de la justicia en el caso concreto, que como tales trascienden los intereses de cada una de las partes. La decisión está orientada a determinar el foro más apropiado; la doctrina debe aplicarse objetivamente sin favorecer a ninguna de las partes sobre la otra.

“Los criterios se vinculan con los intereses de la justicia en el caso concreto, que como tales trascienden los intereses de cada una de las partes.”

V. La aplicación del FNC en el derecho inglés

a) Idoneidad y Conveniencia

El *leading case* en esta materia y a partir del cual se han desarrollado estos conceptos en el derecho inglés contemporáneo es *Spiliada Maritime Corp v Consulex (The Spiliada)*³⁷ próximo a cumplir su trigésimo aniversario. El pragmatismo propio del sistema ha convertido los criterios allí utilizados en un *test* que ha sido aplicado en numerosos casos desde entonces. Sus postulados básicos son los siguientes:³⁸

1. A pesar de las diferencias procesales, la esencia del *test de idoneidad* es la misma en los casos de FC o de FNC, es decir, en los casos que se trata de suspender los procedimientos en Inglaterra en favor de un foro más apropiado (FNC), o en los casos en que se trata de establecer la jurisdicción inglesa en relación a un demandado que se encuentra fuera de la jurisdicción (FC).
2. La esencia de la idoneidad radica en el *foro* que se considere más apropiado para los fines de la justicia y para los intereses de todas las partes en la disputa.
3. La idoneidad del foro alternativo está sujeta a que tal foro sea competente internacionalmente.
4. Al aplicar el test se debe determinar el foro natural para el caso; pero éste también debe ser el que tenga el potencial para ser el más eficiente; no se trata en este caso de determinar exclusivamente cuál es el foro que tiene la conexión más fuerte, o el que tiene más interés en la determinación del caso (consideraciones que se presentan en otros ordenamientos jurídicos, como el de Estados Unidos), sino en la yuxtaposición de estas consideraciones propias del DIPr y consideraciones de eficiencia procesal. Estos aspectos difíciles de diferenciar en la teoría, resultan todavía más entremezclados en la práctica. Fentiman sugiere la utilización del término '*optimal forum*'³⁹ para indicar que el *test* de idoneidad se acerca más a consideraciones de eficiencia procesal y se aleja de consideraciones teóricas acerca del grado de la conexión jurisdiccional *strictu sensu*.⁴⁰
5. El derecho humano de acceso a la justicia es siempre una consideración prevalente. Es decir, en ningún caso se dará lugar a una

petición basada en esta doctrina, ya sea en su manifestación positiva o negativa, si de ello resultara la negación del acceso efectivo a la justicia para una de las partes. Por ejemplo, la falta de competencia del foro alternativo, así como el hecho de que en el foro alternativo la acción pueda estar perimida o pueda resultar inaccesible en la práctica para alguna de las partes, son consideraciones importantes en relación a este derecho fundamental.

De acuerdo a las reglas procesales relevantes⁴¹ y a la casuística correspondiente, particularmente el caso *Spiliada* antes referido, el *test* se desarrolla en dos etapas: i) el demandado debe probar que el foro óptimo o más apropiado se encuentra en otra jurisdicción, y ii) el actor debe probar que suspender la acción implicaría para él una denegación de justicia, en caso de que tal foro alternativo no estuviera disponible en los términos argumentados por el demandado.

“La pregunta que las partes deben responder en sus respectivas peticiones es si Inglaterra es o no el foro más apropiado para tal acción.”

La pregunta que las partes deben responder en sus respectivas peticiones es si Inglaterra es o no el foro más apropiado para tal acción (*forum conveniens*). Por tanto, el *test* requiere la consideración los siguientes elementos interrelacionados:

1. Identificar el foro alternativo (prueba a cargo del demandado): los estándares de la prueba son altos; va de suyo que por tratarse de un foro que tiene competencia en la esfera internacional, el foro elegido por el actor es en principio teóricamente apropiado; por ende, para probar la *conveniencia* del foro alternativo no basta probar que existe otra jurisdicción competente para entender del caso, sino que las ventajas comparativas para los intereses de las partes y de la justicia hacen que el foro alternativo sea el más apropiado para conocer del asunto.
2. Asegurar el acceso a la justicia: (prueba a cargo del actor), en su contestación a una petición de FNC por parte del demandado, el actor debe alegar y probar que se verían afectados sus derechos fundamentales de ser procedente la petición de FNC.

Como las resoluciones judiciales en relación al FNC son decisiones interlocutorias de primera instancia que están basadas primordialmente en consideraciones fácticas, las apelaciones se entiende que deben ser una excepción, y en su caso, la segunda instancia no debe interferir, a no ser que se trate de errores de principio en la utilización de la discrecionalidad por parte del juez de primera instancia.⁴²

VI. El *forum conveniens* (FC) en el derecho inglés contemporáneo

Los desarrollos anteriormente expuestos han moldeado no sólo la figura del FNC, sino también su faceta FC. Actualmente el *forum conveniens* juega un papel esencial en la concepción de la jurisdicción de los tribunales ingleses.

De acuerdo a las reglas de jurisdicción inglesas tradicionales,⁴³ la jurisdicción puede basarse en la presencia del demandado dentro de la jurisdicción, la notificación al demandado en la jurisdicción, o la autorización para notificar al demandado en el extranjero. Esta última se decide sobre bases discrecionales que tienen varias facetas: una de ellas es el *forum conveniens*, es decir, hay

un poder de evaluación en cuanto a la utilización de los criterios atributivos de jurisdicción.⁴⁴

Para comprender mejor el rol del FC necesitamos explicar muy brevemente⁴⁵ cómo se plantea el tema de la jurisdicción de los tribunales ingleses respecto de los demandados que se encuentran fuera de la jurisdicción en los casos en que éstos no se encuentren domiciliados en ningún otro Estado Miembro de la Unión Europea y el sistema europeo de jurisdicción no resulte aplicable de otra forma.⁴⁶

La normativa correspondiente se encuentra actualmente en las normas inglesas de procedimiento civil.⁴⁷ Los criterios atributivos de competencia allí reconocidos son de larga data en el ejercicio de la jurisdicción por parte de los tribunales ingleses. Muchos de ellos⁴⁸ son *puntos de conexión* reconocidos internacionalmente como bases que proporcionan una conexión lo suficientemente significativa entre el foro y las partes, o entre el foro y la causa de la acción litigiosa.

Los requisitos generales para la autorización fueron expuestos claramente por Lord Collins de Mapesbury en *AK Investments CJSC v Kyrgyz Mobil Tel Limited*.⁴⁹

Allí se estableció que en una solicitud de autorización para notificar a un demandado fuera de la jurisdicción, el actor tiene que satisfacer tres requisitos:

1. El actor debe convencer al tribunal de lo que en la tradición civilista conocemos como el *fumus bonis iuris* (y que en el derecho inglés en relación a este punto se conoce como ‘*a serious issue to be tried on the merits*’);
2. El actor debe demostrar, a satisfacción del tribunal, que la reclamación entra en una o más de las bases de jurisdicción previstas en las normas de procedimiento civil antes referidas;⁵⁰
3. El reclamante debe convencer al tribunal de que dadas las circunstancias, Inglaterra es claramente o sensiblemente el foro apropiado

(FC) para la adjudicación de la controversia y que por tanto el tribunal debería ejercer su discreción para autorizar la notificación fuera de la jurisdicción.

Estos tres requisitos han sido aplicados en innumerables casos. El presente artículo sólo se ocupa del tercer requisito. Sin embargo, entendimos pertinente explicar el marco en que el FC se encuadra a los efectos de su mejor comprensión.

A nivel jurisprudencial, existen parámetros que permiten asegurar que el ejercicio de la jurisdicción inglesa en estos casos contribuya y no obstaculice los intereses de la justicia. Por ejemplo, los tribunales han sostenido que si hay alguna duda en la interpretación de cualquiera de los puntos de conexión consagrados en las normas de procedimiento, ésta debe resolverse a favor de la parte demandada.⁵¹

“A nivel jurisprudencial, existen parámetros que permiten asegurar que el ejercicio de la jurisdicción inglesa en estos casos contribuya y no obstaculice los intereses de la justicia.”

Dado que las solicitudes de autorización se realizan sin previo aviso a la parte demandada, el demandante debe ofrecer un desglose completo y exhaustivo de todos los hechos pertinentes.⁵² La autorización no deberá concederse si el caso entra dentro de la letra, pero fuera del espíritu de los criterios atributivos de jurisdicción. Este

último principio muestra claramente la función evaluativa del FC. El tribunal deberá considerar si Inglaterra es el FC, teniendo en cuenta la disputa en cuestión; tanto sus aspectos jurídicos como prácticos.⁵³

a) Eficiencia Procesal

La Suprema Corte de Justicia del Reino Unido en *VTB Capital plc v Nutritek International Corp.*⁵⁴ revisó recientemente los criterios de aplicación del FC. En este caso, la jurisdicción inglesa dependía de autorizar la notificación a los demandados fuera de la jurisdicción en base a que el acto ilícito y presunto daño a VTB se había producido en Inglaterra. La ley aplicable era la ley inglesa porque VTB había sido inducida a concluir un acuerdo de préstamo financiero en Inglaterra, pero la controversia estaba primordialmente conectada con Rusia.

Mientras que la Corte aprobó por unanimidad el *test* de *Spiliada* para determinar si Inglaterra era el foro más adecuado, la decisión estuvo dividida (tres a dos) sobre la aplicación de este *test* a los hechos, con la mayoría de acuerdo en que Rusia, y no Inglaterra, era el foro más apropiado para conocer del reclamo en cuestión.

Esta decisión ha sido considerada muy relevante desde el punto de vista de la reformulación de los principios en que se basa la doctrina del FC⁵⁵ y reafirma la existencia de importantes diferencias procesales entre FC y FNC.

Si bien el estándar es sustancialmente el mismo, en los casos de FC, la carga de la prueba está en el actor: es él quien debe convencer al tribunal de que Inglaterra es claramente el foro más apropiado. En la evaluación de los argumentos del actor, el tribunal tratará de identificar el *foro natural*, aquel con el cual la acción tiene la conexión más real y sustancial, y examinará no sólo los factores que afectan a la conveniencia o gastos de las partes (tales como los relativos a la disponibilidad de los testigos), sino también cuestiones jurídicas tales como la ley aplicable, y la localización, por ejemplo, los lugares donde las partes residen o desarrollan su actividad.

En relación a la relevancia de la ley aplicable, los tribunales adoptan una perspectiva muy pragmática y de sentido común: si las cuestiones jurídicas del caso son de difícil resolución, probablemente serán mejor tratadas por los jueces familiarizados con el derecho aplicable.⁵⁶

“Si las cuestiones jurídicas del caso son de difícil resolución, probablemente serán mejor tratadas por los jueces familiarizados con el derecho aplicable.”

Finalmente, si se autoriza la notificación fuera de la jurisdicción, el demandado tiene la oportunidad de contestar solicitando una suspensión de los procedimientos.⁵⁷

Más importante aún para nuestro análisis de DIPr, se establece que la piedra angular del FNC es la eficiencia procesal y no la conexión jurisdiccional.⁵⁸ En esta decisión, el tribunal supremo del Reino Unido consideró que los principios en relación a los criterios atributivos de jurisdicción, que tradicionalmente señalan el lugar donde se produjo el daño como un factor de conexión en las reclamaciones por acto ilícito, se basan en consideraciones teóricas, políticas y sólo en forma limitada, en justicia formal; sin embargo, consideró que las cuestiones de eficacia procesal tienen relación *directa* con el caso concreto; en particular las relativas a la obtención de la prueba.

Los tribunales han explicado cuidadosamente las consideraciones que rigen el ejercicio de la discrecionalidad en estos casos, incluyendo el punto de advertencia general de que los tribunales deben tener sumo cuidado antes de autorizar la notificación en el extranjero, debido a la aparente interferencia con la soberanía del estado receptor.⁵⁹

El desafío consiste muchas veces en evitar que la cuestión jurisdiccional interlocutoria se convierta en un mini-juicio; en *VTB Capital plc v Nutritek Internacional*⁶⁰ Lord Neuberger señaló que las audiencias sobre el tema de foro apropiado no deben incluir una cantidad excesiva de documentos, declaraciones de testigos, análisis detallado de los temas y argumentos de fondo.

No obstante ello, existe una tensión inherente que rodea a los conflictos de jurisdicción: por una parte, la decisión es una resolución interlocutoria, pero, por otro lado, de manera pragmática, tal resolución influye radicalmente en el resultado de la controversia sobre el fondo,⁶¹ lo que justifica los intentos de las partes de litigar dichas cuestiones por completo, y los riesgos de hacerlo antes de que se determinen los hechos y el derecho aplicable.⁶²

VII. La evaluación integral de la jurisdicción en el derecho inglés tradicional

La doctrina del FNC se basa en la distinción entre la existencia de un criterio atributivo de jurisdicción y el ejercicio de tal jurisdicción en el caso concreto; en otras palabras, entre *tener* competencia en la esfera internacional y *ejercer* tal competencia en el caso concreto. Como se expresara en *Tehrani v Secretary of State for the Home Department*⁶³ “la existencia de jurisdicción es una cosa, y el ejercicio de tal jurisdicción otra muy diferente”.⁶⁴ Esta potestad (a instancia de parte) de evaluación integral⁶⁵ del ejercicio de la jurisdicción, supone una yuxtaposición de las consideraciones de índole procesal e internacional privatistas en pos de lograr un óptimo desempeño de la jurisdicción directa.

b) Una herramienta más

La doctrina del FNC y las consideraciones que ella implica constituyen una herramienta más (“*a tool in the toolbox*”, como se suele decir), y se une a otra serie de consideraciones para la utilización de la discrecionalidad concedida a los jueces en relación al ejercicio de la jurisdicción en relación a casos con elementos de extranjería relevantes.⁶⁶

Tales son, por ejemplo, las facultades del juez de no ejercer jurisdicción basada en el abuso procesal del demandado, cuando la demanda es injustificada y planteada sólo para causar daño u oprimir al demandado (abuso del proceso); o la facultad existente en el derecho inglés de declinar el ejercicio de la jurisdicción basándose en consideraciones de índole puramente procesal (“*case management*”). Este último criterio se asimila en algunos aspectos al ejercicio de la potestad de evaluar los criterios atributivos de competencia que se utiliza para declinar el ejercicio de la jurisdicción en casos de FNC, pero con importantes diferencias: por ejemplo, no es necesario que exista un foro alternativo y para la toma de la decisión es irrelevante si el foro inglés es o no el más apropiado.⁶⁷

La doctrina del FNC también debe ser distinguida de los casos en que el foro ante el cual se presenta la demanda no asume jurisdicción por carecer de ella, es decir, cuando el litigio no tiene puntos de conexión relevantes con el foro como para habilitar a este último el ejercicio de su jurisdicción para determinar los méritos de la controversia.

Finalmente, debe también diferenciarse la doctrina del FNC de las soluciones previstas en diversos ordenamientos jurídicos nacionales, pero más comúnmente tratados internacionales y normas supranacionales como el DIPr europeo, en relación a la litispendencia internacional. La doctrina del FNC puede arrojar luz en el discernimiento de soluciones para los casos de litispendencia, pero como tal no es una doctrina pensada a los efectos de solucionar estos casos, sino que precede el acaecimiento de tal situación.⁶⁸

Esta doctrina ha ido evolucionado en respuesta a dos preocupaciones:

1. Como un elemento en el discernimiento acerca de si ejercer o no jurisdicción sobre demandados que se encuentren fuera de la jurisdicción; en estos casos el FC es un instrumento tendiente a contener el ejercicio de una jurisdicción que de lo contrario puede resultar exorbitante,⁶⁹ y
2. En relación a demandados que se encuentran en la jurisdicción, la doctrina ha abierto una ventana hacia la consideración de los posibles foros alternativos como apropiados, por sobre la más

tradicional y muchas veces cuestionada actitud de la jurisdicción inglesa, de la cual todavía quedan reminiscencias de la superioridad de los tribunales ingleses.⁷⁰

VIII. La reacción de la tradición civilista europea

Los sistemas jurídicos de tradición civilista han adoptado en su mayoría, ya sea en su legislación de fuente interna o internacional, o como consecuencia de la normativa supranacional de la Unión Europea, normas sobre competencia judicial internacional basadas en la conexión entre el foro y la disputa, o entre el foro y una de las partes en la controversia.

Así, el criterio más aceptado de jurisdicción general se basa en el principio del *actor sequitur forum rei* (domicilio o residencia habitual del demandado), y los criterios atributivos de jurisdicción especiales se basan en una estrecha relación entre el tribunal y la controversia. En cuanto a la técnica jurídica, el enfoque civilista pretende resolver los problemas de competencia a través de un marco integrado de reglas relativamente rígidas y predecibles. La discrecionalidad judicial ha tenido tradicionalmente un rol muy limitado. A grandes rasgos, este modelo incluye

criterios atributivos de competencia restrictivos, y no existe en general la posibilidad de declinar el ejercicio de la jurisdicción si el tribunal es internacionalmente competente para conocer el fondo del asunto. El sistema se basa en criterios atributivos de jurisdicción definidos, que el demandante tiene derecho a invocar de pleno derecho.

Este es el marco general del sistema europeo de jurisdicción, el cual ha afectado considerablemente el enfoque de la cuestión jurisdiccional en los numerosos casos en que el sistema resulta de aplicación en relación a la jurisdicción civil y comercial de los tribunales ingleses.

Por tanto, si se inicia una acción en Inglaterra en el ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I *bis* (acciones civiles y comerciales) contra un demandado domiciliado en Inglaterra, los tribunales ingleses tienen jurisdicción en virtud del artículo 4 del Reglamento Bruselas I *bis*, y deben ejercerla; la petición de FNC no tiene cabida en este contexto, ni siquiera en casos en que la única conexión con el sistema europeo es el domicilio de uno de los demandados en Inglaterra y todos los demás puntos de conexión vinculan al foro con otro ordenamiento jurídico fuera de la Unión Europea.

La cuestión específica se presentó ante la Corte de Justicia de la Unión Europea en *Owusu v Jackson*.⁷¹ O, de nacionalidad británica domiciliado en el Reino Unido, alquiló una casa para sus vacaciones en Jamaica a J, también domiciliado en el Reino Unido. O tuvo un accidente en la playa privada adyacente a la casa alquilada y resultó tetrapléjico a causa del accidente. O inició un procedimiento en Inglaterra, contra J por incumplimiento de una condición implícita en el contrato, y por responsabilidad extracontractual contra varias empresas de Jamaica que supuestamente habrían incumplido sus obligaciones relativas a la seguridad de la playa.

J y varios de los otros demandados solicitaron la suspensión del procedimiento inglés mediante una petición de FNC, con el argumento de que el caso podía ser decidido de manera más apropiada para todas las partes en Jamaica. La Corte reconoció la legitimidad de los argumentos de los demandados, en cuanto a las consecuencias negativas que resultarían en la práctica al considerarse a los tribunales ingleses obligados a conocer del caso. Entre otras cosas, en lo que respecta al costo de los procedimientos, a las dificultades logísticas vinculadas a la distancia geográfica, a la necesidad de

evaluar los méritos del caso de acuerdo con las normas de Jamaica, la de obtener en Jamaica una sentencia en rebeldía y la imposibilidad de plantear una reconvencción contra los otros acusados.

Sin embargo, la Corte sostuvo que *“por más auténticas que esas dificultades puedan ser, basta con señalar que tales consideraciones, que son precisamente las que pueden ser tenidas en cuenta en relación a una petición de FNC, no son tales como para cuestionar el carácter obligatorio de la regla fundamental de la competencia recogida en el Artículo 2”* (actualmente Artículo 4 del Reglamento 1215/2012).

La Corte de Justicia europea determinó entonces que el Régimen de Bruselas impide a un tribunal de un Estado Miembro la declinatoria de la competencia basada en el domicilio del demandado, si la petición de declinatoria se basa en la idoneidad y conveniencia de un foro alternativo en un tercer Estado. Esta limitante opera incluso si el litigio no tiene ningún punto de conexión con cualquier otro Estado Miembro y la única conexión, como en este caso, es el domicilio de uno de los demandados en el país del foro. Para llegar a esta conclusión, la Corte señaló que la jurisdicción general basada en el domicilio del demandado es

de naturaleza obligatoria y no puede haber ninguna excepción al principio que establece, salvo en los casos expresamente previstos por la normativa europea. Se consideró también que la doctrina del FNC puede afectar la previsibilidad de las reglas de competencia previstas por el sistema de Bruselas, y por consiguiente, el principio de seguridad jurídica, considerado prioritario dado que se pretende proteger los intereses de las partes a través de la previsibilidad.

Desde entonces, parecería que las puertas en el ámbito europeo se han ido cerrando a la doctrina del FNC; sin embargo, algunas de las novedades introducidas en el Reglamento de Bruselas I *bis*, en cuanto a situaciones de litispendencia relacionadas con terceros Estados, parecen indicar la posibilidad de cierta permeabilidad a consideraciones de esta índole.⁷² Asimismo, cabe recordar la resistencia que esta doctrina recibió en los tribunales ingleses en sus orígenes. Su eventual aceptación y desarrollo podrían ser indicadores de que no todo está dicho en cuanto a su futuro en Europa. Una doctrina maleable y de tanta utilidad para encauzar el ejercicio de la jurisdicción en casos civiles y comerciales como lo es ésta, puede ser *resiliente*.

Si bien la potestad de evaluación de los criterios atributivos de jurisdicción es aplicable en la litigación civil y comercial en general, reviste particular importancia en relación con el litigio *marítimo*. Es intrínseco a las relaciones jurídicas internacionales generadas por el sector del transporte marítimo tener conexiones significativas con más de un foro; en estas circunstancias, muchos sistemas jurídicos nacionales e internacionales permiten al actor la elección del foro.⁷³ Por lo tanto, la disponibilidad de jurisdicciones concurrentes es también una particularidad de la litigación marítima de larga data, debido a la naturaleza misma del negocio marítimo.

IX. El *Forum Arresti*

El sector relacionado con el transporte marítimo siempre se ha encontrado particularmente expuesto al conflicto de jurisdicciones, ya que por su propia naturaleza, el transporte marítimo implica contactos con múltiples ordenamientos jurídicos. Muchos esfuerzos y recursos se dedican a resolver el conflicto jurisdiccional -que en muchos casos llega a convertirse en más complejo que la propia dilucidación sobre el fondo del asunto.⁷⁴ El arresto de buques juega un papel importante en ese conflicto de jurisdicciones, en la

“Si bien la potestad de evaluación de los criterios atributivos de jurisdicción es aplicable en la litigación civil y comercial en general, reviste particular importancia en relación con el litigio marítimo.”

medida en que la competencia sobre el fondo del asunto basada en el arresto del buque dentro de la jurisdicción es una base de jurisdicción establecida en algunos sistemas jurídicos nacionales,⁷⁵ y en los convenios internacionales referidos.

Dos temas principales surgen en relación con la jurisdicción y el arresto de buques. Por un lado, la función jurisdiccional del arresto, es decir, el arresto del buque en un determinado país, como la creación de un vínculo estrecho con el foro de ese país a los efectos de la competencia internacional (jurisdicción directa) sobre el fondo del asunto.

Por otra parte, la jurisdicción para detener un buque con finalidad cautelar en el ejercicio de la cooperación judicial internacional. En el contexto

de esta contribución resulta pertinente ocuparse sólo del primer aspecto, es decir, de la función jurisdiccional del arresto, siendo que como tal forma parte de esta visión paradigmática del derecho inglés y del derecho escocés tradicionales, donde existen amplias bases de jurisdicción que se moldean y encauzan mediante la figura del FNC;⁷⁶ y como tal se ha ido abriendo camino en los ordenamientos jurídicos civilistas.

c) La trayectoria moderna del *forum arresti*

Ya a principios del siglo XX la cuestión de si los tribunales del país en el que se realiza el arresto de un buque debían tener competencia para determinar el *fondo* del litigio, fue uno de los asuntos más seriamente discutidos en el proceso de armonización normativa en la esfera internacional, y las opiniones divididas presentaron un problema en los trabajos preparatorios al Convenio Internacional sobre Arresto de Buques de 1952.

El enfoque del *common law* había reconocido históricamente el arresto de buques como base de jurisdicción, mientras que los sistemas de derecho civil no reconocían ese efecto al

arresto de buques. Sin embargo, la división no era necesariamente entre países del *common law* y países de tradición civilista, sino entre algunos ordenamientos jurídicos particulares. Los sistemas jurídicos de los Estados Unidos, Escocia, Holanda, Bélgica e Inglaterra contemplaban el arresto como base de jurisdicción sobre el fondo, mientras que Francia e Italia no lo permitían.

La solución fue permitir la competencia sobre el fondo del asunto basada en el arresto del buque en un número limitado de casos. El resultado es el artículo 7 (1) del Convenio Internacional sobre Arresto de Buques de 1952. Este artículo identifica seis puntos de conexión diferentes. Los dos primeros son puntos de conexión acumulativos, es decir, dos circunstancias de hecho tienen que estar presentes para constituir una conexión *sustancial* con el foro: (a) la residencia habitual o centro de actividad principal del actor y (b) el lugar donde nació el crédito, si eso pasa a ser -y esto es la segunda circunstancia fáctica aplicable en relación a ambos puntos de conexión- en el país en el que se realizó el arresto del buque.

Al examinar el escenario donde el *forum arresti* tiene un papel importante que desempeñar, varias cuestiones perennes de litigio comercial internacional en términos más generales, que tienen una especial incidencia en los litigios marítimos, se hacen visibles. El enfoque adoptado en los convenios internacionales referidos indican que cuando el arresto es considerado como una base de jurisdicción sobre el fondo del asunto debe ser una base de jurisdicción especial; es decir, esta función jurisdiccional se limita a una determinada categoría de reclamaciones marítimas, por lo tanto, en los convenios internacionales, el problema de la jurisdicción general no se plantea.

La distinción entre las bases de jurisdicción generales y las bases de jurisdicción especiales fue acuñada por los profesores von Mehren y Trautman,⁷⁷ y ha sido muy influyente en el desarrollo de la teoría sobre la jurisdicción internacional en el derecho procesal internacional contemporáneo.

Estos autores distinguen, por un lado, las bases de jurisdicción que vinculan al foro con la persona o personas cuyos derechos han de ser afectados (bases de jurisdicción generales) y, por otro lado, las bases de jurisdicción que vinculan al foro con la disputa en cuestión (bases de jurisdicción especiales).

El *forum arresti* basado en el arresto de buques -aunque incluido en la categoría *general* más amplia de la “*confiscación de los activos del demandado dentro del territorio*”-, ha sobrevivido a la revisión de las bases de jurisdicción a través del tiempo, como base *especial* de jurisdicción, limitada a una lista cerrada de reclamaciones de derecho marítimo.

Sin embargo, la jurisdicción basada en la incautación de (otros) activos del demandado en el territorio (del país del foro) se considera hoy en día como una base de jurisdicción exorbitante. Esta base de jurisdicción especial, la del *forum arresti*, a pesar de que ha sido durante mucho tiempo parte del derecho de las grandes naciones marítimas, no ha estado exenta de críticas.

“El enfoque adoptado en los convenios internacionales referidos indican que cuando el arresto es considerado como una base de jurisdicción sobre el fondo del asunto debe ser una base de jurisdicción especial.”

Ya en 1902, durante la Conferencia Internacional del Comité Marítimo celebrada en Hamburgo, donde se llevó a cabo el trabajo preliminar previo al Convenio Internacional sobre Abordajes de 1910,⁷⁸ varias opiniones se presentaron contra el *forum arresti* como base de jurisdicción sobre el fondo del asunto. Uno de los argumentos principales en contra en aquellos días era que esta base de jurisdicción podría dar lugar a la multiplicación infinita de los tribunales que pueden tener competencia para resolver una disputa en particular.

El tema de la jurisdicción es sin duda muy complejo; es multifacético y no existen fórmulas que permitan un perfecto ajuste en cada caso, pero la puja por la optimización, la razonabilidad, la equidad y los contactos sustanciales con el foro, son consideraciones dominantes.

No obstante lo anterior, el *forum arresti* en el caso del arresto de buques como base de jurisdicción especial, muestra la importancia de las ventajas prácticas: en el ámbito específico del derecho marítimo, el arresto del buque tiene vital importancia debido al hecho de que en la mayoría de los casos, el buque es el único activo de la parte demandada, y se desplaza naturalmente de

jurisdicción en jurisdicción. La ventaja práctica del *forum arresti* es flagrante: la presencia de los activos del demandado (en general su único o principal activo) en el foro facilita la obtención de la garantía respecto del cumplimiento de la sentencia definitiva.

El *forum arresti* resulta de trascendental importancia para la economía procesal internacional y es por ello que se ha ido abriendo camino en la tradición civilista.⁷⁹ Su adopción en los sistemas jurídicos latinoamericanos de tradición civilista contribuye a la gestación de esta visión armonizada e integral de los principios atributivos de jurisdicción internacional.⁸⁰

X. Reflexiones finales

La doctrina del *forum non conveniens* en su aplicación actual en el derecho inglés tradicional, ofrece, a pedido de parte, una evaluación integral sobre los principios de atribución de la competencia internacional que yuxtapone el concepto de *jurisdicción apropiada* desde el punto de vista del DIPr⁸¹ con la perspectiva procesal internacional para el caso concreto.

El interés del buen funcionamiento de los litigios en un foro apropiado impregna de esta forma el ejercicio de

la jurisdicción por parte de los tribunales ingleses. En *Abela v Baadarani*⁸² Lord Sumption resumió la opinión de la Suprema Corte del Reino Unido, y reafirmó que las decisiones en esta materia revisten generalmente un carácter pragmático, en aras del buen desarrollo de los litigios en un foro apropiado,⁸³ pero esto no siempre ha sido así.

En el pasado los tribunales ingleses eran insensibles a los argumentos en el sentido de que los procedimientos en Inglaterra fueran inconvenientes o inadecuados para las circunstancias fácticas del caso, incluso en los casos de litispendencia internacional. Este cambio gradual de enfoque ha sido descrito por Lord Diplock en *Abidin Daver*,⁸⁴ como el pasaje desde el chauvinismo judicial hacia la cortesía internacional. Esta trayectoria se ha visto influenciada por el recibimiento y posterior desarrollo en el derecho inglés de la doctrina escocesa del *forum non conveniens*.

El camino hacia esta nueva visión del ejercicio de la competencia internacional no ha estado libre de dificultades. La *House of Lords* de entonces, en su decisión (de tres a dos) en *The Atlantic Star*⁸⁵ mostró la resistencia existente en aquel momento al abrir la puerta al FNC, esta doctrina tan paradigmática de los escoceses.

Casi cuarenta años más tarde, el FNC y su contracara el FC, están en el corazón de la visión inglesa de la jurisdicción y dotan a los tribunales de un marco de discrecionalidad reglada que, a instancias del actor en el FC, o de la parte demandada en el FNC, permite litigar en el tribunal más adecuado cuando la parte actora ha podido demostrar que el foro natural para el litigio se encuentra en Inglaterra (FC) o en un tribunal extranjero (FNC), y que este último es a su vez competente y se encuentra disponible y accesible para las partes en litigio.

Sin embargo, la doctrina del FNC tiene tantos defensores como acérrimos críticos. Las críticas suelen rondar en torno a la imprevisibilidad y a los costos adicionales generados por la necesidad de litigar en relación a la cuestión jurisdiccional.

Un sistema eficiente de jurisdicción directa en la esfera internacional debe proporcionar un marco que permita alcanzar resultados lo suficientemente predecibles para que las partes puedan proyectar posibles resultados cuando se producen conflictos. Al mismo tiempo, ese sistema debe facilitar la resolución de los conflictos de una manera que sea justa y equitativa para todos los que están involucrados.⁸⁶

“Un sistema eficiente de jurisdicción directa en la esfera internacional debe proporcionar un marco que permita alcanzar resultados suficientemente predecibles.”

Tanto los sistemas basados en conceptos civilistas -como el sistema europeo de jurisdicción-, como la visión integral del derecho inglés, persiguen objetivos legítimos; el desafío consiste en encontrar un balance adecuado entre la previsibilidad, la eficiencia y la equidad en todas las circunstancias.⁸⁷

Los trabajos preparatorios del Proyecto sobre sentencias de la Conferencia de La Haya y los Principios ALI/UNIDROIT sobre procedimiento civil transnacional⁸⁸ parecerían indicar que es posible encontrar el equilibrio, por ejemplo, reservando la declinatoria de jurisdicción en base al FNC para casos excepcionales⁸⁹ dentro de un marco

general que mantiene la concepción civilista generadora de previsibilidad. Estas fórmulas, en alguna medida, reflejan lo que fuera la trayectoria de aceptación del *forum arresti* como criterio atributivo de jurisdicción especial en la esfera internacional.⁹⁰

En suma, creemos que los criterios desarrollados en el derecho inglés tradicional tienen mucho que aportar a la hora de ir construyendo una visión global de los principios en que se basa la jurisdicción internacional en materia civil y comercial, ya sea para aplicar la doctrina del FNC a casos excepcionales, o para reforzar el rol de los aspectos procesales internacionales en la determinación de la jurisdicción directa.⁹¹

Por tanto, con miras a la elaboración e instrumentación de un eventual modelo relacionado con el ejercicio de la jurisdicción directa, en el que se pretenda compatibilizar las riquezas de la tradición civilista y de los ordenamientos jurídicos del *common law*, valoramos el potencial de las figuras analizadas en esta contribución.

¹ Hay quienes consideran al derecho procesal internacional como parte del derecho internacional privado, ver E Vescovi, *Derecho Procesal Civil Internacional* (2000). ‘el tema competencial –tanto competencia directa como indirecta– se encuentra vinculado, tanto desde el punto de vista conceptual como pedagógico, al Derecho Procesal’ (p. 12) nota al pie. Ver también, R Fentiman, *International Commercial Litigation* (2015), capítulo 13.

² El sistema europeo consiste en el Reglamento Bruselas I (Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil) que regula los procedimientos iniciados ante los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea, entre ellos Dinamarca, antes del 10 de enero de 2015, y el Reglamento de Bruselas I *bis* (Reglamento (UE) 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (refundición)) que regula los procedimientos iniciados ante los tribunales de los Estados miembros de la Unión Europea a partir del 10 de enero de 2015. El Convenio de Lugano de 2007, en sustitución de un convenio anterior, de 1988, se aplica a los procedimientos iniciados en los estados de la EFTA (Islandia, Noruega y Suiza). Las disposiciones del Convenio de Lugano son esencialmente iguales a las del Reglamento original Bruselas I. Todos estos instrumentos son sucesores del original Convenio de Bruselas de 1968 relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil.

³ El considerando 6 de los Reglamentos 44/2001 y 1215/2012 establece: (6) Para alcanzar el objetivo de la libre circulación de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, es necesario y oportuno que las reglas relativas a la competencia judicial, al reconocimiento y a la ejecución de las resoluciones se determinen por un instrumento jurídico comunitario/[de la Unión] vinculante y directamente aplicable.

⁴ Ver D P Fernández Arroyo, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales*, Recueil des cours (vol 323, 2006) (Martinus Nijhoff Leiden 2008).

⁵ Sobre el Proyecto sobre Sentencias de la Conferencia de La Haya, ver: <https://www.hcch.net/es/projects/legislative-projects/judgments>.

⁶ Los instrumentos que regulan la jurisdicción directa y la jurisdicción indirecta se conocen como instrumentos ‘dobles’. Ver A T von Mehren, *Theory and Practice of Adjudicatory Authority in Private International Law: A Comparative Study of the Doctrine, Policies and Practices of Common- and Civil-Law Systems*, 295 Recueil des Cours (2002) 9, 404-5 n.1300 (2003) and R Michaels, “Some Fundamental Conceptions as Applied in Judgments Conventions” (2006).

⁷ Los instrumentos en preparación en el marco del Proyecto sobre sentencias de la Conferencia de La Haya se prevé serán complementarios al Convenio sobre acuerdos de elección de foro de 2005 que entro en vigencia en 2015.

⁸ Esta contribución se refiere fundamentalmente a la jurisdicción directa; ver las diferencias en cuanto a los objetivos, la oportunidad procesal y la forma evaluación entre la jurisdicción directa e indirecta en E Vescovi, *Derecho Procesal Civil Internacional* (2000), 33.

⁹ Sin embargo, existen en este ámbito claras posibilidades de compatibilizar estas diferencias; ver D P Fernández Arroyo, ‘Propuestas para una evolución deseable del problema de la competencia judicial internacional’ en *Derecho procesal transnacional. Homenaje al Profesor Doctor Gualberto Lucas Sosa* (2012) 139 ss.

¹⁰ En marzo de 2016 la Conferencia de La Haya encargó a una comisión especial la preparación de un proyecto de Convención en materia de reconocimiento y ejecución de sentencias en material civil y comercial (primera reunión prevista para junio 2016). En octubre de 2015 el grupo de trabajo finalizó la preparación de un posible texto y también realizó recomendaciones en relación a un futuro instrumento en materia de jurisdicción directa (incluyendo el tema de las bases de jurisdicción exorbitantes y los principios en los cuales se podría justificar la declinatoria del ejercicio de la jurisdicción), para someterlo a consideración de un grupo de expertos. La reunión del grupo de expertos se prevé luego de que la comisión especial redacte el proyecto de Convención sobre sentencias, probablemente en 2017.

¹¹ Debe tenerse presente que la doctrina del FNC no es de recibo en principio en los casos en que resultan de aplicación los criterios atributivos de competencia del sistema europeo de jurisdicción. La doctrina resulta aplicable para casos fuera del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas I bis 1215/2012 y para resolver la cuestión jurisdiccional entre los diferentes ordenamientos jurídicos del Reino Unido.

¹² R Fentiman, *International Commercial Litigation* (2a ed. OUP, 2015) 426.

¹³ Ver la evolución en relación a la posibilidad de utilización del FNC en los convenios internacionales sobre arresto de buques de 1952 y 1999 en V Ruiz Abou-Nigm, *The Arrest of Ships in Private International Law* (2011).

¹⁴ R. Geimer, *Internationales Zivilprozessrecht* (5a edn, 2005) 862.

¹⁵ Ver análisis comparativo de la doctrina del FNC en el Reino Unido, en Estados Unidos, Canadá y Australia en Brand y Jablonski, *Forum Non Conveniens: History, Global Practice, and Future under The Hague Convention of Choice of Court Agreements* (2007).

¹⁶ Ver G Skinner y otros, “El Tercer Pilar: El acceso a los recursos judiciales para las víctimas de las violaciones de los derechos humanos cometidas por empresas transnacionales”(2013) <http://icar.ngo/wp-content/uploads/2013/02/El-Tercer-Pilar.pdf>. Este informe indica que la doctrina del FNC ha supuesto un obstáculo para algunos casos presentados en los Estados Unidos y Canadá contra empresas por su papel en violaciones de los derechos humanos cometidas fuera de estos países; el informe también indica que una gran mayoría de los casos que se desestiman en estos ordenamientos jurídicos en base al FNC no vuelven a presentarse ante el foro alternativo.

¹⁷ Ver Diego P. Fernández Arroyo, *Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales, Recueil des cours* (vol 323, 2006) (2008).

¹⁸ *Ibid.* Ver también Cecilia Fresnedo de Aguirre *Recueil des cours* (vol 379, 2016).

¹⁹ Sobre el principio de cooperación internacional como paradigma de protección de los derechos fundamentales ver J Ochoa y C Madrid, “Problemas del Acceso Transnacional a la Justicia en el Derecho Internacional Privado. Perspectiva Latinoamericana”, OEA Curso de Derecho Internacional XLI 2014.

²⁰ En relación a la creciente importancia de la cooperación judicial internacional ver, entre otros, M B Noodt-Taquela, *Applying the Most Favourable Treaty or Domestic Rules to Facilitate Private International Law Co-operation, Recueil des cours* (vol. 377, 2015).

²¹ [d1892] 19 R 665.

- ²² Para una revisión más detallada de los orígenes ver Brand y Jablonski, *Forum Non Conveniens: History, Global Practice, and Future under The Hague Convention of Choice of Court Agreements* (2007). Ver también V Ruiz Abou-Nigm, *The Arrest of Ships in Private International Law* (2011).
- ²³ (1846) 8 D 657.
- ²⁴ (1865) 3 M 1049.
- ²⁵ (1866) 4 M 583.
- ²⁶ [d1892] 19 R 665.
- ²⁷ [1925] 23 Lloyd's Rep 209 (HL) 213.
- ²⁸ [1925] 23 Lloyd's Rep 209 (HL) 213 (traducido por el autor).
- ²⁹ R Fentiman, *International Commercial Litigation* (2015) 430.
- ³⁰ *Ibid*, capítulo 13.
- ³¹ Ver A M Garro, 'Forum non conveniens: disponibilidad y adecuación en los foros latinoamericanos desde una perspectiva comparada' DeCITA 4 (2005) 174-206, 175.
- ³² Criterio adoptado en el art. 56, inc. 1 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1889 y en el art. 56, inc. 1 del Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940, así como en el art. 2401 del Código Civil uruguayo.
- ³³ [1998] AC 854 (HL), aplicado en *Pike v The Indian Hotels Company Ltd* [2013] EWHC 4096 (QB).
- ³⁴ Ver también *Lubbe v Cappe plc* [2000] 1 WLR 1545.
- ³⁵ *Herveg Novi, Owners of The Ship v Ming Galaxy, Owners of the Ship* [1998] 2 Lloyd's Rep 454.
- ³⁶ *The Vishva Abha* [1990] 2 Lloyd's Rep 312; en este caso el actor podía recuperar en Inglaterra una suma cuatro veces mayor que en el foro alternativo (Sudáfrica).
- ³⁷ [1987] AC 460.
- ³⁸ R Fentiman, *International Commercial Litigation* (2015) 428 ss.
- ³⁹ *Ibid*.
- ⁴⁰ *Ibid*.
- ⁴¹ Civil Procedure Rules, regla 6.36 y para.3.1 de la Practice Direction 6B.
- ⁴² *Galaxy Special Maritime Enterprise v Prima Ceylon Ltd* [2006] 2 Lloyd's Rep 27; *Glaxo Group Ltd v Genentech Inc* [2008] Bus L R 888; *Spiliada Maritime Corp. v Cansulex Ltd (The Spiliada)* [1987] AC 460 and *VTB Capital plc v Nutritek International Corp* [2013] UKSC 5.
- ⁴³ Cabe reiterar que este sistema tradicional no se aplica en los casos en que resultan de aplicación los criterios atributivos de competencia del sistema europeo de jurisdicción, es decir, del Reglamento de Bruselas I *bis* (Reglamento 1215/2012) o sus predecesores. Sin embargo, este Reglamento –al igual que sus predecesores– abre la puerta a las normas tradicionales inglesas para casos que vinculan a los tribunales ingleses con demandados domiciliados fuera de la Unión Europea (art. 6 del Reglamento 1215/2012).
- ⁴⁴ Ver R Fentiman, *International Commercial Litigation* (2a. ed. OUP, 2015) 424.
- ⁴⁵ Un análisis más exhaustivo puede verse en, entre otros, McClean and Ruiz Abou-Nigm, *Morris on The Conflict of Laws* (9th ed, 2016) Capítulo 7.
- ⁴⁶ El art. 4 del Reglamento de Bruselas I establece: Si el demandado no estuviere domiciliado en un Estado miembro, la competencia judicial se regirá, en cada Estado miembro, por la ley de este Estado miembro, sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en los artículos 22 y 23

[sumisión y acuerdos de elección de foro]. En términos similares se abre la misma ventana a las normas de DIPr de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros en el art. 6.1. del Reglamento Bruselas I *bis* (1215/2012).

⁴⁷ Civil Procedure Rules, regla 6.36 y para.3.1 de la Practice Direction 6B.

⁴⁸ Los diversos criterios atributivos incluyen, entre otros, en materia de acciones contractuales, (i) que el contrato fuera celebrado en Inglaterra; (ii) o celebrado a través de un agente comercial que reside dentro de la jurisdicción; (iii) que la ley aplicable al contrato sea el derecho inglés; o (iv) que exista un acuerdo de elección de foro a favor de los tribunales ingleses. En relación a reclamaciones de responsabilidad civil extracontractual, se incluye (i) que los daños se hayan sufrido dentro de la jurisdicción; o que los daños sufridos sean el resultado de un acto cometido dentro de la jurisdicción.

⁴⁹ [2011] UKPC 7, publicada como *Altimo Holdings and Investment Ltd v Kyrgyz Mobil Tel Ltd* [2012] 1 W.L.R. 1804, paras [71] y [81]). Ver también *Global 5000 Ltd v Wadhawan* [2012] EWCA Civ 13.

⁵⁰ Civil Procedure Rules, regla 6.36 y para.3.1 de la Practice Direction 6B. Por ejemplo, en materia de acciones contractuales, (i) que el contrato fue celebrado en Inglaterra; (ii) o celebrado a través de un agente comercial que reside dentro de la jurisdicción; (iii) o que la ley aplicable al contrato es el derecho inglés; o (iv) que existe un acuerdo de elección de foro a favor de los tribunales ingleses.

⁵¹ *Société Générale de Paris v Dreyfus Bros* (1887) 37 Ch.D. 215.

⁵² Ver, entre otros, *Trafalgar Tours v Henry* [1990] 2 Lloyd's Rep. 298.

⁵³ *Spiliada Maritime Corp. v Cansulex Ltd* [1987] AC 460; *Amin Rasheed Shipping Corp. v Kuwait Insurance Co.* [1984] A.C. 50, 72; *Roneleigh Ltd v M.I.I. Exports Inc.* [1989] 1 W.L.R. 619; *Metall und Rohstoff A.G. v Donaldson Lufkin & Jenrette Inc.* [1990] Q.B. 391.

⁵⁴ [2013] UKSC 5. Ver también *Navig8 Pte Ltd v Al-Riyadh Co for Vegetable Oil Industry* [2013] EWHC 328 (Comm) y *Fiona Trust & Holding Corp v Skarga* [2013] EWCA Civ 275.

⁵⁵ R Fentiman, *International Commercial Litigation* (2015) 431.

⁵⁶ Ver, entre otros, *Smay Investments Ltd v Sachdev* [2003] EWHC 474; [2003] 1 W.L.R. 1973; *VTB Capital plc v Nutritek International Corp* [2013] UKSC 5, [2013] 2 A.C. 337; *Navig8 Pte Ltd v Al-Riyadh Co for Vegetable Oil Industry* [2013] EWHC 328 (Comm.), [2013] 2 Lloyd's Rep. 104; para una interesante crítica sobre este criterio ver M Hook (2014) 63 I.C.L.Q. 963.

⁵⁷ Como señala Fentiman, solicitar una suspensión de los procedimientos implica reconocer y no impugnar la jurisdicción del tribunal, pero en los casos de notificación fuera de la jurisdicción, la esencia de la petición del demandado es que el tribunal no tiene jurisdicción. Esto a veces oscurece la visión integral de la doctrina en sus dos manifestaciones de FC y FNC, pero la esencia continua siendo la misma, la determinación del foro más apropiado. Ver R Fentiman, *International Commercial Litigation* (2a ed. OUP, 2015) 426-427.

⁵⁸ R Fentiman, *International Commercial Litigation* (2015) 431.

⁵⁹ *Société Générale de Paris v Dreyfus Bros* (1885) 29 Ch.D. 239 at 242-243; *Brownlie v Four Seasons Holdings Inc* [2015] EWCA Civ 665, [2015] C.P. Rep. 40, at [17]. Sin embargo ver la posición de Lord Sumption en *Abela v Baadarani* [2013] UKSC 44, [2013] 1 W.L.R. 2043.

⁶⁰ [2013] UKSC 5, [2013] 2 A.C. 337.

⁶¹ Ver *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd (The Spiliada)* [1987] AC 460, HL (Staughton J en primera instancia); ver también *Golden Ocean Assurance and World Mariner Shipping SA v Martin (The Goldean Mariner)* [1989] 2 Lloyd's Rep 390 (QBD (Comm)).

⁶² Ver McClean and Ruiz Abou-Nigm, *Morris on The Conflict of Laws* (9th ed, Sweet & Maxwell, 2016) Chapter 7; ver también Rogerson, (2013) 9 J.Priv.Int.L. 387; R Fentiman (2015), 309ss.

⁶³ [2007] 1 AC 521, p [25].

⁶⁴ [2007] 1 AC 521, p [25] (traducción del autor).

⁶⁵ El término integral se utiliza en el sentido de una comunicación de amplio espectro, que abarca todos los elementos involucrados a fin de promover una mejor utilización de los recursos.

⁶⁶ R Fentiman, *International Commercial Litigation* (2a ed. OUP, 2015) 426.

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *Amin Rasheed v Kuwait Insurance Co* [1984] AC 50.

⁷⁰ *The Abidin Daver* [1984] 1 AC 398.

⁷¹ [2005] QB 801 (C-281/02) (ECJ).

⁷² Ver arts. 33 y 34 del Reglamento 1215/2015.

⁷³ Por ejemplo, entre otros, el artículo 21 de las Reglas de Hamburgo de 1978 en su numeral 1) establece todas las bases de jurisdicción posibles (a elección del actor); asimismo ver el Capítulo 14 de las Reglas de Rotterdam de 2008; sobre este último ver Cecilia Fresnedo de Aguirre, "Jurisdicción y arbitraje en las Reglas de Rotterdam", RTSS, N°. 23, 2010, pp. 280-292.

⁷⁴ En *Spiliada Maritime Corp v Cansulex Ltd (The Spiliada)* [1987] AC 460, HL Staughton J en primera instancia estableció claramente que la decisión de la disputa jurisdiccional iba a favorecer a una de las partes. El mismo razonamiento inform la decisión en *Golden Ocean Assurance and World Mariner Shipping SA v Martin (The Goldean Mariner)* [1989] 2 Lloyd's Rep 390 (QBD (Comm)).

⁷⁵ Uruguay: Ley No. 18.803 de embargo y arresto de buques de bandera nacional o extranjera, publicada D.O. 19 setiembre 2011 - N° 2831. Ver Gonzalo A. Lorenzo Idiarte, "Jurisdicción más próxima y forum arresti. Aspectos de Derecho Internacional Privado de la nueva ley de embargo y arresto de buques", Revista de Legislación Uruguaya, 2012, p. 54; Cecilia Fresnedo de Aguirre, "Normas de Derecho Internacional Privado en las leyes No. 18.803 y No. 19.246 de Derecho Marítimo", *Reforma del Derecho Marítimo en Uruguay, Jornadas organizadas por la Asociación Uruguaya de Derecho Marítimo, 13-14 de noviembre de 2014*, Montevideo, (FCU, 2015); Victoria Zorrilla Ferres, "La nueva ley de embargo y arresto de buques. Análisis desde una perspectiva de Derecho Internacional Privado", RTSS No. 26, 2013, pp. 319-328.

⁷⁶ Ver V Ruiz Abou-Nigm, 'El arresto de buques: una institución jurídica mixta' en *El Derecho entre dos siglos* (2015) y *The Arrest of Ships in Private International Law* (2011).

⁷⁷ A T von Mehren/ D T Trautman, 'Jurisdiction to Adjudicate: A Suggested Analysis' (1966)

⁷⁹ *Harvard Law Review* 1121.

⁷⁸ Convenio internacional sobre ciertas reglas relativas a la competencia civil en materia de abordaje, hecho en Bruselas el 10 de mayo de 1952.

⁷⁹ Así lo demuestra su adopción en los sistemas jurídicos latinoamericanos, ver, por ejemplo, Uruguay, Ley 18.803.

⁸⁰ Ver, por ejemplo, Uruguay, Ley 18.803.

⁸¹ Se puede decir que en el actual escenario del litigio comercial internacional, como principio, un tribunal tiene derecho a ejercer jurisdicción sobre el fondo de una reclamación si se trata de un foro con el que la disputa o las partes en la controversia tienen un vínculo estrecho. Y uno de los principales objetivos del Derecho Internacional Privado en el ámbito de la jurisdicción internacional es identificar aquello que constituye vínculos estrechos con el foro, en la amplia gama de categorías.

⁸² [2013] UKSC 44, [2013] 1 W.L.R. 2043.

⁸³ [2013] UKSC 44, [2013] 1 W.L.R. 2043, Lord Sumption, para [53]. Argumentos en contrario basados en la interferencia con la soberanía de otros Estados fueron considerados en este caso como una visión anacrónica del ejercicio de la jurisdicción en la esfera internacional. Ver comentarios en Dickinson (2014) 130 L.Q.R. 197; Collins (2014) 130 L.Q.R. 555; Folkard [2014] L.M.C.L.Q. 492.

⁸⁴ [1984] 1 Lloyd's Rep 339 (H.L.).

⁸⁵ [1974] AC 436 (Lord Simon of Glaisdale).

⁸⁶ Ver Brand y Jablonski, *Forum Non Conveniens: History, Global Practice, and Future under The Hague Convention of Choice of Court Agreements* (2007).

⁸⁷ Muchos de estos objetivos se logran mediante la utilización de acuerdos de elección de foro, tema que excede los objetivos de esta contribución; la reciente entrada en vigencia del Convenio de La Haya sobre acuerdos de elección de foro (2005) así como las nuevas disposiciones del Reglamento de Bruselas I *bis* en este punto así lo reafirman. Ver, entre otros, V Black & S G A Pitel, 'Forum-selection clauses: beyond the contracting parties', *Journal of Private International Law* (2016) 12:1, 26-59; M Keyes & B A Marshall, 'Jurisdiction agreements: exclusive, optional and asymmetrical', *Journal of Private International Law* (2015) 11:3, 345-378; A Briggs, 'The Subtle Variety of Jurisdiction Agreements' [2012] *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly* 364.

⁸⁸ Ver art. 2.5 de los Principios ALI/UNIDROIT de procedimiento civil transnacional (2005); ver también art. 22 del ante-proyecto de 2001 en el seno del *Judgments Project* de la Conferencia de La Haya.

⁸⁹ Ver art. 2.5 de los Principios ALI/UNIDROIT de procedimiento civil transnacional (2005); ver también art. 22 del ante-proyecto de 2001 en el seno del *Judgments Project* de la Conferencia de La Haya.

⁹⁰ Ver V Ruiz Abou-Nigm, 'El arresto de buques: una institución jurídica mixta' en *El Derecho entre dos siglos* (2015) y *The Arrest of Ships in Private International Law* (2011).

⁹¹ Aspectos puramente procesales como el case management inglés se relacionan frecuentemente con cuestiones propias del DIPr, como el alcance de los acuerdos de elección de foro en determinadas situaciones; ver, entre otros, V Ruiz Abou-Nigm, 'Choice-of-Court Agreements and Multi-party Disputes: Navigating through Layers of Complexity' (2016).

Sobre la autora

Veronica Ruíz



La Dra. Veronica Ruíz es especialista en derecho internacional privado y derecho marítimo. Se desempeña como lecturer de derecho internacional privado en la Universidad de

Edimburgo, tras haber ejercido la docencia en la Universidad de Sheffield, la Universidad Católica de Uruguay, y la Universidad Autónoma de Barcelona, entre otras.

Note

Professor Stewart based his lecture on the report "Privacy and Data Protection" which was adopted by the Inter-American Juridical Committee on March 26, 2015 (document CJI/doc. 474/15 rev.2) and for which Professor Stewart served as Rapporteur. What follows is the complete text on this report.



Privacy and Personal Data Protection – The New OAS Principles

David Stewart

Inter-American Juridical Committee

Privacy and Data Protection

The Inter-American Juridical Committee adopted a “Proposed Statement of Principles for Privacy and Personal Data Protection in the Americas” at its 80th Regular Session in Mexico City in CJI/RES. 186 (LXXX-O/12) (March 2012). These principles aim at encouraging Member States of the Organization to adopt measures ensuring respect for people’s privacy, reputations, and dignity. They were intended to provide the basis for Member States to consider formulating and adopting legislation to protect the personal information and privacy interests of individuals throughout our hemisphere.

At its 44th regular session (Asunción, June 2014), the OAS General Assembly took note of the Committee’s resolution and instructed it, before the 45th regular session of the General

Assembly, “to prepare proposals for the CAJP on the different ways in which the protection of personal data can be regulated, including a model law on personal data protection, taking into account international standards in that area.” AG/RES. 2842 (XLIV-O/14).

At the 83rd regular session of the Inter-American Juridical Committee (August 2013), the Chairman had requested Dr. David P. Stewart to serve as the rapporteur for the topic.

As reported to the Committee at its 85th Regular Session, the Rapporteur has continued to consult with experts and others involved in the development of relevant principles and practices, including within the European Union and other regional groups, as well as with representatives from governmental, academic, corporate and non-governmental institutions. Information has also been requested from Member States of the Organization about their current practices and laws in the area.

“The Rapporteur concluded that the most productive direction for this project at the current time would be to pursue a proposed legislative guide for Member States.”

On the basis of these consultations, the Rapporteur concluded that the most productive direction for this project at the current time would be to pursue a proposed legislative guide for Member States. The guide would be based on the 12 Principles previously adopted by the Committee, subject to some minor modifications, taking into account the various other sets of guidance prepared within the EU, the OECD, APEC, etc. The objective is to expand upon the Principles by giving additional context and guidance to Member States to assist in their preparation of national legislation. Such an approach retains the focus on fundamental principles and best practices, taking into account the experience of others in the field, rather than trying to agree on the precise details of exact legislative language.

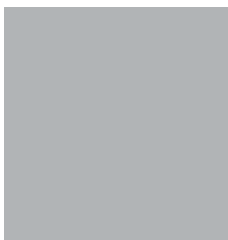
In the Rapporteur’s view, the field of personal privacy and data protection continues to be characterized by rapid technological developments as well as constantly evolving threats to personal privacy. Moreover, different responses to these developments and threats have been adopted in different regions of the world. Within our hemisphere, a uniform coherent “regional” approach does not seem to have emerged. The most important contribution the Committee can make is to draw on the experiences and achievements in other regions while taking into account developments in our own hemisphere, in order to formulate a proposed framework for the American States to use in addressing this critical area. The proposed elaboration of the Principles is attached to this report:

OAS Principles on Privacy and Personal Data Protection with Annotations

The purpose of the OAS Principles on Privacy and Personal Data Protection is to establish a framework for safeguarding the rights of the individual to personal data protection and informational self-determination. The Principles are based on internationally recognized norms and standards. They are intended to protect individuals

David Stewart

Privacy and Personal Data Protection



from wrongful or unnecessary collection, use, retention and disclosure of personal data.

The following elaboration of the Principles is intended to provide a guide to the preparation and implementation of national legislation and related rules within OAS Member States. Each OAS Member State should adopt and implement a clear and effective policy of openness and transparency about all developments, practices and policies with respect to personal data. In doing so, each OAS Member State should provide appropriate opportunities for affected individuals and organizations to comment upon and contribute to specific legislative proposals.

Each Member State must decide how best to implement these Principles in its domestic legal system. Whether by means of legislation, regulations or other mechanisms, Member States should establish effective rules for personal data protection that give effect

to the individual's right to privacy and demonstrate respect for their personal data, while at the same time safeguarding the individual's right to benefit from the free flow of information and access to the digital economy.

National rules must ensure that personal data may only be collected for lawful purposes and may only be processed in a fair, lawful and non-discriminatory manner. The rules must be aimed at ensuring that individuals are provided with the necessary information about the persons or entities

"The purpose of the OAS Principles on Privacy and Personal Data Protection is to establish a framework for safeguarding the rights of the individual to personal data protection and informational self-determination."

collecting the data, the purpose for which the data is collected, the protections that are afforded to individuals and the ways in which individuals can exercise those rights. They must ensure that those who collect, process, use and disseminate personal data do so appropriately and with due regard of the rights of the individual.

At the same time, national rules must also protect the right of individuals to benefit from the digital economy and the information flows that support it. The rules must balance the right of individuals to control how their personal data is collected, stored and used with their right to access data and the interests of organizations in using personal data for legitimate and reasonable business purposes in a data-driven economy.

Privacy rules must allow consumers and companies to benefit from the use of personal data in a secure and protected manner. The rules must be balanced and technology-neutral, and they must permit the free flow of data within each country and across national boundaries in a way that fosters technological innovation and promotes economic development and the growth of commerce.

In addition to (1) effectively protecting personal privacy and (2) guaranteeing the free flow of data in order to promote economic progress, OAS Member States should also follow (3) a clear policy of transparency in respect of their policies and procedures. In order effectively to exercise their rights, individuals must know and understand how the rules operate and what protections and procedures are available to them.

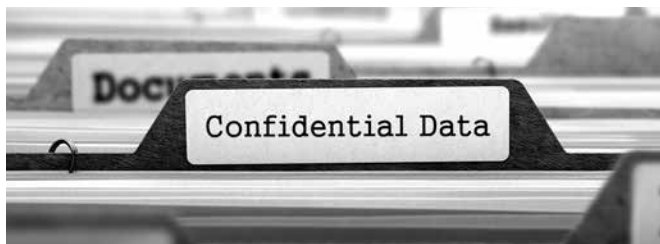
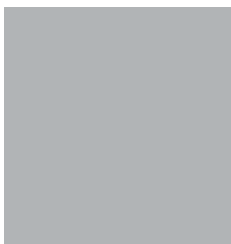
These Principles aim to provide the basic elements of effective protection. States may provide additional protections for the privacy of personal data while taking into account the legitimate functions and purposes for which personal data is collected and used for the benefit of individuals. Overall, the Principles reflect the importance of effectiveness, reasonableness, proportionality and flexibility as guiding elements.

Scope

These Principles apply equally to the public and private sectors – that is, to personal data generated, collected or administered by government entities as well as to data gathered and processed by private entities.¹ They apply to personal data contained in hard copy as well as electronic files. They

David Stewart

Privacy and Personal Data Protection



do not apply to personal data used by an individual exclusively in the context of his or her private life.

The Principles are interrelated and should be interpreted together as a whole.

The Concept of Privacy

The concept of privacy is well-established in international law. It rests on fundamental concepts of personal honor and dignity as well as freedom of speech, thought, opinion and association. Provisions on the protection of privacy, personal honor and dignity are found in all the major human rights systems of the world.

Within our own hemisphere, these concepts are clearly established in Article V of the American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948) as well as Articles 11 and 13 of the American Convention on Human Rights (“Pact of San Jose”) (1969). (Appendix A.) The right to privacy has

been upheld by the Inter-American Court of Human Rights.²

In addition, the constitutions and fundamental laws of many OAS Member States guarantee respect and protection for privacy, personal dignity and family honor, the inviolability of home and private communications, personal data, and related concepts. Almost all OAS Member States have adopted some form of legislation regarding privacy and data protection (although their provisions vary considerably in approach, scope and content).

Consistent with these fundamental rights, the OAS Principles reflect the concepts of informational self-determination, freedom from arbitrary restrictions on access to data, and protection of privacy, identity, dignity and reputation.

At the same time, as recognized in all legal systems, the right to privacy

is not absolute and can be restricted by reasonable limitations rationally related to appropriate goals.

The Concept of Free Flow of Information

Similarly, the fundamental principles of freedom of expression and association, and the free flow of information, are recognized in all the major human rights systems of the world, including within the OAS system, for example in Article IV of the American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948) as well as Article 13 of the American Convention. (Appendix A).

These essential civil and political rights are reflected throughout our hemisphere in the constitutions and fundamental laws of every OAS Member States (although, again, their provisions vary considerably in approach, scope and content). They are central to the promotion of democracy and democratic institutions.

In a people-centered and development-oriented “information society,” protecting the right of individuals to access, use and share information and knowledge can enable individuals, communities and peoples to achieve their full potential, to promote sustainable development, and to improve the

overall quality of life, consistent with the purposes and principles of the OAS Charter and our regional human rights instruments.

Definitions

Personal Data. As used in these Principles, the term “*personal data*” includes information that identifies, or can be reasonably be used to identify, a specific individual, whether directly or indirectly, in particular by reference to an identification number or to one or more factors specific to his or her physical, physiological, mental, economic, cultural or social identity. The term does not include information that does not identify (or cannot reasonably be used to identify) a particular individual.

The Principles intentionally use the term “*data*” broadly in an effort to provide the broadest protection to the rights of the individuals concerned, without regard to the particular form in which the data is collected, stored, retrieved, used or disseminated. The Principles generally avoid using “personal information” since that term might be construed by itself not to include specific “data” such as factual items or electronically-stored “bits” or digital records. Similarly, the term “data” might be construed not to

David Stewart

Privacy and Personal Data Protection

include compilations of facts that taken together allow conclusions to be drawn about the particular individual(s). To illustrate, details about the height, weight, hair color and date of birth of two individuals might be “data” which, when compared, might reveal the “information” that they are brother and sister or perhaps identical twins. To promote the greatest protection of privacy, these Principles would apply in both situations and would not permit a data controller to make such distinctions.

For purposes of these Principles, only people (natural persons) have privacy interests -- not the devices, computers or systems by which they interact. Neither do the organizations or other legal entities with which they deal. Minors (individuals below the age of adulthood) also have legitimate privacy interests which should be recognized and effectively protected by national law.

Data Controller. As used in this guide, the term “*data controller*” refers to the natural or legal person, private entity, public authority or other body or organization (alone or jointly with others) with responsibility for the storage, processing, use, protection and dissemination of the data in question. In

general, it will include the natural or legal persons or authorities empowered under national law to decide the content, purpose and use of a data file or data base. In some circumstances, the term will also apply to entities which can be described as “*data collectors*” since in most situations the entity that stores, uses, and disseminates the personal data will also be responsible (directly or indirectly) for collecting that data.

Data Processor. The term “*data processor*” refers more specifically to the natural or legal person, private entity, public authority or other body or organization that (alone or jointly with others) processes the data in question. Typically, the data processor is separate from the data collector. In some situations, the data controller might also be the data processor, or the data controller may make arrangements for others to do the processing through a contractual relationship. The term “*data processing*” is used broadly, to include any operation or set of operations performed on personal data, such as collection, recording, storage, alteration, retrieval, disclosure, or transfer.

Data Protection Authority. Some OAS Member States have established national regulatory bodies for setting and

enforcing the laws, regulations, and requirements relating to the protection of personal data to ensure consistency across the country. In other Member States, various governmental levels (national, regional, municipal) have each created their own data protection rules and authorities. In still others, the regulatory schemes might differ according to the sector or field of activity (banking, medical, educational, etc.), and responsibility might be shared between regulatory bodies and private entities which are subject to specific legal responsibilities.

Because no single approach is reflected in the various OAS Member States, these Principles avoid addressing the specific nature, structure, authorities and responsibilities of these “data protection authorities.”

Nonetheless, Member States are encouraged to establish appropriate and effective legal, administrative and other provisions, procedures or institutions to ensure the protection of privacy and individual liberties in respect of personal data. They should create reasonable means for individuals to exercise their rights and should encourage and support self-regulation (in the form of codes of conduct or otherwise) for data controllers and

data processors. They should also provide for adequate sanctions and remedies in case of failures to comply and ensure that there is no unfair discrimination against data subjects.

Member States should also establish the minimum requirements for whatever kind of data protection authorities they may choose, in order to provide the necessary resources, funding and technical expertise in order to carry out their functions effectively.

Data Subject. This term refers to the individual whose personal data is being collected, processed, stored, used or disseminated.

Sensitive Personal Data. The term “*sensitive personal data*” refers to a narrower category that includes data affecting the most intimate aspects of natural persons. Depending on the specific cultural, social or political context, this category might, for example, include data related to an individual’s personal health or sexual preferences, religious beliefs, or racial or ethnic origins. In certain circumstances, this data might be considered worthy of special protection because, if mishandled or improperly disclosed, it could lead to serious harm to the individual or to unlawful or arbitrary discrimination.

David Stewart

Privacy and Personal Data Protection

The Principles recognize that the sensitivity of personal data can be culture-specific, that it can change over time, and that the risks of actual harm to a person resulting from disclosure of such data can be negligible in one particular situation and life-threatening in another.

OAS Principles on Privacy and Personal Data Protection with Annotations

First Principle: Lawful and Fair Purposes

Personal data should be collected only for lawful purposes and by fair and lawful means.

This Principle addresses two elements: (i) the “lawful purposes” for which personal data is initially collected and (ii) the “fair and lawful means” by which that data is initially collected.

The premise is that many if not most intrusions on the rights of individuals can be avoided if respect is given to the related concepts of lawfulness and fairness at the outset, when data is initially collected. These Principles of course apply and must be respected throughout the process of gathering, compiling, storing, using, disclosing and disposing of personal data -- not

just at the point of collection. Yet they are more likely to be honored and respected if they are emphasized and respected from the very beginning.

Lawful Purposes

The requirement of lawfulness in the purpose for which personal data is collected, retained and processed is a fundamental norm, deeply rooted in basic democratic values and the rule of law. In principle, the collection of personal data should be limited and undertaken on the basis of the individual’s knowledge or consent. Data should not be collected about individuals except in situations, and by methods, permitted or authorized by law and (as a general rule) disclosed to those concerned at the time of collection.

“The premise is that many if not most intrusions on the rights of individuals can be avoided if respect is given to the related concepts of lawfulness and fairness at the outset, when data is initially collected.”

The requirement of lawfulness embraces the notion of legitimacy and excludes the arbitrary and capricious collection of personal data. It implies transparency and a legal structure that is accessible to the person whose data is being collected.

In most contexts, the lawfulness requirement can be respected if the data collector or processor informs the data subject about the legal basis on which the data is being requested at the time of collection (e.g., “your personal identification number is requested pursuant to the National Registration Law of 2004” or “Ministry of Economy Directive 33-25,” etc.).

In other situations, a different explanation may be required, such as “This information is required in order to guarantee that the refund of money is sent to the correct address of the claimant....” In such cases, the purposes for which the data is collected must be stated clearly so that the individual is able to understand how the data will be collected, used or disclosed.

Fair and Lawful Means

This Principle also requires that the means by which the personal data is collected must be both “fair and

lawful.” Personal data is collected by fair and lawful means when the collection is consistent with both the applicable legal requirements and the reasonable expectations of individuals based on their relationship with the data controller or other entity collecting the data and the notice(s) provided to individuals at the time their data is collected.

This Principle excludes obtaining personal data by means of fraud, deception or under false pretenses. It would be violated, for example, when an organization misrepresents itself as another entity in telemarketing calls, print advertising, or email in order to deceive consumers and induce them to disclose their credit card numbers, bank account data or other sensitive personal information.

“Fairness” is contextual and depends on the circumstances. It requires, among other things, that individuals should be provided appropriate choices about how and when they provide personal data to data controllers when collection would not be reasonably expected given their relationships with the data collector or processor and the notice(s) they were provided at the time their data was collected. The choices provided to individuals should

David Stewart

Privacy and Personal Data Protection

not interfere with the efforts and obligations of data controllers to promote safety, security, and legal compliance, or otherwise prevent them from engaging in commonly accepted practices regarding the collection and use of personal data.

In implementing these Principles, Member States may decide to contain a separate “fairness” requirement that is distinct from the issue of deception.

Second Principle: Clarity and Consent

The purposes for which personal data is collected should be specified at the time the data is collected. As a general rule, personal data should only be collected with the consent of the individual concerned.

This Principle also focuses on the collection of personal data. It rests the concept of “informational self-determination” and in particular on two basic concepts which are widely recognized internationally: the “transparency” principle and the “consent” principle. Together, they require that (i) the purposes for which personal data is collected should be specified, generally not later than the point at which collection begins, and (ii)

personal data should only be collected with the consent (explicit or implicit) of the individual concerned.

Transparency

As a rule, the purposes for which personal data is collected should be specified clearly at the time the data is collected. In addition, individuals should be informed about the practices and policies of the entities or persons collecting the personal data so they are able to make an informed decision about providing that data.

Without clarity, the individual’s agreement to collection cannot be meaningful.

In order to permit individuals to make informed decisions as to whom and for what reason they will provide their personal data, more information may be needed than just the purposes of the collection and handling of those data. It can also be important for the individuals to be informed about the legal basis for such collection, how their personal data will be stored and processed, the identity and contact information of the personal responsible for handling them, any data transfers that may be involved, and the means at their disposal for exercising their rights in respect of their personal data.

Consent

As a rule, the individual must be able to consent freely to the collection of personal data in the manner and for the purposes intended. The individual's consent should therefore be based on sufficient information and should be clear, that is, leaving no doubt or ambiguity about the individual's intent. For consent to be valid, the individual should have sufficient information about the specific details of the data to be collected, how it is to be collected, the purposes of the processing, and any disclosures that may be made. The individual must have the ability to exercise a real choice.

There must be no risk of deception, intimidation, coercion or significant negative consequences to the individual from refusal to consent. (Of course, in some commercial situations, providing the requested data may be a legitimate prerequisite to the individual's ability to use the service or product in question.)

The method of obtaining consent should be appropriate to the age and capacity of the individual concerned (if known) and to the particular circumstances of the case. No specific form of consent is required, but in principle

it should reflect the preference and informed decision by the individual concerned. Clearly, consent obtained under duress or on the basis of misrepresentations or even incomplete or misleading information cannot satisfy the conditions for legitimate collection or processing.

Context

The consent requirement must be interpreted reasonably in the rapidly evolving technological environment in which personal data is collected and used today. The nature of consent may differ depending on the specific circumstances. These Principles recognize that in some situations, "knowledge" may be the appropriate standard where data processing and disclosure satisfy legitimate interests. Implicit consent may be appropriate when the personal data in question is less sensitive and when information about the purpose and method of collection is provided in a reasonable way so that the requirements of transparency are satisfied.

For example, an individual's consent to the collection of some personal data may reasonably be inferred from previous interactions with (and notices provided by) data controllers and

David Stewart

Privacy and Personal Data Protection

when collection is consistent with the context of the transaction for which data was originally collected. It may also be inferred from commonly accepted practices regarding the collection and use of personal data or the legal obligations of data controllers.

In some limited situations, non-consensual collection of some personal data may be authorized. In such instances, the party seeking to collect and process the data must show that it has a clear need to do so for the purposes of its legitimate interests or for those of a third party to whom the data may be disclosed. It must also demonstrate that the legitimate interests of the party seeking disclosure are balanced against the interests of the data subject concerned.

The “*legitimate interests*” condition will not be met if the processing will have a prejudicial effect on the rights and freedoms, or other legitimate interests, of the data subject. Where there is a serious mismatch between competing interests, the subject’s legitimate interests must come first. The collecting and processing of data under the legitimate interests condition must be fair and lawful and must comply with all the data protection principles.

Sensitive personal data may only be processed without the individual’s explicit consent where it is clearly in the substantial public interest (as authorized by law) or in the vital interests of the data subject (for instance, in a life-threatening emergency).

Timing

As a general rule, an individual should be informed of the purposes at the time the data is collected, and his or her consent should be obtained at that point. In most cases, consent will last for as long as the processing to which it relates continues. In some instances, the subsequent collection of additional data may reasonably be based on the individual’s prior consent to the initial collection.

An individual is entitled to withdraw consent depending on the nature of the consent given and the purposes for which the data is collected. In general, withdrawal of consent does not affect the validity of anything already done on the basis of the consent.

Third Principle: Relevant and Necessary

The data should be accurate, relevant and necessary to the stated purposes for which it is collected.

Accuracy, relevancy and necessity are critical concepts in respect of data protection and personal privacy. Of course, their requirements must be assessed in relation to the specific context in which the data is collected, used, and disclosed. Contextual considerations include what particular data is collected and the purposes for which that data is collected.

Accuracy

Personal data should be correct, accurate, complete and up-to-date as necessary with respect to the purposes for which it was collected. Data quality is clearly important to the protection of privacy interests. Inaccurate data can cause harm to both the data processor and the data subject, but to an extent that varies greatly depending on context. The data collector or processor should therefore adopt mechanisms to ensure that the personal data is correct, accurate, complete, and up-to-date.

The data may or may not need to be continually updated and/or

supplemented in order to be accurate in relation to the stated purpose for which the data was collected. In deciding whether additional information is required, the standard must be one of “necessity,” that is, the data in question must be accurate, complete and up-to-date to the extent necessary for the purposes of use.

In limited circumstances (for example, the investigation of or protection against fraud), data processors may need to retain and process some inaccurate or fraudulent data.

Relevance

The requirement that data be “*relevant*” means that it must be reasonably related to the purposes for which it was collected and is intended to be used. For instance, data concerning opinions may easily be misleading if they are used for purposes to which they bear no relation.

Necessity and Proportionality

As a general rule, data processors should only use personal data in ways commensurate with the stated purposes for which the data was collected, for example when necessary to provide the service or product that was requested by the individual. Moreover, data collectors and

David Stewart

Privacy and Personal Data Protection

processors should follow a “limitation” or “minimization” criterion, according to which they should make a reasonable effort to ensure that the personal data handled correspond to the minimum required for the stated purpose.

In some legal systems the concept of “proportionality” is used to refer generally to the balancing of competing values. Proportionality requires decision-makers to evaluate whether a measure has gone beyond what is required to attain a legitimate goal and whether its claimed benefits will exceed the anticipated costs.

In the context of public sector data processing, the idea of necessity is sometimes measured by proportionality, for example to require balancing (i) the public interest in processing the personal data against (ii) protection of the individuals’ privacy interests.

Under these Principles, the concepts of “necessity” and “proportionality” place general limitations on use, meaning that personal data should be used only to fulfill the purposes of collection except with the consent of the individual whose personal data is collected or when necessary to

provide a service or product requested by the individual.

The Principles recognize, however, that the field of data management and processing is continually evolving technologically. In consequence, this Principle must be understood to embrace a measure of reasonable flexibility and adaptability.

Fourth Principle: Limited Use and Retention

Personal data should be kept and used only in a lawful manner not incompatible with the purpose(s) for which it was collected. It should not be kept for longer than necessary for that purpose or purposes and in accordance with relevant domestic law.

This Principle sets forth two fundamental premises regarding retention of personal data: (1) it should be kept and used in a lawful manner not incompatible with the purpose for which they were collected (sometimes referred to as the “principle of purpose” or “purpose limitation”) and (2) it should not be kept longer than necessary for that purpose and in accordance with relevant domestic law.

Limited Use

Regarding the first premise, personal data must be handled for definite and lawful purposes. Retention and use of personal data must be consistent with individuals' reasonable expectations, their relationship with the data controller collecting the data, the notice(s) provided by the data controller, and commonly accepted practices.

"Personal data must not be kept or used for purposes other than those compatible with those for which it was collected, except with the knowledge or consent of the data subject or by the authority of law."

Personal data must not be kept or used for purposes other than those compatible with those for which it was collected, except with the knowledge or consent of the data subject or by the authority of law. The concept of "incompatibility" includes a certain measure of flexibility, allowing reference to the overall objective or purpose for which the individual's consent to collection was initially given. In this regard, the appropriate measure may

often be one of respecting the context in which the individual had provided his or her personal data and his or her reasonable expectations in the particular situation.

For example, when an individual consumer provides her name and mailing address to an online retailer, and that retailer in turn discloses that consumer's name and home address to the shipper so that the purchased goods may be delivered to the consumer, this disclosure is clearly a "compatible" use of personal data. However, if the online retailer discloses the consumer's name and home address to another retailer or marketer for purposes unnecessary for and unrelated to the completion of the consumer's online transaction, it would most likely be an "incompatible" use of the consumer's data and not allowed unless the consumer offers her express consent.

Another circumstance in which this Principle may be applied reasonably and with a degree of flexibility concerns the use of an individual's personal data as part of a broad (or "aggregate") processing of data from a large number of individuals by the data controller, for example for inventory, statistical or accounting purposes.

David Stewart

Privacy and Personal Data Protection

Limited Retention

Personal data should be kept only as long as required by the purpose for which it was collected and as prescribed by relevant domestic law. A general limitation on data retention is required by modern technological realities. Because the cost of data storage has been reduced so sharply, it may often be less expensive for data controllers to store data indefinitely rather than to review and delete unnecessary data. Yet unnecessary and excessive retention of personal data clearly has privacy implications. As a general rule, therefore, data must be disposed of when it is no longer needed for its original purpose or as otherwise required by national law.

However, it is not intended to suggest that data controllers must always delete data when no longer needed. Individuals may choose to consent, either expressly or by implication, to the use and retention of their personal data for additional purposes. Relevant domestic law may impose explicit legal requirements for data retention.

Moreover, a data controller may have legitimate reasons to retain data for a certain period of time even if not explicitly required. For example, employers may retain records on former

employees, or doctors may retain records on their former patients, in order to protect themselves against certain types of legal actions, such as medical malpractice, wrongful discharge, etc. It may also be necessary for data controllers to retain personal data for longer periods in order to comply with other legal obligations, or to protect the rights, safety or property of the individual, the data processor, or a third party.

Fifth Principle: Duty of Confidentiality

Personal data should not be disclosed, made available or used for purposes other than those for which it was collected except with the knowledge or consent of the concerned individual or under the authority of law. This Principle derives from the basic duty of the data controller to maintain the “confidentiality” of personal data in a safe and controlled environment. This duty requires the data controller to ensure that such data is not given (or otherwise made available) to persons or entities except pursuant to the knowledge, consent or reasonable expectations of the individual concerned or under proper legal authority. The data controller must also ensure that the personal data is not

used for purposes which are incompatible with the original purpose for which that data was collected. These responsibilities arise from the nature of the personal data itself and do not depend on assertions by the individuals concerned.

This duty to respect limits on disclosure is in addition to the obligation of data controllers under the Sixth Principle to promote safety, security, and legal compliance in safeguarding data. Protecting privacy means not only keeping personal data secure, but also enabling individuals to control how their personal data is used and disclosed. An essential element of “informational self-determination” is the establishment and maintenance of trust between data subject and data controller, especially with regard to third-party disclosure of personal data.

In some situations, an individual’s consent may reasonably be inferred based on the particular context of the individual’s relationship and interactions with the data controller or its services, the notice(s) provided by the data controller, and commonly accepted practices regarding the collection and use of personal data. For example, in some situations it is entirely reasonable for a data controller to share data

with a third party “service provider” (for example, a data processor) under a specified contractual arrangement.

Disclosure to law enforcement authorities and other government agencies pursuant to law would not contravene this Principle but should be authorized by clear and specific provisions.

Protection of personal data in the hands of public authorities may be subject to differing rules depending on the nature of the information and the reasons for disclosure. These reasons and rules should also be addressed by clear and specific provisions. In this regard, attention is drawn to the Model Inter-American Law on Access to Public Information, adopted in 2010.

Sixth Principle: Protection and Security

Personal data should be protected by reasonable and appropriate security safeguards against unauthorized access, loss, destruction, use, modification or disclosure.

Under this Principle, data controllers have a clear duty to take necessary practical and technical steps to protect personal data in their possession or custody (or for which they are responsible) and to ensure that such personal data

David Stewart

Privacy and Personal Data Protection

is not accessed, lost, destroyed, used, modified or disclosed except in accordance with the individual's knowledge or consent or other lawful authority.

The specific obligation is to provide "reasonable and appropriate security safeguards." It is based on achieving and maintaining a proper level of care in the context of the overall situation. Thus, considerations of proportionality and necessity may be taken into account.

In the modern context, absolute privacy and complete protection of personal data is technically impossible to guarantee, and the effort to achieve it would impose undesirable barriers and unacceptable costs. Moreover, different contexts may require different solutions and levels of safeguards. Accordingly, this Principle requires an exercise of reasoned and informed judgment and is not necessarily violated any time a data controller experiences an unauthorized access, loss, destruction, use, modification or disclosure.

Personal data should be protected, regardless of the format in which it is held, by safeguards that are reasonably designed to prevent material harm to individuals from the unauthorized access to or loss or destruction of the

data. The nature of the safeguards may vary depending on the sensitivity of the data in question.

Clearly, more sensitive data requires a greater level of protection. Reasons for providing enhanced protection might include, for example, the risks of identity theft, financial loss, negative effects to credit ratings, damage to property, loss of employment or business or professional opportunities.

The standard is not static. Threats to privacy, especially cyber threats, are constantly evolving, and the assessment of what are "reasonable and appropriate" safeguards must respond to those developments. The challenge is to provide meaningful guidance to data controllers while ensuring that the standards remain "technologically neutral" and are not rendered obsolete by rapid changes in technology.

Given the rapid rate of change in the current information environment, what might have been permissible practices only a few months ago could well be regarded today as intrusive or risky or dangerous to individual privacy. By the same token, what might have seemed a reasonable restriction a few months ago might in fact be obsolete or unfair in light of technological advances.

“Given the rapid rate of change in the current information environment, what might have been permissible practices only a few months ago could well be regarded today as intrusive.”

The assessment of “reasonable and appropriate security safeguards” should therefore be based on the current “state of the art” in data security methods and techniques in the light of evolving threats to personal privacy. It should also be subject to periodic review and reassessment. Protecting the privacy of individuals means keeping their personal data secure and enabling them to control their “on-line” experience. In addition to adopting effective security measures, data controllers (such as providers of online services) should have the flexibility to provide their users with effective tools to control the sharing of personal data as part of their overall measures of privacy protection.

Data Breaches

The growing incidence of outside intrusions (“personal data breaches”), in which unauthorized persons gain access to protected data, raises criminal

as well as privacy concerns. In many countries, including within the OAS, the law imposes reporting requirements in such instances. Thus, in the event of a breach, data controllers may have a legal obligation to notify the individuals whose data has been (or might have been) compromised.

Such notifications permit the affected individuals to take protective measures and perhaps to access and seek correction of any inaccurate data or misuse resulting from the breaches. The notifications may also provide incentives for data controllers to demonstrate their accountability, to review their data retention policies and to improve their security practices.

At the same time, breach notification laws may impose obligations on data controllers to cooperate with criminal law enforcement agencies as well as other authorities (e.g. computer incident response teams or other entities responsible for cybersecurity oversight). National legislation should determine the specific (and limited) situations in which law enforcement authorities may require the disclosure of personal data without the consent of the individuals concerned. Care should be taken not to impose conflicting notification and/or confidentiality requirements on data controllers.

David Stewart

Privacy and Personal Data Protection

In cases where penalties are imposed on data controllers for non-compliance with the duty to safeguard and protect, such penalties should be proportional to the level of harm or risk. In this context, it may be useful for national jurisdictions to adopt specific definitions of what constitutes a “breach” (or “unauthorized access”), what types of data may require additional levels of protection in such an event, and what specific responsibilities a data controller may have in the event of such a disclosure.

Seventh Principle: Accuracy of Data

Personal data should be kept accurate and up-to-date to the extent necessary for the purposes of use.

Accuracy and precision are vitally important for the protection of privacy. When personal data is collected and retained for continuing use (as distinct from one-time uses or periods of short duration), the data controller has an obligation to take steps to ensure that the data is current and accurate as necessary for the purposes for which it was collected and is being used.

This obligation derives from the “use” for which the data was collected and

has been or is intended to be put, and for which the individual has given consent. It is not an abstract requirement of objective accuracy. Therefore, the data controller or data controller should adopt appropriate mechanisms – reasonable in light of the purpose for which the data was collected and is used – to make sure that the data remains accurate, complete, correct and up-to-date, and that the rights of the individual in question are not impaired.

Data controllers must undertake effective efforts to safeguard the privacy of individuals and others who provide their own data. Data controllers may satisfy their obligations with regard to accuracy by providing individuals with a reasonable opportunity to review, correct or request deletion of personal information they have provided to the data controller. The requirement may be subject to a reasonable time limitation.

In taking measures to determine the accuracy of individuals’ personal data (“data quality”), the data controller may consider the sensitivity of the personal data that they collect or maintain and the likelihood it may expose individuals to material harm, consistent with the requirements of the Ninth Principle.

In many situations, the application of this Principle will require the deletion of personal data which is no longer necessary for the purposes which initially justified its collection.

Eighth Principle: Access and Correction

Reasonable methods should be available to permit individuals whose personal data has been collected to seek access to that data and to request that the data controller amend, correct¹³ or delete that data. If such access or correction needs to be restricted, the specific grounds for any such restrictions should be specified in accordance with domestic law.

Individuals must have the right to discover whether data controllers have personal data relating to those individuals, to have access to that data so that they may challenge the accuracy of that data, and to ask the data controller to amend, revise, correct or delete the data in question. This right of access and correction is one the most important safeguards in the field of privacy protection.

The essential elements are the individual's ability to obtain data relating to him or her within a reasonable time, at a reasonable charge, and in

a reasonable and intelligible manner; to know whether a request for such data has been denied and why; and to challenge such a denial.

Within the American hemisphere, some (but not all) national legal systems recognize a right of "habeas data," by which individuals are able to file a judicial proceeding to prevent or terminate an alleged abuse of their personal data. That right may provide the individual access to public or private data bases, the right to correct the data in question, to ensure that sensitive personal data remains confidential, and to rectify or remove damaging data. Because the specific contours of this right vary between Member States, these Principles address the issues it raises in terms of its separate elements.

The Right of Access

The right to access personal data held by a data controller should be simple to exercise. For example, the mechanisms for access should be part of the routine activities of the data controller and should not require any special measures or legal process (including, for instance, presenting a formal judicial claim). Every individual should have the ability access his or her own

David Stewart

Privacy and Personal Data Protection

data. In some situations, even third parties may also be entitled (for example, representatives on behalf of those suffering mental incapacity, or parents on behalf of minor children).

The ability of an individual to seek access to his or her data is sometimes referred to as the right of “individual participation.” Under this concept, access should be afforded within a reasonable time period, for a reasonable price, in a reasonable manner and in a reasonably intelligible form. The burden and expense of producing the data should never be unreasonable or disproportionate. Any data to be furnished to the data subject must be provided in an intelligible form, using a clear and simple language.

Exceptions and Limitations

The right of access is not absolute, however. Some exceptional situations exist in every national scheme which may require certain data to be kept confidential. These circumstances should be clearly set out in the appropriate legislation or other guidance and must be available to the public.

Such situations may arise, for example, where the individual concerned is suspected of wrongdoing and is

the subject of an ongoing law enforcement or similar investigation, or where that individual’s records are intermingled with those of a third party who also has privacy interests, or where granting the data subject access would compromise trade secrets or confidential testing or examination material. The rules regarding such situations should be as narrow and restrictive as possible.

In addition, for practical reasons, a data controller may impose reasonable conditions, for example by specifying the method by which requests should be made and by requiring the individuals making such requests to authenticate their identity through reasonable means. Data controllers need not accede to requests that would impose disproportionate burdens or expenses, violate the privacy rights of other individuals, infringe on proprietary data or business secrets, contravene the data controllers’ legal obligations, or otherwise prevent the company from protecting the rights, safety or property of the company, another user, an affiliate, or a third party.

The Right to Challenge Denial of Access

In the event that an individual’s request for access is denied, there must be an

effective method by which the individual (or her representative) can learn the reasons for the denial and 14 challenge that denial. Allowing the individual to learn the reasons for an adverse decision is necessary for the exercise of the right to challenge the decision and to prevent arbitrary denials.

As indicated above, it may well be appropriate, or even necessary, in some situations to withhold certain data. Such situations should however be the exception, not the rule, and the reasons for the denial should be clearly communicated to the individual making the request, in order to prevent arbitrary denial of the fundamental right to correct errors and mistakes.

The Right to Correct Errors and Omissions

The individual must be able to exercise the right to request the correction of (or an addition to) personal data about himself or herself that is incomplete, inaccurate, unnecessary or excessive.

This is sometimes referred to as the right of “*rectification*.”

When the data in question is incomplete or inaccurate, the individual should be permitted to provide additional information to correct those errors or omissions. Where the data in question is clearly inaccurate, the data controller or data controller should generally correct the inaccuracy when the data subject so requests. Even where data has been found to be inaccurate, such as in the course of an investigation involving the data subject, it may be more appropriate in some situations for the data controller or data controller to add additional material to the record rather than deleting it, so as to accurately reflect the entire investigative history.

The data subject should not be allowed to inject inaccurate or erroneous data into the data controller’s records. The data subject also does not necessarily have a right to compel the data controller to delete data that is accurate but embarrassing. Generally correct the inaccuracy when the data subject so requests. Even where data has been found to be inaccurate, such as in the course of an investigation involving the data subject, it may be more appropriate in some situations for the data

“The data subject also does not necessarily have a right to compel the data controller to delete data that is accurate but embarrassing.”

David Stewart

Privacy and Personal Data Protection

controller or data controller to add additional material to the record rather than deleting it, so as to accurately reflect the entire investigative history.

The data subject should not be allowed to inject inaccurate or erroneous data into the data controller's records. The data subject also does not necessarily have a right to compel the data controller to delete data that is accurate but embarrassing.

The right of correction or rectification is not absolute. For example, amendment of personal data – even erroneous or misleading information – may not be authorized where that data is legally required or must be retained for the performance of an obligation imposed on the responsible person by the applicable national legislation, or possibly by the contractual relations between the responsible person and the data subject.

Accordingly, national legislation should clearly indicate the conditions under which access and correction must be provided and the restrictions that apply. It should specify the limited situations in which personal data may not be accessible and cannot be corrected. The specific grounds for such restrictions should be clearly specified.

Some national and regional regulatory schemes provide individuals with a right to request that data controllers delete (or erase) specific personal data which, although publicly available, the individuals contend is no longer necessary or relevant. This right is sometimes described as the right to omit or suppress specific information, to “de-identification” or “anonymization.”

The right is not absolute but rather contingent and contextual, and it requires a difficult and delicate balancing of interests and principles. Exercise of the right necessarily presents fundamental issues not just about privacy, honor and dignity, but also about the rights of access to truth, freedom of information and speech, and proportionality. It also raises difficult questions about who or what makes such decisions and by what process, and whether the obligation should apply only to the original (or primary) collector of the data in question (data controller) or also to subsequent intermediaries.

These Principles embrace the rights of access, challenge and correction. Because, at this point in time, a “right to erasure or deletion” remains contentious and subject to differing

definitions and views, the Principles do not explicitly endorse a right to deletion of personal data which (while true or factually accurate) is considered personally embarrassing, excessive or merely irrelevant by the individual concerned.

Ninth Principle: Sensitive Personal Data

Some types of personal data, given its sensitivity in particular contexts, are especially likely to cause material harm to individuals if misused. Data controllers should adopt privacy and security measures that are commensurate with the sensitivity of the data and its capacity to harm individual data subjects.

The term “sensitive personal data” refers to data affecting the most intimate aspects of individuals. Depending on the specific cultural, social or political context, it might include data related to an individual’s personal health or sexual preferences, religious beliefs, or racial or ethnic origins.

In certain circumstances, this data might be considered entitled to special protection because its improper handling or disclosure would intrude deeply upon the personal dignity and honor of the individual concerned and could trigger unlawful or arbitrary

discrimination against the individual or result in risk of serious harm to the individual.

The nature of the sensitivity may vary from situation to situation. In certain settings and cultures, for example, it is entirely predictable that disclosure of certain types of personal data might result in harm to personal reputation, discrimination with respect to employment or freedom of movement, political persecution, or even physical violence, while by distinction disclosure of the same data in other circumstances would pose no difficulties at all.³

Within the Member States of the OAS, a wide variety of cultural and legal settings exists, making it difficult to say, as a general matter, which specific types of data are categorically more likely to lead to especially serious encroachments on individual rights and interests.

Accordingly, appropriate guarantees should be established within the context of national law and rules, reflecting the circumstances within the relevant jurisdiction, to ensure that the privacy interests of individuals are sufficiently protected. Member States should identify clearly the categories

David Stewart

Privacy and Personal Data Protection

of personal data which are considered especially “sensitive” and therefore require enhanced protection. Explicit consent of the individual concerned should be the governing rule for the collection, disclosure and use of sensitive personal data. The context in which a person provides such data should be taken into account when determining any applicable regulatory obligations.

The burden must be placed on data controllers to assess the material risks to data subjects as part of the overall process of risk management and privacy impact assessment. Holding data controllers accountable will result in more meaningful protection of data subjects from material harm across a wide range of cultural contexts.

Tenth Principle: Accountability

Data controllers should adopt and implement appropriate procedures to demonstrate their accountability for compliance with these Principles.

The effective protection of individual rights of privacy and data protection rests on responsible conduct by the data controllers as much as it does on the individuals and government authorities concerned. Privacy protection

schemes must reflect an appropriate balance between government regulation and effective implementation by those with direct responsibility for the collection, use, retention and dissemination of personal data.

These Principles depend on the ability of those who collect, process and retain personal data to make responsible, ethical, and disciplined decisions about that data and its use through the data’s “*lifecycle*.” These “*data managers*” must serve as “good stewards” of the data provided or entrusted to them.

Accountability

The principle of accountability requires establishing and adhering to appropriate privacy protection goals for data controllers (organizations and other entities), permitting them to determine the most appropriate measures to reach those goals, and monitoring their compliance. It enables data controllers to achieve those privacy protection goals in a manner that best serves their business models, technologies, and the requirements of their customers.

Specific programs and procedures must take into account the nature of the personal data at issue, the size and complexity of the organization

which collect, store and process that data, and the risk of violations. Privacy protection depends upon a credible assessment of the risks the use of personal data may raise for individuals and responsible mitigation of those risks.

National privacy legislation and regulation should therefore provide clearly articulated and well-defined guidance for use by data controllers. It should encourage the development of self-regulatory codes of conduct that keep pace with technological developments and that account for privacy principles and regulations in other jurisdictions.

Data controllers should ensure that employees who handle personal data are appropriately trained about the purposes and procedures for the protection of that data. They should adopt effective privacy management programs and conduct internal reviews designed to promote the privacy of

individuals. In many cases, the designation of a “chief information and privacy official” will assist in achieving this goal.

Above all, national privacy legislation should hold data controllers accountable for compliance with these Principles. In addition to whatever enforcement mechanism may be available to governmental authorities, domestic law should provide individuals with appropriate mechanisms for holding data controllers liable for violations (for example, through civil damages).

Privacy by Design

One effective contemporary approach is to require data controllers to build privacy protection into the design and architecture of their information technology systems and business practices. Privacy and security considerations should be incorporated into every stage of product design.

“Data controllers should be prepared to demonstrate their privacy management programs when asked, in particular at the request of a competent privacy enforcement authority.”

Data controllers should be prepared to demonstrate their privacy management programs when asked, in particular at the request of a competent privacy enforcement authority or another entity responsible for promoting adherence to a code of conduct. National enforcement authorities can only leverage internal accountability

David Stewart

Privacy and Personal Data Protection

mechanisms if data controllers are willing and able to demonstrate to them what those mechanisms are and how well they are functioning.

Sharing Data with Third Parties

Data sharing and retransmission is a growing practice among data controllers. It presents some difficult issues. At a minimum, however, an individual's consent to the initial collection of personal data does not automatically authorize the sharing (or retransmission) of that data to other data controllers or data processors. Individuals must be informed about, and giving appropriate opportunities to consent to, such additional sharing.

These Principles require that data controllers must be held responsible for ensuring that their requirements are observed by any third party to whom the personal data is communicated. This obligation to ensure adequate security safeguards applies whether or not it is another person in charge or a different data controller handling personal data on behalf of the responsible (accountable) authority.

It also applies in the case of international or trans-border transfers of personal data (see Principle Eleven).

Eleventh Principle: Trans-Border Flow of Data and Accountability

Member States should cooperate with one another in developing mechanisms and procedures to ensure that data controllers operating in more than one jurisdiction can be effectively held accountable for their adherence to these Principles.

In the modern world of rapid data flows and cross-border commerce, personal data is increasingly likely to be transferred across national boundaries. However, the rules and regulations in various national jurisdictions today differ in substance and procedure. In consequence, the possibility exists for confusion, conflict and contradictions.

One central challenge for effective data protection policy and practice is to reconcile (i) the differences in national approaches to privacy protection with the modern realities of global data flow, (ii) the rights of individuals to access data in a transnational context, and (iii) the fundamental fact that data and data processing drive development and innovation. All international data protection instruments strive towards achieving the proper balance between these goals.

These Principles articulate a common standard for evaluating privacy protections within OAS Member States. The fundamental goal is harmonization of regulatory approaches that provide more effective privacy protection while promoting safe data flows for economic growth and development.

In point of fact, not every OAS Member State today provides precisely the same protections. As a result, requiring identical privacy protection rules as a precondition to cross-border data transfers between Member States could unduly restrict trans-border flows, to the detriment of individual rights as well as economic growth and development.

In common with other international standards in this field, these Principles adopt a standard of reasonableness with respect to cross-border transfers. On the one hand, international transfers of personal data should be permitted between Member States which afford the levels of protection reflected in these Principles or which otherwise provide sufficient protection for personal data, including effective enforcement mechanisms. At the same time, transfers should also be permitted when data controllers themselves take appropriate measures to ensure

that transferred data is effectively protected in accordance with these Principles. Member States should take the necessary measures to ensure that data controllers are held accountable for providing such protection.

Cross-Border Data Flows

Transfer of personal data across national borders is a fact of contemporary life. Our global community is more inter-connected than ever. In most countries, information from all parts of the world is readily available to anyone with a keyboard and internet connection. International law recognizes the right of individuals to the free flow of information. Equally important, domestic economies are increasingly dependent on trans-border trade and commerce, and the transfer of data (including personal data) is a fundamental aspect of that trade and commerce.

As new technologies emerge, storage of data is becoming geographically indeterminate. So-called “*cloud*” computing and storage, and the increasing prevalence of mobile services, necessarily involve the exchange and remote storage of data across national boundaries. A progressive approach to privacy and security must permit domestic enterprises and industries to grow and compete internationally.

David Stewart

Privacy and Personal Data Protection

Unnecessary or unreasonable national restrictions on crossborder data flows have the potential to create barriers to trade in services and to hinder development of products and services that are innovative, efficient and cost effective. They can easily become obstacles to exports and do considerable harm to service providers as well as to individuals and business customers.

National Restrictions Based on Differing Levels of Protection

Within the OAS, all Member States share the overall goal of protecting privacy as well as a commitment to the free flow of information within certain criteria. A majority of countries around the globe do likewise. Nonetheless, in some countries, authorities have imposed restrictions on the trans-border communication of data by individuals and entities subject to their jurisdiction when, in the opinion of those authorities, the data protection rules in the other countries falls short of the specific requirements of the authorities' own law. For example, an entity in country A may be prevented from communicating data to an entity in country B if, in the opinion of A's authorities, the privacy or data protection laws in B fails to meet A's standards – even if both entities are part of the same commercial organization.

In particular (limited) circumstances, national law may justifiably restrict the trans-national data flow and may require data to be stored and processed locally. The reasons for restricting or preventing data flows should always be compelling. Some reasons for such restrictions may be more compelling than others. As a general matter, however, “data localization” requirements are inherently counter-productive and should be avoided, in favor of cooperative measures.

While motivated by privacy protection concerns, such restrictions can amount to an extraterritorial application of domestic law and (if unduly rigorous) may impose unnecessary and counter-productive barriers to commerce and development, harmful to the interests of the jurisdictions concerned

International cooperation

For these reasons, the principles and mechanisms of international cooperation should work to limit and reduce friction and conflict between different domestic legal approaches governing the use and transfer of personal data. Mutual respect for the requirements of other countries' rules (including their privacy safeguards) will foster cross-border trade in services. In turn, such respect must rest on a concept

of transparency between Member countries in respect of requirements and procedures for the protection of personal data.

Member States should work towards mutual recognition of accountability rules and practices, in order to avoid and resolve conflicts. Member States should promote the cross-border transfer of data (subject to appropriate safeguards) and they should not impose burdens that limit the free flow of information or economic activity between jurisdictions, such as requiring service providers to operate locally or to locate their infrastructure or data within a country's borders. National legislation should not inhibit access by data controllers or individuals to information that is stored outside of the country as long as that information is given levels of protection that meet the standards provided by these OAS Principles.

Accountability of Data Controllers

Data controllers should of course be expected to comply with legal obligations in the jurisdiction where they maintain their principal place of business and where they operate. At the same time, data controllers transferring personal data across borders must themselves assume responsibility for

assuring a continuing level of protection consistent with these Principles.

Data controllers must take reasonable measures to ensure personal data is effectively protected in accordance with these Principles, whether the data is transferred to third parties domestically or across international boundaries. They should also provide the individuals concerned with appropriate notice of such transfers, specifying the purposes for which the data will be used by those third parties. In general, such obligations should be recognized in appropriate agreements or contractual provisions or through technical and organizational security safeguards, complaint handling processes, audits, and similar measures. The idea is to facilitate the necessary flow of personal data between Member States while, at the same time, guaranteeing the fundamental right of individuals to protection of their personal data.

These Principles may serve as an agreed-upon framework for cooperation and enhanced capacity-building between privacy enforcement authorities in the OAS region based upon common standards for assuring the basic requirements of trans-border accountability.

David Stewart

Privacy and Personal Data Protection

Twelfth Principle: Disclosing Exceptions

When national authorities make exceptions to these Principles for reasons relating to national sovereignty, internal or external security, the fight against criminality, regulatory compliance or other public order policies, they should make those exceptions known to the public.

Protecting the privacy interests of individuals (citizens and others) is increasingly important in a world in which data about individuals is widely collected, rapidly disseminated, and stored for long periods of time. These Principles aim at providing individuals with the basic rights needed to safeguard their interests.

Yet privacy is not the only interest which Member States and their governments must take into account in the field of data collection, retention and dissemination. On occasion, other responsibilities of the state will inevitably need to be taken into account and may operate to limit the privacy rights of individuals.

In some situations, authorities in OAS Member States may be required to derogate from, or make exceptions to, these Principles for reasons related to

overriding concerns of national security and public safety, the administration of justice, regulatory compliance or other essential public policy prerogatives. For example, in responding to the threats posed by international crime, terrorism and corruption, and certain severe human rights violations, the competent authorities of OAS Member States have already made special arrangements for international cooperation regarding the detection, investigation, punishment and prevention of criminal offenses.

Such exceptions and derogations should be the exception, not the rule. They should only be implemented after the most careful consideration of the importance of protecting individual privacy, dignity and honor. National authorities should maintain sensible limitations on their ability to compel data controllers to disclose personal data, balancing the need for the data in limited circumstances and due respect for the privacy interests of individuals.

Member States should, by public legislation or regulation, clearly identify these exceptions and derogations, indicating the specific situations in which data controllers may be required to disclose personal data and the reasons

therefore. They should permit data controllers to publish relevant statistical information in the aggregate (for instance, the number and nature of government demands for personal data) as part of the overall effort to promote effective protection of privacy. They should also disclose this data promptly and publicly.

Annex A

Part I. Right to Privacy

As indicated in the text, provisions on privacy, protection of personal honor and dignity, freedom of expression and association, and the free flow of information are found in all the major human rights systems of the world. For example, the concept of privacy is clearly established in Article V of the American Declaration of the Rights and Duties of Man (1948) as well as Article 11 of the American Convention on Human Rights (“Pact of San Jose”) (1969).⁴

Article V of the American Declaration of the Rights and Duties of Man provides:

Every person has the right to the protection of the law against abusive attacks upon his honor, his reputation, and his private and family life.

See also Article IX (“*Every person has the right to the inviolability of his home*”); and

Article X (“*Every person has the right to the inviolability and transmission of his correspondence*”).

Article 11 of the American Convention on Human Rights provides:

1. *Everyone has the right to have his honor respected and his dignity recognized.*
2. *No one may be the object of arbitrary or abusive interference with his private life, his family, his home, or his correspondence, or of unlawful attacks on his honor or reputation.*
3. *Everyone has the right to the protection of the law against such interference or attacks.*⁵

European Charter

Only the Charter of Fundamental Rights of the European Union (adopted 2000) specifically addresses privacy in the context of data protection.

Article 8 of that Charter provides:

- (1) that everyone has the right to the protection of personal data concerning him or her,
- (2) that such data must be processed fairly for specified purposes and on the basis of the consent of the person concerned or some other legitimate basis laid down by law, and that everyone has the right of access to data which has been collected concerning him or her, and the right to have it rectified, and

David Stewart

Privacy and Personal Data Protection

(3) compliance with these rules shall be subject to control by an independent authority.

The EU Charter thus appears to distinguish data protection from the right to respect for private and family life (art. 7), freedom of thought, conscience and religion (art. 10), and freedom of expression and information (art. 11). Scholars continue to debate whether an independent right to protection of personal information does exist, or is instead properly considered part of a more general right to privacy.⁶

Part II. The Right to Free Flow of Information

Article IV of the American Declaration of the Rights and Duties of Man provides:

Every person has the right to freedom of investigation, of opinion, and of the expression and dissemination of ideas, by any medium whatsoever.

Article 13 of the American Convention on Human Rights provides:

1. Everyone has the right to freedom of thought and expression. This right includes freedom to seek, receive, and impart information and ideas of all kinds, regardless of frontiers, either orally, in writing, in print, in the form of art, or through any other medium of one's choice.

2. The exercise of the right provided for in the foregoing paragraph shall not be subject to prior censorship but shall be subject to subsequent imposition of liability, which shall be expressly established by law to the extent necessary to ensure: a. respect for the rights or reputations of others; or b. the protection of national security, public order, or public health or morals.

3. The right of expression may not be restricted by indirect methods or means, such as the abuse of government or private controls over newsprint, radio broadcasting frequencies, or equipment used in the dissemination of information, or by any other means tending to impede the communication and circulation of ideas and opinions.

4. Notwithstanding the provisions of paragraph 2 above, public entertainments may be subject by law to prior censorship for the sole purpose of regulating access to them for the moral protection of childhood and adolescence.

5. Any propaganda for war and any advocacy of national, racial, or religious hatred that constitute incitements to lawless violence or to any other similar action against any person or group of persons on any grounds including those of race, color, religion, language, or national origin shall be considered as offenses punishable by law.

Article 19 of the Universal Declaration of Human Rights (1948) states:

Everyone has the right to freedom of opinion and expression; this right includes freedom to

hold opinions without interference and to seek, receive and impart information and ideas through any media and regardless of frontiers.

Article 10 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms (entitled “Freedom of Expression”) provides:

1. Everyone has the right to freedom of expression. This right shall include freedom to hold opinions and to receive and impart information and ideas without interference by public authority and regardless of frontiers. This Article shall not prevent States from requiring the licensing of broadcasting, television or cinema enterprises.

2. The exercise of these freedoms, since it carries with it duties and responsibilities, may be subject to such formalities, conditions, restrictions or penalties as are prescribed by law and are necessary in a democratic society, in the interests of national security, territorial integrity or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, for the protection of the reputation or rights of others, for preventing the disclosure of information received in confidence, or for maintaining the authority and impartiality of the judiciary.

The World Summit on the Information Society’s 2003 Declaration of Principles (par. 24-26) (available at: <http://www.itu.int/wsis/docs/geneva/official/dop.html>) emphasized that:

The ability for all to access and contribute information, ideas and knowledge is essential in an inclusive Information Society.

The sharing and strengthening of global knowledge for development can be enhanced by removing barriers to equitable access to information for economic, social, political, health, cultural, educational, and scientific activities and by facilitating access to public domain information, including by universal design and the use of assistive technologies.

A rich public domain is an essential element for the growth of the Information Society, creating multiple benefits such as an educated public, new jobs, innovation, business opportunities, and the advancement of sciences. Information in the public domain should be easily accessible to support the Information Society, and protected from misappropriation. Public institutions such as libraries and archives, museums, cultural collections and other community-based access points should be strengthened so as to promote the preservation of documentary records and free and equitable access to information.

David Stewart

Privacy and Personal Data Protection

Part III. Appended Texts on Data Privacy and Protection

The following includes a selection of the texts most likely to be useful to legislators and other governmental authorities.

- OECD Guidelines for the Protection of Privacy and Transborder Flows of Personal Data (1980, as revised in 2013)
- The Madrid Resolution: International Standards on the Protection of Personal Data and Privacy (2009)
- The APEC Privacy Framework (2004)
- APEC Cooperation arrangement for Cross-Border Privacy Enforcement
- EU Directive 2002/58/EC on privacy and electronic communications (July 12, 2002)
- EU Directive 95/6/EC on the protection of individuals with regard to the processing of personal data and on the free movement of such data (Oct. 24, 1995)
- COE Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data (No. 108, Jan. 28, 1981) and Protocol (2001)
- UN Guidelines for the Regulation of Computerized Data Files (1990)
- AU Convention on Cyber Security and Personal Data (adopted June 27, 2014)

¹ Regarding the specific right of individuals to access public information, see the Model Inter-American Law on Access to Public Information, adopted by the OAS General Assembly on June 8, 2010 in AG/RES. 2607 (XL-O/10), which incorporates the principles outlined by the Inter-American Court on Human Rights in *Claude Reyes v. Chile*, Judgment of Sept. 19, 2006 (Series C No. 151), as well as the Principles on Access to Information adopted by the Inter-American Juridical Committee in CJI/RES. 147 (LXXIII-O/08).

² “[T]he sphere of privacy is characterized by being exempt and immune from abusive and arbitrary invasion by third parties or public authorities.” Case of the *Ituango Massacres v. Colombia*, Judgment of July 1, 2006 (para. 149), available at http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_ing.pdf.

³ In some contemporary privacy instruments, certain types of data are categorized as per se sensitive. This characterization may be linked to certain historical events that have created specific sensitivities, or because the revelation of data in certain contexts gives rise to particular issues. See, for example, ILO Convention 108, Article 6, which provides that “Personal data revealing racial origin, political opinions or religious or other beliefs, as well as personal data concerning health or sexual life, may not be processed automatically unless domestic law provides appropriate safeguards. The same shall apply to personal data relating to criminal convictions.”

⁴ See also the Universal Declaration of Human Rights (arts. 12, 18-20), the International Covenant on Civil and Political Rights (arts. 17-19), the European Convention on Human Rights and Fundamental Freedoms (arts. 8-10), the Charter of Fundamental Freedoms of the European Union (arts. 1, 7, 8, 10-12), and the African Charter of Human and Peoples’ Rights (arts. 5, 8-11 and 28).

⁵ In addition, Article 14 of the American Convention (“Right of Reply”) provides: 1. Anyone injured by inaccurate or offensive statements or ideas disseminated to the public in general by a legally regulated medium of communication has the right to reply or to make a correction using the same communications outlet, under such conditions as the law may establish. 2. The correction or reply shall not in any case remit other legal liabilities that may have been incurred. 3. For the effective protection of honor and reputation, every publisher, and every newspaper, motion picture, radio, and television company, shall have a person responsible who is not protected by immunities or special privileges.

⁶ See for example Orla Lynskey, “Deconstructing Data Protection: The ‘Added-Value’ of a Right to Data Protection in the EU Legal Order,” 63 Int’l & Comp. Law Q. 569 (2014).

About the Author

David Stewart



Professor David Stewart serves as co-Director, Global Law Scholars Program; and co-Director, Center on Transnational Business and the Law, Georgetown University Law Center. He is a Member of the Inter-American Juridical Committee and is also the

President of the American Branch of the International Law Association, a Member of the Board of Editors of the American Journal of International Law and the Secretary of State's Advisory Committee on Private International Law.

Parte II

Promoción y Protección de los Derechos Humanos



Résumé

I. Introduction;

II. Déplorable Longueur Des Délais de Justice en la Présente Affaire;

1. Retards de Procédure; 2. *Justitia Longa, Vita Brevis*;

III. Compétence: Succession Automatique À La Convention contre Le Génocide en tant que Traité Relatif Aux Droits De L'homme;

1. Arguments des Parties sur l'applicabilité, antérieurement au 27 avril 1992, des obligations prévues par la Convention contre le Génocide; 2. Continuité de l'application de la Convention contre le Génocide (RFSY et RFY); 3. Continuité De L'administration Et Des Représentants de l'État (RFSY Et RFY); 4. Droit régissant la succession des traités relatifs aux droits de l'homme: succession ipso jure à la Convention contre le Génocide; 5. Le comportement de la RFY atteste qu'elle a succédé automatiquement à la Convention contre le Génocide et que la Convention lui était applicable antérieurement au 27.04.1992; 6. *Venire contra factum proprium non valet*; 7. La succession automatique aux traités relatifs aux droits de l'homme dans la pratique des organes de surveillance des droits de l'homme des Nations Unies ;

IV. L'essence de la Présente Affaire; 1. Les arguments des Parties au litige; 2. Appréciation générale;

V. Succession automatique à la convention contre le génocide et continuité des obligations découlant de celle-ci en tant qu'impératif d'humanité; 1. La Convention contre le Génocide et L'impératif D'humanité; 2. Le principe d'humanité lato sensu; 3. Le principe d'humanité dans l'héritage de la pensée jusnaturaliste. 4. Reconnaissance judiciaire du principe d'humanité; 4. Reconnaissance judiciaire du principe d'humanité; 5. Observations finales;

VI. La Convention contre le Génocide et la Responsabilité de l'État; 1. Historique de l'adoption de la Convention (article IX); 2. Raison d'être, but et objet de la Convention;

VII. Critères d'établissement de la preuve dans la jurisprudence des juridictions internationales des droits de l'homme. 1. Question émanée

d'un membre de la Cour : l'évolution de la jurisprudence en la matière. 2. Jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (CourLADH);

VIII. Le critère d'établissement de la preuve dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux; 1. Dédire l'intention à partir d'indices (jurisprudence du TPIR et du TPIY); 2. Critère d'établissement de la preuve: contestations d'un niveau de preuve élevé; 3. Analyse générale;

IX. Campagne de Destruction Systématique et Généralisée: Établissement des Faits et Jurisprudence; 1. Rapports de l'ex-Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies faisant état d'une campagne de destruction systématique (1992-1993); 3. Répercussions de ces événements sur la deuxième Conférence Mondiale sur les Droits de l'Homme (1993);

X. Campagne de Destruction Générale et Systématique: Meurtres de Masse, Torture et Sévices Physiques, Expulsion Systématique Des Logements et Exode Massif, et Destruction de la Culture du Groupe; 1. Attaques sans discrimination contre la population civile; 2. Meurtres de masse; 3. Actes de torture et sévices physiques; 4. Expulsion systématique des logements et exode massif, et destruction de la culture du groupe; 5. Appréciation générale;

XI. Campagne de Destruction Générale et Systématique : Viols et Autres Violences Sexuelles Commis Dans Différentes Municipalités; 1. Descriptions de viols systématiques; 2. Campagne de viols systématiques dans différentes municipalités; 3. La nécessité et l'importance d'une analyse par sexe;

XII. Ensemble de Disparitions Systématiques de Personnes Non Retrouvées À Ce Jour; 1. Moyens des Parties relatifs aux personnes disparues et non retrouvées; 2. Réponses des Parties aux questions du juge; 3. Les questions non résolues et l'obligation qu'ont les parties d'établir le sort des personnes disparues; 4. La cruauté extrême de la disparition forcée de personnes en tant que grave violation continue des droits de l'homme et du droit international humanitaire; 5. Appréciation générale;

La Responsabilidad de L'État Sous la Convention contre le Génocide: Plaidoyer en Défense de la Dignité Humaine

**Antônio Augusto
Cançado Trindade**

XIII. *Pas exactement une guerre, plutôt une campagne de dévastation, dans le cadre d'une entreprise de destruction systématique et généralisée; 1. Le plan de destruction : composante idéologique; 2. L'obligation de porter un ruban blanc; 3. Le sort réservé aux corps; 4. L'existence de charniers; 5. Nouveaux éclaircissements apportés par le contre interrogatoire des témoins; 6. Déplacement forcé de personnes et privation de domicile; 7. Destruction de biens culturels;*

XIV. *L'élément matériel (actus reus) du génocide: volonté de destruction systématique et générale - violences extrêmes et atrocités dans certaines municipalités; 1. Observations méthodologiques préliminaires; 2. La campagne d'actes de destruction systématiques; 3. Le meurtre de membres de la population croate (litt. (a) de l'article II); 4. Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe (litt. (b) de l'article II); 5. Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle (litt. (c) de l'article II); 6. Appréciation générale des déclarations de témoins et conclusions;*

XV. *ELÉMENT MORAL (MENS REA) DU GÉNOCIDE: PREUVE DE L'INTENTION GÉNOCIDAIRE PAR DÉDUCTION; 1. Jurisprudence internationale relative à l'élément moral (mens rea); 2. Appréciation générale;*

XVI. *LA NÉCESSITÉ DE RÉPARATIONS : QUELQUES RÉFLEXIONS; XVII. LA DIFFICILE VOIE DE LA RÉCONCILIATION; XVIII. OBSERVATIONS FINALES: LA NÉCESSITÉ DE S'ATTAQUER GLOBALEMENT À TOUS LES ASPECTS DU GÉNOCIDE EN VERTU DE LA CONVENTION DE 1948; 1. Appréciation des éléments de preuve et détermination des faits; 2. Cadre théorique et raisonnement juridique; XIX. EPILOGUE: RÉCAPITULATIF*



**Antônio Augusto
Cançado Trindade**

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide: Plaidoyer en Défense de la Dignité Humaine

I. Introduction

Dans mes deux conférences dans ce Cours de Droit International organisée par le Comité Juridique Interaméricain de l'Organisation des États Américains (OEA) ici à Rio de Janeiro, dans cette année de 2015, je me propose partager, avec tous les participants de toute l'Amérique Latine et des Caraïbes, les raisons de ma dissidence dans l'arrêt très récent de la Cour Internationale de Justice (CIJ) en l'affaire relative à l'*Application de la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide* (Croatie c. Serbie), par lequel la CIJ a rejeté la requête à la fin de 16 années de délais de procédure. Je regrette, en effet, de ne pouvoir souscrire à la position de la majorité de la Cour ni sur la qualification des faits et le raisonnement conduisant aux trois points du dispositif de l'arrêt qu'elle a rendu, le 3 février 2015, en l'affaire relative à l'*Application de la Convention contre le Génocide*, ni sur la conclusion qu'exprime le point n° 2 du dispositif.

Ma dissidence concerne la méthode suivie, l'approche retenue, l'intégralité du raisonnement sur les questions d'appréciation des preuves et le fond, et enfin la conclusion sur la requête du demandeur. Dans ces conditions, j'ai tenu à consigner par écrit les fondements de ma position dissidente, en raison de l'importance considérable que j'attache aux questions concernant l'interprétation et l'application de la Convention de 1948 contre le Génocide, soulevées par la Croatie et la Serbie au cours de la procédure, et sachant que le règlement du différend en cause est inextricablement lié, selon moi, à l'impératif de *réalisation de la justice*.

C'est donc avec un soin tout particulier que, animé du zèle le plus respectueux et le plus loyal pour l'exercice de la fonction judiciaire internationale et guidé avant tout par l'objectif ultime de *réalisation de la justice*, j'expose les fondements de ma position entièrement dissidente sur certains aspects de la matière traitée

par la CIJ dans l'arrêt qu'elle a très récemment adopté. Pour cela, j'analyse les aspects du différend dont était saisie la CIJ qui font l'objet de cet arrêt récent, avec l'espoir de clarifier les questions qui ont été soulevées, et de contribuer au développement progressif du droit international, particulièrement en ce qui concerne le règlement judiciaire international par la CIJ d'une affaire aussi importante que celle-ci, sous le régime de la Convention contre le Génocide et à la lumière des considérations fondamentales d'humanité.

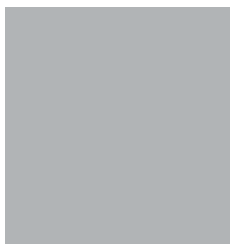
A titre préliminaire, j'examine d'abord la déplorable longueur des délais de justice dans la présente affaire; puis, en rapport avec la compétence, la question de la succession automatique à la Convention contre le Génocide en sa qualité de traité des Nations Unies relatif aux droits de l'homme, et la question de la continuité des obligations découlant de cette Convention en tant qu'impératif humanitaire (principe d'humanité). Une fois mise en évidence l'essence de la présente espèce, j'examine la question de la responsabilité de l'Etat selon la Convention contre le Génocide. La suite de mes considérations concerne principalement le régime de la preuve dans la jurisprudence des juridictions internationales des droits de l'homme et des tribunaux pénaux internationaux.

Je passe ensuite en revue les enquêtes et la jurisprudence sur le contexte factuel de l'espèce, qui révèlent une campagne de destruction générale et systématique sous forme de: *a)* massacres, torture et sévices, expulsion systématique des foyers et exode massif, et destruction de la culture d'un groupe; *b)* viols et autres violences sexuelles commis dans plusieurs municipalités; *c)* disparitions forcées ou autres de personnes. Puis j'examine cette entreprise de dévastation (qui n'était pas exactement une guerre) sous ses différents aspects, à savoir: *a)* plan de destruction (sa teneur idéologique); *b)* obligation de porter des rubans blancs; *c)* traitement des dépouilles mortelles; *d)* existence de fosses communes; *e)* nouveaux éclaircissements apportés par le contre-interrogatoire des témoins; *f)* déplacement forcé de personnes et privation de domicile; *g)* destruction de biens culturels.

Ensuite j'examine, successivement, sous l'angle de la Convention contre le Génocide, la détermination de l'*actus reus* du génocide dans cette campagne de destruction générale et systématique (violences extrêmes et atrocités) et, plus particulièrement, dans quelques-unes des municipalités dévastées, puis la détermination de la *mens rea* (preuve par déduction de

**Antônio Augusto
Cançado Trindade**

**La Responsabilidad de L'État Sous
la Convention contre le Génocide**



l'intention de commettre un génocide). Cet examen conduit, *last but no least*, à des considérations sur la nécessité de réparations et sur la difficile voie de la réconciliation, à quelques observations finales sur l'appréciation des preuves, l'établissement des faits, le cadre conceptuel et le raisonnement juridique, et, enfin, à un épilogue (récapitulation).

II. Déplorable longueur des délais de justice en la présente affaire

1. Retards de procédure

Rétrospectivement, je ne peux m'empêcher de déplorer la longueur considérable des délais de justice dans la présente affaire *Croatie c. Serbie*. La requête introductive d'instance a été déposée le 2 juillet 1999. Les premières dates d'expiration des délais pour le dépôt du mémoire et du contre-mémoire des Parties ont été fixées par la Cour au 14 mars 2000

et au 14 septembre 2000¹ respectivement. Par lettre du 25 février 2000, la Croatie a prié la Cour de proroger de six mois le délai pour le dépôt de son mémoire. La Serbie ne s'est pas opposée à cette prorogation et a demandé que le délai fixé pour le dépôt de son contre-mémoire soit prorogé de la même manière. Les dates d'expiration des délais pour le dépôt du mémoire et du contre-mémoire ont ainsi été reportées au 14 septembre 2000 et au 14 septembre 2001.²

Par lettre du 26 mai 2000, la Croatie a demandé à la CIJ de proroger une nouvelle fois de six mois le délai fixé pour le dépôt de son mémoire. La Serbie ne s'est pas opposée à cette nouvelle prorogation et a demandé à bénéficier de la même prorogation pour le dépôt de son contre-mémoire. La Cour a donc reporté au 14 mars 2001 la date de dépôt du mémoire et au 16 septembre 2002 celle du contre-mémoire.³ La Croatie a déposé son mémoire le 14 mars 2001 dans le délai ainsi prorogé.

Le 11 septembre 2002, dans le délai prorogé pour le dépôt de son contre-mémoire, la Serbie a présenté des exceptions préliminaires portant sur la compétence de la CIJ pour connaître de l'affaire et sur la recevabilité de la requête. La procédure sur le fond a été suspendue en vertu des dispositions du paragraphe 3 de l'article 79 du Règlement de la CIJ, et celle-ci a fixé au 29 avril 2003⁴ la date d'expiration du délai pour la présentation, par la Croatie, d'un exposé écrit sur les exceptions préliminaires. Des audiences publiques sur ces exceptions préliminaires ont été tenues du 26 au 30 mai 2008, soit cinq ans plus tard. Le 18 novembre 2008, la CIJ a rendu un arrêt sur les exceptions préliminaires dans lequel elle concluait notamment que, sous réserve de ce qu'elle avait déclaré concernant la deuxième exception préliminaire soulevée par la Serbie, elle avait compétence, sur la base de l'article IX de la Convention contre le Génocide, pour connaître de la requête de la Croatie.

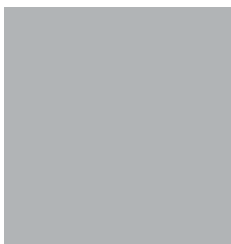
La Serbie a demandé alors, pour déposer son contre-mémoire, à bénéficier du même délai de dix-huit mois qui avait été accordé à la Croatie pour déposer son mémoire. La date d'expiration du délai pour le dépôt du contre-mémoire a été fixée au 22 mars 2010.⁵ Déposé le

4 janvier 2010, dans le délai prescrit, le contre-mémoire de la Serbie contenait des demandes reconventionnelles. Au cours d'une réunion avec le Président de la Cour tenue le 3 février 2010, la Croatie a indiqué qu'elle n'entendait pas soulever d'objections à la recevabilité des demandes reconventionnelles, mais désirait pouvoir y répondre au fond dans une réplique. La Serbie a exposé que, dans ce cas, elle souhaitait déposer une duplique.

Compte tenu de l'absence d'objections de la Croatie à la recevabilité des demandes reconventionnelles de la Serbie, la CIJ n'a pas estimé devoir à ce stade se prononcer définitivement sur la question de savoir si lesdites demandes satisfaisaient aux conditions énoncées au paragraphe 1 de l'article 80 de son Règlement. Elle a considéré par ailleurs que le dépôt d'une réplique et d'une duplique était nécessaire, et, pour assurer une stricte égalité entre les Parties («égalité des armes»), elle a réservé le droit, pour la Croatie, de s'exprimer une seconde fois par écrit sur les demandes reconventionnelles de la Serbie, dans une pièce additionnelle. Elle a fixé au 20 décembre 2010 et au 4 novembre 2011, respectivement, les dates d'expiration des délais pour le dépôt de la réplique de la Croatie et de la duplique de la Serbie.⁶

**Antônio Augusto
Cançado Trindade**

**La Responsabilité de L'État Sous
la Convention contre le Génocide**



La Croatie a déposé sa réplique et la Serbie sa duplique dans les délais prescrits. La réplique et la duplique contenaient des conclusions sur les demandes principale et reconventionnelles. La CIJ a autorisé la Croatie à présenter une pièce additionnelle sur les demandes reconventionnelles de la Serbie et a fixé au 30 août 2012 la date d'expiration du délai pour le dépôt de cette pièce, qui a été déposée dans le délai prescrit.⁷ Dans ces conditions, les audiences sur le fond ont été programmées - et se sont tenues - du 3 mars au 1^{er} avril 2014.

Les faits parlent d'eux-mêmes pour dénoncer la longueur déplorable des délais de justice en la présente affaire, en particulier pour ceux qui demandent justice. Malheureusement, comme je l'ai fait observer à la CIJ en plusieurs occasions récentes, *le temps de la justice n'est pas le même que celui des victimes*. Dans mon Opinion Dissidente en l'affaire relative

à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (Belgique c. Sénégal, mesures conservatoires, Ordonnance du 28.05.2009), je faisais valoir ce qui suit:

«L'heure des victimes ne semble assurément pas être celle de la justice humaine. L'être humain n'a que peu de temps à vivre sur cette terre (vita brevis), du moins trop peu pour réaliser pleinement son projet de vie. La brièveté de la vie humaine a été maintes fois commentée au fil des siècles: dans un ouvrage intitulé De Brevitare Vitae,⁸ Sénèque fit observer que, à quelques exceptions près, la plupart de ses contemporains disparaissaient alors qu'ils s'apprêtaient tout juste à vivre. Or, la justice humaine s'éternise, prenant souvent bien plus de temps qu'une vie humaine, dont elle paraît dédaigner la fragilité et la fugacité, même face à l'adversité et à l'injustice. La justice semble, en somme, faire fi du temps dont les êtres humains disposent pour concrétiser leurs besoins et leurs aspirations.

Certes, le temps chronologique n'est pas le temps biologique. Les événements ne s'égrènent pas au même rythme que la vie humaine, bien plus fugace. Tempus fugit. Cela dit, l'heure biologique n'est pas l'heure psychologique non plus. Ceux qui survivent à la cruauté perdent, dans les moments de profonde souffrance et d'humiliation, tout ce qu'ils pouvaient attendre de la vie ; en un instant, les plus jeunes perdent à jamais leur innocence et les aînés leur confiance dans leurs semblables, sans parler des institutions. Leurs vies deviennent vides de sens, et il ne leur reste que leur foi en la justice humaine. Pourtant, l'heure de la justice humaine ne paraît pas être celle des victimes». (C.I.J. Recueil 2009, p. 182, par. 46-47).

Peu de temps après, dans mon Opinion Dissidente en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* (Allemagne c. Italie, demande reconventionnelle, Ordonnance du 06.07.2010), j'ai jugé opportun de rappeler, au sujet des conditions inhumaines auxquelles étaient soumis les prisonniers de guerre astreints aux travaux forcés, que

«Non seulement ces victimes subirent un traitement inhumain et dégradant, mais elles arrivèrent par la suite au bout de leur vie ingrate après avoir assisté à l'impunité, sans obtenir de réparation et dans une situation d'injustice flagrante. Le temps

de la justice humaine n'est décidément pas celui des êtres humains». (C.I.J. Recueil 2010 (I), p. 375, par. 118).

On pourrait en dire autant aujourd'hui au sujet de l'affaire *Croatie c. Serbie*, qui concerne de graves violations du droit international et dans laquelle les déplorables délais de justice susmentionnés se sont prolongés sur une période de temps virtuellement sans précédent, de 1999 à 2015, soit plus de trois lustres, malgré la *vita brevis* des êtres humains.

2. Justitia Longa, Vita Brevis

Paradoxalement, plus les violations du droit international sont graves, plus il semble long et difficile de rendre la justice. Pour commencer, quiconque naît dans ce monde se trouve rapidement confronté à une immense énigme dont il ne lui suffira pas de toute une vie pour relever le défi ; ce défi, c'est celui de comprendre que *le temps passe* et d'apprendre à vivre *dans ce passage*. A la fin du VIII^e siècle ou au début du VII^e siècle av. J.-C., dans l'*Iliade*, Homère évoquait ainsi ce mystère dans lequel nous sommes tous plongés :

*«Il en est de la race des humains comme des fenilles.
Le vent a beau les coucher sur le sol, il en vient d'autres,*

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

*Dans les bois verdoyants, dès que s'an-
nonce le printemps.
Ainsi les hommes tour à tour naissent,
puis disparaissent».⁹*

Et comme si cette énigme ne suffi-
sait pas, nous en avons une autre à
résoudre, qui est celle de l'extrême
violence et de la brutalité qui ont ca-
ractérisé les relations entre humains au
fil des siècles:

*«Je m'y connais parfaitement en combats et
carnages,
Et sais mouvoir de tout côté mon bouclier de
peau de bœuf séchée
Qui me permet de guerroyer en homme in-
vulnérable.
Je sais bondir aussi dans le fracas des chars
rapides.
Je sais danser du pied la danse du cruel
Arès ...¹⁰
Mais mille chances de mort nous enveloppent,
Et il n'est point permis à l'homme vivant de
les éviter ni de les fuir ...¹¹*

*Un preux vient-il à succomber, il faut l'ensevelir,
D'un coeur impitoyable, après l'avoir pleuré
un jour.
Mais tous ceux qui ont survécu à l'affreuse
bataille
Doivent songer à manger et à boire, afin de
mieux
Se battre avec les ennemis, sans trêve, obs-
tinément.*

*... pauvres humains
qui, pareils à des feuilles, tantôt vivent pleins
d'éclat
Et mangent les fruits que fournit la terre
labourée,
Tantôt retombent au néant.¹²
... Mes fils agonisants, toutes mes filles
enlevées,
Mes appartements dévastés, mes pauvres
petits-fils
Précipités contre le sol dans l'atroce carnage...
... Un jeune guerrier mort,
Déchiré par le bronze aigu, ne perd rien de
sa grâce:
Tout ce qui apparaît de lui, même mort,
reste beau.
Mais quand les chiens outragent le front
blanc, la barbe blanche
Et jusqu'à la virilité d'un vieux qu'on vient
d'abattre,
Est-il rien de plus désolant pour les pauvres
humains ?»¹³*

Le tableau que peint Homère de la
cruauté des hommes semble éternelle-
ment contemporain, tout particulière-
ment à la lumière des tragédies qui ont
suivi. C'est la marque d'un vrai clas-
sique. Homère pourrait tout aussi bien
décrire les horreurs de notre temps,
ou d'un temps récent, par exemple les
guerres sur le territoire de l'ex-You-
goslavie pendant les années 1990.
L'Iliade regorge de meurtres, violences,
torture, sévices, disparitions forcées,

“L’Iliade regorge de meurtres, violences, torture, sévices, disparitions forcées, pillage et humiliations; l’affaire Croatie c. Serbie regorge de meurtres, violences, torture, sévices, disparitions forcées, pillage et humiliations ; de la fin du VIII^e siècle avant J. C. à la fin du XX^e siècle après J. C., la propension des humains à se traiter les uns les autres avec la plus extrême violence est restée la même, et parfois s’est aggravée.”

pillage et humiliations; l’affaire *Croatie c. Serbie* regorge de meurtres, violences, torture, sévices, disparitions forcées, pillage et humiliations ; de la fin du VIII^e siècle avant J.-C. à la fin du XX^e siècle après J.-C., la propension des humains à se traiter les uns les autres avec la plus extrême violence est restée la même, et parfois s’est aggravée.

C’est à croire que les générations qui se sont succédé de siècle en siècle n’ont rien appris des souffrances subies par celles qui les ont précédées.

À en juger par l’affaire *Croatie c. Serbie*, la propension au mal dont font preuve les humains les uns à l’égard des autres les a accompagnés depuis le temps de l’*Iliade* jusqu’à l’époque contemporaine, en passant par les tragédies d’Eschyle, de Sophocle et d’Euripide au IV^e siècle av. J.-C. Il y a, bien entendu, une certaine distance entre l’épopée et la tragédie, mais la première a ouvert la voie à la seconde, la tragédie a ensuite trouvé son propre mode d’expression, et depuis elle n’a jamais quitté le devant de la scène. La tragédie a puisé son inspiration dans les récits épiques et leur a ajouté une dimension nouvelle: le sentiment, la volonté de vivre et la condition humaine. La tragédie a accompagné la condition humaine au fil des siècles.

Elle est montée sur la scène pour ne plus la quitter, traversant les siècles de théâtre en théâtre jusqu’à nos jours. La guerre des Balkans telle que l’illustre la présente affaire opposant la Croatie à la Serbie en porte témoignage: elle est tragique dans la dévastation qu’elle a semée. Or la tragédie - qui a donné une dimension nouvelle à l’épopée - ne mettait pas exclusivement en scène la destruction et les leçons à en tirer, mais aussi *la soif de justice*. On citera à ce propos les trois pièces d’Eschyle composant l’*Orestie*, et en particulier

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

le chœur des Euménides. De même que le passage du temps n'a nullement diminué la noire propension des humains à infliger le mal à leur prochain, il n'a rien ôté à leur soif de justice, comme le montre notre affaire. Depuis les âges les plus reculés jusqu'à nos jours, telle est malheureusement la loi de l'humaine condition: pérennité du mal, *vita brevis; justitia longa, vita brevis*.

III. Compétence: succession automatique à la Convention contre le Génocide en tant que traité relatif aux droits de l'homme

1. Arguments des Parties sur l'applicabilité, antérieurement au 27 avril 1992, des obligations prévues par la Convention contre le Génocide

Dans la requête introductive d'instance qu'elle a déposée en 1999, la Croatie a fondé la compétence de la CIJ sur le fait que la République fédérative socialiste de Yougoslavie (RFSY) était partie à la convention sur le génocide et que la Serbie était liée par cette convention en tant qu'État successeur de la RFSY.¹⁴ Toujours selon la Croatie, les deux Parties étaient liées par la Convention contre le

Génocide en tant qu'États successeurs de la RFSY.¹⁵ La RFSY était partie à la Convention depuis le 29.08.1950. À la lumière de l'arrêt de 2008 dans lequel la CIJ a conclu que sa compétence en l'espèce naissait de la succession plutôt que de l'adhésion à la convention sur le génocide,¹⁶ la Croatie a souligné que cette compétence se fondait par conséquent sur une obligation qui existait déjà et non sur une obligation nouvellement contractée.¹⁷ Elle a soutenu que la Convention contre le Génocide conférait donc compétence à la CIJ pour statuer sur les agissements de la Serbie antérieurs au 27.04.1992; et, à titre subsidiaire, que la CIJ serait compétente pour connaître des actes antérieurs au 27.04.1992 sur le fondement de la déclaration de la Serbie portant cette date.¹⁸

De son côté, la Serbie a admis qu'elle avait succédé à la convention sur le génocide avec effet au 27.04.1992; suite à l'arrêt de 2008, elle a déclaré qu'elle était liée par la Convention contre le Génocide depuis le 27.04.1992, mais non avant cette date.¹⁹ Elle a soutenu que les actes et omissions antérieurs au 27.04.1992 ne sauraient engager sa responsabilité internationale puisqu'elle n'a vu le jour qu'à cette date et que, par conséquent, elle ne pouvait être liée par la Convention

contre le Génocide avant ladite date. À titre subsidiaire, elle a fait valoir que la Croatie n'a vu le jour que le 08.08.1991 et ne saurait former des demandes fondées sur des faits survenus avant sa naissance.²⁰

Il convient de rappeler qu'en 2008 la CIJ a limité son examen à l'effet de la déclaration et de la note du 27.04.1992 au Secrétaire Général des Nations Unies (auxquelles elle a attribué l'effet d'une notification de succession aux traités), et qu'elle n'a pas estimé devoir examiner la question plus générale de l'application à l'espèce du droit général de la succession d'États ou celle des règles du droit international régissant la succession d'États aux traités (y compris la question de la succession *ipso jure* à certains traités multilatéraux).²¹ Son interprétation de la déclaration du 27.04.1992 a suffi à la Cour pour trancher la question de savoir si le défendeur était lié par la Convention contre le Génocide (y compris son article IX) à la date d'introduction de l'instance. Quoi qu'on puisse penser de sa décision, la question s'est posée, au stade de l'examen au fond, de savoir si la Convention sur le Génocide s'appliquait aux faits antérieurs au 27.04.1992.

2. Continuité de l'application de la Convention contre le Génocide (RFSY et RFY)

Lorsqu'elle a décidé, dans son arrêt de 2008 sur les exceptions préliminaires, que la Serbie était liée par la Convention à compter du 27.04.1992,²² la CIJ a renvoyé à la phase du fond la question de l'applicabilité à la République Fédérale de Yougoslavie (RFY) antérieurement au 27.04.1992 des obligations découlant de la Convention.²³ À ce sujet, la Serbie a soutenu, pendant l'audience sur le fond, que la CIJ avait décidé, au stade des exceptions préliminaires, que cet État «n'était devenu lié par cet instrument que le 27.04.1992».²⁴ Or la CIJ n'avait examiné que la question de savoir si les conditions prévues à l'article 35 de son Statut pour que la RFY ait qualité pour participer à une procédure devant elle étaient remplies à la date de la requête, c'est-à-dire, au 02.07.1999.²⁵

La question a été tranchée non pas en décidant si la Serbie avait succédé ou non à la Convention contre le Génocide *ipso jure*, mais uniquement sur la base des données historiques et de la déclaration et de la note du 27.04.1992.²⁶ Étant d'avis que les questions de compétence et de recevabilité soulevées par l'exception préliminaire

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

ratione temporis de la Serbie constituait, en la présente affaire, «deux questions indissociables», la CIJ a expressément choisi de laisser ouverte la question de l'applicabilité à la RFY antérieurement au 27.04.1992 des obligations découlant de la convention sur le génocide, et d'en renvoyer l'examen à la phase du fond.²⁷

3. Continuité de l'administration et des représentants de l'État (RFSY et RFY)

Bien que la RFY n'ait officiellement vu le jour comme État que le 27.04.1992, cette proclamation n'a fait qu'officialiser une situation concrète qui avait émergé *de facto* pendant la dissolution de la RFSY. La Serbie considère que, jusqu'à la proclamation de la dissolution de la RFSY, les actes accomplis par des personnes au nom de celle-ci *ne peuvent être attribués qu'à cette entité et à elle seule*. Cependant, dans son avis n° 1, la Commission Badinter a officiellement constaté que depuis la mi-1991 la RFSY avait cessé de fonctionner comme un État viable et qu'elle était engagée dans un «processus de dissolution».

Selon l'avis n° 8 de ladite commission, cette dissolution a été un long processus qui est arrivé à son terme

le 04.07.1992. Cela implique que bien avant avril 1992 le territoire de l'ex-Yougoslavie avait déjà été divisé et que les dirigeants serbes avaient pris le contrôle effectif des principaux organes de l'ex-RFSY. Cette constatation du contrôle exercé sur l'appareil politique et militaire pendant toute la période considérée est donc pertinente.

La Serbie ne saurait se défaire de sa responsabilité sur un État défunt, pour la bonne raison que les personnes qui contrôlaient les organes pertinents de ce dernier pendant la période intérimaire ont ensuite assumé des fonctions similaires dans le gouvernement de la nouvelle RFY. Ce sont les mêmes dirigeants serbes qui, à partir d'octobre 1991 - c'est-à-dire lorsque les organes de gouvernement et autres autorités fédérales compétentes de la RFSY ont cessé de fonctionner - sont devenus *de facto* les organes et autorités de la nouvelle RFY sous-direction serbe. Les anciens représentants de la RFSY ressemblaient fort aux représentants de la Serbie-et-Monténégro (RFY).

La Serbie ne conteste pas qu'il s'agissait des mêmes personnes et qu'elles appliquaient les mêmes politiques. Sur ce point, la Croatie a fourni une liste de dirigeants politiques et militaires qui

illustre la continuité depuis 1991, parmi les autorités serbes de Belgrade, des personnels chargés des politiques et des pratiques.²⁸ La Serbie n'a pas contesté cette liste de dirigeants politiques et militaires qui atteste la continuité et le maillage des personnels considérés.²⁹

4. Droit régissant la succession des traités relatifs aux droits de l'homme: succession ipso jure à la Convention contre le Génocide

La conduite de la Serbie, contrairement à ce qu'elle prétend, conforte la thèse de l'opposabilité de la convention sur le génocide à la RFY antérieurement au 27 avril 1992. Il importe ici de rappeler, en premier lieu, le droit qui régit la succession d'États aux traités relatifs aux droits de l'homme. En effet, abstraction faite de la succession d'États aux traités classiques, il est généralement admis que certaines catégories de traités, comme les traités relatifs aux droits de l'homme, restent en vigueur sans solution de continuité en raison de leur caractère particulier. On est fondé à soutenir, à cet égard, que l'application à la RFY *in statu nascendi*, c'est-à-dire antérieurement au 27 avril 1992, de la convention sur le génocide est justifiée - pour paraphraser l'avis consultatif de 1951 de la Cour sur les Réserves à la

Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide (p. 23) - par le but particulièrement important visé par la Convention, qui est de «sanctionner les principes de morale les plus élémentaires», sans considération des questions formelles de succession.

Il convient à ce propos de rappeler l'interprétation que fait la Cour de l'objet et du but de la Convention dans ce célèbre Avis consultatif:

«Les origines et le caractère de la Convention, les fins poursuivies par l'Assemblée générale et par les parties contractantes, les rapports que présentent les dispositions de la Convention entre elles et avec ces fins, fournissent des éléments d'interprétation de la volonté de l'Assemblée Générale et des parties. Les origines de la Convention révèlent l'intention des Nations Unies de condamner et de réprimer le génocide comme 'un crime de droit des gens' impliquant le refus du droit à l'existence de groupes humains entiers, refus qui bouleverse la conscience humaine, inflige de grandes pertes à l'humanité, et qui est contraire à la fois à la loi morale et à l'esprit et aux fins des Nations Unies (résolution 96 (I) de l'Assemblée Générale, 11 décembre 1946). Cette conception entraîne une première conséquence: les principes qui sont à la base de la Convention sont des principes

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

reconnus par les nations civilisées comme obligeant les États même en dehors de tout lien conventionnel. Une deuxième conséquence est le caractère universel à la fois de la condamnation du génocide et de la coopération nécessaire 'pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux' (préambule de la Convention)».³⁰

La Cour a donc, dans cet Avis consultatif, souligné que la Convention vise un but particulièrement important qui est de «sanctionner les principes de morale les plus élémentaires».³¹ Elle y déclare que les principes qui sont à la base de la Convention obligent les États «même en dehors de tout lien conventionnel», et que la Convention elle-même a été voulue «comme une Convention de portée nettement universelle». Dans son arrêt du 11 juillet 1996 sur les exceptions préliminaires en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-Monténégro*, la Cour n'invoque pas moins de trois fois le caractère particulier de la Convention contre le Génocide en tant que traité relatif aux droits de l'homme pour fonder sa compétence. Certains de ses membres se sont montrés conscients de la nécessité de protéger les segments concernés de la population et ont soulevé la question de la succession automatique à la Convention.³²

Aujourd'hui, alors que près de deux décennies se sont écoulées, le moment est venu de pousser plus loin l'analyse. Il est évident que la Convention contre le Génocide n'est pas un contrat synallagmatique dans le cadre duquel un État partie se lierait à un autre; elle ne se contente pas de créer des droits et des obligations entre les États parties sur une base bilatérale. En tant que traité relatif aux droits de l'homme, elle met en place un système de *garantie collective*.³³ À mon avis, il ne suffit pas d'affirmer (ou de confirmer) comme la Cour l'a fait il y a près de vingt ans que la Convention contre le Génocide est un traité relatif aux droits de l'homme: encore faut-il en tirer les conséquences juridiques (voir ci-après).

Dans la présente affaire *Croatie c. Serbie*, le comportement pertinent est celui de la JNA (Armée populaire yougoslave) ou des forces placées sous sa direction et son contrôle, et la JNA était *de facto* un organe de l'État serbe naissant. Il serait extrêmement artificiel de prétendre que la Convention a continué à lier la RFSY jusqu'à ce que celle-ci disparaisse officiellement,³⁴ ce qui la dispensait d'avoir à répondre de ses manquements à ses obligations internationales. Une telle interruption dans la protection accordée par la Convention contre le Génocide est incompatible avec son

objet, qui est de préserver l'existence même de certains groupes humains, en application des principes de morale les plus élémentaires.

Cela vaut à plus forte raison dans une situation où la dissolution d'un État donne lieu à des violences. Car les effets des graves violations du droit international commises dans ce cadre continueront, dans la plupart des cas, de se faire sentir sur les groupes humains qui en sont les victimes, même après la date de la succession d'États, et plus encore quand ces groupes sont menacés de violences. Dans de telles circonstances, il serait injuste pour les victimes que personne ne puisse être appelé à répondre des faits internationalement illicites qui ont été commis et de leurs conséquences à long terme.³⁵ Prétendre que la responsabilité s'éteint avec la dissolution de l'État considéré ôterait toute pertinence à

la Convention contre le Génocide. Un fait internationalement illicite et ses conséquences ne sauraient rester impunis et échapper à toute réparation.

La Convention contre le Génocide en tant que traité relatif aux droits de l'homme (qualité qui lui est généralement reconnue) met en cause la responsabilité non seulement des personnes, mais aussi de l'État. On ne saurait ignorer que les traités relatifs aux droits de l'homme ont leur herméneutique propre (voir ci-après) et sont assortis d'un mécanisme de garantie collective. De surcroît, la Convention contre le Génocide implique que chaque État partie s'engage à se comporter envers les États successeurs comme s'il était acquis que ceux-ci assuraient, à compter de leur indépendance, la continuité des obligations et de la qualité d'État partie à la Convention qu'avait leur État prédécesseur.

"Il serait injuste pour les victimes que personne ne puisse être appelé à répondre des faits internationalement illicites qui ont été commis et de leurs conséquences à long terme."

Il convient de rappeler, dans le contexte de la présente espèce, que la Commission Badinter a souligné que tous les traités relatifs aux droits de l'homme auxquels la RFSY était partie devaient rester en vigueur sur l'ensemble de ses territoires.³⁶ Je suis d'avis que la succession d'États aux traités universels relatifs aux droits de l'homme³⁷ est automatique et que la Serbie a succédé à la

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

Convention contre le Génocide (selon le droit coutumier) sans qu'une confirmation formelle de son adhésion en qualité d'État successeur ait été nécessaire. Compte tenu du caractère déclaratoire de la Convention contre le Génocide et de la nécessité de garantir une protection effective des droits qui y sont prévus, les organes *de facto* de la Serbie naissante étaient liés par ladite Convention antérieurement au 27.04.1992.

5. Le comportement de la RFY atteste qu'elle a succédé automatiquement à la Convention contre le génocide et que la Convention lui était applicable antérieurement au 27.04.1992

Le comportement de la Serbie atteste que lui étaient applicables les Conventions multilatérales auxquelles la RFSY était partie à la date de sa dissolution; il découle de son comportement même qu'elle restait liée par ces Conventions. Dans les circonstances de l'espèce, la RFY a prétendu dès 1992 posséder la qualité d'État partie à la Convention contre le Génocide; dans sa déclaration du 27.04.1992,³⁸ elle affirmait en effet que:

«La République Fédérale de Yougoslavie, assurant la continuité de l'État et de la

*personnalité juridique et politique internationale de la République Fédérative Socialiste de Yougoslavie, respectera strictement tous les engagements que la République Fédérative Socialiste de Yougoslavie a pris à l'échelon international».*³⁹

Il s'ensuit qu'en se déclarant liée par toutes les obligations assumées par la RFSY, la Serbie (RFY) a expressément adopté une position voulant que les obligations de fond découlant de la convention sur le génocide, comme les autres obligations assumées par la RFSY, étaient restées en vigueur sans solution de continuité, y compris avant le mois d'avril 1992. Il importe de noter que, dans sa déclaration, la RFY n'a ni expressément ni implicitement exclu l'intention d'être liée par la Convention avant la date de la déclaration (27.04.1992). Elle a plutôt, par son attitude, revendiqué la continuité à toutes les dates pertinentes, y compris à l'égard des obligations découlant de la convention sur le génocide. Il n'est pas inutile dans ce contexte de souligner que, dans sa note officielle du même jour (27.04.1992), la RFY a déclaré que:

«Dans le strict respect de la personnalité internationale de la Yougoslavie, la République Fédérale de Yougoslavie continuera à exercer tous les droits conférés à la République Fédérative Socialiste de

Yugoslavie et à s'acquitter de toutes les obligations assumées par cette dernière dans les relations internationales, y compris en ce qui concerne son appartenance à toutes les organisations internationales et sa participation à tous les traités internationaux que la Yougoslavie a ratifiés ou auxquels elle a adhéré.»⁴⁰

Il ressort de ces deux documents (la déclaration et la note adressée au Secrétaire Général de l'ONU en 1992) qu'il y a eu succession immédiate et automatique, dans le cadre de laquelle la Serbie (RFY) considérait qu'elle serait l'Etat successeur de la RSFY et qu'elle assumerait toutes les obligations de cette dernière, y compris les obligations découlant de la Convention contre le Génocide. Autrement dit, la Serbie (RFY), par sa déclaration du 27.04.1992, a pris clairement l'engagement de succéder à la RFSY comme Etat partie à la Convention contre le Génocide. Cela implique qu'elle était déjà liée par les obligations découlant de la Convention à l'égard des événements survenus avant la date de sa déclaration de 1992.

6. Venire contra factum proprium non valet

Ainsi donc, dans les circonstances de l'espèce, la Cour devrait garder à l'esprit que la Serbie (RFY) elle-même

a admis qu'elle s'était engagée à continuer de participer aux traités internationaux que l'ex-Yougoslavie avait ratifiés ou auxquels elle avait adhéré. Cette déclaration contraignante de la RFY constitue un puissant argument en faveur de l'opposabilité à l'Etat serbe naissant, antérieurement au 27.04.1992 et sans solution de continuité, des obligations découlant de la Convention. On peut faire valoir en outre que la Cour semble avoir réglé ce problème dans son arrêt de 2008 sur les exceptions préliminaires.⁴¹ En décidant que «la déclaration et la note de 1992 ont eu l'effet d'une notification de succession de la RFY à la RFSY à l'égard de la convention sur le génocide», la Cour semble avoir admis la continuité des obligations conventionnelles entre la RFSY et la RFY.

Une décennie plus tard cependant, une notification d'adhésion de la RFY à la Convention contre le Génocide, datée du 06.03.2001 et déposée auprès du Secrétaire Général le 12.03.2001, après un renvoi à la déclaration de 1992 et à l'admission ultérieure de la RFY à l'ONU en qualité de nouveau membre, déclarait que:

«la République Fédérale de Yougoslavie n'a succédé ni le 27 avril 1992 ni à aucune autre date ultérieure à la

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

République Fédérative Socialiste de Yougoslavie en sa qualité de partie à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide et dans ses droits et obligations découlant de cette Convention en postulant qu'elle aurait continué d'être membre de l'Organisation des Nations Unies et qu'elle aurait assuré la continuité de l'Etat et de la personnalité juridique et politique internationale de la République Fédérative Socialiste de Yougoslavie...»⁴²

La notification d'adhésion comportait la réserve suivante:

«La République Fédérale de Yougoslavie ne se considère pas liée par l'article IX de la Convention ... ; c'est pourquoi, pour qu'un différend auquel la République Fédérale de Yougoslavie est partie puisse être valablement soumis à la Cour Internationale de Justice en vertu dudit article, son consentement spécifique et exprès est nécessaire dans chaque cas.»⁴³

Quoi qu'il en soit, cette démarche contredisait la qualité d'Etat partie à la Convention contre le Génocide que la Serbie (RFY) prétendait avoir depuis sa déclaration de 1992. À la fin des années 1990, il ne faisait plus aucun doute que la RFY avait assumé toutes les obligations internationales souscrites par la RFSY, y compris

en matière de respect des droits de l'homme.⁴⁴ On notera également que la RFY n'a jamais soutenu devant la Cour, dans des procédures antérieures, qu'elle n'était pas partie à la Convention contre le génocide.

Ce n'est que lorsque la RFY, renonçant à sa prétention à succéder à la RFSY comme Etat membre de l'ONU, a été admise à l'Organisation en 2000, qu'elle a soutenu le point de vue opposé, d'abord dans les exposés écrits contenant ses observations et conclusions sur les exceptions préliminaires soulevées dans les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*.⁴⁵ Or nul n'est admis à soutenir une position *a contrario sensu* de celle qu'il soutenait antérieurement, en vertu d'un principe fondamental qui remonte au droit romain classique: *venire contra factum proprium non valet*. De toute façon, la Cour, ayant conclu au stade des exceptions préliminaires que la RFY était partie à la Convention contre le Génocide, a considéré qu'il n'était pas nécessaire de statuer sur l'effet juridique de la notification par la Serbie de son adhésion en date du 06.03.2001 à la Convention.

À la lumière de ce qui précède, selon mon interprétation, le changement d'attitude de la Serbie n'emporte aucun effet sur la compétence de la

Cour. À cet égard, citant sa propre jurisprudence constante, la Cour a rappelé en 2008 que, s'il est démontré qu'un titre de compétence existait à la date de l'introduction de l'instance, la caducité de l'instrument établissant sa juridiction ou le retrait dont il peut ultérieurement faire l'objet sont sans effet sur cette compétence.⁴⁶ En conséquence, par sa déclaration de 1992, la RFY s'était liée en qualité d'Etat successeur de la RFSY; la déclaration entraînait succession automatique. La Serbie restait liée par la Convention contre le Génocide pour les actes et omissions survenus antérieurement au 27.04.1992. La compétence que la Cour tient de la Convention s'étend à ces actes et omissions, et les demandes de la Croatie à leur sujet sont recevables.

7. La succession automatique aux traités relatifs aux droits de l'homme dans la pratique des organes de surveillance des droits de l'homme des Nations Unies

Dès le début des années 1990, alors que la dévastation s'abattait sur les Balkans, la thèse de la succession automatique des Etats successeurs aux traités relatifs aux droits de l'homme et de l'opposabilité ininterrompue de ces derniers bénéficiait du ferme

soutien des organes de surveillance des droits de l'homme des Nations Unies. Ainsi, dans sa résolution 1993/23 du 05.03.1993, l'ancienne Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies déclarait que «des Etats successeurs, en ce qui concerne les traités internationaux relatifs aux droits de l'homme auxquels les Etats prédécesseurs étaient parties, devront prendre la succession des États prédécesseurs et continueront d'assumer les responsabilités ainsi contractées».⁴⁷ Après avoir engagé les États successeurs à continuer de s'acquitter «des obligations qui incombait aux États prédécesseurs au titre des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme»,⁴⁸ la Commission leur demandait instamment d'«adhérer aux instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme auxquels leurs Etats prédécesseurs n'étaient pas parties ou de les ratifier».⁴⁹

L'année suivante, dans sa résolution 1994/16 du 25.02.1994, la Commission des Droits de l'Homme évoquait «les décisions du Comité des droits de l'homme et du comité pour l'élimination de la discrimination raciale relatives à la question de la succession en ce qui concerne les obligations internationales dans le domaine des droits de l'homme».⁵⁰ Elle se félicitait de la recommandation

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

formulée en 1993 par la deuxième conférence mondiale sur les droits de l'homme dans la déclaration et le programme d'action de Vienne «*en vue d'encourager et de faciliter la ratification des traités internationaux relatifs aux droits de l'homme et des protocoles s'y rapportant*». ⁵¹ Dans le dispositif de cette même résolution 1994/16, après avoir souligné «*la nature particulière des traités qui visent à assurer la protection des droits de l'homme*», ⁵² la Commission priait les organes conventionnels compétents «*d'examiner plus avant la possibilité, pour les Etats successeurs, de continuer à appliquer les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, en vue de les aider à s'acquitter de leurs obligations*». ⁵³

À nouveau, dans sa résolution 1995/18 du 24.02.1995, la Commission des Droits de l'Homme a évoqué les décisions et recommandations pertinentes du Comité des Droits de l'Homme et du Comité pour l'Élimination de la Discrimination Raciale, ainsi que la recommandation susmentionnée de la Déclaration et du Programme d'Action de Vienne. ⁵⁴ A nouveau encore, elle a souligné «*la nature particulière des traités qui visent à assurer la protection et la promotion des droits de l'homme*» ⁵⁵ et prié les organes conventionnels d'examiner plus avant «*la possibilité, pour les Etats successeurs, de continuer à appliquer*

les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, en vue de les aider à s'acquitter de leurs obligations». ⁵⁶

Il ne pouvait guère en être autrement. Le «caractère particulier» que revêtent les traités relatifs aux droits de l'homme - catégorie à laquelle appartient la Convention contre le Génocide - exige qu'ils s'appliquent sans solution de continuité, quelles que soient les incertitudes de la succession d'Etats. Les États eux-mêmes ont reconnu le caractère particulier des traités relatifs au droit humanitaire et aux droits de l'homme et n'ont pas élevé d'objection contre le principe, consacré par les organes conventionnels des droits de l'homme des Nations Unies, de leur *opposabilité sans solution de continuité, ipso jure*, aux États successeurs. Il importe en effet que les populations locales ne soient pas soudainement privées de toute protection au moment où elles en ont le plus besoin, dans les cas de dissolution difficile d'un État par exemple, quand les considérations d'humanité doivent l'emporter sur les invocations de la souveraineté de l'Etat.

Dans son rapport du 19.10.1994 à l'Assemblée Générale des Nations Unies sur l'*application effective des instruments internationaux relatifs aux*

droits de l'homme,⁵⁷ le Secrétaire Général a rappelé que, peu de temps après la deuxième Conférence Mondiale sur les Droits de l'Homme, qui s'était déroulée à Vienne du 14 au 25 juin 1993, la quatrième réunion des présidents d'organes des Nations Unies chargés de surveiller l'application des instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme avait décidé de mettre au point «des mesures d'alerte rapide et des procédures d'urgence afin d'empêcher que de graves violations des droits de l'homme ne se produisent ou ne se répètent»; ces présidents se sont par ailleurs félicités de la création du poste de Haut-Commissaire des Nations Unies aux Droits de l'Homme (par. 12 du rapport).

Dans le même rapport, le Secrétaire Général a rendu compte de la cinquième réunion des présidents, au cours de laquelle ceux-ci ont déclaré que «des instruments internationaux des Nations Unies relatifs aux droits de l'homme étaient universels par leur nature et dans leur application» (par. 13) et souligné que «l'exécution intégrale et effective des obligations assumées dans [c]es instruments ... est un élément essentiel d'un ordre international fondé sur la primauté du droit» (par. 17). Le Secrétaire Général a ajouté que les présidents s'étaient félicités de

l'initiative qu'il avait prise d'engager les États «à [devenir] parties, par ratification, adhésion ou succession, aux principaux instruments relatifs aux droits de l'homme» (par. 16).

Les présidents ont fait savoir que les travaux visant à faciliter la prévention des violations graves des droits de l'homme par le biais, notamment, de mesures d'alerte rapide et de procédures d'urgence, se poursuivaient (pars. 26-29). Le Secrétaire Général a jugé important de rapporter que les présidents étaient d'avis que:

«les États successeurs sont automatiquement liés par les obligations découlant d'instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme à partir de la date de leur accession à l'indépendance et que le respect de leurs obligations ne devrait pas être subordonné à une déclaration de confirmation faite par le nouveau gouvernement de l'Etat successeur» (par. 32).

De son côté et plus tôt encore, dans sa résolution 47/121 du 18.12.1992, l'Assemblée Générale, commentant la «situation caractérisée par des violations constantes, flagrantes et systématiques des droits de l'homme» créée par les guerres dans l'ex-Yougoslavie, avec leurs «camps de concentration» et les «expulsions massives de civils sans

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

défense de leurs foyers», prenait acte de ce que «le «nettoyage ethnique» ne semblait pas être la conséquence de la guerre mais bien son but». L'Assemblée Générale ajoutait que «l'ignoble politique de «nettoyage ethnique» était «une forme de génocide».⁵⁸ Dans la même résolution, l'Assemblée Générale demandait instamment au Conseil de Sécurité de recommander la constitution d'un tribunal international spécial - qui devait devenir le Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie - pour juger et châtier les personnes responsables de atrocités qui étaient commises.⁵⁹

IV. L'essence de la présente affaire

1. Les arguments des Parties au litige

Un examen attentif des arguments développés par les parties au litige, tant dans la phase écrite que dans la phase orale de la procédure sur le fond en la présente affaire *Croatie c. Serbie*, révèle que celles-ci ont prêté infiniment plus attention à la matière de l'espèce (c'est-à-dire au fond proprement dit, en rapport avec la *demande principale* de la Croatie) qu'aux questions de compétence et de recevabilité, ce qui n'a rien de surprenant. Ces dernières

questions n'occupent qu'une petite partie des documents déposés par les parties: *a)* dans le mémoire de la Croatie, un chapitre sur huit, soit sept pages (pp. 317-323) sur 414 ; *b)* dans le contre-mémoire de la Serbie, un chapitre sur quatorze, soit 50 pages (pp. 85-134) sur 478 ; *c)* dans la réplique de la Croatie, un chapitre sur douze, soit 26 pages (pp. 243-269) sur 473 ; et *d)* dans la duplique de la Serbie, un chapitre sur huit, soit 55 pages (pp. 39-93) sur 322.

Le même tableau vaut pour la phase orale de la procédure sur le fond. Les arguments des Parties sur les questions de compétence et de recevabilité étaient plutôt brefs, comme on pouvait s'y attendre ; la vaste majorité des arguments visait plutôt la matière du cas d'espèce (c'est-à-dire le fond proprement dit, en rapport avec la *demande principale* de la Croatie). On se rappellera que les audiences publiques devant la Cour ont duré plus d'un mois, du 3 mars au 1^{er} avril 2014. Pendant le premier tour de plaidoiries, la Croatie n'a pas consacré plus d'une fraction d'une journée à la question spécifique de la compétence,⁶⁰ et pendant le deuxième tour, elle n'a consacré qu'une petite partie de son temps à réfuter les arguments de la Serbie sur cette question.⁶¹

Quant à la Serbie, pendant le premier tour des plaidoiries elle a formulé le gros de ses arguments sur les questions de compétence en une seule audience,⁶² et pendant le deuxième tour, elle ne leur a consacré elle aussi qu'une petite partie de son temps.⁶³ Il ressort de cet examen des plaidoiries des parties que la vaste majorité de leurs arguments portaient sur des questions relevant du fond de l'espèce ; elles n'ont consacré qu'une petite part de leurs plaidoiries (environ deux séances chacune) à la question de la compétence.

2. Appréciation générale

Il résulte de ce qui précède que les parties au litige, parvenues dans la présente affaire au stade de l'examen au fond, n'ont pas jugé bon, pendant la phase écrite de la procédure, de consacrer plus qu'une petite partie de leurs arguments aux questions de compétence et de recevabilité. Elles se sont concentrées à juste titre sur le fond. De même, pendant la phase orale, la Croatie et la Serbie ont toutes deux fait porter leurs plaidoiries essentiellement sur les questions *matérielles* ; ce faisant, elles ont parfaitement saisi l'essence de la présente affaire, qui concerne l'interprétation et l'application de la Convention contre le Génocide, et non la succession d'États.

C'est la Cour qui semble avoir fait fausse route ici, en accordant à nouveau une attention considérable, en ce stade final de la procédure en l'espèce, à la question de la compétence, qui aurait dû être tranchée il y a plusieurs années. Dans son arrêt sur le fond en la présente affaire *Croatie c. Serbie*, la Cour a consacré pas moins de cinquante paragraphes à cette question, ce qui n'est pas une mince proportion.

V. Succession automatique à la convention contre le génocide et continuité des obligations découlant de celle-ci en tant qu'impératif d'humanité

1. La convention contre le Génocide et l'impératif d'humanité

Puisque la Cour en a fait autant dans le présent arrêt, je me sens tenu, dans cet exposé de mon Opinion Dissidente, d'exposer les fondements de ma position personnelle en faveur de la succession automatique à la Convention contre le Génocide (voir plus haut). Il est généralement admis que la Convention sur le Génocide est un traité relatif aux droits de l'homme: il en découle une conséquence juridique, qui est la succession automatique à ladite Convention et la continuité des obligations qui en découlent.

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

Comme l'a fait observer la Cour dans son célèbre avis consultatif de 1951, les États parties à la Convention de 1948 contre le Génocide n'ont pas d'intérêts propres; ils sont seulement *tous et chacun* guidés par les fins supérieures et les considérations élémentaires d'humanité qui ont poussé l'Assemblée Générale à condamner et punir le crime international de génocide, qui «bouleverse la conscience humaine ... inflige de grandes pertes à l'humanité ... et est ... contraire à l'esprit et aux fins des Nations Unies». ⁶⁴ Les principes qui sont à la base de la Convention «*oblig[ent] les Etats, même en dehors de tout lien conventionnel*». Le préambule de la Convention rappelle que la condamnation du génocide a un «caractère universel» et que «*pour libérer l'humanité d'un fléau aussi odieux la coopération internationale est nécessaire*» (voir plus haut).

Tout cela explique qu'il y ait succession automatique à la Convention contre le Génocide et la continuité des obligations qui en découlent; en effet, la responsabilité internationale née du préjudice grave infligé à certains segments de la population survit à la désintégration et à la succession des Etats. Prétendre qu'il n'en est rien serait militer contre le but et l'objet de la Convention contre le Génocide

et la priver de son effet utile; ce serait priver de toute protection les «groupes humains» visés au moment où ils en ont le plus besoin et ouvrir dans la protection dont ils bénéficient une brèche qui risquerait de réduire la Convention à l'état de lettre morte.

Le *corpus juris gentium* qui assure la sauvegarde des droits de la personne humaine sur le plan international est constitué par des modèles convergents de protection issus du droit international des droits de l'homme, du droit international humanitaire et du droit international des réfugiés. ⁶⁵ Les droits qui y sont protégés en toutes circonstances ne se réduisent pas aux droits «accordés» par l'État ; ce sont des droits *inhérents à la personne humaine*,

“Le corpus juris gentium qui assure la sauvegarde des droits de la personne humaine sur le plan international est constitué par des modèles convergents de protection issus du droit international des droits de l'homme, du droit international humanitaire et du droit international des réfugiés.”

que l'État est par conséquent tenu de respecter. Ces droits protégés sont *supérieurs et antérieurs à l'État* et doivent donc être respectés par celui-ci, ainsi que par tous les États, même en cas de désintégration et de succession. Il a fallu aux générations successives des souffrances et ces sacrifices immenses pour apprendre cette leçon. Le *corpus juris gentium* précité est axé sur les personnes et sur les victimes, et absolument pas sur les États.

La Convention de 1948 contre le Génocide est *axée sur les personnes* et non centrée sur les États: elle est centrée sur les groupes humains qu'elle entend protéger. Comme le montre l'histoire contemporaine, en cas de dissolution d'un État, les populations locales concernées deviennent particulièrement vulnérables; c'est à ce moment précis où elles ont le plus besoin de la protection offerte par les traités relatifs aux droits de l'homme, parmi lesquels la convention sur le génocide (à laquelle leur État est partie). Le fait est que le *corpus juris gentium* de la protection internationale des droits de la personne humaine, essentiellement axé sur les victimes, a été constitué et consolidé au fil des dernières décennies (sur près de soixante-dix ans) pour être mis au service des humains considérés individuellement (comme

par la Convention sur le Statut des Réfugiés de 1951, le Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques de 1966, la Convention Internationale sur l'Élimination de Toutes les Formes de Discrimination Raciale de 1965) ou collectivement (comme par la Convention contre le Génocide de 1948, qui protège des «groupes»).

Ce *corpus juris gentium* qui constitue, à mon avis, l'acquis le plus important de la pensée juridique internationale du XX^e siècle, doit être à l'abri des vicissitudes de la succession d'États. La population - qui est le plus précieux des éléments constitutifs de l'État - ne devrait pas être exposée à ces vicissitudes quand une succession d'États s'accompagne des pires violences. C'est dans ces situations de désintégration de l'État que la population concernée a le plus grand besoin d'être protégée, notamment par les Conventions qui se trouvent au cœur du Droit International des Droits de l'Homme, du Droit International Humanitaire et du Droit International des Réfugiés.

C'est aller contre la lettre et l'esprit de ces Conventions que de prétendre retirer à des humains considérés individuellement ou collectivement la protection qu'elles leur assurent et

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

de les rendre de ce fait extrêmement vulnérables, voire sans défense. De plus, avec la Convention contre le Génocide, nous nous trouvons non seulement dans le domaine du droit international conventionnel, mais aussi dans celui du droit international général ou coutumier. Comme la Cour le soulignait judicieusement dans son Avis Consultatif de 1951, les principes qui sont à la base de la Convention contre le Génocide «oblig[ent] les Etats, même en dehors de tout lien conventionnel».⁶⁶ Et il ne saurait en être autrement, car, selon moi, la *conscience juridique universelle* est la source *matérielle* ultime du droit international, du *jus gentium*.⁶⁷

C'est en vérité aux époques de désintégration violente de l'Etat - comme celle qu'a connue l'ex-Yougoslavie - que les individus et les groupes humains ont le plus grand besoin de protection. Il importe de rappeler que les Etats existent pour les humains et non le contraire. Priver les humains de la protection internationale quand ils en ont le plus besoin saperait les fondements mêmes du droit international contemporain, tant conventionnel que coutumier, et ferait abstraction du *principe d'humanité* qui imprègne ce droit. Je me permets ici de réaffirmer que le *corpus juris gentium* de la protection des

humains en toutes circonstances est essentiellement axé sur les victimes, tandis que le régime de la succession d'Etats est inextricablement et strictement centré sur l'Etat.

Il ne faut surtout pas laisser ce régime de la succession d'Etats prévaloir en cas de désintégration violente d'un Etat, car ce serait introduire une discontinuité dans la protection au moment où celle-ci est le plus nécessaire. La succession automatique à la convention sur le génocide est un *impératif d'humanité*. Le *corpus juris gentium* de la protection de la personne humaine garantit des droits qui sont *antérieurs et supérieurs à ceux de l'Etat*. Ces droits sont énoncés, entre autres instruments, dans les grandes conventions des Nations Unies (les deux pactes internationaux de 1966 ; les Conventions Internationales sur l'Élimination de Toutes les Formes de Discrimination Raciale et sur l'Élimination de Toutes les Formes de Discrimination à l'égard des Femmes, de 1965 et 1979; la Convention contre la Torture de 1984; et la Convention relative aux Droits de l'Enfant de 1989). De plus, au cours des dernières décennies, la doctrine juridique internationale s'est efforcée d'identifier un noyau dur de droits de l'homme universels ne souffrant

aucune dérogation et n'admettant aucune restriction, à savoir les droits fondamentaux à la vie et à l'intégrité physique et l'interdiction absolue de la torture et des traitements cruels, inhumains ou dégradants.

Le droit international contemporain est particulièrement sensible à l'impérieuse nécessité de traiter les personnes avec humanité en toutes circonstances, et par conséquent de proscrire les traitements inhumains pour l'ensemble de l'humanité, de façon à garantir la protection de tous, et à plus forte raison de ceux qui se trouvent dans une situation de grande vulnérabilité. L'*humanité* doit guider les comportements humains en toutes circonstances, en temps de paix comme en temps de troubles et de conflit armé. Le *principe d'humanité* imprègne tout le *corpus juris* de la protection de la personne humaine, comme le montre la proximité ou la convergence de ses branches simultanément distinctes et complémentaires (à savoir le Droit International Humanitaire, le Droit International des Droits de l'Homme, et le Droit International des Réfugiés); et ce principe se manifeste aussi bien au plan herméneutique qu'aux plans normatif et opérationnel.⁶⁸

2. Le principe d'humanité *lato sensu*

À mon avis, le principe d'humanité doit être entendu *lato sensu*: il s'applique dans les circonstances les plus différentes, en temps de conflit armé comme en temps de paix, dans les relations entre les pouvoirs publics et toutes les personnes relevant de la juridiction de l'Etat concerné. Ce principe est d'autant plus important que ces personnes se trouvent dans une situation de plus grande vulnérabilité ou adversité, voire *sans défense*, ainsi qu'on le voit dans les dispositions pertinentes des traités propres du Droit International des Droits de l'Homme.⁶⁹

La Charte elle-même proclame la détermination des Nations Unies de faire respecter les droits de l'homme partout dans le monde. Adoptée pendant l'un des rares moments de lucidité du siècle dernier, elle déclare dès son préambule que:

«Nous, les peuples des Nations Unies, résolu à préserver les générations futures du fléau de la guerre ... , à proclamer à nouveau notre foi dans les droits fondamentaux de l'homme, dans la dignité et la valeur de la personne humaine ... , à créer les conditions nécessaires au maintien de la justice et du respect des obligations nées des traités et autres sources du droit international ... , avons décidé d'associer nos efforts pour réaliser ces desseins».

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

Et la Charte d'inclure, parmi les buts des Nations Unies, ceux de résoudre les problèmes d'ordre humanitaire et de développer et encourager le respect des droits de l'homme pour tous (art. 1(3)). Elle déclare que l'Assemblée Générale provoquera des études et fera des recommandations en vue de faciliter à tous la jouissance des droits de l'homme (art. 13 (b)). Elle déclare encore qu'«en vue de créer les conditions de stabilité et de bien-être nécessaires pour assurer entre les nations des relations pacifiques et amicales», les Nations Unies favoriseront «le respect universel et effectif des droits de l'homme et des libertés fondamentales pour tous, sans distinction de race, de sexe, de langue ou de religion» (art. 55(c)).

Il est manifeste que le *principe d'humanité* imprègne le droit des Nations Unies. Il embrasse l'ensemble du *corpus juris* de la protection internationale de la personne humaine, composé des branches convergentes du Droit International Humanitaire, du Droit International des Droits de l'Homme et du Droit International des Réfugiés. Certes, quand on parle du principe d'humanité, on a tendance à le placer dans le cadre du Droit International Humanitaire. Ainsi, par exemple, il ne fait pas de

doute que, dans ce cadre, les civils et les personnes hors de combat doivent être traités avec humanité.⁷⁰ Or ce principe est généralement considéré comme étant aussi un principe du droit international coutumier.⁷¹

S'inscrivant dans le droit fil de la réflexion sur le droit naturel, le principe d'humanité est une émanation de la conscience humaine qui se projette sur le droit conventionnel et sur le droit international coutumier. Le traitement à accorder aux humains en toutes circonstances devrait respecter le *principe d'humanité*, lequel imprègne l'ensemble du *corpus juris* de la protection internationale de la personne humaine qui comprend le Droit International des Droits de l'Homme, le Droit International Humanitaire et le Droit International des Réfugiés, conventionnel aussi bien que coutumier, au plan mondial des Nations Unies comme au plan des organisations régionales. Le principe d'humanité, habituellement invoqué dans le domaine du Droit International Humanitaire, s'étend ainsi au domaine du Droit International des Droits de l'Homme.⁷²

Par fidélité à mes idées, j'ai jugé utile de joindre à un certain nombre de décisions de la Cour (et précédemment de la Cour interaméricaine des droits

de l'homme) quelques réflexions formulées sur la base du principe d'humanité *lato sensu*. Je l'ai fait, par exemple, aux paragraphes 24-25 et 61 de mon Opinion Dissidente en l'affaire relative à des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader (Belgique c. Sénégal) (mesures conservatoires, ordonnance du 28 mai 2009, C.I.J. Recueil 2009)*; aux paragraphes 116, 118, 125, 136-139 et 179 de mon Opinion Dissidente⁷³ en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État* (Allemagne c. Italie, demande reconventionnelle, ordonnance du 6 juillet 2010, C.I.J. Recueil 2010 (I)); et aux paragraphes 67 à 96 et 169 à 217 de ma longue Opinion Individuelle jointe à l'Avis Consultatif donné par la Cour le 22 juillet 2010 sur la *Déclaration d'indépendance du Kosovo*. J'ai de même commenté le principe d'humanité au sens large aux paragraphes 93 à 106 et 107 à 142 de ma longue Opinion Individuelle jointe à l'arrêt rendu par la Cour le 30 novembre 2010 en l'affaire *Abmadou Sadio Diallo* (Guinée c. R.D. Congo, fond).

La Cour a récemment laissé entendre, à ce qu'il me semble, qu'elle serait disposée à tenir compte du principe d'humanité. Ainsi, lorsqu'elle a décidé dans son ordonnance en indication de mesures conservatoires du

18 juillet 2011 en l'affaire de la *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear (Cambodge c. Thaïlande)* d'instituer, entre autres mesures, une zone démilitarisée provisoire autour du temple (qui fait partie du patrimoine culturel et spirituel mondial) et de ses abords, elle a étendu sa protection (comme je l'ai signalé aux paragraphes 66 à 113 de mon Opinion Individuelle), non seulement au territoire en cause, mais encore à ses habitants, conformément au *principe d'humanité* dans le cadre du nouveau *jus gentium* contemporain (par. 114 à 117). Le territoire et ses habitants vont de pair.

Plus tard, dans la récente affaire du *Différend frontalier (Burkina Faso/Niger)* (arrêt du 16 avril 2013), les parties ont exprimé elles-mêmes devant la Cour leur préoccupation à l'égard, notamment, des populations nomades ou semi-nomades et donné l'assurance que celles-ci ne seraient pas affectées par le tracé de la frontière. Là encore, j'ai signalé dans mon Opinion Individuelle (par. 90, 99, 104 et 105) que le *principe d'humanité* semblait avoir guidé la Cour dans son traitement de l'affaire.

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

3. Le principe d'humanité dans l'héritage de la pensée jusnaturaliste

Il convient peut-être de noter ici que le principe d'humanité s'inscrit dans le droit fil de la pensée jusnaturaliste. Il sous-tend la réflexion classique sur ce qui fait qu'un traitement est humain (plutôt qu'inhumain) et sur les relations sociales, y compris au plan international. Les qualités d'humanité ont pris une importance encore plus grande lorsqu'il s'est agi du traitement à accorder aux personnes *vulnérables*, ou même *sans défense*, comme celles qui sont privées de liberté pour quelque raison que ce soit. Le *jus gentium*, lorsqu'il a commencé à correspondre au droit des nations, en est venu à être considéré par ses «pères fondateurs» (F. de Vitoria, A. Gentili, F. Suárez, H. Grotius, S. Pufendorf, C. Wolff) comme régissant une communauté internationale constituée par les humains organisés socialement en Etats (qui émergeaient alors) et coïncidant avec l'humanité tout entière, devenant ainsi le droit *nécessaire* de la *societas gentium*.

Le *jus gentium* ainsi conçu était inspiré par le principe d'humanité *lato sensu*. La conscience humaine prime sur la volonté des Etats pris individuellement. La personne humaine doit être

respectée dans l'intérêt du bien public.⁷⁴ Cette conception humaniste de l'ordre juridique international s'inscrivait alors - comme elle le fait aujourd'hui — dans une perspective axée sur la personne et privilégiant *les fins humains de l'Etat*. Le précieux legs du droit naturel, qui évoque un droit fondé sur la raison humaine juste (*recta ratio*), ne s'est jamais évanoui, et il convient de le souligner sans cesse, particulièrement face à l'indifférence et au pragmatisme des droit-d'étatistes «stratégiques», si nombreux dans la profession légale de nos jours. Le principe d'humanité peut être considéré comme l'expression de la *raison d'humanité* imposant des limites à la *raison d'Etat*.⁷⁵

Les Etats, créés par des êtres humains réunis en société, doivent protéger et non opprimer ceux qui relèvent de leur juridiction. C'est là le minimum éthique aujourd'hui universellement requis par la communauté internationale. On ne pouvait guère prévoir que l'adoption de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme le 10 décembre 1948, un jour après l'adoption de la Convention contre le Génocide, allait être à l'origine d'un processus historique de généralisation de la protection internationale des droits de l'homme à une échelle véritablement universelle.⁷⁶ Les Etats

“Les Etats, créés par des êtres humains réunis en société, doivent protéger et non opprimer ceux qui relèvent de leur juridiction. C’est là le minimum éthique aujourd’hui universellement requis par la communauté internationale.”

sont tenus de protéger l’intégrité de la personne humaine contre la violence systématique et les traitements discriminatoires et arbitraires.

La notion de droits fondamentaux et inaliénables est profondément ancrée dans la conscience juridique universelle; malgré des variantes dans sa présentation ou dans sa formulation, cette notion est présente dans toutes les cultures et dans l’histoire de la pensée de tous les peuples.⁷⁷ La Déclaration Universelle de 1948 rappelle que «la méconnaissance et le mépris des droits de l’homme ont conduit à des actes de barbarie qui révoltent la conscience de l’humanité» (deuxième alinéa du préambule); elle affirme qu’«il est essentiel que les droits de l’homme soient protégés par un régime de droit pour que l’homme ne soit pas contraint, en suprême recours, à la révolte contre la tyrannie et

l’oppression» (troisième alinéa du préambule). De plus, elle considère que «la reconnaissance de la dignité inhérente à tous les membres de la famille humaine et de leurs droits égaux et inaliénables constitue le fondement de la liberté, de la justice et de la paix dans le monde» (premier alinéa du préambule).

4. Reconnaissance judiciaire du principe d’humanité

Je passerai maintenant, si brièvement que ce soit, à la question de la reconnaissance du principe d’humanité dans la jurisprudence des juridictions internationales contemporaines. Il est incontestable que le principe fondamental d’humanité a été pleinement reconnu sur le plan judiciaire.⁷⁸ Cette reconnaissance est manifeste, par exemple, dans la jurisprudence constante de la Cour Interaméricaine des Droits de l’Homme (CourIADH), qui tient que le principe d’humanité s’applique avec encore plus de force lorsqu’une personne se trouve dans une «*situation exacerbée de vulnérabilité*».⁷⁹ Dans l’Opinion Individuelle que j’ai jointe à l’arrêt rendu le 29 avril 2004 par la CourIADH en l’affaire relative au *Massacre de Plan de Sánchez c. Guatemala*, j’ai consacré une section entière de mon exposé (III, par. 9-23) à la reconnaissance judiciaire du principe

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

d'humanité dans la jurisprudence récente de cette Cour et dans celle du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (TPIY).

J'y ai fait valoir que la primauté du principe d'humanité était la finalité même et le but ultime du droit et de l'ordre juridique tout entier, national et international, parce que ce principe reconnaît le caractère inaliénable de tous les droits naturels de la personne humaine (par. 17). Ce même principe d'humanité - ai-je conclu dans l'Opinion Individuelle précitée en l'affaire du *Massacre de Plan de Sánchez* - a également des incidences dans le domaine du Droit International des Réfugiés, comme le montrent les faits de l'es-pèce, où étaient en cause des massacres et la pratique par l'Etat d'une politique de la *tierra arrasada* consistant à détruire et à incendier les habitations, qui a entraîné des déplacements massifs de populations (par. 23).

Le TPIY a lui aussi prêté attention au principe d'humanité dans ses décisions, par exemple dans les affaires *Mucić et consorts* (2001) et *Camp de Čelebići* (1998). Dans son arrêt du 20 février 2001 en l'affaire *Mucić et consorts*, il affirme que le Droit International Humanitaire et le Droit International des Droits de l'Homme «procèdent d'un souci de la

dignité humaine, qui est à la base d'une série de règles humanitaires fondamentales» (par. 149).⁸⁰

Auparavant, dans son jugement du 16 novembre 1998 en l'affaire du *Camp de Čelebići*, le TPIY avait considéré qu'un *traitement inhumain* était un acte ou une omission intentionnel ou délibéré qui cause de graves souffrances mentales ou physiques ou constitue une atteinte grave à la dignité humaine; ainsi donc, ajoutait le TPIY, «des traitements inhumains sont des traitements intentionnellement administrés qui contreviennent au principe fondamental d'humanité; ils constituent une catégorie dans laquelle entrent toutes les autres infractions graves énumérées dans les Conventions».⁸¹ Par la suite, dans son jugement du 3 mars 2000 en l'affaire *Blaškić*, le TPIY a réaffirmé cette position.⁸²

De même, dans son jugement du 10 décembre 2003 en l'affaire *Obrenović*, le TPIY a déclaré que «la gravité de ce crime contre l'humanité [la persécution] tient à l'odieuse intention discriminatoire qui l'inspire» (par. 65). Rappelant l'opinion qu'il avait exprimée dans son arrêt du 7 octobre 1997 en l'affaire *Erdemović*, il ajoute qu'«en raison de leur ampleur et de leur caractère odieux», les crimes contre l'humanité

«constituent de graves attaques contre la dignité humaine, contre la notion même d'humanité. Ils touchent, ou devraient toucher, par conséquent tous les membres de l'humanité, indépendamment de leur nationalité, de leur appartenance ethnique et de l'endroit où ils se trouvent» (par. 65).⁸³

De son côté, le Tribunal Pénal International pour le Rwanda (TPIR) a rappelé, dans son jugement du 2 septembre 1998 en l'affaire *J.P. Akayesu*, que le concept de crimes contre l'humanité a été reconnu bien avant le tribunal de Nuremberg (1945-1946). La clause Martens y a contribué; en fait, des expressions voisines de celle de «crime contre l'humanité» sont apparues bien plus tôt dans l'histoire pour évoquer le fait que ce genre de crime atteint, au-delà de ses victimes directes, l'humanité dans son ensemble.⁸⁴ Le TPIR a également rappelé, dans son jugement du 4 septembre 1998 en l'affaire *J. Kambanda*, que le crime de génocide a, tout au long de l'histoire, infligé de grandes souffrances à l'humanité, et que ses victimes ne sont pas seulement les personnes massacrées, mais l'humanité elle-même (cela valant aussi bien pour les actes de génocide que pour les crimes contre l'humanité).⁸⁵

5. Observations finales

Pour résumer, il existe dans le droit international contemporain, aussi bien conventionnel que général, une conscience aujourd'hui plus aiguë, à une échelle virtuellement universelle, du principe d'humanité. Les violations graves des droits de l'homme, les actes de génocide, les crimes contre l'humanité, entre autres atrocités, constituent des infractions aux interdictions absolues du *jus cogens*. Le sentiment d'*humanité* imprègne l'ensemble du *corpus juris* du droit international contemporain. J'ai qualifié cette évolution de processus historique d'*humanisation* du droit international, notamment au paragraphe 35 de l'Opinion Concordante que j'ai jointe à l'Avis Consultatif du 1^{er} octobre 1999 de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme sur le *Droit à l'Information sur l'Assistance Consulaire dans le Cadre des Garanties d'une Procédure Régulière*. La primauté du principe d'humanité est le but ultime du droit et de l'ordre juridique tant national qu'international.

En vertu de ce principe fondamental, toute personne a droit au respect (de son honneur et de ses convictions) du simple fait qu'elle appartient à l'humanité et en toutes circonstances. Parce qu'il s'applique dans les circonstances

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

les plus différentes, en temps de conflit armé comme en temps de paix, dans les relations entre les pouvoirs publics et les personnes relevant de la juridiction de l'Etat considéré, le principe d'humanité imprègne l'ensemble du *corpus juris* de la protection internationale des droits de la personne humaine (qui comprend le Droit International Humanitaire, le Droit International des Droits de l'Homme et le Droit International des Réfugiés),⁸⁶ conventionnel aussi bien que coutumier.⁸⁷ Et au-delà, il s'est projeté sur le droit des organisations internationales, et en particulier celui des Nations Unies.

VI. La Convention contre le Génocide et la Responsabilité de l'État

1. Historique de l'adoption de la Convention (article IX)

Je passerai maintenant à la Convention contre le génocide de 1948, dont les travaux préparatoires montrent que la responsabilité de l'Etat à raison de violations de ladite Convention a été en fait envisagée au cours de la rédaction de ce qui devait devenir l'article IX. Il s'agissait à ce moment-là de compenser certains amendements au projet de Convention qui semblaient avoir affaibli des propositions antérieures

sur la responsabilité des chefs d'Etat. L'insertion d'une référence à la responsabilité de l'Etat semble aussi avoir été une réponse au rejet, pendant les débats des travaux préparatoires, d'une formule plus vigoureuse de responsabilité de l'Etat pour fait de génocide, qui avait été envisagée dans ce qui était alors le projet d'article V et qui est devenu l'article IV de la Convention.

On se rappellera qu'à l'origine le projet d'article X établi par le Comité spécial du génocide ne contenait pas la référence à la responsabilité de l'Etat pour génocide qui devait être insérée ultérieurement dans ce qui devait devenir l'article IX de la Convention.⁸⁸ L'article IX de la Convention contre le génocide dans sa rédaction actuelle trouve son origine dans un amendement commun proposé par la Belgique et le Royaume-Uni à ce qui était alors l'article X. Le texte de cet amendement commun était le suivant:

«Tout différend entre les Hautes Parties contractantes relatif à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris les différends relatifs à la responsabilité d'un Etat dans les actes énumérés aux articles II et IV, sera soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une Haute Partie contractante.»⁸⁹

Les motifs qui ont présidé à cette insertion sont exposés dans les comptes rendus analytiques des débats sur l'amendement commun qui ont eu lieu à la Sixième Commission de l'Assemblée Générale des Nations Unies. Le représentant du Royaume-Uni, M. Fitzmaurice, a rappelé que le Royaume-Uni et la Belgique avaient toujours déclaré que la Convention serait incomplète si elle ne traitait pas de la responsabilité des Etats dans les actes de génocide et autres actes punissables énumérés dans la Convention.⁹⁰

En opposition à cet amendement, l'URSS et la France avaient proposé un amendement commun qui ne prévoyait pas la compétence obligatoire de la CIJ à l'égard de la Convention, mais envisageait seulement un renvoi facultatif.

Le représentant de la France, M. Chaumont, a déclaré ne pas s'opposer au principe de la responsabilité internationale des Etats, du moment qu'il ne s'agissait pas de responsabilité d'ordre pénal mais uniquement d'ordre civil.⁹¹ Le représentant de l'Egypte, M. Rafaat, a déclaré que sa délégation approuverait la notion de responsabilité civile de l'Etat, à défaut d'une organisation générale de la répression internationale du génocide.⁹²

Le projet d'amendement s'est cependant heurté à l'opposition de quelques délégations.⁹³ En outre, le représentant du Canada, M. Lapointe, a demandé au représentant du Royaume-Uni ce qu'il entendait par «responsabilité d'un Etat»: s'agissait-il de la responsabilité civile ou de la responsabilité pénale ou des deux à la fois, sachant que lors de la discussion de l'article V à sa 93^e séance, la Commission avait rejeté l'idée de la responsabilité pénale de l'Etat ?⁹⁴ Le représentant de la Bolivie, M. Medeiros, a secondé l'amendement du Royaume-Uni et de la Belgique, qu'il estimait nécessaire.⁹⁵

De son côté, la délégation haïtienne a proposé une addition conséquente à l'amendement commun précité, qui ajouterait à la fin du texte les mots «ou de toutes victimes du crime de génocide (groupes ou individus)» (Nations Unies, doc. A/C.6/263). Cet amendement s'est heurté à l'opposition de quelques délégations, qui ont fait valoir qu'il imposerait de modifier le Statut de la CIJ. Par contre, le représentant syrien a considéré qu'il n'était nullement contraire au Statut de la Cour, rien n'empêchant en effet, selon lui, que, par voie de Convention, les Etats signataires confient également aux individus et aux groupes le soin de saisir la Cour des cas de génocide dont ils auraient été victimes.

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

A l'appui de sa proposition, la délégation haïtienne a notamment affirmé que l'Etat coupable ne pouvait être responsable civilement qu'envers les victimes du crime de génocide, et qu'il serait illogique que l'Etat demandeur exige des dommages intérêts sans que les victimes elles-mêmes en bénéficient.⁹⁶

Quelques délégations, dont celles de l'URSS et de la Pologne, se sont déclarées préoccupées par un amendement qui renvoyait devant la CIJ des différends relatifs à la responsabilité des Etats aux termes de la Convention contre le Génocide. Elles craignaient que le projet d'article X (dans la formulation proposée) n'ait pour but d'empêcher un Etat de soumettre une plainte pour génocide à l'Assemblée générale⁹⁷ ou au Conseil de Sécurité.

Le représentant du Royaume-Uni a répondu que le fait de soumettre à la CIJ une affaire de génocide ne saurait empêcher le renvoi des cas de génocide devant l'un des organes compétents des Nations Unies.⁹⁸ Il a conclu qu'il était indispensable, pour faire effectivement respecter la Convention contre le Génocide, de prévoir que la CIJ serait compétente en matière de responsabilité des Etats pour les violations de ladite Convention, compte tenu en particulier du fait que, du point de vue

pratique, il était extrêmement difficile de traduire en justice des gouvernants et des chefs d'Etat.⁹⁹

L'amendement commun a été adopté par 23 voix contre 13, avec 8 abstentions.¹⁰⁰ L'article X ancien, avec d'autres amendements, a été adopté par 18 voix contre 2, avec 15 abstentions ; il se lisait comme suit:

*«Tout différend entre les Hautes Parties contractantes relatif à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris les différends relatifs à la responsabilité d'un Etat dans les actes énumérés aux articles II et IV, sera soumis à la Cour Internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend».*¹⁰¹

Cette version de l'ancien article X est devenue, après avoir subi quelques modifications mineures, l'article IX définitif de la convention sur le génocide, qui se lit comme suit:

«Les différends entre les Parties contractantes relatifs à l'interprétation, l'application ou l'exécution de la présente Convention, y compris ceux relatifs à la responsabilité d'un Etat en matière de génocide ou de l'un quelconque des autres actes énumérés à l'article III, seront soumis à la Cour internationale de Justice, à la requête d'une partie au différend».

2. Raison d'être, but et objet de la Convention

L'établissement de la responsabilité de l'Etat aux termes de la Convention contre le Génocide est solidement fondé, non seulement parce qu'il répond à l'intention des rédacteurs de la Convention, comme il ressort de ses travaux préparatoires (cf. *supra*), mais encore parce qu'il correspond à la raison d'être, au but et à l'objet de ladite convention. Aujourd'hui, soixante-six ans après son adoption, la Convention compte 146 Etats Parties ; et les Etats qui n'y ont pas encore adhéré ou ne l'ont pas encore ratifiée savent que l'interdiction du génocide fait également partie du droit international général ou coutumier. Elle n'est pas remise en question par les aléas de la souveraineté de l'Etat ou les vicissitudes de la succession d'Etats ; c'est une interdiction absolue qui relève du *jus cogens*.

La Convention contre le Génocide entend prévenir et réprimer le crime de génocide - qui est contraire à l'esprit et aux buts des Nations Unies - afin de délivrer l'humanité d'un fléau aussi abominable. Six décennies et demie après son adoption, on en sait beaucoup plus sur ce crime odieux. Dans plusieurs branches du savoir humain, les études sur le génocide se sont

constituées en discipline autonome, tout en s'inscrivant dans une perspective multidisciplinaire (voir ci-après la partie XI). Ces études ont montré que, dans l'histoire moderne, des génocides ont été commis en exécution de politiques d'Etat.

Essayer de soustraire les Etats à l'application de la Convention contre le Génocide risque d'aboutir à ce que, vidée de son sens, celle-ci devienne lettre morte ; cela finirait aussi par créer une situation où les crimes exorbitants de certains Etats, équivalents au génocide, resteraient impunis - d'autant plus qu'il n'existe pas actuellement de convention internationale sur les crimes contre l'humanité.

Le génocide est en fait un crime exorbitant commis sous la direction ou avec la complicité bienveillante de l'Etat et de son appareil.¹⁰² Contrairement à ce que croyait le Tribunal de Nuremberg dans son célèbre jugement (partie 22, p. 447), les Etats ne sont pas des «entités abstraites»; ils ont participé concrètement, avec des exécuteurs qui sont des individus (leurs ressources soi-disant «humaines», agissant au nom de l'Etat), à des actes de génocide en divers lieux et à divers moments de l'histoire.

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

C'est ensemble que les individus et les Etats portent la responsabilité de ces actes odieux. Dans ce contexte, la responsabilité des individus et celle de l'Etat sont complémentaires l'une de l'autre. Pour résumer, en matière d'interprétation et d'application de la Convention contre le Génocide, on ne peut se dispenser d'établir la responsabilité de l'Etat. Lorsqu'elle est appelée à statuer sur une affaire comme la présente espèce (*Croatie c. Serbie*), la CIJ devrait garder à l'esprit l'importance que revêt la Convention en tant que traité fondamental relatif aux droits de l'homme, avec toutes les implications et les conséquences juridiques que cela emporte. Elle devrait aussi garder à l'esprit le caractère historique de la Convention aux yeux de l'humanité.

VII. Critères d'établissement de la preuve dans la jurisprudence des juridictions internationales des droits de l'homme

La jurisprudence des juridictions internationales des droits de l'homme revêt une importance cruciale pour ce qui est d'établir la responsabilité des Etats (plutôt que des individus) dans les graves violations des droits de

"C'est ensemble que les individus et les Etats portent la responsabilité de ces actes odieux. Dans ce contexte, la responsabilité des individus et celle de l'Etat sont complémentaires l'une de l'autre."

L'homme, et elle ne saurait être passée sous silence dans une affaire comme celle-ci (*Croatie c. Serbie*). Elle ne peut donc être ignorée par la CIJ dans la mesure où, comme les juridictions internationales des droits de l'homme, elle est appelée à se prononcer sur la responsabilité de l'*Etat* et non sur la responsabilité (pénale) d'individus.

1. Question émanée d'un membre de la Cour: l'évolution de la jurisprudence en la matière

Or, au cours de la procédure orale en la présente espèce, les Parties n'ont évoqué que la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux (qui traitent de la responsabilité *individuelle*), jusqu'à ce qu'à l'audience du 5 mars 2014 j'ai estimé devoir leur

poser à toutes deux la question suivante, qui portait aussi sur la jurisprudence des juridictions internationales des droits de l'homme:

«Ma question concerne la responsabilité pénale internationale des personnes ainsi que celle des Etats en matière de génocide. Jusqu'à maintenant, il n'a été fait référence qu'à la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux (TPIY et TPIR), laquelle ne concerne que la responsabilité individuelle en droit pénal international. A votre avis, la jurisprudence des tribunaux internationaux chargés de la protection des droits de l'homme doit-elle être considérée comme pertinente en ce qui concerne la responsabilité internationale des Etats en matière de génocide, du point de vue du critère d'établissement de la preuve et de l'attribution?»¹⁰³

Dès lors, la Croatie et la Serbie ont commencé à évoquer également, comme il se devait, la jurisprudence des juridictions internationales des droits de l'homme,¹⁰⁴ pour qui l'établissement de la responsabilité de l'Etat est une question pertinente.

Outre les arguments présentés par les Parties au cours des audiences en la présente affaire *Croatie c. Serbie*, il existe

un volume considérable d'informations pertinentes sur l'établissement de la preuve (et le renversement de la charge de la preuve) qu'il importe d'exploiter ici. Il s'en trouve notamment dans la jurisprudence de la CourIADH, et en particulier dans les affaires révélant une campagne de violations flagrantes, systématiques et généralisées des droits de l'homme, pour lesquelles la CourIADH a eu recours à des présomptions de fait.

De surcroît, la CourIADH a jugé que c'est à l'Etat mis en cause qu'il incombe de produire les éléments de preuve, étant donné d'une part que le demandeur est mal placé pour les obtenir et d'autre part que le mis en cause y a accès. Il existe également des indications en ce sens dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (CourEDH). Vu la pertinence de la jurisprudence des juridictions internationales des droits de l'homme pour l'établissement de la responsabilité internationale de l'Etat, on ne saurait l'ignorer dans l'examen de l'espèce, dans la mesure où la question primordiale du critère d'établissement de la preuve est concernée. Je vais par conséquent la passer en revue.

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

2. Jurisprudence de la Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (CourIADH)

a) Affaires révélant un ensemble de violations graves et systématiques des droits de l'homme

La jurisprudence de la CourIADH est particulièrement riche d'enseignements sur le critère d'établissement de la preuve dans des affaires qui mettent en évidence un ensemble de violations graves et systématiques des droits de l'homme. Dans son arrêt du 7 juin 2003 en l'affaire *Juan Humberto Sánchez c. Honduras*, par exemple, la CourIADH a d'abord constaté l'existence dans l'Etat mis en cause, pendant les années 1980 et au début des années 1990, d'une campagne systématique de détentions arbitraires, de disparitions forcées et d'exécutions sommaires ou extrajudiciaires par les forces militaires (par. 70 1) et 96-97), à laquelle appartient le cas d'espèce (par. 80).

La CourIADH en a *déduit*, alors même que faisaient défaut les preuves directes, que la victime avait subi des traitements cruels et inhumains pendant sa détention (par. 98),¹⁰⁵ avant que sa dépouille ne fût découverte.

Les faits étaient survenus en effet à l'époque de cette campagne de mauvais traitements, torture et exécutions sommaires, ce qui a conduit la CourIADH à présumer la responsabilité de l'Etat dans ces violations lorsque les victimes se trouvaient sous la garde des agents dudit Etat (par. 99).¹⁰⁶ Dans ces conditions, a conclu la CourIADH, il appartenait à l'Etat mis en cause de fournir des explications crédibles de ce qui était arrivé à la victime (par. 100 et 135).

On peut rappeler ici d'autres décisions pertinentes de la CourIADH.¹⁰⁷ Dans son arrêt du 1^{er} juillet 2006 en l'affaire des *Massacres d'Ituango c. Colombie*, par exemple, la CourIADH, ayant conclu que la municipalité en question avait été le théâtre de massacres systématiques commis par des groupes paramilitaires en 1996-1997, en a imputé la responsabilité à l'Etat par «omission, acquiescement ou collaboration» des forces publiques (par. 132).

La CourIADH a conclu en outre que les agents de l'Etat étaient «parfaitement au courant» des activités par lesquelles ces groupes paramilitaires terrorisaient la population locale et que, loin de protéger cette dernière, ils s'abstenaient de le faire, allant même jusqu'à participer à une incursion armée dans la municipalité et au

meurtre d'habitants par lesdits groupes (par. 133 et 135). Dans un tel contexte de violence systématique, la responsabilité de l'Etat mis en cause était engagée à raison des graves violations des droits des victimes reconnus par la convention américaine relative aux droits de l'homme (par. 136-138).

Dans son arrêt du 15 septembre 2005 en l'affaire du *Massacre de Mapiripán c. Colombie*, la CourIADH a fait d'abord observer que, bien que les meurtres en cause eussent été commis à la mi-juillet 1997 par des membres de groupes paramilitaires,

«la préparation et l'exécution du massacre n'auraient pu avoir lieu sans la collaboration, l'acquiescement et la tolérance, manifestées par divers actes et omissions, des membres des Forces armées de l'Etat, y compris leurs officiers supérieurs, dans les zones concernées. Certes, la Cour ne dispose pas de preuves documentaires prouvant que l'Etat a ordonné directement de commettre ce massacre ou qu'il existait une relation de subordination entre l'Armée et les groupes paramilitaires, ou une délégation de mission de service public de la première aux secondes.» (Par. 120.)

La CourIADH a imputé ensuite à l'Etat mis en cause la conduite tant de ses

propres agents que des membres des groupes paramilitaires dans les zones qui se trouvaient «sous le contrôle de l'Etat». L'incursion des groupes paramilitaires, poursuit la CourIADH, a été préparée pendant plusieurs mois et exécutée «au su et au vu des forces armées, avec leur aide logistique et leur collaboration»; les forces armées ont facilité le transport des groupes paramilitaires depuis Apartadó et Necoclí jusqu'à Mapiripán «à travers des zones qui étaient sous leur contrôle» et, de surcroît, ont «laissé la population civile sans défense pendant les journées du massacre sous le prétexte fallacieux de déplacer leurs troupes vers d'autres localités» (par. 120).

La «collaboration des membres des Forces armées avec les paramilitaires» a pris la forme d'un ensemble d'«actes et omissions graves» qui avaient pour but de faciliter la perpétration du massacre et la dissimulation ultérieure des faits de façon à garantir «l'impunité aux responsables [du massacre]» (par. 121). La CourIADH précise que les autorités de l'Etat qui étaient informées de l'intention des groupes paramilitaires de commettre un massacre en vue de terroriser la population avaient «non seulement collaboré aux préparatifs» de ce massacre, mais encore prétendu devant l'opinion publique qu'il avait

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

été commis «à leur insu et sans aucune participation ni tolérance de leur part» (par. 121).

Après avoir écarté cette prétention et mis en évidence les liens entre les Forces armées et les groupes paramilitaires dans l'exécution du massacre, la CourIADH a conclu que «la responsabilité internationale de l'Etat [était] engagée du fait d'un ensemble d'actes et d'omissions d'agents de l'Etat et de particuliers qui [avaient] été commis de façon coordonnée, parallèle ou organisée en vue de perpétrer ledit massacre» (par. 123).

Dans son arrêt du 22 septembre 2006 en l'affaire *Goiburú et consorts c. Paraguay*, la CourIADH a fait observer que ladite affaire présentait «une transcendance historique particulière» parce que les faits en cause s'étaient produits «dans un contexte de pratique systématique de la détention arbitraire, de la torture, des exécutions et des disparitions par les services de sécurité et de renseignement de la dictature d'Alfredo Stroessner, et ceci dans le cadre de l'opération Condor» (par. 62).

Cela signifie que ces faits participaient de la répression flagrante, massive et systématique à laquelle était soumise la population, à une échelle

interétatique ; en réalité, les services de sécurité des Etats concernés avaient été chargés par leurs gouvernements, qui étaient des dictatures, de mener une action coordonnée à travers les frontières contre leurs populations (par. 62). La CourIADH en a conclu que le contexte dans lequel les faits en question s'étaient produits engageait et mettait en cause la responsabilité de l'Etat, pour manquement à son obligation de respecter et garantir les droits reconnus aux articles 4, 5, 7, 8 et 25 de la convention américaine relative aux droits de l'homme (par. 63).

Selon la CourIADH, les cas de détention illégale et arbitraire ou d'enlèvement, de torture et de disparition forcée étaient «le produit d'une opération de renseignement policier» organisée, exécutée et dissimulée par les fonctionnaires de la police nationale «au su et sur ordre des plus hautes autorités du gouvernement du général Stroessner, et, au moins pendant les phases initiales de planification des détentions ou des enlèvements, en étroite collaboration avec les autorités argentines» (par. 87). Tel était le mode opératoire de la pratique systématique et prouvée de la détention illégale et arbitraire, de la torture et de la disparition forcée à l'époque des faits, dans le cadre de l'opération Condor (par. 87).

La CourIADH a dénoncé en outre l'impunité générale dont jouissaient les auteurs de ces graves violations des droits de l'homme et qui empêchait de protéger ces droits. Elle a rappelé l'obligation générale de respecter les droits reconnus dans la Convention américaine des droits de l'homme et d'en garantir l'exercice (article premier, par. 1), obligation générale dont procède celle d'enquêter sur les violations des droits ainsi garantis.

C'est pourquoi la CourIADH a dit considérer que, dans les affaires d'exécution extra-judiciaire, de disparition forcée et d'autres graves violations des droits de l'homme, la réalisation d'office et sans délai d'une enquête constituait un élément fondamental pour la garantie des droits menacés, tels que les droits à la vie, à l'intégrité de sa personne et à la liberté (par. 88). Dans l'espèce en cause, le fait qu'aucune enquête n'ait été diligentée sur les faits constituait, pour la CourIADH, un facteur déterminant d'une pratique de violations systématiques des droits de l'homme et favorisait l'impunité des responsables de ces violations (par. 90).

b) Affaires dans lesquelles la charge de la preuve pèse sur l'Etat mis en cause, étant donné la difficulté pour le demandeur d'obtenir des éléments de preuve

Dans son arrêt du 29 juillet 1988 en l'affaire *Velásquez Rodríguez c. Honduras*, la CourIADH s'est penchée sur la question des critères d'établissement de la preuve, en commençant par prendre acte de la prérogative reconnue aux juridictions internationales d'apprécier *librement* les éléments de preuve produits (par. 127). Elle a fait observer que «pour une juridiction internationale, les critères d'établissement de la preuve sont moins formels que pour les systèmes judiciaires nationaux» (par. 128).

Elle s'est dite consciente qu'il est «particulièrement grave» d'imputer à un Etat partie à la convention américaine relative aux droits de l'homme des violations flagrantes de ces droits, telles que des disparitions forcées (par. 129) ; cela étant, dans ce genre de circonstances, les preuves directes, testimoniales ou documentaires, ne sont pas les seules sur lesquelles elle puisse s'appuyer. La preuve indiciaire ou circonstancielle et la présomption de fait peuvent également être prises en compte, dès lors que la CourIADH

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

peut «en déduire des conclusions cohérentes» sur les faits (par. 130).

Les preuves indicielles ou circonstancielles, poursuit la CourIADH dans ce même arrêt, peuvent revêtir une importance particulière dans des affaires de graves violations des droits de l'homme telles que les affaires de disparition forcée de personnes, caractérisées par la volonté d'éliminer «tout indice susceptible de révéler un enlèvement ou le sort des victimes ou le lieu où elles se trouvent» (par. 131). La CourIADH rappelle ensuite qu'«il ne faut pas confondre [la protection internationale des droits de l'homme] et la justice pénale», puisque les Etats ne comparaissent pas devant elle comme sujets d'une action pénale (par. 134).

Le but visé par le Droit International des Droits de l'Homme, - continue la CourIADH, - n'est pas de sanctionner les auteurs de violations de ces droits, mais de réparer le préjudice causé aux victimes par les actions de l'Etat responsable (par. 134). Dans les procès pour violations des droits de l'homme, «la défense de l'Etat ne saurait reposer sur l'impossibilité pour le demandeur de faire valoir des preuves qui, dans de nombreux cas, ne peuvent être obtenues sans la coopération de l'Etat lui-même» (par. 135), car c'est lui qui

est «le mieux équipé pour clarifier les faits survenus sur son territoire» (par. 136).¹⁰⁸

3. Jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l'Homme (CourEDH)

Comme celle des autres juridictions internationales des droits de l'homme, la jurisprudence de la CourEDH repose sur le principe de la liberté d'appréciation de la preuve. Depuis quelques années, la démarche suivie par la CourEDH se rapproche de celle de la CourIADH (cf. *supra*). Ainsi, pendant les premières décennies de son existence et jusqu'à la fin des années 1990, la CourEDH a invoqué régulièrement le critère de la preuve «au-delà de tout doute raisonnable» ; mais l'interprétation qu'elle en donnait n'en faisait absolument pas un critère aussi exigeant que celui du droit pénal national, en particulier dans les juridictions de *common law*.

Le critère de la preuve «au-delà de tout doute raisonnable» appliqué par la CourEDH s'entendait en un sens *sui generis*, dérivé de la convention européenne des droits de l'homme, et certainement moins rigoureux que celui que les tribunaux pénaux nationaux appliquent à la recevabilité des preuves.

C'est du banc de la CourEDH elle-même, sous la forme d'Opinions Dissidentes de certains de ses juges, par exemple dans les affaires *Labita c. Italie* (arrêt de la Grande Chambre du 6 avril 2000) et *Sevtap Veznedaroglu c. Turquie* (arrêt du 11 avril 2000), que sont issues les premières critiques du niveau trop élevé du critère d'établissement de la preuve alors requis par la CourEDH.

Les juges dissidents ont fait valoir que c'était imposer aux victimes de graves violations de leurs droits une charge de la preuve impossible à supporter que d'attendre d'elles qu'elles prouvent leurs allégations «au-delà de tout doute raisonnable»; un tel critère de la preuve, applicable uniquement à la «culpabilité pénale», ne s'applique pas à d'autres domaines d'enquête judiciaire» où «le critère de la preuve devrait être proportionné au but visé par la recherche de la vérité».¹⁰⁹

Dans l'Opinion Conjointe en partie Dissidente, qu'ils ont jointe à l'arrêt de la CourEDH en l'affaire *Labita c. Italie*, les Juges Pastor Ridruejo, Bonello, Markarczyk, Tulkens, Strážnická, Butkevych, Casadevall et Zupančič ont fait valoir à juste titre que le critère d'évaluation de la preuve «au-delà de tout doute raisonnable» serait «inadéquat,

voire incohérent ou même impossible à utiliser» quand les autorités de l'Etat en cause vont jusqu'à s'abstenir d'identifier les auteurs des graves violations alléguées par les requérants.

Ce critère aboutirait, selon ces juges, à limiter indûment la responsabilité de l'Etat. Toujours selon eux, «dorsque les événements litigieux ne peuvent être connus que des autorités ... , [o]n peut même considérer alors que la charge de la preuve repose entre les mains des autorités...» (Par. 1.)

Les juges dissidents poursuivent en opinant que la charge de la preuve qui repose sur le requérant se trouve allégée lorsque les autorités «n'ont pas mené des enquêtes [effectives] dont les résultats puissent être connus de la Cour». Et d'ajouter:

«Il convient enfin de rappeler que le critère de la preuve «au-delà de tout doute raisonnable» est employé dans certains systèmes juridiques, pour les affaires criminelles ; or la Cour n'est pas appelée à juger de la culpabilité ou de l'innocence d'un individu ni à sanctionner les auteurs d'une violation, mais à en protéger les victimes et à réparer les préjudices causés par les actions de l'Etat responsable: le test, la méthode et le niveau de preuve au regard de la responsabilité au titre de la

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

Convention différent de ceux applicables dans les divers systèmes nationaux pour ce qui est de la responsabilité des individus en matière d'infractions pénales (par. 1.)».

Ainsi, la nature même de certaines affaires de graves violations des droits de l'homme portées devant la CEDH ou la CIDH a mis en évidence qu'un critère d'établissement de la preuve trop exigeant ou trop élevé est déraisonnable quand l'Etat mis en cause exerce un entier contrôle sur les éléments de preuve ou possède une connaissance exclusive des faits, et que les victimes présumées se trouvaient dans une situation de grande vulnérabilité ou sans défense.

Comme la CIDH, la CEDH a accepté de transférer, chaque fois que nécessaire, la charge de la preuve à l'Etat mis en cause et de procéder par déduction à partir d'indices et de présomptions de fait, dans l'intérêt de l'équité de la procédure et à la lumière du principe de l'égalité des armes.

Dans son arrêt du 18 septembre 2009 en l'affaire *Varnava et autres c. Turquie*, la CourEDH a expressément reconnu que, même si l'on part du critère de la preuve «au-delà de tout doute raisonnable», il existe des situations où ce

critère ne doit pas être appliqué trop rigoureusement et où il se prête à un assouplissement (par. 182). Lorsque les éléments en cause, dans leur totalité ou pour une large part, sont connus exclusivement des autorités, toute blessure, mort ou disparition survenue quand la victime était sous le contrôle des autorités donne lieu à de fortes présomptions de fait. La charge de la preuve pèse alors sur les autorités, qui doivent fournir une explication satisfaisante et convaincante (par. 183). Il en est de même quand des personnes sont trouvées blessées ou mortes dans une zone sous le contrôle des seules autorités de l'Etat, les événements en cause étant alors connus exclusivement de ces autorités (par. 184).

4. Analyse générale

Comme je l'ai montré dans le présent exposé de mon Opinion Dissidente, les juridictions internationales des droits de l'homme n'appliquent pas un critère exigeant ou élevé d'établissement de la preuve dans les affaires de graves violations des droits de l'homme; conscientes de la difficulté de produire les preuves voulues, elles ont eu recours aux présomptions de fait et procédé par déduction, et elles sont allées jusqu'à renverser le fardeau de la preuve. La CourIADH procède

ainsi depuis le début de sa jurisprudence, et la CourEDH s'y est mise plus récemment. Ces deux cours pratiquent la libre appréciation des preuves.

Le critère qu'elles appliquent est assurément moins exigeant que le critère de la preuve «au-delà de tout doute raisonnable» des tribunaux pénaux nationaux. Tel est le cas, et à juste titre, dans les affaires de violations flagrantes, systématiques et généralisées des droits de l'homme, où elles s'estiment tenues de procéder encore plus énergiquement par présomptions et déductions, et ceci dans l'intérêt ultime des victimes en quête de justice. Cette importante question commence à susciter l'intérêt de la doctrine et des auteurs.¹¹⁰

Il est à regretter que la Cour n'ait tenu compte d'aucune de ces récentes évolutions de la jurisprudence dans le présent arrêt. À mon avis, elle pouvait et devait le faire, car ce sujet a été traité par les Parties dès le moment où, à l'audience, je leur ai adressé à toutes deux la question mentionnée au paragraphe 97 ci-dessus. La Cour a préféré s'en tenir à un critère d'établissement de la preuve exigeant et élevé en la présente affaire *Croatie c. Serbie* (2015), comme elle l'avait fait il y a huit ans dans l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* (arrêt de 2007). Je me

permets d'ajouter que la doctrine, en étudiant la complémentarité entre la responsabilité de l'Etat et la responsabilité individuelle dans les crimes internationaux (malgré leurs régimes distincts),¹¹¹ s'est également intéressée aux orientations et aux apports de la jurisprudence des juridictions internationales des droits de l'homme (CourIADH et CourEDH, cf. *supra*), notamment en ce qui concerne l'administration de la preuve et le transfert de la charge de la preuve.¹¹²

VIII. Le critère d'établissement de la preuve dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux

Je passerai maintenant au critère d'établissement de la preuve dans la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux. Nous y découvrirons que l'intention de commettre le génocide peut se prouver par déduction en l'absence de preuve directe. De fait, exiger dans tous les cas des preuves directes ou expresse de l'intention génocidaire ne correspond pas à la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux, outre qu'une telle exigence n'est ni pratique ni réaliste. En l'absence de preuve expresse de l'intention, celle-ci peut se déduire des faits et des circonstances.

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

On en trouvera ci-dessous quelques exemples, ainsi que des renvois à la jurisprudence pertinente.

1. Déduire l'intention à partir d'indices (jurisprudence du TPIR et du TPIY)

La jurisprudence du Tribunal Pénal International pour le Rwanda (TPIR) a conclu que l'intention de commettre le génocide peut être déduite des faits et des circonstances. Ainsi, dans son jugement du 6 décembre 1999 en l'affaire *Rutaganda*, le TPIR a dit considérer que, «en pratique, l'intention est déterminée, au cas par cas, par une déduction tirée des éléments de preuve d'ordre matériel qui lui ont été soumis, y compris ceux qui permettent d'établir l'existence chez l'accusé d'une ligne de conduite délibérée» (par. 61-63).¹¹³ De même, dans son jugement du 15 mai 2003 en l'affaire *Semanza*, il a déclaré que «la *mens rea* peut se déduire des agissements de l'auteur présumé du crime» (par. 313).

De plus, et dans le même ordre d'idées, la chambre de première instance du TPIR a conclu, dans son jugement du 7 juin 2001 en l'affaire *Bagilishema*, que

«le contexte de perpétration des actes allégués peut ... aider la Chambre à

déterminer l'intention de l'accusé, en particulier lorsque ses propos et ses actes ne font pas apparaître cette intention. La Chambre relève cependant que lorsque l'on a recours au contexte pour déduire l'intention de l'accusé, on doit le faire par référence à la conduite même de l'accusé. La Chambre est d'avis que l'intention de l'accusé devrait se déduire, avant tout, de ses propos et de ses actes et ressortir clairement d'une ligne de conduite délibérée.» (Par. 63.)

Dans un jugement du 2 septembre 1998 en l'affaire *Akayesu* qui a fait date, le TPIR a dit considérer que «l'intention est un facteur d'ordre psychologique qu'il est difficile, voire impossible, d'appréhender» et qu'«à défaut d'aveux de la part d'un accusé, son intention peut se déduire» des facteurs suivants: a) «contexte général de perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe»; b) «échelle des atrocités commises»; c) «caractère général des atrocités commises dans une région ou un pays»; d) «le fait de délibérément et systématiquement choisir les victimes en raison de leur appartenance à un groupe particulier tout en excluant les autres groupes»; e) «la doctrine générale du projet politique inspirant les actes incriminés»; f) la commission de graves violations

contre les membres d'un groupe en leur qualité expresse de membres de ce groupe ; g) «la répétition d'actes de destruction discriminatoires» ; et h) «la perpétration d'actes portant atteinte au fondement du groupe, ou à ce que les auteurs des actes considèrent comme tel» et «qui sont commis dans le cadre de la même ligne de conduite» (pars. 521 et 523-524).

Peu de temps après, dans son jugement du 21 mai 1999 en l'affaire *Kayishema et Ruzindana*, le TPIR, tout en admettant qu'il peut être difficile de prouver l'intention qui anime l'auteur, a dit aussi que «son existence peut être établie de manière convaincante à partir des actes de l'auteur, y compris au moyen de preuves indirectes». Il a encore déclaré que «l'intention peut être déduite soit des propos soit des actes de l'auteur et peut être établie par la mise en évidence d'une ligne de conduite délibérée». Le TPIR a proposé les indices suivants: a) «le nombre des membres du groupe victimes de l'acte incriminé» ; b) «le fait de s'attaquer physiquement au groupe ou à ses biens» ; c) «l'usage de termes insultants à l'égard des membres du groupe» ; d) «les armes utilisées et la gravité des blessures subies par les victimes» ; e) «le caractère méthodique de la planification» ; f) «le caractère systématique du crime» ; et

g) «l'étendue relative de la destruction, ou de la tentative de destruction, du groupe» (pars. 93 et 527).

Plus tard, dans son arrêt du 7 juillet 2006 en l'affaire *Gacumbitsi*, le TPIR a déclaré que «de par sa nature même, l'intention est généralement difficile à établir de façon directe», et que par conséquent elle devait s'inférer des faits et des circonstances de l'affaire, tels que le fait d'avoir commis systématiquement des atrocités contre un groupe donné ou «la récurrence d'actes destructifs et discriminatoires» (par. 40-41). Dans une veine similaire, le TPIY, dans son arrêt du 5 juillet 2001 en l'affaire *Jelisić*, a formulé l'observation suivante:

«Quant à la preuve de l'intention spécifique, elle peut, à défaut d'éléments de preuve directs et explicites, procéder d'un certain nombre de faits et de circonstances, tels le contexte général, la perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe, l'ampleur des atrocités commises, le fait de viser systématiquement certaines victimes en raison de leur appartenance à un groupe particulier, ou la récurrence d'actes destructifs et discriminatoires.» (Par. 47.)

Le TPIY a par ailleurs précisé, dans son arrêt du 19 avril 2004 en l'affaire

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

Krstić, que lorsque l'on se fonde sur la preuve de l'intention d'un accusé obtenue par déduction, «celle-ci doit être la seule raisonnable possible compte tenu des éléments réunis» (par. 41).

2. Critère d'établissement de la preuve: contestations d'un niveau de preuve élevé

a) Affaire R. Karadžić (2013)

Dans son arrêt du 26 février 2007 en l'affaire de *L'Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la Cour, évoquant les camps de Keraterm à Prijedor, Kazneni-Popravni Dom à Foča et Omarska à Prijedor, a déclaré qu'«[a]yant examiné avec attention les affaires portées devant le TPIY ainsi que les décisions de ses chambres», elle avait constaté «qu'aucune des personnes déclarées coupables n'avait été considérée comme ayant agi avec une intention spécifique (*dolus specialis*)» (par. 277). Or la chambre d'appel du TPIY, dans son arrêt du 11 juillet 2013 en l'affaire R. Karadžić, a conclu que «la question de savoir si [Radovan Karadžić] est coupable des crimes de génocide commis dans les municipalités reste ouverte» (par. 116).

Dans le même arrêt, la chambre d'appel du TPIY a rétabli le chef 1 (génocide) de l'acte d'accusation ; elle a fait référence aux sept municipalités de Bosnie-Herzégovine dont le territoire était revendiqué par les Serbes de Bosnie (par. 57) ; et elle a mentionné les camps de Keraterm à Prijedor, Kazneni-Popravni Dom à Foča et Omarska à Prijedor (par. 48). Elle a conclu ainsi:

«[La Chambre d'appel] est convaincue que les éléments de preuve à charge, lorsqu'ils sont appréciés à leur valeur maximale, montrent que les Musulmans et les Croates de Bosnie ont été soumis à des conditions d'existence, notamment le surpeuplement, la privation de nourriture et le manque d'accès aux soins médicaux, susceptibles d'entraîner leur destruction physique.» (Par. 49).

Toujours dans le même arrêt du 11 juillet 2013, la chambre d'appel du TPIY a fait cette importante déclaration:

«La Chambre d'appel rappelle également que, de par sa nature même, l'intention génocidaire est généralement difficile à établir de façon directe. Comme la Chambre de première instance l'a admis, en l'absence de preuve directe, l'intention génocidaire peut se déduire d'un certain nombre de faits et de circonstances, tels le

contexte général, la perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe, l'ampleur des atrocités commises, le fait de viser systématiquement certaines victimes en raison de leur appartenance à un groupe particulier, la récurrence d'actes destructifs et discriminatoires ou l'existence d'un plan ou d'une politique»¹¹⁴ (par. 80).

Au sujet des «constatations et [de] l'appréciation [des] éléments de preuve», la chambre d'appel du TPIY a jugé bon de rappeler, au paragraphe 94 de son arrêt du 11 juillet 2013 en l'affaire *R. Karadžić*, qu'elle n'est liée ni par les conclusions juridiques tirées par les chambres de première instance du TPIY ou par la CIJ, ni par les appréciations qu'elles portent. Elle a ainsi fait savoir clairement qu'elle n'approuvait pas un niveau de preuve élevé.

b) Affaire Tolimir (2012)

Dans un autre arrêt récent, celui du 12 décembre 2012 en l'affaire *Tolimir*, la chambre d'appel du TPIY a soutenu que

«Faute de preuves directes permettant de déterminer si les «conditions d'existence» imposées au groupe visé devaient entraîner sa destruction physique, une Chambre peut tenir compte de «la probabilité objective que ces conditions

entraînent la destruction physique d'une partie du groupe» et d'éléments tels que la nature des conditions imposées, la période durant laquelle les membres du groupe y ont été soumis et les caractéristiques du groupe visé, telles que sa vulnérabilité» (par. 742).

La chambre d'appel a ensuite fait valoir que «des signes de l'intention génocidaire sont cependant rarement manifestes, et il est donc permis de déduire l'existence d'une telle intention en se fondant sur «tous les éléments de preuve, pris ensemble»». Elle a ajouté que

«Dans le cadre de cette analyse, il convient de prendre en compte notamment le contexte général, la perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe, l'ampleur des atrocités commises, le fait de viser systématiquement certaines victimes en raison de leur appartenance à un groupe particulier, ou la récurrence d'actes destructifs et discriminatoires. L'existence d'un plan ou d'une politique et l'intention formulée dans des discours publics ou lors de réunions avec d'autres personnes peuvent aussi permettre de déduire que l'auteur était animé de l'intention spécifique requise» (par. 745).

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

Pour résumer, même en l'absence de preuves directes, l'intention génocidaire peut être déduite d'indices et d'un contexte général et systématique d'extrême violence et de destruction. Je me permets d'ajouter que le souci de la nécessaire protection des personnes et des groupes en situation de vulnérabilité fait partie, depuis une vingtaine d'années déjà, de l'héritage de la II Conférence Mondiale sur les Droits de l'Homme, qui s'est tenue en 1993 à Vienne.¹¹⁵ On observera qu'il en résulte aujourd'hui une convergence croissante entre le Droit International des Droits de l'Homme, le Droit International Humanitaire et le Droit International des Réfugiés, ainsi que le Droit Pénal International, considérés dans leur ensemble.

c) Affaire Milošević (2004)

Au cours de la procédure en l'affaire précitée *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro* (2007), la Cour n'a pas voulu censurer le refus par la Serbie de produire les documents non expurgés de son Conseil Suprême de Défense, apparemment pour ne pas empiéter sur sa souveraineté. Elle a défendu avec insistance le niveau élevé de preuve qu'elle s'est imposé. Or la chambre de première instance du TPIY, dans sa décision du 16 juin 2004 relative à la demande

d'acquittement en l'affaire *Milošević*, a conclu que:

«les éléments de preuve suffisent à établir qu'un génocide a été commis à Brčko, Prijedor, Sanski Most, Srebrenica, Bijeljina, Ključ et Bosanski Novi et ... que l'Accusé a participé à une entreprise criminelle commune, avec les dirigeants serbes de Bosnie, dont le but et l'intention étaient d'exterminer une partie des Musulmans de Bosnie en tant que groupe» (par. 289, et cf. par. 288).

Le jugement définitif en l'affaire *Milošević* n'a pu être rendu en raison du décès de l'accusé. Quant à la décision du 16 juin 2004 de la chambre de première instance du TPIY, bien qu'elle ait été pertinente pour l'arrêt du 26 février 2007 de la CIJ, celle-ci a préféré ne lui accorder aucun poids.¹¹⁶ Le niveau de preuve élevé requis par la Cour - et critiqué par une tendance de la doctrine - est certes justifié en matière de responsabilité pénale internationale individuelle, où l'on risque l'incarcération, mais *non* en matière de responsabilité internationale de l'Etat, où n'est recherché qu'une satisfaction ou un jugement déclaratoire pour lesquels une simple preuve prépondérante serait appropriée, avec un critère d'établissement de la preuve moins élevé que pour juger les crimes internationaux commis par des personnes.¹¹⁷

3. Analyse générale

Il ressort donc clairement de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux que la preuve de l'intention génocidaire peut être déduite des facteurs précités (comme par exemple l'existence d'un plan ou d'une politique de destruction) concernant les faits et les circonstances de l'affaire. Même en l'absence de preuves directes, la découverte de ces facteurs peut permettre d'établir par déduction l'existence d'une intention génocidaire chez les auteurs des actes incriminés. Dans la présente affaire *Croatie c. Serbie*, les parties elles-mêmes ont échangé des arguments sur la question de savoir si l'intention génocidaire pouvait être prouvée par voie de déduction.

La Croatie, par exemple, a soutenu que «les Parties semblent être d'accord que la Cour ... peut prouver l'intention génocide en la déduisant des faits».¹¹⁸ Elle a soutenu également que la Serbie «reconnaît au paragraphe 135 de son contre-mémoire qu'il est parfois difficile de faire apparaître par des preuves directes l'intention de commettre le génocide, qui est l'élément moral du crime. Le demandeur évoque ensuite la possibilité ... de s'appuyer sur des indices et de produire des preuves obtenues par déduction à partir des faits».¹¹⁹

Je me permets de rappeler que, malgré toutes les décisions précitées tirées de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux, qui s'ajoutent à la jurisprudence des juridictions internationales des droits de l'homme, la Cour a soutenu à ce sujet, dans son arrêt de 2007 en l'affaire *Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro*, que:

«Le dolus specialis, l'intention spécifique de détruire le groupe en tout ou en partie, doit être établi en référence à des circonstances précises, à moins que l'existence d'un plan général tendant à cette fin puisse être démontrée de manière convaincante ; pour qu'une ligne de conduite puisse être admise en tant que preuve d'une telle intention, elle devrait être telle qu'elle ne puisse qu'en dénoter l'existence.» (Par. 373.)

Etant donné la jurisprudence des tribunaux internationaux contemporains sur la question (cf. les sections V et VI, *supra*), la Cour semble avoir adopté, aux fins de la qualification de génocide, un niveau de preuve trop élevé et qui ne semble pas conforme à la jurisprudence constante des tribunaux pénaux internationaux et des juridictions internationales des droits de l'homme en matière de preuve (voir aussi ci-après). La Cour semble s'être imposée un critère de la preuve trop exigeant pour pouvoir convaincre de complicité de

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

génocide le régime serbe de l'époque de la guerre en Croatie. Or la jurisprudence des tribunaux internationaux contemporains veut qu'en l'absence de preuves directes l'intention puisse être déduite de preuves circonstanciées.

En dernier ressort, l'intention ne peut être établie que par voie de déduction, à partir de facteurs tels que l'existence d'un plan ou d'une politique générale, le fait de prendre systématiquement pour cible un groupe humain donné, l'ampleur des atrocités commises, l'emploi de termes dépréciatifs, etc. Les tentatives visant à imposer un critère élevé d'établissement de la preuve de génocide et à discréditer certains moyens de preuve tels que, par exemple, les dépositions de témoins, sont très regrettables, car elles finissent par faire du génocide un crime presque impossible à démontrer et à réduire quasiment la convention sur le génocide à l'état de lettre morte. Il ne peut en résulter que l'impunité pour les auteurs de génocide - Etats et individus - l'abandon de tout espoir d'obtenir justice pour les victimes. C'est remplacer l'Etat de droit par l'absence de droit.

Il me faut ajouter ici une mise en garde contre ce qui semble être une déplorable déconstruction de la Convention contre le Génocide. Il est inadmissible

que l'on puisse se contenter de qualifier une situation de «conflit armé» pour se prémunir contre une accusation de génocide. L'un n'exclut pas l'autre. A ce sujet, on sait pertinemment que les auteurs de génocide prétendront presque toujours qu'ils participaient à un conflit armé et que leurs actes étaient commis «dans le cadre d'un conflit militaire en cours» ; or «le génocide peut être un moyen de réaliser des objectifs militaires tout comme un conflit militaire peut être un moyen de planifier un génocide».¹²⁰

Appelée à statuer en la présente affaire, la Cour aurait dû garder à l'esprit l'importance de la Convention contre le Génocide en tant que traité fondamental relatif aux droits de l'homme, ainsi que son caractère historique pour l'humanité. Une affaire comme celle-ci doit être tranchée non pas sous l'angle de la responsabilité de l'Etat, mais à la lumière de l'impératif de protéger la vie et l'intégrité de groupes humains qui relèvent de la juridiction de l'Etat concerné, et ce, d'autant plus lorsque ces groupes se trouvent en situation de grande vulnérabilité, voire sans défense. La vie et l'intégrité des personnes doivent l'emporter sur les arguments invoquant la souveraineté de l'Etat, surtout quand on sait les abus qui sont commis en son nom.

L'histoire nous apprend que, malheureusement, des génocides ont été commis en exécution de politiques d'Etat. En rendant presque impossible l'application aux Etats de la Convention contre le Génocide, on risque de vider celle-ci de son sens. On risque aussi de créer une situation où les crimes exorbitants de certains Etats, équivalents au génocide, resteraient impunis - d'autant plus qu'il n'existe pas actuellement de convention internationale sur les crimes contre l'humanité. Le génocide est en fait un crime exorbitant commis - plus souvent¹²¹ qu'on ne serait naïvement porté à le croire - sous la direction ou avec la complicité bienveillante d'un Etat souverain et de son appareil.

“L'histoire nous apprend que, malheureusement, des génocides ont été commis en exécution de politiques d'Etat. En rendant presque impossible l'application aux Etats de la Convention contre le Génocide, on risque de vider celle ci de son sens.”

Au cours de l'histoire, des massacres et des atrocités récurrents et l'extermination de groupes entiers de population dans le cadre de plans et de politiques prémédités et froidement mis au point, ont pu s'appuyer sur l'appareil d'Etat et les pouvoirs publics, avec leurs fonctionnaires et leurs ressources matérielles et soi-disant «humaines». La science historique montre que, tout au long du XX^e siècle, une série de génocides et autres atrocités ont été planifiés, organisés et exécutés en tant que politique d'Etat, par des gouvernants qui dissimulaient derrière un discours euphémistique un processus de *déshumanisation* des victimes.¹²²

Toutes sortes de campagnes de destruction généralisée et systématique se sont déroulées avec en toile de fond une propagande idéologique qui neutralisait le sens moral, glorifiait la brutalité et effaçait tout sens des responsabilités et tout sentiment de culpabilité. Tout était subsumé dans une entité organique et totalitaire. Des massacres ont souvent été commis sans que les membres de la famille des victimes bénéficient de quelque réparation que ce soit.¹²³ En plus, ces campagnes d'atrocités massives sont loin d'avoir été toutes portées devant des tribunaux internationaux. Certes quelques-unes l'ont été; mais si, dans

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

une procédure internationale visant à appliquer la convention sur le génocide, on rend les éléments du génocide trop difficiles à prouver, on ne fera que perpétuer l'impunité et créer une situation d'anarchie contraire à l'objet et au but de la Convention.

IX. Campagne de destruction systématique et généralisée: établissement des faits et jurisprudence

Je passerai maintenant aux activités d'établissement des faits qui ont été menées et aux rapports qui ont été rédigés *à l'époque même où étaient commises ces graves violations du Droit International des Droits de l'Homme et du Droit International Humanitaire* qui constituaient une véritable campagne de destruction systématique. Je me réfère aux activités d'établissement des faits et aux *rapports* du rapporteur spécial de l'ex-Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies (1992-1993) et de la Commission d'Experts du Conseil de sécurité (1993-1994). Je m'efforcerai d'en dégager les éléments pertinents pour l'examen de la présente affaire.

1. Rapports de l'ex-Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies faisant état d'une campagne de destruction systématique (1992-1993)

On trouve dans les rapports sur la situation des droits de l'homme dans le territoire de l'ancienne Yougoslavie du rapporteur spécial de l'ex-Commission des Droits de l'Homme, M. Tadeusz Mazowiecki, des allégations de crimes contre la population croate commis par des entités officielles ou paramilitaires serbes. Ces rapports mettent en évidence des faits susceptibles d'aider à prouver l'existence d'une campagne de destruction systématique, pendant les attaques lancées en Croatie en particulier. Le *rapport* du 28 août 1992,¹²⁴ par exemple, rapporte la preuve que les magasins et les entreprises appartenant à des Croates ont été brûlés ou pillés (par. 12).

Le rapporteur spécial y signale d'autres formes d'intimidation, qui consistent à tirer des coups de feu ou à lancer des explosifs contre des maisons appartenant à des membres des autres groupes ethniques (par. 13). Les attaques d'églises et de mosquées font également partie de la campagne d'intimidation (par. 16). Une autre tactique «consiste à assiéger une ville,

en bombardant les centres habités par la population civile et en coupant l'approvisionnement en denrées alimentaires et autres denrées essentielles» (par. 17). Des centres culturels sont visés et des tireurs embusqués tirent sur des «civils innocents» ; il est «dangereux de se risquer à l'extérieur» (par. 17 et 18).

La détention de civils est à l'évidence utilisée pour inciter les habitants à quitter le territoire (par. 23). Le rapporteur spécial fait état de centres de détention clandestins où se trouvent «des dizaines et des centaines de détenus ; cette pratique a été signalée «en Croatie, comme dans les territoires bosniaques contrôlés par le gouvernement, ainsi que dans les territoires contrôlés par les Serbes» (par. 34).

Il poursuit en affirmant qu'«une menace réelle pèse sur la vie des prisonniers en raison de la mauvaise alimentation, du surpeuplement et des mauvaises conditions de détention», et qu'il dispose de «preuves crédibles que certains prisonniers sont morts en Croatie sous la torture et des suites de mauvais traitements» (par. 39). Le rapporteur spécial dit enfin avoir été informé de cas de disparitions en masse dans les territoires contrôlés par les Serbes ; trois mille cas de disparitions ont ainsi

été signalés après la chute de Vukovar. Les victimes auraient été détenues pendant un certain temps dans des camps, puis auraient disparu (par. 41).

Dans son rapport suivant daté du 27 octobre 1992,¹²⁵ le rapporteur spécial recommande de procéder à des investigations sur des charniers et fosses communes repérés à Vukovar et dans ses environs (par. 18). Ce rapport traite beaucoup plus de la situation en Bosnie-Herzégovine que de la situation en Croatie.

Le rapport suivant, daté du 17 novembre 1992,¹²⁶ porte sur les faits survenus dans les zones protégées par les Nations Unies (ZPNU). Le rapporteur spécial y déclare que dans la Krajina, qui faisait partie de la ZPNU du secteur sud, «les meurtres, vols, pillages et autres formes de violence criminelle [sont] souvent associés au nettoyage ethnique» (par. 78). Les habitants non serbes ne sont autorisés à fuir la région que s'ils renoncent à leurs biens. Quant à la ZPNU du secteur Est, elle est le théâtre d'une campagne de nettoyage ethnique menée par les milices et les autorités locales serbes, et les habitants non serbes y sont soumis à des formes d'intimidation d'une violence extrême (par. 83). De plus, les églises catholiques y ont été détruites (par. 84).

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

Le rapporteur spécial se déclare particulièrement soucieux de retrouver la trace de 2000 à 3000 personnes qui auraient disparu après la chute de Vukovar en 1991 ; il évoque la présence d'un charnier potentiel près du village d'Ovčara voisin de cette ville. Quatre squelettes humains y ont été trouvés, affleurant à la surface de ce qui pourrait être un charnier contenant de nombreux autres corps, dont ceux de certains des 175 patients évacués de l'hôpital de Vukovar et qui ont disparu par la suite ; il existerait au moins huit fosses communes dans le secteur (par. 86).

Plus grave encore peut-être, dans la conclusion de son rapport du 17 novembre 1992, le rapporteur spécial déclare qu'«en poursuivant le nettoyage ethnique, on cherche délibérément à créer un fait accompli au mépris flagrant des engagements internationaux souscrits par ceux qui se livrent à cette pratique et qui en tirent des avantages» (par. 135). Il importe de noter que le rapporteur spécial regroupe tous les actes d'extrême violence qu'il a identifiés sous le terme de «politique» (par. 135).

Dans son rapport subséquent, du 10 février 1993,¹²⁷ le rapporteur spécial dénonce à nouveau la politique de nettoyage ethnique que les milices et les autorités serbes locales continuent

de pratiquer dans certaines ZPNU et qui se manifeste par des persécutions constantes contre les non-Serbes qui ne sont pas encore partis, par la destruction d'églises catholiques et par l'installation de réfugiés serbes dans les maisons abandonnées (par. 141). Dans le rapport suivant, du 17 novembre 1993,¹²⁸ il affirme que, dans les zones soumises au contrôle de la «République serbe de Krajina», le «nettoyage ethnique» massif et organisé qui visait les Croates est dans une large mesure «un fait accompli» (par. 144) et que les auteurs des crimes commis contre les Croates semblent jouir d'une impunité presque totale (par. 145). Dans la ZPNU du secteur sud et dans les «zones roses», il ne reste plus que 1161 Croates de souche, alors qu'ils étaient au nombre de 44 000 dans la région en 1991. Exécutions, pillage et confiscation de matériel agricole y ont été signalées. Le même *rapport* fait état de disparitions forcées et de meurtres dans la ZPNU du secteur nord (par. 151-152).

Dans la ZPNU du secteur est, selon des chiffres tirés de recensements effectués en 1991 et en 1993, le pourcentage de Croates dans la population du secteur est passé de 46 % à 6 %, alors que le pourcentage de Serbes augmentait, passant de 36 % à environ

73 % (par. 157). Les membres des minorités sont souvent visés par des actes de violence et d'intimidation, parmi lesquels figurent les exécutions, les incendies criminels, les vols à main armée, les pillages, l'enrôlement forcé dans les forces armées et les sévices (par. 158). Toujours dans son rapport du 17 novembre 1993, le rapporteur spécial se dit préoccupé par le traitement discriminatoire dont sont victimes les Croates sur le plan des soins médicaux et de l'aide alimentaire (par. 159). Il dénonce aussi le «bombardement délibéré et systématique de cibles civiles dans les villes et villages croates» (par. 161).

Le rapporteur spécial ajoute que, selon des sources croates, entre avril 1992 et juillet 1993, les «bombardements serbes» ont fait «187 morts et 628 blessés parmi les civils», et qu'entre 1991 et avril 1993, environ 210 000 bâtiments, situés hors des ZPNU, ont été soit gravement endommagés soit détruits, principalement par des bombardements (par. 161). Certaines parties de la côte dalmate «ont été touchées plusieurs centaines de fois. Il y a eu de nombreux morts et blessés parmi les civils, et des bâtiments civils, notamment des écoles, des hôpitaux, des camps de réfugiés, ainsi que des maisons et des appartements, ont été

fortement endommagés» (par. 162). Des biens de caractère civil, des hôpitaux et des camps de réfugiés «qui n'étaient apparemment pas situés près d'un objectif militaire», ont néanmoins «été délibérément bombardés depuis des positions serbes à portée [visuelle] de tir des cibles» (par. 163). Le rapporteur spécial a reçu des informations selon lesquelles les forces croates ont elles aussi commencé à bombarder délibérément des zones civiles (par. 164). La violence engendre la violence.

2. Rapports d'enquête de la Commission d'Experts du Conseil de Sécurité des Nations Unies faisant état d'une campagne de destruction systématique (1993-1994).

La Commission d'Experts créée par la résolution 780 (1992) du 6 octobre 1992 du Conseil de Sécurité a commencé en novembre 1992 sa mission d'établissement des faits sur les crimes internationaux commis pendant la guerre en Croatie. Lorsqu'elle achève ses travaux, à la fin de mai 1994, elle a publié quatre rapports: un Rapport intérimaire daté du 10 février 1993, un Rapport sur une fosse commune près de Vukovar daté du 10 janvier 1993, un Deuxième rapport intérimaire daté du 6 octobre 1993 et

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

un Rapport final daté du 27 mai 1994. Chacun de ces rapports, et en particulier le dernier, fait état de la commission de graves violations du Droit International Humanitaire, du Droit International des Droits de l'Homme, du Droit International des Réfugiés et du Droit International Pénal pendant la guerre en Croatie. Il importe donc de passer en revue les conclusions tirées par la Commission d'Experts de son travail d'établissement des faits.

a) Premier rapport intérimaire (10 février 1993)

Dans la lettre par laquelle il transmet au président du Conseil de Sécurité le premier rapport intérimaire de la Commission d'Experts créée en vertu de la résolution 780 (1992), le Secrétaire Général de l'ONU, qui était alors Boutros Boutros-Ghali, a jugé bon d'attirer l'attention du Conseil sur un certain nombre de points, parmi lesquels celui-ci:

«Des violations graves et autres violations du droit international humanitaire ont été commises, y compris homicides volontaires, nettoyage ethnique et tueries massives, torture, viols, pillage et destruction de biens civils, destruction de biens culturels et religieux et arrestations arbitraires.»¹²⁹

Dans ce premier rapport intérimaire, la Commission d'experts — se guidant sur les instruments conventionnels pertinents¹³⁰ dans son activité d'établissement des faits — fait observer que l'expression «nettoyage ethnique» est relativement nouvelle, et que le nettoyage ethnique est «contraire au droit international» (par. 55). Elle ajoute:

«D'après les nombreux rapports décrivant la politique et les pratiques appliquées dans l'ex-Yougoslavie, le «nettoyage ethnique» se réalise par le meurtre, la torture, l'arrestation et la détention arbitraires, les exécutions extrajudiciaires, le viol et les violences sexuelles, le cantonnement de la population civile dans des ghettos, les déplacements, transferts et déportations de populations civiles contre leur gré, les attaques ou menaces d'attaques délibérées contre des civils dans des zones civiles et la destruction aveugle de biens. Ces pratiques constituent des crimes contre l'humanité et peuvent être assimilées à des crimes de guerre bien définis. Qui plus est, elles pourraient également relever de la Convention sur le génocide.» (Par. 56).

La Commission d'Experts rapporte ensuite que tout au long des diverses phases des conflits armés dans l'ex-Yougoslavie, il a été fait état «d'allégations selon lesquelles le viol et

d'autres formes de violence sexuelle se pratiqueraient de manière généralisée et systématique» (par. 58), ainsi que d'exécutions massives, de disparitions et de charniers pendant la guerre en Croatie (par. 62-63).

b) Rapport du 10 janvier 1993 sur un charnier proche de Vukovar

Le rapport suivant de la Commission d'Experts est centré sur un charnier découvert près de Vukovar. Une exécution massive a eu lieu à cet endroit et «les exécuteurs ont cherché à enterrer leurs victimes clandestinement» ; le charnier contenait environ 200 corps (point I). Ce charnier a été découvert par des membres de la police civile (UNCIVPOL) de la Force de protection des Nations Unies (FORPRO-NU) et une équipe internationale de médecins-légistes, au sud-est du village agricole d'Ovčara près de Vukovar. La Commission d'Experts déclare que «la découverte du site d'Ovčara est en cohérence avec les témoignages faisant état de la disparition d'environ 200 patients et personnels hospitaliers de l'hôpital de Vukovar pendant l'évacuation des patients croates de cet établissement le 20 novembre 1991» (point II).

Les soldats de la JNA (armée populaire yougoslave) et des miliciens serbes

faisaient monter sous les coups un groupe d'une vingtaine d'hommes dans un camion, puis les conduisaient au lieu d'exécution ; «environ toutes les quinze ou vingt minutes, le camion revenait vide et un autre groupe y était chargé» (point II). Ces hommes ont été exécutés en masse, puis leurs dépouilles (environ 200 corps) ont été jetées dans un charnier clandestin. La Commission d'experts réaffirme que «l'emplacement isolé de ce charnier donne à penser que les exécuteurs avaient l'intention d'enterrer leurs victimes clandestinement» (point III).

c) Deuxième rapport intérimaire (6 octobre 1993)

Dans son rapport suivant (document des Nations Unies S/26545), la Commission d'experts revient sur l'exécution massive au site du charnier d'Ovčara (par. 78). Au cours de ses missions d'établissement des faits, elle a constaté non seulement des massacres, mais encore des violations généralisées des droits de l'homme dans les centres de détention¹³¹, notamment des coups, tortures et autres formes de mauvais traitements physiques et psychologiques (par. 84-85). De surcroît, le nombre élevé de viols fait apparaître un «comportement généralisé» (330 viols déclarés) et un certain nombre d'éléments peuvent

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

donner à penser qu'il existe une «politique de viols systématiques»; l'un de ces éléments, poursuit la Commission d'experts

«est le fait que les actions militaires destinées à déplacer les populations civiles ont coïncidé avec le viol généralisé des mêmes populations. La participation de membres des mêmes unités militaires à des viols semble mettre en cause les officiers responsables, soit qu'ils en aient donné l'ordre, soit qu'ils se soient abstenus d'intervenir. À cet égard, la façon dont ce type de viol a été pratiqué dans de multiples endroits et en un laps de temps relativement court (essentiellement entre mai et décembre 1992) est aussi un élément important. Un autre élément est le fait que d'autres violations du droit international humanitaire dans une région donnée ont été commises simultanément dans les camps de prisonniers, sur le champ de bataille et dans les zones civiles des régions occupées.» (Par. 69).

Il existe un cadre général, qui est celui de la destruction, avec des massacres (dans la région de Vukovar), mauvais traitements des prisonniers, violences sexuelles systématiques, «nettoyage ethnique» et destruction de biens (par. 9-10). Les cas de «violations et d'actes de brutalité présumés» se comptent par milliers (par. 29), dont

les victimes se recrutent principalement dans la population civile (enlèvements, prises d'otages, expulsions sous la contrainte, détention, viols, torture, meurtres) (par. 32 et 35). Dans la zone de Vukovar, il y a eu l'enlèvement de civils et de membres du personnel de l'hôpital de Vukovar (environ 200 personnes), suivi par leur exécution et leur enterrement dans une fosse commune à Ovčara (par. 35 et 37). Plus qu'une guerre, c'est une campagne de dévastation.

d) Rapport final (27 mai 1994)

Dans son *rapport final*, la Commission d'experts dresse un tableau détaillé des atrocités commises contre les victimes appartenant aux populations ciblées. Le Secrétaire général Boutros Boutros-Ghali, dans sa lettre de transmission du rapport au Conseil de sécurité, évoque «des cas signalés de violations graves» du droit international humanitaire, «commises à grande échelle», et dont «l'exécution ... [a] été particulièrement cruelle et impitoyable». Il mentionne également «des conclusions [de la Commission] sur les crimes de «nettoyage ethnique», le génocide [et] les autres violations massives des préceptes imprescriptibles de la conscience» (ou principes élémentaires d'humanité).¹³² Il ajoute que le «nettoyage ethnique» et le viol

ainsi que les violences sexuelles «ont été pratiqués de façon tellement systématique par certaines des parties qu'il y a tout lieu d'y soupçonner le produit d'une politique». Et encore: «qu'il y ait eu politique peut également s'induire du fait que l'on a invariablement omis de prévenir la perpétration de ces crimes et de poursuivre et punir leurs auteurs».¹³³

Tout au long de son *rapport final*, la Commission d'experts expose ses conclusions sur les graves violations du droit international humanitaire,¹³⁴ principalement en Croatie et en Bosnie-Herzégovine (par. 45, 231, 253 et 311). Elle s'attache à déceler le *caractère systématique* des actes commis, pour établir s'ils relèvent d'une politique de persécution ou de discrimination (par. 84). A un certain moment, elle évoque la convention sur le génocide, qui, rappelle-t-elle, «été adoptée à des fins humanitaires et civilisatrices», dans le but de sauvegarder l'existence même de certains groupes humains et d'affirmer «les principes les plus élémentaires d'humanité» (par. 88). La Convention, ajoute encore la Commission, a un «caractère évolutif historique» (par. 89).

Les milices paramilitaires ont été largement mises à contribution pour commettre ces graves violations, ce

qui a entouré la chaîne de commandement (par. 114, 120-122 et 128) d'une confusion qui servait à masquer délibérément les responsabilités (par. 124). Le «nettoyage ethnique» (en vue d'édifier une Grande Serbie) est «une politique délibérée» visant à terroriser la population afin de faire disparaître d'une zone donnée certains groupes ethniques ou religieux ; elle est parfois motivée par une «volonté de revanche» (par. 130-131). Les zones concernées sont des «zones stratégiques qui relient la Serbie proprement dite aux territoires peuplés par des Serbes situés en Bosnie et en Croatie» (par. 133).

Les actes de violence visant à faire disparaître une certaine population civile de ces zones stratégiques sont perpétrés «avec une brutalité et une sauvagerie [extrêmes] destinées à terroriser les populations civiles» afin de les obliger à fuir et à ne jamais revenir. Ils consistent en massacres, torture, viols, mauvais traitements infligés aux prisonniers civils et aux prisonniers de guerre, utilisation de civils comme boucliers humains, meurtres sans discrimination, déplacements forcés, destruction de biens culturels, attaques contre des hôpitaux et autres établissements médicaux, incendie et démolition de maisons à l'explosif, destruction de biens (par. 134-137).

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

La Commission d'experts établit également la fréquence des bombardements (par. 188) et conclut qu'il y a eu «bombardement systématique d'objectifs précis» (par. 189). La politique de «nettoyage ethnique» et ses pratiques sont exécutées par des personnes appartenant à tous les secteurs de la population serbe: membres de l'armée, milices, forces spéciales, police et civils (par. 141-142),¹³⁵ comme en témoigne la destruction de la ville de Vukovar en 1991 (par. 45).

La Commission d'experts a mis en évidence le siège de Dubrovnik, qui était une ville ouverte: elle conclut que la destruction de biens culturels dans cette ville ne pouvait absolument pas se justifier par des «exigences militaires» (par. 289 et 293-294). La bataille de Dubrovnik était criminelle «d'un point de vue juridique» (par. 297) ; des attaques délibérées ont été dirigées contre des civils et des biens culturels (par. 299-300).

En ce qui concerne les camps de concentration, la Commission d'experts constate que les conditions de vie y étaient «effroyables», avec des exécutions collectives, des viols, de la torture, des meurtres, des passages à tabac et des déportations (par. 169-171). Les «actes les plus

inhumains» sont perpétrés dans ces camps par des gardes, des membres de la police ou des forces spéciales et d'autres personnes venues de l'extérieur à cette fin (par. 223). Ils sont accompagnés par «d'humiliation et la dégradation délibérée des détenus», qui sont «des pratiques quasi générales dans les camps» (par. 229-230, al. d)).

Les hommes considérés comme étant «d'âge militaire» - c'est-à-dire âgés de 16 ans ou moins à 60 ans - sont séparés des hommes plus âgés, des femmes et des enfants et transférés dans des camps plus vastes fortement gardés où les meurtres et les tortures brutales sont habituels (par. 230, al. i)). Dans tous les camps, les prisonniers sont victimes de «violences psychologiques et d'humiliations». L'hygiène est inexistante et des épidémies se déclarent rapidement. Les prisonniers sont soumis à un régime de famine; «des prisonniers malades ou blessés sont souvent enterrés vivants dans les fosses communes avec les cadavres de prisonniers tués» (par. 230, al. p)).

Passant à la pratique du viol, la Commission d'experts rappelle que ce crime est l'un de ceux qui sont le moins souvent dénoncés par les victimes, à la fois par peur de représailles, par manque de

confiance dans la justice et en raison de la flétrissure qui, pour la société, s'attache à la victime (par. 233-234). Les actes dont il est fait état dans les dépositions recueillies se situent entre l'automne 1991 et la fin de 1993 ; c'est d'avril à novembre 1992 que les viols ont été le plus fréquents (par. 237). Les cas de viol dénoncés appartiennent à cinq catégories: *a)* les viols commis par des individus agissant seuls ou en petits groupes comme moyen d'intimidation des groupes visés (par. 245) ; *b)* les viols liés à des combats dans la région et commis - parfois en public - par des individus agissant seuls ou en petits groupes (par. 246) ; *c)* les viols commis dans des camps, après que les hommes ont été tués, la femme violée étant parfois tuée ensuite (par. 247) ; *d)* les viols commis pour terroriser et humilier les victimes dans le cadre d'une politique de «nettoyage ethnique», les femmes enceintes restant prisonnières jusqu'à ce que la grossesse soit trop avancée pour un avortement (par. 248) ; et *e)* les viols commis par des soldats sur des prisonnières dans des hôtels ou locaux analogues transformés en bordels de campagne, et suivis plus souvent que dans les autres catégories par le meurtre des femmes ainsi violées (par. 249).

La Commission d'experts fait observer que ces viols, source de honte et d'humiliation, sont associés à «la volonté de chasser de la région le groupe ethnique qui en est victime» ; de plus, «les viols et sévices sont commis collectivement par des individus nombreux et sont répétés» (par. 250, al. *c)*) ; «tous les groupes qui s'opposent dans le conflit ont été accusés d'avoir commis des viols» (par. 251) ; les catégories de viol décrites plus haut «incite[nt] donc à conclure que le viol a été systématiquement encouragé dans certains endroits» et constituaient donc une politique de viol systématique (par. 253).

La Commission d'experts conclut que les pratiques de «nettoyage ethnique», les violences sexuelles et les viols sont systématiques et semblent constituer une politique (et notamment une politique par omission) (par. 313). On peut raisonnablement inférer «de la constance et de la persistance» de telles pratiques que ces graves violations du droit international humanitaire étaient connues (par. 314). La Commission d'experts admet avoir été «choquée» par «l'intensité des persécutions et la manière dont ces crimes ont été commis» (par. 319).

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

3. Répercussions de ces événements sur la deuxième Conférence Mondiale sur les Droits de l'Homme (1993)

Il n'est pas indifférent de rappeler que les événements des guerres des Balkans ont rapidement eu des répercussions sur la deuxième Conférence Mondiale sur les Droits de l'Homme qui s'est tenue à Vienne en juin 1993. Ayant participé à toutes les phases de cette Conférence, je me souviens parfaitement qu'il avait d'abord été décidé qu'aucun pays ne serait pointé du doigt, mais que deux exceptions ont bientôt été faites pour répondre à la situation des populations affectées par les conflits armés en cours dans l'ex-Yougoslavie¹³⁶ et en Angola.¹³⁷

C'est ainsi que des déclarations spéciales sur deux conflits ont été adoptées le 24 juin 1993. La première exprime la consternation suscitée par les événements de Bosnie-Herzégovine. Elle est accompagnée d'un «appel au Conseil de Sécurité au sujet de la Bosnie-Herzégovine», qui évoque plus particulièrement la situation à Gorazde. Le texte de la déclaration affirme que cette «tragédie» est «caractérisée par une agression serbe flagrante, par des violations sans précédent des droits de l'homme et par un génocide,

[et] est un affront à la conscience collective de l'humanité» (3^e alinéa du préambule). On y lit encore que:

«[La Conférence Mondiale] estime que la pratique du nettoyage ethnique résultant de l'agression serbe contre la population musulmane et croate de la République de Bosnie-Herzégovine constitue un génocide et une violation de la Convention pour la prévention et la répression du crime de génocide.»¹³⁸ (8^e alinéa du préambule.)

Bien que les faits qui ont attiré l'attention de la Conférence Mondiale de 1993 se soient déroulés en un lieu particulier du continent européen guère éloigné de Vienne (principalement à Gorazde), ils se produisaient aussi, et devaient continuer de se produire, dans d'autres régions de l'ex-Yougoslavie.

Les atrocités en cause faisaient partie intégrante d'une campagne de destruction générale et systématique (voir plus loin les sections VIII à X). Elles étaient commises selon un plan organisé ; la chaîne de commandement (le Conseil suprême de défense) et les auteurs de ces atrocités étaient les mêmes, et engageaient la responsabilité de l'Etat.

Le document final de la Conférence Mondiale - Déclaration et Programme d'Action de Vienne (1993) - a désigné clairement le problème dans le paragraphe suivant de la Déclaration:

«La Conférence Mondiale sur les Droits de l'Homme se déclare consternée par les violations massives des droits de l'homme, notamment celles qui prennent la forme de génocide, de «nettoyage ethnique» et de viol systématique des femmes en temps de guerre, violations qui sont à l'origine d'exodes massifs de réfugiés et de déplacements de personnes. Elle condamne énergiquement des pratiques aussi révoltantes et elle réitère la demande que les auteurs de tels crimes soient punis et qu'il soit immédiatement mis fin à ces pratiques.» (Partie I, par. 28).

De son côté, le Programme d'Action ajoute que:

«La conférence mondiale sur les droits de l'homme engage tous les Etats à prendre sur le champ, individuellement et collectivement, des mesures pour combattre le nettoyage ethnique afin d'y mettre rapidement un terme. Les victimes de cette pratique odieuse ont droit à des recours appropriés et efficaces.» (Partie II, par. 24).

4. Reconnaissance judiciaire des attaques généralisées et/ou systématiques contre la population civile croate - La jurisprudence du Tribunal Pénal International pour l'ex-Yougoslavie (TPIY)

À plusieurs reprises au cours de l'évolution de sa jurisprudence, le TPIY a commenté les atrocités commises pendant la guerre en Croatie (1991-1992), soulignant que ce qui s'était passé n'était pas simplement un conflit armé entre des forces armées opposées, mais la dévastation de villages et le massacre de leur population. Je renvoie par exemple, sur ce sujet, aux affaires *Babić* (2004), *Martić* (2007), *Mrkšić, Radić et Šljivančanin* (2007), *Stanišić et Simatović* (2013).

a) Affaire Milan Babić (2004)

Dans son jugement du 29 juin 2004 en l'affaire *Babić*, le TPIY a conclu que le régime¹³⁹ qui avait lancé les attaques armées depuis la Serbie s'était livré «à l'extermination ou au meurtre de centaines de civils croates et d'autres civils non serbes» (par. 15) sur environ un tiers du territoire de la Croatie dans le but «d'y créer un Etat dominé par les Serbes» (par. 8 et 16). Il importe de noter que le TPIY a ajouté ce qui suit:

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

«Ensuite, en collaboration avec les autorités locales serbes, les forces serbes ont institué un système de persécutions visant à chasser de ces territoires la population civile croate et les autres populations civiles non serbes. Ces persécutions, de nature politique, raciale ou religieuse, ont pris diverses formes: extermination ou meurtre de centaines de civils croates et d'autres civils non serbes à Duba, Cerovljanji, Baćin, Saborsko, Poljanak, Lipovača et dans les hameaux avoisinants, Škabrnja, Nadin et Bruška, en Croatie; emprisonnement et détention prolongés et systématiques de plusieurs centaines de civils croates et d'autres civils non serbes dans des conditions inhumaines, à l'ancien hôpital et à la caserne de la JNA à Knin, transformés en centres de détention; expulsion ou transfert forcé de milliers de civils croates et d'autres civils non serbes de la SAO de Krajina; et destruction délibérée de logements, d'autres biens publics et privés, d'institutions culturelles, de monuments historiques et de lieux de culte de la population croate et des autres populations non serbes à Dubiça, Cerovljani, Baćin, Saborsko, Poljanak, Lipovača et dans les hameaux avoisinants, Vaganac, Škabrnja, Nadin et Bruška» (par. 15).

Sur la base de l'exposé des faits et des autres éléments de preuve qui lui ont été présentés en l'affaire *Babić*, le

TPIY s'est déclaré convaincu que la réalisation de l'entreprise criminelle commune en cause «impliquait une attaque généralisée ou systématique dirigée contre [la] population civile» et que cette entreprise criminelle avait été «exécutée avec une volonté de discriminer pour des raisons politiques, raciales ou religieuses» (par. 35).

b) Affaire Martić (2007)

De même, dans son jugement du 12 juin 2007 en l'affaire *Martić*, le TPIY a conclu que «des attaques généralisées et systématiques ont été dirigées contre la population civile croate» (par. 352) par la JNA, les unités de défense territoriale, la police serbe et les milices paramilitaires serbes opérant de concert ; que des «crimes graves et généralisés» ont été commis au cours de ces attaques (par. 443) pour atteindre «l'objectif poursuivi, à savoir la création d'un Etat serbe» (par. 342). Le TPIY a également conclu qu'il ressortait «des éléments de preuve que, en 1991, des Croates ont été tués, dépouillés de leurs biens, que leurs maisons ont été incendiées, que des villes et des villages croates ont été détruits, y compris les églises et édifices religieux, et que des Croates ont été arbitrairement licenciés» (par. 324). Ces attaques se sont poursuivies en 1992.¹⁴⁰

Le TPIY a encore constaté que «la JNA, intervenant de concert avec la TO [unités de défense territoriale] et la milice de Krajina, a lancé de nombreuses attaques contre les villages peuplés majoritairement de Croates» (par. 344) et que «ces attaques suivaient généralement le même scénario, à savoir que les Croates étaient tués ou chassés» (par. 443). De plus, ajoute le TPIY, des centaines de civils croates ont été capturés et mis en détention, et «des sévices graves leur ont été infligés» (par. 349). Le TPIY conclut aussi que «des actes de violence et d'intimidation généralisés ainsi que des atteintes à la propriété privée et publique visant la population croate, notamment l'emprisonnement dans des centres de détention administrés par les forces du MUP [police de la Serbie] de la SAO [région autonome serbe] de Krajina et de la JNA» ont été commis à la suite des attaques précitées (par. 443).

À la fin de l'été 1991, ajoute le TPIY, «la JNA s'est engagée activement en Croatie aux côtés de la SAO de Krajina» (par. 330). Après avoir rappelé les persécutions, les déplacements forcés, les déportations et les transferts sous la contrainte que la population civile croate a subis, le TPIY dit qu'il

apparaît que «des Croates ont été tués par les forces serbes dans plusieurs localités de la SAO de Krajina en 1991» (par. 426). Pour résumer:

«les attaques se déroulaient, de manière générale, suivant le même scénario... Des unités de l'armée de terre entraient dans le secteur ou le village en question à la suite d'un bombardement. Une fois que les combats avaient cessé, les assaillants tuaient ou maltrahaient les civils non serbes qui n'avaient pas réussi à fuir pendant l'attaque. Ils détruisaient les maisons, les églises et d'autres bâtiments pour empêcher le retour des non-Serbes, se livrant en même temps à un pillage systématique. En outre, les non-Serbes étaient pris dans des rafles et incarcérés...» (Par. 427).

De plus, le TPIY a évoqué les rapports de coopération entre la Serbie et Milan Martić, qui était le troisième président de la soi-disant «République serbe de la Krajina (RSK)», ainsi que les demandes d'assistance de Martić à la Serbie; il a notamment rappelé que «[t]out au long des années 1992, 1993 et 1994, les dirigeants de la RSK, et notamment Milan Martić, ont maintes fois demandé le soutien financier, logistique et militaire de la Serbie, parfois directement à Slobodan Milošević»

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

(par. 159). En ce qui concerne l'objectif politique des dirigeants serbes, il a conclu que:

«Le président de la Serbie, Slobodan Milošević, ... avait l'intention secrète de créer un Etat serbe. Milan Babić a déclaré que Slobodan Milošević entendait le faire en créant une force paramilitaire et en provoquant des incidents qui permettraient à la JNA d'intervenir, dans un premier temps pour séparer les belligérants, mais à terme pour s'emparer des territoires qui constitueraient le futur Etat serbe» (par. 329).

En ce qui concerne la période allant de 1991 à 1995, le TPIY déclare qu'il «dispose de nombreux éléments de preuve montrant que des actes de violence et d'intimidation généralisés ont été commis contre la population non serbe...» (par. 430). Il conclut, entre autres, que «des attaques généralisées et systématiques ont été dirigées contre la population civile croate et non serbe» de Croatie pendant cette période, nonobstant la présence de forces croates dans certains secteurs (par. 349-352).

c) Affaire Mrkšić, Radić et Šljivančanin (2007)

Dans son jugement du 27 septembre 2007 en l'affaire *Mrkšić, Radić et Šljivančanin*, le TPIY a formulé plusieurs conclusions importantes sur le fait que «la JNA avait la maîtrise totale des opérations militaires» et exerçait un contrôle effectif sur les unités de la TO (défense du territoire) et de paramilitaires (par. 89). Au sujet des «dévastations commises à Vukovar pendant les combats militaires prolongés de 1991» (par. 8), il décrit notamment comment

«dans la soirée du 20 novembre et dans la nuit du 21 novembre 1991, les prisonniers de guerre ont été emmenés, par groupes de 10 ou 20, du hangar d'Ončara à l'emplacement où une grande fosse avait été creusée plus tôt dans l'après-midi. Là, des membres de la TO de Vukovar et des paramilitaires ont exécuté au moins 194 prisonniers de guerre. Les exécutions ont commencé après 21 heures et se sont poursuivies jusqu'à bien après minuit. Les corps ont été jetés dans la fosse et n'ont été découverts que plusieurs années plus tard» (Par. 252).

Dans ce même jugement, il a fait d'importantes constatations sur l'attaque générale et systématique dirigée

contre la population civile de Vukovar. Il a notamment constaté que, du 23 août 1991 au 18 novembre 1991,

Dans ce jugement du 27 septembre 2007 en l'affaire *Mrkšić, Radić et Šljivančanin*, le TPIY constate encore que:

«la ville de Vukovar et ses environs ont, du 23 août au 18 novembre 1991, été de plus en plus la cible de bombardements et d'autres tirs qui ont fini par être quasi quotidiens. Les dégâts ont été terribles (...). Les importantes forces serbes, principalement formées de troupes bien armées et équipées, disposaient d'une supériorité numérique écrasante sur les forces croates. La ville de Vukovar a été encerclée et assiégée par les forces serbes, y compris par des forces aériennes et navales, jusqu'à la capitulation des forces croates le 18 novembre 1991. Début novembre, de la plupart des maisons situées le long de la route reliant Vukovar à Mitnica, il ne restait que les caves. Toute la ville de Vukovar était privée de services de base. L'approvisionnement en eau et en électricité était coupé et le système d'évacuation des eaux usées défaillant. Les biens de caractère civil ont subi des dommages considérables. Le 18 novembre 1991, Vukovar offrait un spectacle de désolation. Ceux qui étaient restés avaient été contraints de se retrancher dans les caves, des abris ou en d'autres endroits du même genre.»¹⁴¹ (Par. 465).

«La bataille de Vukovar a fait de nombreux morts et blessés, tant du côté des combattants que des civils. On ignore le nombre exact de blessés pris en charge à Vukovar par les services croates dans la mesure où les centres de soins improvisés qui travaillaient dans des conditions extrêmement difficiles ne pouvaient se permettre le luxe de tenir un décompte précis. Rien ne permet de connaître le nombre de victimes du côté des forces serbes. La plupart des blessés étaient accueillis dans ce qui restait de l'hôpital de Vukovar et d'une infirmerie secondaire installée dans la cave d'un entrepôt tout proche, mais il existait d'autres centres de soins dans le secteur de Vukovar (...). Parmi les blessés figuraient des civils, y compris des femmes et des enfants. Aucun décompte précis n'ayant été tenu dans ces circonstances, la Chambre considère qu'on peut raisonnablement estimer que les civils représentaient 60 à 75 % des blessés. Il ressort d'un rapport adressé à Zagreb par le directeur des services médicaux le 25 octobre 1991 que 1250 blessés avaient été admis depuis le 25 août, et que 300 victimes étaient décédées à leur arrivée» (par. 468).

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

Et le TPIY a ajouté l'important commentaire qui suit:

«Il ne fait aucun doute que les forces serbes dirigeaient en partie leurs attaques contre Vukovar (...). [L]'attaque serbe était consciemment et délibérément dirigée contre la ville et sa malheureuse population civile, prise au piège par le siège de Vukovar et des alentours par les forces serbes et contrainte de se réfugier dans les caves et autres constructions souterraines qui avaient résisté aux bombardements et aux assauts. Selon la Chambre, il ne s'agissait pas d'un simple conflit armé entre une force militaire et des forces adverses qui aurait fait des victimes civiles et causé certains dommages matériels. Une vue d'ensemble des événements révèle l'existence d'une attaque par les forces serbes numériquement bien supérieures, bien armées, bien équipées et bien organisées, qui ont lentement et systématiquement détruit une ville et ses occupants civils et militaires jusqu'à la reddition complète des derniers survivants. L'idée a été émise devant la Chambre que les forces serbes ne faisaient que libérer les habitants serbes assiégés qui étaient opprimés par les Croates et victimes de discriminations de leur part, mais c'est là une déformation grossière des faits tels qu'ils ont été établis par les éléments de preuve considérés sans parti pris»¹⁴² (par. 470).

d) Affaire Stanišić et Simatović (2013)

Plus tard, dans son jugement du 30 mai 2013 en l'affaire *Stanišić et Simatović*, le TPIY a conclu que d'avril 1991 à avril 1992, entre 80 000 et 100 000 Croates et autres civils non serbes avaient fui la SAO (région autonome serbe) de Krajina en raison de la situation dans cette région au moment de leur départ résultant des facteurs suivants:

«les attaques contre des villages et villes peuplés exclusivement ou largement de Croates ; le meurtre, l'utilisation de boucliers humains, la détention, les sévices, le travail forcé, les violences sexuelles et d'autres formes de harcèlement (dont des mesures coercitives) visant les Croates ; le pillage et la destruction de biens. Ces actes ont été commis par les autorités serbes locales et les membres et unités de la JNA (dont les réservistes), la TO de la SAO de Krajina, la police de la SAO de Krajina (dont la police de Martić) et des formations paramilitaires serbes, ainsi que par des Serbes locaux, comme il est dit dans les conclusions tirées par la Chambre de première instance...» (Par. 404 et 997).

Le TPIY a souligné que «des actes de harcèlement et d'intimidation» dont la population croate a été l'objet ont été commis «sur une grande échelle»:

«Des Croates ont été tués en 1991, leurs biens volés et leurs maisons incendiées, des villages et des villes croates, y compris des églises et des édifices religieux, ont été détruits et des Croates ont été arbitrairement démis de leurs fonctions. Pendant l'année 1992, les meurtres, le harcèlement, les vols qualifiés, les sévices, l'incendie de maisons, les vols et la destruction d'églises se sont poursuivis ... et ont visé la population non serbe. Pendant toute l'année 1993, d'autres informations ont fait état de meurtres, d'intimidations et de vols.» (Par. 153).

Il y a eu aussi des cas de déportation et de transfert de groupes de personnes sous la contrainte (par. 996-1054); le TPIY ici encore a conclu que les forces serbes «ont expulsé et transféré de force des milliers de Croates»; dans ce cas, «[l]es personnes avaient été déplacées contre leur gré ou sans avoir eu véritablement le choix», car

«[L]es forces serbes avaient créé un climat tel que les victimes n'avaient d'autre choix que de partir, notamment en attaquant des villages et des villes, en procédant à des détentions arbitraires, en commettant des meurtres et en infligeant des mauvais traitements. Ces conditions ont été maintenues pendant des jours ou des semaines, parfois des mois, avant le

départ de la population. La Chambre de première instance a également conclu que le meurtre, l'expulsion et le transfert forcé constituaient aussi des actes sous-jacents aux persécutions» (Par. 970).

Le TPIY ajoute que «des personnes visées étaient principalement des civils» (par. 971). Il conclut que «les conditions voulant que l'«attaque» soit «généralisée» et vise une «population civile» sont réunies» (par. 971). Les crimes retenus ont été commis au cours d'attaques armées généralisées contre la population civile non serbe, contre des villages non serbes non défendus, et accompagnés par l'exécution systématique de civils non serbes et par la destruction de mosquées, d'églises et de maisons appartenant à des non-Serbes et d'autres cibles à caractère civil (par. 969-970). Ces attaques, toujours selon les conclusions du TPIY, s'inscrivaient dans le cadre d'une campagne de destruction dirigée «contre la population civile», et «les auteurs [desdites attaques] savaient» que leurs actes s'inscrivaient dans ce cadre (par. 972). Dans cette campagne de destruction généralisée et systématique, toutes les attaques de ce genre étaient délibérées et intentionnelles, comme l'atteste la jurisprudence du TPIY (voir plus haut).

**Antônio Augusto
Cançado Trindade**

**La Responsabilité de L'État Sous
la Convention contre le Génocide**

X. Campagne de destruction générale et systématique: meurtres de masse, torture et sévices physiques, expulsion systématique des logements et exode massif, et destruction de la culture du groupe

L'examen de l'ensemble du contexte factuel de l'espèce fait apparaître l'existence d'une campagne de destruction générale et systématique mise en œuvre dans les villages sur lesquels l'attention de la Cour a été appelée dans le cadre de la présente procédure. Cette campagne de destruction, comme il sera montré ci-après, comportait des meurtres de masse, des actes de torture et des sévices physiques, l'expulsion systématique des logements et un exode massif, et la destruction de la culture du groupe. Après avoir examiné et évalué la question de savoir si ces crimes sont établis, je passerai à d'autres faits¹⁴³ commis dans le cadre de cette campagne de destruction générale et systématique dans les villages attaqués en Croatie.

1. Attaques sans discrimination contre la population civile

Dans le contexte factuel de la présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide (Croatie*

c. Serbie), la question de savoir si la population attaquée était intégralement ou principalement composée de civils ne soulève aucune question de compétence, car le crime de génocide peut être commis contre n'importe quel individu, qu'il soit civil ou combattant. Dans d'autres contextes, le TPIY (chambres de première instance), qui devait tenir compte aussi des conditions nécessaires pour établir des crimes contre l'humanité et des crimes de guerre, a clarifié le sens à donner à la «population civile»: dans tous les cas, il a adopté une définition large, incluant notamment les personnes qui commettent des actes de résistance.¹⁴⁴

En outre, dans le cas d'espèce, la présence de forces et de formations armées croates ne saurait être invoquée pour déformer la réalité. Les événements de Vukovar sont un exemple de ce qui s'est probablement passé dans d'autres municipalités attaquées en Croatie. Comme l'a dit le TPIY dans le jugement *Mrkšić, Radić et Šljivančadinin* («Hôpital de Vukovar», en date du 27 septembre 2007), il y avait une «très forte disparité numérique» entre les forces serbes et croates engagées dans la bataille de Vukovar (par. 470).

Selon le TPIY, l'attaque menée par des «forces serbes numériquement

bien supérieures» contre des «forces croates qui étaient relativement peu nombreuses, très pauvrement armées et mal organisées», qui a entraîné des «destructions ... à Vukovar et aux abords immédiats» était «consciemment et délibérément dirigée contre la ville et sa malheureuse population civile, ... contrainte de se réfugier dans les caves et autres constructions souterraines qui avaient résisté aux bombardements et aux assauts» (par. 470).

J'ai déjà dit, dans le présent exposé, que le TPIY avait conclu à des attaques générales et systématiques menées par les forces serbes contre la population civile croate.¹⁴⁵ En sus des passages déjà cités de son jugement du 27 septembre 2007 en l'affaire *Mrkšić, Radić et Šljivančanin*, qu'il me soit permis de rappeler ici que, dans le même jugement, le TPIY a dit que «[l]e sort terrible réservé à la ville de Vukovar et à ses habitants s'inscrivait dans le cadre d'une attaque généralisée dirigée contre les peuples non-serbes de Croatie et les régions où ces derniers étaient majoritaires» (par. 471).

Le TPIY a ajouté que, à son avis, «les éléments de preuve montr[ai]ent dans l'ensemble que la punition terrible [avait été] infligée à Vukovar

et à la population civile de la ville et des environs» parce qu'elle n'avait pas accepté «le Gouvernement fédéral de Belgrade contrôlé par les Serbes» et parce que la Croatie avait proclamé son indépendance (par. 471). Il a ensuite indiqué ce qui suit:

«Selon la Chambre, il ne s'agissait pas d'un simple conflit armé entre une force militaire et des forces adverses qui aurait fait des victimes civiles et causé certains dommages matériels. Une vue d'ensemble des événements révèle l'existence d'une attaque par les forces serbes numériquement bien supérieures, bien armées, bien équipées et bien organisées, qui ont lentement et systématiquement détruit une ville et ses occupants civils et militaires jusqu'à la reddition complète des derniers survivants. L'idée a été émise devant la Chambre que les forces serbes ne faisaient que libérer les habitants serbes assiégés qui étaient opprimés par les Croates et victimes de discriminations de leur part, mais c'est là une déformation grossière des faits tels qu'ils ont été établis par les éléments de preuve considérés sans parti pris» (par. 470 et 471).

Dans son jugement en l'affaire *Mrkšić, Radić et Šljivančanin* («Hôpital de Vukovar»), le TPIY a conclu que, à l'époque des faits

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

«il existait non seulement une opération militaire menée contre les forces croates présentes à Vukovar et alentour, mais aussi une attaque généralisée et systématique dirigée par la JNA et d'autres forces serbes contre la population civile croate et d'autres civils non-serbes dans le secteur de Vukovar. Les dommages importants causés aux infrastructures et aux biens de caractère civil, le nombre de civils tués ou blessés durant les opérations militaires et le grand nombre de civils déplacés ou contraints de prendre la fuite montre clairement qu'il s'agissait d'une attaque indiscriminée contraire au droit international. Dirigée en partie délibérément contre la population civile, cette attaque était illicite. Le nombre de villages endommagés ou détruits à proximité immédiate de Vukovar, l'étendue de la zone concernée, ainsi que les dommages causés à la ville de Vukovar elle-même, témoignent d'une attaque généralisée. Le caractère systématique de l'attaque est aussi mis en évidence par la tactique adoptée par la JNA pour s'emparer de chaque village ou ville et les dommages causés ainsi que par le déplacement forcé des habitants rescapés des attaques lancées contre leurs villages.» (par. 472.)¹⁴⁶

En effet, lorsqu'il a eu à connaître de différentes affaires se rapportant au conflit en Croatie, le TPIY a constaté l'existence d'un ensemble de violences

extrêmes générales et systématiques, prenant pour cible la population civile. Le dossier de la présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide* contient des éléments qui mettent en évidence l'existence d'une telle campagne, planifiée et préméditée. L'extrême violence est allée bien au-delà de l'établissement d'une hégémonie militaire et administrative: il s'agissait de massacres, de torture brutale et de sévices physiques infligés à des civils croates et de l'expulsion par la force des habitants des localités qui étaient encore là. Ceux-ci ont été forcés à signer des documents attestant qu'ils consentaient «volontairement» à laisser tous leurs biens à la «SAO de Krajina». En outre, l'artillerie serbe a été utilisée pour détruire toutes les traces de l'architecture, de la culture et de la religion croates.¹⁴⁷

Ces attaques aveugles contre la population civile en Croatie constituaient une campagne d'extrême violence et de destruction, selon le mode opératoire suivant: a) tout d'abord, avant l'occupation d'un village, la JNA adressait un ultimatum aux habitants croates pour les appeler à déposer leurs armes sous peine de voir leur localité rasée; dans le même temps, on leur promettait qu'aucun mal ne serait fait aux civils croates s'ils n'opposaient pas de résistance

armée; *b*) l'artillerie de la JNA lançait alors l'attaque, suivie de l'infanterie épaulée par des groupes paramilitaires serbes ; *c*) enfin, une fois le village occupé, une campagne de terreur était lancée afin d'empêcher, physiquement ou psychologiquement, les Croates de continuer à vivre sur place.

Même lorsque le village n'était pas entièrement détruit, par exemple à Poljanak, des crimes graves étaient commis, comme le TPIY l'a reconnu dans l'affaire *Martić*. Pourtant, ces crimes graves n'ont pas été mentionnés en détail dans le présent arrêt, ni au sujet de ce village, ni d'autres. En ce qui concerne Poljanak, il y a eu aussi des témoignages de meurtres ; ainsi, B.V. a déclaré que sa famille avait été tuée et qu'il avait été roué de coups, que des Tchetniks fouillaient des maisons du village et les incendiaient, et qu'ils arrêtaient des gens; il a aussi été témoin de meurtres.¹⁴⁸ Un autre témoin, M. V., a trouvé deux victimes mortes, la boîte crânienne brisée et la cervelle éparpillée.¹⁴⁹

Comme pour Saborsko, il importe de relever que la Serbie a reconnu que le TPIY, dans le jugement *Martić*, «a[vait] confirmé les meurtres commis à Poljanak et dans le hameau Vuković».¹⁵⁰ Selon des témoignages, des maisons avaient aussi été brûlées à Poljanak.

M. L. a déclaré que des prisonniers étaient enfermés dans une pièce dans le camp de Manjača, où «on ne leur a[vait] pas donné à manger ni à boire pendant quatre ou cinq jours, alors qu'ils étaient interrogés inlassablement, et ils [avaient] été battus et molestés».¹⁵¹ B. V. a témoigné que des Tchetniks avaient fouillé et incendié des maisons à Poljanak et avaient arrêté des gens.¹⁵²

2. Meurtres de masse

Pendant la phase finale des attaques menées par les forces armées serbes, une fois qu'un village était pris, une campagne de terreur était lancée, suivie d'exécutions massives et aveugles de civils croates. Le reste de la population croate, souvent réduit, était soumis à diverses formes de loi martiale, à l'emprisonnement, à l'exil forcé ou à la déportation dans les camps; dans certains villages, les Croates ont été contraints à porter un ruban blanc en brassard sur la manche de leur vêtement ou à accrocher un drapeau blanc sur la porte de leur maison.¹⁵³ Pendant l'occupation, nombre d'entre eux ont fui vers les villes voisines qui n'étaient pas encore tombées, et certains ont été tués dans des embuscades tendues par des unités paramilitaires serbes.

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

Dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2007 en l'affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide (Bosnie-Herzégovine c. Serbie-et-Monténégro)*, la Cour a observé ce qui suit, à propos de l'existence d'une campagne systématique de destruction:

«Il n'est pas nécessaire d'examiner séparément chacun des incidents que le demandeur a rapportés, ni de dresser une liste exhaustive des allégations ; la Cour estime qu'il suffit d'examiner les faits qui éclaireraient la question de l'intention ou fourniraient des exemples d'actes dont le demandeur prétend qu'ils ont été commis à l'encontre de membres du groupe et qui revêtiraient un caractère systématique dont pourrait se déduire l'existence d'une intention spécifique (dolus specialis)» (Par. 242).

Compte tenu de cette observation, je n'entends pas - d'autant qu'il n'est nécessaire de le faire dans le présent exposé - procéder à une analyse approfondie de crimes particuliers, la Cour n'étant de toute façon pas une juridiction pénale internationale. Il m'importe davantage de vérifier l'existence d'une campagne de destruction générale et systématique révélée par ces crimes dans tous les villages attaqués sur lesquels l'attention de la Cour a été appelée. De nombreux crimes mettant en évidence cette campagne

de destruction ont été décrits par des témoins et d'autres ont été constatés par le TPIY, comme je le montre tout au long du présent exposé.

En effet, le dossier en l'espèce montre que des actes criminels ont été commis dans les différentes régions occupées par les forces serbes. Dans la région de la Slavonie orientale, par exemple, les villes et villages suivants sont mentionnés: Tenja, Dalj, Berak, Bogdanovci, Šarengrad, Ilok, Tompojevci, Bapska, Tovarnik, Sotin, Lovas, Tordinci et Vukovar.¹⁵⁴ Les actes illicites, attestant une campagne de destruction systématique, qui ont été commis en Slavonie orientale ont ensuite été commis en Slavonie occidentale, dans la Banovina, le Kordun, la Lika et la Dalmatie.¹⁵⁵

Les premiers villages et populations civiles attaqués ont été ceux de Dalj, Erdut et Aljmaš, au début du mois d'août 1991. Entre le 28 septembre et le 17 octobre 1991, les villages de Sotin, Ilok, Šarengrad, Lovas, Bapska et Tovarnik ont été pris par la JNA et les groupes paramilitaires serbes. Des meurtres ont été commis dans le cadre d'une campagne de brutalités systématiques - par exemple, des familles entières ont été massacrées, et des meurtres commis au hasard

pour forcer les Croates à fuir;¹⁵⁶ la campagne a atteint son paroxysme lors du massacre de Vukovar (à partir du 18 novembre 1991).¹⁵⁷

Plusieurs charniers ont été découverts (par exemple, dans la Banovina, le Kordun et la Lika) à Tenja, Dalj, Ilok, Sotin, Lovas, Tordinci, Ovčara, Vukovar, Pakrac, Lađevac, et Škabrnja ; l'identité des victimes et leur lieu d'origine étaient à peine indiqués, quand ils l'étaient.¹⁵⁸ La Croatie a souligné que, au moment du dépôt de son mémoire (mars 2001), 61 charniers avaient été découverts en Slavonie orientale. Nombre des charniers découverts par la suite n'avaient servi que de sépulture provisoire ; la JNA a fréquemment déterré les corps pour les transférer dans d'autres parties du territoire occupé ou en Serbie.¹⁵⁹

De son côté, la Serbie a contesté les éléments de preuve présentés par la Croatie;¹⁶⁰ elle a soutenu que les meurtres de Croates par les forces serbes n'étaient pas destinés à détruire ce groupe, et n'étaient donc pas constitutifs de génocide; à l'inverse, a-t-elle ajouté, les meurtres de Serbes par les forces croates avaient été commis, selon elle, dans l'intention de détruire le groupe comme tel.¹⁶¹

La Croatie a répondu que la Serbie n'avait pas nié que des Croates avaient été soumis à la torture et à de graves atteintes à leur intégrité physique ou mentale, de manière systématique.¹⁶²

La Serbie, de son côté, n'a pas contesté que des atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale avaient été causées à des Croates par les forces serbes au cours de la guerre en Croatie entre 1991 et 1995, mais elle a fait valoir que les forces croates avaient aussi causé des atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale de Serbes.¹⁶³

L'ouvrage *A Book of Evidence* joint par la Croatie au dossier de la présente espèce, intitulé *Mass Killing and Genocide in Croatia 1991/92*,¹⁶⁴ recense quatre phases dans la guerre en Croatie, du point de vue «des victimes civiles et de la destruction de villages et de villes croates», à savoir:

«Dans la première phase (juillet-août 1991), les troupes paramilitaires serbes armées par la JNA jouaient le rôle principal. Avec l'aide de la JNA, elles attaquaient des villages croates complètement désarmés, en particulier aux alentours de Banija et dans les environs de Knin. A cette époque, la JNA prétendait encore mettre en place des zones tampons entre les «deux parties en conflit». Cependant, les exemples de

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

Dalj, Kraljevacani, Dragotinci et Kijevo montrent clairement le rôle actif qu'a joué la JNA qui utilisait des chars et l'aviation pour détruire des bâtiments résidentiels, alors même qu'il n'y avait pas de forces de la Police croate (MUP) ou de la Garde nationale (CNZ).

Dans la deuxième phase de la guerre (septembre 1991), la JNA a entrepris de conquérir des régions plus vastes de Croatie, et elle a pris Kostajnica, Dubica, Petrinja, Drniš, Jasenovac, Okučani et Stara Gradiska. C'est la phase pendant laquelle l'armée croate n'avait pas l'artillerie lourde nécessaire, de sorte qu'elle ne pouvait même pas neutraliser l'agresseur. Cela a donné lieu à un certain nombre de défaites croates, qui ont eu pour conséquence des masses de réfugiés et de personnes déplacées venant de la Banija, de la Dalmacija et pour partie de la Slavonie. La troisième phase s'est déroulée au cours des mois d'octobre et de novembre 1991, lorsque la JNA s'est livrée à une guerre intensive totale en ayant recours à l'aviation, à l'artillerie lourde et à des unités blindées sur la ligne de la frontière de la Grande Serbie Virovitica-Karlovac-Karlobag. La ligne de front établie a rendu possible la stabilisation de la défense.

Pourtant, l'artillerie lourde de la JNA a provoqué d'énormes destructions dans

les villes croates, y compris les villes du bord de mer qui étaient coupées du reste du monde. Pendant cette période, d'importantes villes croates, comme Vukovar, Slunj ou Dubrovnik, ont été encerclées et ont subi de lourds dommages, voire ont été rasées. (...) La quatrième phase de la guerre, qui est aussi la dernière, commence après le cessez-le-feu du 3 janvier 1992. Pendant le mois d'avril 1992, il y a eu une recrudescence terrible des attaques d'artillerie contre plusieurs cibles civiles, en particulier Osijek, Vinkovci, Slavonski Brod, Županja, Karlovac, Zadar, Gospić et Nova Gradiška. Pendant cette phase, ce sont les civils, qui n'étaient pas préparés à des attaques d'artillerie, qui ont été particulièrement visés. Une nouvelle vague de réfugiés s'est formée. Il restait encore des membres de la population menacée dans les territoires occupés. Ils ont été chassés de leurs logements avant que les forces de l'ONU n'arrivent.»¹⁶⁵

Ce document distingue, dans la première phase de l'offensive, la destruction des logements, forçant les habitants à fuir pour ne pas être tués ou victimes de brutalités. Les résidents non armés des villages attaqués ont été déplacés de force et leurs logements détruits ou pillés ; ils sont partis vers des régions plus centrales et plus sûres de la Croatie. Dans la deuxième phase, la

JNA a lancé de féroces attaques armées, appuyées par l'artillerie et des avions de combat, contre de nombreux villages et villes (par exemple Vukovar, Osijek, Vinkovci, Sisak, Karlovac, Pakrac, Lipik, Gospić, Otočac, Zadar, Šibenik, Dubrovnik, Petrinja, Nova Gradiška ou Novska), accompagnées de massacres de civils. Il est précisé ce qui suit:

*«Nombre de femmes, d'enfants et de personnes âgées ont perdu la vie de cette manière, parce que des milliers de résidences privées et de bâtiments publics ont été totalement détruits. Les civils mourraient chez eux, dans les écoles, les jardins d'enfants, les églises, les hôpitaux, dans leur ferme, alors qu'ils marchaient dans les rues, allaient à bicyclette ou conduisaient leur voiture. En bref, personne n'était en sécurité nulle part et il n'y avait littéralement pas d'endroit où se protéger des pilonnages et des bombardements».*¹⁶⁶

La destruction systématique de logements par des tirs à bout portant a été opérée à grande échelle, notamment à Vukovar, Osijek, Petrinja, Vinkovci et Gospić. Après que les chars avaient tiré sur les résidences privées, «d'abord sur les étages supérieurs, puis sur le rez-de-chaussée ..., des grenades à main étaient lancées dans le sous-sol où les propriétaires ou les résidents a[vaient] cherché refuge».¹⁶⁷ Nombre

des corps étaient laissés là où ils étaient tombés, et après un certain temps ne pouvaient plus être récupérés (en particulier dans la Banija, le Kordun, la Lika, et en Slavonie orientale, ainsi que dans l'arrière-pays à Zadar et Šibenik, et à Dubrovnik). Des massacres de civils ont eu lieu (par exemple, à Voćin et Hum près de Podravska Slatina, à Obrovac, Benkovac, Knin, Škabrnja et Nadin) dans le «cadre d'un génocide planifié» dans les territoires occupés.¹⁶⁸

Les pertes civiles - dont des enfants, des femmes et des personnes âgées - avaient pour «principale cause» «des tirs aveugles et nourris d'artillerie visant des objectifs strictement civils».¹⁶⁹ Des personnes ont aussi été «portées disparues» - quelque 8000 à 12 000, selon le document. Le Comité international de la Croix-Rouge (CICR) a participé à leur recherche. En outre, des «écoles, hôpitaux, bibliothèques, monuments et surtout des églises catholiques, cibles privilégiées de l'artillerie de la JNA» ont été détruits systématiquement.¹⁷⁰ Des bibliothèques, par exemple, ont été détruites partout, pour le seul plaisir de la destruction, pendant les guerres sur le territoire de l'ex-Yougoslavie - lors des attaques menées en Croatie, mais aussi en Bosnie-Herzégovine et au Kosovo,¹⁷¹ au détriment des populations concernées.

3. Actes de torture et sévices physiques

Le dossier de la présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide* abonde en témoignages d'actes de torture et de sévices physiques infligés à des civils lorsque l'Etat défendeur a lancé son offensive militaire, et même avant. Le mémoire du demandeur, en particulier, regorge de témoignages faisant état de travail forcé, d'actes de torture et de sévices physiques (à Dalj, Berak, Bagejci, Bapska, Lovas, Tordin-ci, Vukovar, Vaganac, Kijevo, Vujići, Tovarnik et Knin);¹⁷² d'extrême violence et de torture psychologique (à Sotin, Josevica, Lipovača et Šarengrad);¹⁷³ d'enlèvements et de disparitions forcées (à Pakrac);¹⁷⁴ d'utilisation de civils comme «boucliers humains» pour «protéger» les forces armées serbes (à Bapska et Četekovac),¹⁷⁵ entre autres atrocités (à Kusunje, Podravska Slatina, Kraljevcani, Tovarnik, Joševica).¹⁷⁶

En outre, à Poljanak, des cas de torture et de sévices physiques ont également été rapportés. Selon M.L., à Pâques 1991 des groupes de Tchetniks avaient tendu une embuscade aux employés du ministère de l'intérieur, et il y avait eu un affrontement armé au cours duquel des gens ont été tués. Au dire du témoin, des prisonniers avaient été

enfermés dans une pièce dans le camp de «Manjača, où on ne leur a pas donné à manger ni à boire pendant quatre ou cinq jours, alors qu'ils étaient interrogés inlassablement, et ils ont été battus et molestés».¹⁷⁷ B.V. a déclaré que les membres de sa famille avaient été tués et qu'il avait été roué de coups.¹⁷⁸

Les coups étaient portés avec des battes, des fils électriques, des bottes, des chaînes, des bâtons et d'autres objets.¹⁷⁹ A plusieurs reprises, la torture et l'humiliation ont été suivies du meurtre des victimes (à Bogdanovci, Šarengrad, Tovarnik et Voćin).¹⁸⁰ Il y a eu des cas de suicide parmi les Croates.¹⁸¹ La Croatie fait longuement état d'une campagne de destruction systématique des victimes visées, notamment d'actes de torture physique et psychologique et de sévices, sous diverses formes.

De son côté, la Serbie, en particulier dans sa duplique, a reconnu que de nombreuses atrocités ont été commises contre des Croates au cours des conflits,¹⁸² mais elle a contesté la fiabilité des preuves et des documents présentés par l'Etat demandeur, notamment celle des déclarations des témoins. Selon elle, les événements tragiques décrits par l'Etat demandeur n'établissent pas l'intention génocidaire et l'intention spécifique de

détruire; ils établissent tout au plus, ajoute-t-elle, que des crimes de guerre et des crimes contre l'humanité ont été commis, mais pas un génocide.¹⁸³

Appelant ensuite l'attention sur Vukovar, en Slavonie orientale, la Croatie a fait valoir que, après la chute de la ville, des officiers de haut rang de la JNA avaient facilité et encouragé la torture à grande échelle et le meurtre de prisonniers,¹⁸⁴ notamment ceux qui se trouvaient au Velepromet.¹⁸⁵ Selon le demandeur, à Vukovar et dans d'autres villes ou villages, des civils croates, souvent des personnes âgées incapables de fuir ou se refusant à le faire, avaient été victimes d'actes d'une extrême brutalité, torturés et tués par les soldats de la JNA, les forces de la TO et des paramilitaires.¹⁸⁶ D'après lui, ces atrocités avaient été commises dans l'intention de détruire la population croate dans les régions visées.¹⁸⁷

La Croatie a en outre affirmé que, à Vukovar, les forces serbes avaient mené une campagne intense de bombardements et de pilonnages, de meurtres brutaux et de torture, d'expulsions systématiques et de privation de nourriture, d'eau, d'électricité, d'hygiène et de soins médicaux. Elle a ajouté que les forces serbes avaient établi des camps de torture, notamment

Velepromet et Ovčara, où les Croates étaient emmenés.¹⁸⁸ Selon elle, alors que les forces serbes avaient la possibilité de déplacer et de ne pas éliminer les survivants croates de Vukovar, ceux-ci avaient au contraire été torturés à de multiples reprises et exécutés.¹⁸⁹

Dans le jugement en date du 12 juin 2007 en l'affaire *Martić*, le TPIY (chambre de première instance I) a constaté que, lors des attaques menées contre des villages croates de la SAO de Krajina, les forces armées serbes n'avaient pas laissé aux villageois d'autre choix «que s'enfuir», et que ceux qui étaient restés étaient immédiatement battus et tués (par. 349). Au nombre des villages attaqués figuraient Potkonije, Vrpolje, Glina, Kijevo, Drniš, Hrvatska Kostajnica, Cerovljani, Hrvatska Dubica, Baćin, Saborsko, Poljanak, Lipovača, Škabrnja, Nadin et Bruška; «la population croate a fait l'objet de mesures discriminatoires sévères» dans ces lieux (par. 349).

En tout état de cause, a poursuivi le TPIY, «des attaques généralisées et systématiques ont été dirigées contre la population civile croate et non serbe» tant en Croatie qu'en Bosnie-Herzégovine (par. 352). Des crimes de torture et des traitements cruels et inhumains cruels ont été perpétrés dans «une

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

intention discriminatoire fondée sur l'appartenance ethnique» (par. 411 et 413). Il s'agissait d'une entreprise visant à battre, maltraiter et torturer systématiquement les détenus (par. 414 à 416).

Six ans plus tard, dans le jugement en date du 30 mai 2013 en l'affaire *Stanišić et Simatović*, le TPIY (chambre de première instance I) a conclu de même qu'il y avait eu une «attaque générale» contre la même population civile dont les personnes visées étaient membres (par. 971 et 972). «L'intention discriminatoire» des auteurs était claire (par. 1250). Cette campagne d'extrême violence s'était caractérisée par des détentions arbitraires, des sévices physiques, des agressions sexuelles, des actes de torture, des meurtres, l'emploi de termes péjoratifs et d'insultes, la déportation et le transfert forcé - actes ayant tous pour fondement l'origine ethnique des victimes (par. 970 et 1250). J'ajouterais qu'il convient de garder à l'esprit que l'interdiction de la torture sous toutes ses formes est absolue dans toutes les circonstances: c'est une interdiction qui relève du *jus cogens*.

Enfin, je souhaite préciser que le TPIY, dans l'arrêt qu'il a récemment rendu (11 juillet 2013) en l'affaire *Karadžić*, a rejeté le recours visant à obtenir un

acquiescement, et a rétabli les accusations de génocide contre M. R. Karadžić, à raison des brutalités commises contre des détenus: bien que les atrocités aient eu lieu dans des municipalités de Bosnie, la campagne de destruction était la même que celle menée dans les municipalités croates, et les groupes visés étaient les mêmes: outre les Musulmans de Bosnie, les Croates de Bosnie étaient aussi pris pour cible. En ce qui concerne les conditions de détention, le TPIY a pris note des faits de torture, des traitements cruels et inhumains, des viols et autres violences sexuelles, du travail forcé et des conditions d'existence inhumaines, dont «les conditions déplorables en matière d'hébergement, d'approvisionnement en nourriture et en eau, de soins médicaux ou d'installations sanitaires» étaient établis (par. 34). Il a en outre pris note

«des éléments de preuve versés au dossier montrant que des Musulmans et/ou des Croates de Bosnie ont été, pendant leur détention, frappés à coups de pied et violemment battus avec toutes sortes d'objets - fusils et crosses, matraques et gourdins, bâtons et cannes, battes, chaînes, câbles, tuyaux métalliques et barres de fer, éléments de mobilier et autres objets. Les détenus étaient fréquemment battus plusieurs jours durant, pendant de longues périodes ou à de multiples reprises au cours de la

même journée. Les éléments de preuve versés au dossier illustrent également plusieurs cas de détenus précipités dans des cages d'escalier ou battus jusqu'à ce qu'ils perdent conscience, ou encore dont la tête a été cognée contre les murs. Ces sévices auraient provoqué des blessures graves, notamment des fractures des côtes, du crâne, de la mâchoire ou des vertèbres, ainsi que des commotions cérébrales. Leurs conséquences à long terme incluraient notamment chute de dents, maux de tête permanents, visage défiguré, doigts déformés, douleurs chroniques aux jambes et paralysie partielle des membres» (Par. 35).

4. Expulsion systématique des logements et exode massif, et destruction de la culture du groupe

En plus des meurtres de masse, des actes de tortures, des sévices physiques et d'autres mauvais traitements, la population croate visée a été soumise à des conditions d'existence insupportables: il a été procédé à une expulsion systématique des logements, un rationnement alimentaire a été imposé et les fournitures et traitements médicaux essentiels ont été réduits.¹⁹⁰

Les segments visés de la population étaient tenus d'afficher des signes de leur appartenance ethnique et ont été

privés de nourriture, d'eau, d'électricité et de traitement médical. Leurs déplacements faisaient l'objet de restrictions et ils ont été soumis à des pillages répétés et à un régime de meurtres aveugles et de masse (voir plus haut), s'inscrivant dans un contexte de brutalités et de violences extrêmes. Leurs monuments culturels et religieux et les signes de leur patrimoine culturel ont été détruits ou pillés; les bases de leur enseignement ont été supprimées pour être remplacées par un enseignement destiné à faire d'eux des Serbes.¹⁹¹

La population croate a été expulsée ou déplacée de force dans les villages suivants: Tenja, Dalj, Berak, Bogdanovci, Šarengrad, Ilok, Tompojevci, Bapska, Tovarnik, Sotin, Lovas, et Tordinci, ainsi que Pakrac, Uskok, Donji, Gornji Varos et Pivare;¹⁹² les gens ont été forcés à signer des déclarations par lesquelles ils renonçaient à tous leurs droits sur leurs biens et à se joindre à l'exode de masse; ceux qui ne l'ont pas fait ont été soumis à un régime brutal de violences extrêmes. La Croatie a rappelé que le TPIY, dans son jugement rendu (le 2 août 2001) en l'affaire *Krstić*, a constaté que:

«la destruction physique ou biologique s'accompagne souvent d'atteintes aux biens et symboles culturels et religieux

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

du groupe pris pour cible, atteintes dont il pourra légitimement être tenu compte pour établir l'intention de détruire le groupe physiquement. La Chambre considérera donc en l'espèce la destruction délibérée de mosquées et de maisons appartenant aux membres du groupe comme une preuve de l'intention de détruire ce groupe.» (Par. 580).

La Cour elle-même a cité cette conclusion dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2007 en l'affaire concernant la *Bosnie-Herzégovine* (par. 344). Il est clair que la destruction du patrimoine culturel et religieux, telle qu'elle s'est produite dans la présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide* concernant les attaques armées en Croatie, peut avoir de l'importance dans le contexte de la campagne de destruction générale et systématique mise en œuvre dans le cas d'espèce opposant la Croatie à la Serbie. Cette destruction du patrimoine culturel et religieux ne saurait être simplement écartée *sans plus de considération*, comme la Cour l'a fait dans le présent arrêt (par. 129, 379, 385 et 386). La Cour aurait dû tenir dûment compte de la campagne de destruction susmentionnée *dans son ensemble* (y compris de la destruction des sites culturels et religieux), comme le TPIY l'avait à juste titre relevé dans l'affaire *Krstić* (*supra*).

En l'espèce, la Serbie, de son côté, a rétorqué que, pour que l'expulsion systématique d'individus chassés de leurs foyers relève du *litt. c)* de l'article II de la convention sur le génocide, elle doit s'inscrire dans le cadre d'une «série manifeste» capable de produire la destruction physique du groupe, et pas seulement son déplacement; selon elle, le demandeur n'est pas parvenu à prouver que, là où elle s'était produite, l'expulsion des Croates s'était accompagnée de l'intention de détruire cette population.¹⁹³ En outre, la Serbie a minimisé l'importance de la destruction d'objets culturels et cultuels, affirmant que, lors des travaux préparatoires de la convention sur le génocide, l'inscription des attaques contre les objets culturels et cultuels dans la rubrique du «génocide culturel» avait été rejetée au cours du processus de rédaction.¹⁹⁴

Sur ce point, je tiens à faire observer ici que, dans son *Autobiography*, Raphael Lemkin, qui a consacré tant d'énergie à l'avènement de la convention de 1948 sur le génocide, a souligné que le génocide était «un élément essentiel» de l'histoire du monde, qui suivait l'humanité «comme une ombre sinistre du début de l'Antiquité à l'heure actuelle».¹⁹⁵

Pour lui, un groupe pouvait être détruit en tant que groupe, même si ses membres n'étaient pas tous détruits, mais que son identité culturelle l'était; le génocide, pour R. Lemkin, signifiait aussi la destruction d'une culture, l'appauvrissement de la civilisation. La destruction de l'identité culturelle d'un groupe finit par détruire son «esprit».¹⁹⁶ R. Lemkin a reconnu que l'idée de «génocide culturel» lui était «très chère»: «Cela signifiait la destruction du modèle culturel d'un groupe, comme la langue, les traditions, les monuments, les archives, les bibliothèques et les églises. En bref: les sanctuaires de l'âme d'une nation».¹⁹⁷

R. Lemkin a beaucoup regretté que cette idée n'ait pas recueilli d'appui au cours des travaux préparatoires de la convention sur le génocide, mais il a continué à nourrir l'espoir qu'à l'avenir, un protocole additionnel à la Convention, relatif au «génocide culturel», serait adopté. Après tout, a-t-il ajouté, «la destruction d'un groupe entraîne l'anéantissement de son patrimoine culturel ou l'interruption des apports culturels émanant du groupe».¹⁹⁸ Il était attentif aux écrits des «pères fondateurs» du droit international (des XVI^e et XVII^e siècles) et il a exprimé son admiration en particulier pour ceux de Bartolomé de Las Casas (et aussi

pour ceux de Francisco de Vitoria), en raison de sa défense, fondée sur le droit naturel, des droits des populations autochtones contre les violences et les brutalités du colonialisme dans le Nouveau Monde (ce que R. Lemkin a appelé un «génocide colonial»).¹⁹⁹

À ce sujet (destruction du patrimoine culturel d'un groupe), la chambre de première instance du TPIY, dans la décision (examen des actes d'accusation, 11 juillet 1996) qu'elle a rendue en l'affaire *R. Karadžić et R. Mladić*, a fait observer que, dans certains cas,

«c'est un moyen de désorganisation du groupe à travers l'humiliation et la terreur. La destruction des mosquées ou des églises catholiques vise à l'anéantissement de la présence séculaire du ou des groupes; la destruction des bibliothèques à l'annihilation d'une culture enrichie de la participation des diverses composantes nationales de la population» (par. 94).

Je reviendrai sur ce point plus loin dans le présent exposé, lorsque je traiterai la question de la destruction des biens culturels lors des bombardements de Dubrovnik (octobre à décembre 1991).²⁰⁰

Dans le jugement *Stanišić et Simatović* (30 mai 2013) déjà mentionné, la

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

chambre de première instance I du TPIY a noté que les membres de la population civile locale, quand ils n'avaient pas été tués, avaient été marginalisés, brutalisés et contraints de fuir «pour qu'un territoire purement serbe soit établi», afin que les villages attaqués puissent ensuite «faire partie d'une Grande Serbie» (par. 1250).

Le TPIY a rappelé «ses conclusions concernant les événements (attaques, meurtres, destructions de maisons, arrestations et détentions arbitraires, torture, harcèlement et pillage) survenus dans la région de Saborsko de juin à novembre 1991» (par. 264). Il a retenu les éléments montrant que «quelque 20 000 à 25 000 Croates et autres non-Serbes» avaient été déplacés de force de la région SAO de Krajina avant avril 1992 (par. 264).

Dans la même affaire, le TPIY a ajouté que le nombre total des personnes déplacées de force avait considérablement augmenté jusqu'en avril 1992; pour reprendre ses termes, «de 80 000 à 100 000 Croates et autres civils non serbes ont fui la SAO de Krajina» en conséquence de la situation créée qui prévalait alors dans la région, à savoir une combinaison d'attaques contre les villages et les villes peuplées essentiellement ou entièrement de Croates ; ... meurtres, utilisation de

boucliers humains, détention, coups, travail forcé, violences sexuelles et autres formes de harcèlement des Croates; et pillage et destruction de biens» (par. 404, et voir par. 997).²⁰¹

En outre, dans le jugement *Z. Tolimir* (12 décembre 2012), la chambre de première instance II du TPIY a souligné qu'il était nécessaire et important d'examiner le déplacement de force de segments de la population à la lumière d'autres actes répréhensibles dirigés contre le même groupe. Elle a fait valoir que, en procédant de la sorte, il devenait clair que la campagne de destruction, qui apparaissait lorsque tous les actes illicites étaient considérés dans leur ensemble, était le signe d'une intention de détruire tout ou partie de la population déplacée de force (par. 739 et 748).

5. Appréciation générale

Les preuves produites devant la Cour en la présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide* établissent clairement, à mon sens, la perpétration de meurtres de masse de membres ciblés de la population civile croate pendant les attaques armées menées en Croatie, s'inscrivant dans le contexte d'une campagne systématique de violences extrêmes commises dans les villages attaqués, qui comprenait aussi des actes de torture, des

détentions arbitraires, des sévices physiques, des agressions sexuelles, des expulsions de logements et des pillages, des déplacements et transferts forcés, des déportations et des humiliations.

Ce n'était pas exactement une guerre, mais un assaut dévastateur contre les civils. Ce n'était pas simplement une «pluralité de crimes de droit commun» qui «ne sauraient, en soi, constituer un génocide», comme l'a soutenu le conseil de la Serbie devant la Cour à l'audience du 12 mars 2014;²⁰² c'était plutôt une campagne de dévastation, une multiplication d'atrocités qui, en elles-mêmes, par leur violence et leur brutalité extrêmes, peuvent mettre en évidence l'intention de détruire (élément moral, ou *mens rea*, du génocide).²⁰³

Il n'était pas rare que les atrocités commises s'accompagnent de l'emploi de termes péjoratifs et de propos haineux. Il me semble important de souligner que la population attaquée se trouvait *dans une situation de vulnérabilité extrême, sinon sans défense* ^{3/4} ce qui, à mon sens, constitue une circonstance aggravante. Je reviendrai plus loin à l'examen des crimes perpétrés, sous l'angle des parties pertinentes des dispositions de l'article II de la convention sur le génocide.²⁰⁴

Enfin et surtout, je tiens à ajouter que, dans ce contexte factuel, l'expression

«nettoyage ethnique», employée pour désigner l'expulsion forcée, mise en œuvre avec la plus grande violence, d'un groupe visé d'un territoire donné, semble être une tentative de dissimuler la cruauté extrême de la réalité qu'elle recouvre. J'ai déjà fait état, dans l'exposé de mon opinion dissidente (par. 47) joint à l'avis consultatif rendu par la Cour sur la *Conformité au droit international de la déclaration unilatérale d'indépendance relative au Kosovo* (22 juillet 2010), de la manière plutôt dérobée dont cette expression est entrée dans le vocabulaire juridique en tant que violation du droit international.

Il se trouve que cette expulsion contrainte ou forcée d'un groupe d'un territoire en vue de rendre celui-ci ethniquement «homogène» a été souvent effectuée - comme le montrent les guerres dans l'ex-Yougoslavie - au moyen de meurtres, de torture et de sévices physiques, de travail forcé, de viol et autres violences sexuelles, d'expulsion des logements, de déplacement forcé, de déportation (avec exode de masse) et de destruction des sites culturels et religieux. Ainsi, il se pourrait bien que ce qui semblait avoir été au départ une *intention d'expulser un groupe d'un territoire* soit devenue, parce que l'extrême violence engendre une violence accrue, une *intention de détruire* le groupe visé.

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

Le «nettoyage ethnique» et le génocide semblent non pas s'exclure mutuellement, mais en quelque sorte se chevaucher:²⁰⁵ avec le développement de l'extrême violence, ce qui semblait être au départ un «nettoyage ethnique» se révèle être un génocide, et l'initiale «intention de déplacer» dégénère en «intention de détruire» le groupe visé. Dans ces conditions, il ne rime à rien d'essayer de camoufler le génocide en employant l'expression «nettoyage ethnique». Dans certaines circonstances, cette expression peut s'entendre d'un génocide, comme l'a reconnu la CEDH dans l'arrêt *Jorgić c. Allemagne* (12 juillet 2007).²⁰⁶ La CEDH a jugé utile de dire que, si «bon nombre d'autorités» avaient «interprété[é] de manière étroite la notion de génocide», «plusieurs autres» en faisaient à présent une interprétation «plus large» (par. 113), comme en l'espèce en l'affaire *Jorgić*.

XI. Campagne de destruction générale et systématique: viols et autres violences sexuelles commis dans différentes municipalités

Je m'attarderai à présent sur la campagne de destruction générale et systématique, qui a pris la forme de viols et autres violences sexuelles commis

systématiquement dans plusieurs municipalités, à compter du lancement de la campagne militaire menée par la Serbie contre la Croatie. Le dossier de la présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide* contient en effet plusieurs témoignages, présentés à la Cour tant au cours de la phase écrite que de la phase orale de la procédure, faisant état de viols de Croates dans un certain nombre de municipalités. Je m'étendrai à présent sur cette question en particulier, en m'intéressant tout d'abord aux témoignages présentés lors de la phase orale de la procédure, puis à ceux présentés plus tôt, au cours de la phase écrite. La voie sera ainsi tracée pour que je fasse part de mes réflexions sur d'autres aspects de ces atrocités, tout aussi dignes d'attention.

1. Descriptions de viols systématiques

a) Les griefs de la Croatie

Dans ses plaidoiries, la Croatie a fait valoir que, au cours de leur «campagne génocidaire» d'une «extrême brutalité», pendant laquelle «[d]es communautés entières de Croates ont été délibérément détruites», la JNA et les forces serbes subordonnées «ont violé plus de femmes croates qu'on ne le saura jamais» et «détruit plus de 100 000 maisons et plus de 1400 édifices et lieux

de culte catholiques» ; elles ont envoyé plus de 7700 Croates dans des camps de détention «dans d'autres parties de la Croatie, de la Serbie et de l'ex-Yougoslavie, et elles en ont déporté plus de 550 000 autres». ²⁰⁷ La Croatie a ensuite présenté des récits de viols «accompagnés de violents sévices à caractère ethnique» qui se sont produits à Berak. ²⁰⁸

La Croatie a ensuite expliqué que la première phase de cette campagne - les attaques d'artillerie - avait pour objectif de semer la terreur «parmi les Croates afin de les obliger à abandonner leur village» ; ce sont toutefois ceux qui avaient refusé de fuir ou qui se trouvaient dans l'incapacité de le faire qui ont subi «les pires atrocités»: ils ont été «tués, torturés, violés ou maltraités par les forces serbes assaillantes» résolues à détruire la population croate de la région. Il s'agissait, selon la Croatie, «d'une attaque véritablement génocidaire, en ce qu'elle avait pour but de détruire une partie de la population croate». ²⁰⁹

Des faits de torture et de viol auraient été commis dans les villages de Lovas, ²¹⁰ Sotin, ²¹¹ Bogdanovci, où les paramilitaires ont massacré pour ainsi dire tous les Croates qui s'y trouvaient, ²¹² à Pakrac, ²¹³ et dans toute la Slovénie orientale. ²¹⁴ La Croatie a

ensuite mis l'accent sur les viols et les autres atrocités dont la population croate de Vukovar avait été victime, ²¹⁵ elle a affirmé que, au Velepromet, les femmes et les filles «n'[avaie]nt pas échappé au viol» brutal, ²¹⁶ comme cela avait été décrit lors de ses plaidoiries. ²¹⁷ Et elle a ajouté que:

«dans l'affaire Bosnie c. Serbie, la Cour a clairement fait la part entre la destruction physique et la «simple dissolution». Décrire les quatre phases des événements survenus à Vukovar en 1991 - l'utilisation massive de la force par des forces serbes très largement supérieures en nombre afin de priver la population prise au piège des conditions essentielles à la vie, le meurtre, le viol et le démembrement de ceux qui restaient par les forces qui gagnaient du terrain, la mise en scène des transports vers les camps de torture et de mort et le massacre organisé qui a eu lieu à Velepromet et Ovčara - dire de ces faits qu'ils n'étaient qu'une «simple dissolution» du groupe croate de Vukovar, c'est dénaturer la langue au point de la priver de sens». ²¹⁸

La Croatie a fait valoir que «[l]es viols multiples et en réunion de femmes croates étaient fréquents» et visaient à «tuer la graine de la Croatie», comme l'avaient précisé les auteurs; ²¹⁹ ces faits se sont produits à Siverić, Lovas,

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

Vukovar, Sotin, Doljani, Bapska et Čakovci, Dalj, Gornji Popovac et Tovarnik, entre autres, parfois même chez les victimes. Les agressions sexuelles avaient souvent lieu chez les victimes et «leur famille devait y assister, ce qui rendait le supplice des femmes encore plus dégradant et humiliant».²²⁰ À Tovarnik, des cas de castration d'hommes ont aussi été rapportés.²²¹ La Croatie a ajouté ce qui suit:

«Les femmes violées ressentent souvent un tel sentiment de honte qu'elles ne dénoncent pas l'agression dont elles ont été victimes. Ce fut le cas en Croatie aussi où les cas non signalés sont nettement plus nombreux que ceux qui l'ont été. La peur, le traumatisme et la honte ne s'estompent pas avec le temps.»²²²

Après avoir souligné que «[l]es femmes et les filles croates ont souvent été les victimes de violences ethniques, dont le viol et le viol en réunion», de la part de membres de la JNA, de la TO, de la police serbe et des paramilitaires serbes, la Croatie a rappelé que la résolution 1820 (2008) du Conseil de Sécurité des Nations Unies dispose que le viol et d'autres formes de violence sexuelle «peuvent constituer un crime de guerre, un crime contre l'humanité ou un élément constitutif du crime de génocide».²²³

La Croatie a ensuite fait état des nombreuses déclarations de témoins (victimes directes ou témoins de ces viols et viols en réunion) dans plusieurs «villes, villages et hameaux occupés par la JNA et les forces serbes», comme Berše, Brđani, Doljani, Joševica, Korenica, Kostajnički Majur, Kovačevac, Ljubotić et Lisičić, Novo Selo Glinsko, Parčić, Puljane, Šarengrad, Sekulinci, Smilčić, Sotin, Tenja, Vukovar et bien d'autres encore.²²⁴ Elle a alors conclu, sur cette question particulière, ce qui suit:

«Les éléments de preuve présentés par le demandeur ont révélé l'échelle et le caractère systématique des meurtres, tortures et viols qui constituent à notre sens l'élément matériel du génocide au sens des alinéas a) et b) de l'article II de la Convention contre le Génocide. Soutenir le contraire serait ne pas être crédible.

Qui plus est, les conditions d'existence imposées à la population croate demeurée sur le territoire occupé par les Serbes, notamment les expulsions systématiques des foyers, les tortures, les viols et les privations de nourriture, d'eau, d'installations sanitaires et de soins médicaux visaient à détruire cette population en tant que groupe. Ces actes constituent également un génocide au sens de l'alinéa c) de l'article II de la Convention.

*Enfin, ce matin, vous avez entendu des témoignages détaillés sur les viols dont les Croates, femmes et hommes, ont été systématiquement victimes, les mutilations sexuelles, la castration d'hommes croates et d'autres sévices sexuels qui, dans le contexte plus vaste de la politique de génocide pratiquée par les forces serbes, sont assimilables à des mesures visant à entraver les naissances au sein de la population croate. Pour nous, pareils actes relèvent clairement des dispositions de l'alinéa d) de l'article II».*²²⁵

b) La réplique de la Serbie

De son côté, la Serbie, au lieu de traiter la question de la pratique systématique du viol, a tenté de jeter le discrédit sur les preuves produites par la Croatie.²²⁶ Elle a fait valoir, pour l'essentiel, que la plupart des déclarations de témoins n'étaient pas signées,²²⁷ point déjà clarifié dans une certaine mesure par la Croatie (voir plus haut). En tout état de cause, elle a reconnu, en termes généraux, que des «crimes graves» (voir plus haut) avaient été commis; pour la citer:

«le grief fondamental que nourrit le défendeur à l'égard des déclarations non signées et rapports de police produits par le demandeur ne signifie pas que l'Etat serbe nie la perpétration de crimes graves au cours du conflit armé en Croatie.

En effet, de tels crimes ont été commis à l'encontre de membres du groupe national et ethnique croate. Et ils l'ont été par des personnes et des groupements de souche serbe. Il va sans dire que la Serbie condamne ces crimes, regrette leur perpétration et compatit à la souffrance des victimes et de leurs familles.

À ce jour, la Haute Cour de Belgrade a condamné et emprisonné 15 Serbes à raison des crimes de guerre commis contre des prisonniers de guerre à la ferme d'Ovčara, près de Vukovar, et 14 autres pour les crimes de guerre perpétrés contre des civils dans le village de Lovas, en Slavonie orientale. Le deuxième jugement a récemment été cassé par la Cour d'appel, en raison de déficiences dans le raisonnement sous-tendant les déclarations de culpabilité individuelles, et un nouveau procès doit avoir lieu.

Dix autres actions ont été intentées devant la Haute Cour de Belgrade à raison de crimes de guerre commis par des Serbes en Croatie. Au total, 31 personnes de nationalité serbe ont à ce jour été condamnées et emprisonnées, et d'autres accusations sont en voie d'être portées. L'instruction se poursuit relativement à plusieurs autres crimes, y compris celui de Bogdanovci.

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

Ainsi, malgré l'incurie dont le demandeur a fait montre en ce qui concerne l'administration de la preuve, il n'est pas contesté que des civils et des prisonniers croates ont été assassinés au cours du conflit. Cela a également été établi par le TPIY dans le jugement qu'il a rendu à l'issue du procès intenté contre Milan Martić, déclaré coupable en sa qualité d'ancien ministre de l'intérieur de la République serbe de Krajina, ainsi que dans l'affaire Mrkšić et consorts, qui porte aussi le nom d'«Ovčara». Dans cette affaire bien connue, le TPIY a constaté que 194 prisonniers de guerre avaient été tués. Il s'agit du plus grave massacre dont les Croates aient été les victimes pendant tout le conflit.»²²⁸

2. Campagne de viols systématiques dans différentes municipalités

Comme il est dit plus haut, le dossier de la présente affaire opposant la Croatie à la Serbie contient des informations faisant état de viols de Croates dans un certain nombre de municipalités. Plusieurs témoins ont déclaré avoir été violées, souvent à plusieurs reprises et par plusieurs auteurs. Il importe aussi de noter que ces viols étaient souvent accompagnés de termes insultants et d'autres actes de violence, tels que des sévices physiques et l'utilisation d'objets.

Les exemples fournis de témoignages concernant la commission continue de viols dans différentes municipalités attestent une *campagne générale et systématique de viol* de membres de la population croate, infligeant une humiliation aux victimes. Les déclarations mentionnées ci-après font partie des éléments de preuve produits par la Croatie afin d'illustrer les nombreuses allégations de viol dans différentes municipalités et de démontrer le caractère systématique de ces graves infractions.²²⁹

Ainsi, à Lovas, des paramilitaires auraient infligé régulièrement des violences sexuelles à des Croates.²³⁰ A.M. a témoigné avoir été violée à plusieurs reprises et a dit que les paramilitaires avaient pris l'habitude de réunir des groupes de femmes croates dans le village afin de les violer.²³¹ De même, P.M. a fait état de violences sexuelles infligées à des hommes croates.²³² A Bapska, P.M. a décrit la manière dont un soldat serbe les a violées, elle et sa mère âgée de 81 ans, avant de tordre le nombril de sa mère à mains nues.²³³ Dans ce village, des témoignages ont aussi fait état de violences sexuelles infligées à des hommes, selon le témoin F.K..²³⁴ A Pakrac, H.H. a décrit le viol et la torture infligés à une victime avant que ses oreilles ne soient sectionnées et

son crâne pulvérisé.²³⁵ Dans le même esprit violent, à Kraljevcani, le viol d'une femme croate, dont les seins ont ensuite été coupés, a été décrit.²³⁶

Dans le village de Tenja, des femmes croates ont été systématiquement violées et contraintes de travailler dans les champs et les potagers. Par exemple, alors que K.C. était affectée au nettoyage du poste de police, elle a été victime d'une agression sexuelle par l'un des policiers; selon M.M., K.C. aurait tenté de se suicider à la suite de cette douloureuse expérience.²³⁷

A Berak, M.H. a décrit comme suit les viols qu'elle a subis: «Ils aimaient particulièrement s'en prendre à moi parce que j'avais six garçons et qu'ils m'accusaient d'avoir donné naissance à six Oustachi.»²³⁸ Dans ce village, il est fait état de sévices sexuels infligés à des femmes croates. L.M. et M.H. ont été violées devant de nombreuses personnes et pendant toute la nuit.²³⁹ P.B. a déclaré avoir été violée brutalement par sept réservistes de la JNA arborant l'insigne des Aigles blancs.²⁴⁰

Dans le village de Sotin, V.G. a décrit la manière dont, le 30 septembre 1991, deux soldats sont entrés dans sa maison et l'ont violée à tour de rôle en gardant le canon de leur arme pointé sur elle. Le lendemain, l'un des soldats

qui l'avait violée est revenu et a violé sa mère. Après quoi, il a contraint V.G. à se mettre à genoux et lui a infligé un viol anal.²⁴¹ En outre, R.G. a dit qu'une femme âgée avait été victime d'«abus sexuel» à Sotin et S.L. a décrit aussi d'autres violences sexuelles commises dans ce village.²⁴² Quant à Tovarnik, l'ouvrage intitulé *Mass Killing and Genocide in Croatia 1991/92: A Book of Evidence* (p. 107 et 108) fait aussi état de violences sexuelles que des prisonniers croates ont été contraints de s'infliger mutuellement.²⁴³

Le dossier de la présente instance contient de nombreux témoignages de viols et d'autres violences sexuelles qui ont été commis, en particulier, dans la région de Vukovar. Certains exemples en ont été fournis par les dépositions de témoins. Ainsi, le soldat musulman de la JNA, E.M., a décrit un viol et un meurtre dans le récit qu'il a fait de la conduite de la JNA à Petrova Gora (un faubourg de Vukovar).²⁴⁴ A.S. a témoigné de la manière dont, le 16 septembre 1991, M.L., de Vukovar, lui a dit qu'il allait la tuer: après l'avoir insultée, il l'a violée.²⁴⁵ T.C. a rendu compte aussi de ce qui s'est passé dans un faubourg de Vukovar, Čakovci: R.I. est entré dans sa maison et, menaçant de la tuer, lui a attaché les mains et l'a violée.²⁴⁶

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

Le camp du Velepomet a été le théâtre d'exécutions, d'actes de torture et de viols souvent collectifs commis systématiquement. Les femmes de nationalité croate qui y étaient emprisonnées étaient emmenées pour interrogatoire et soumises à des sévices sexuels. Des viols collectifs auraient aussi eu lieu. B.V. a été violée le surlendemain de son arrivée dans le camp ; quatre soldats l'ont violée l'un après l'autre sur le sol du bureau ; pendant tout ce temps, ils n'ont cessé de l'injurier et de la frapper au visage. B.V. a raconté que 15 soldats serbes avaient emmené M.M. dans la pièce voisine de la sienne et l'avaient violée à tour de rôle.²⁴⁷

M.M. a décrit comment, le 18 novembre 1991, jour de l'occupation du centre de Vukovar, elle avait été emmenée dans le bâtiment Velepomet avec sa famille, puis transférée en autocar à Šand Šabac (Serbie). Elle avait ensuite été ramenée à Vukovar et elle a décrit comment elle avait été violée par cinq hommes, l'un après l'autre, de 21 heures jusqu'au matin. Pendant le viol elle s'était mise à saigner et on l'avait obligée à s'asseoir sur une bouteille de bière. Cela s'était passé devant sa petite sœur, qui avait aussi été victime de violences sexuelles pendant deux semaines et était tout le temps terrifiée.²⁴⁸ De même, H.E. a

témoigné avoir été violée tous les jours par des policiers et des soldats serbes dès qu'elle était arrivée à la prison. Les viols avaient lieu dans la cellule devant d'autres détenues. H.E. a aussi fait état de sévices physiques et de violences psychologiques.²⁴⁹

Le témoin T.C. a déclaré que les Tchetsniks «maltrahaient, expulsaient, menaçaient, battaient, violaient et tuaient [des personnes] quotidiennement» et a ajouté que «les Croates devaient mettre des rubans blancs à leur porte pour que les Tchetsniks qui n'étaient pas du village puissent les reconnaître» ; elle a affirmé avoir été violée.²⁵⁰ De même, G.K. a témoigné avoir été maltraitee et violée,²⁵¹ B.V. a fait état de meurtres, de viols et de sévices physiques, et a ajouté qu'elle avait été violée par quatre hommes qui l'avaient insultée pendant le viol.²⁵²

3. La nécessité et l'importance d'une analyse par sexe

La présente affaire relative à l'*Application de la Convention contre le Génocide (Croatie vs. Serbie)* ne peut, selon moi, être jugée correctement que si l'on tient compte des différences entre les sexes. Ce n'est pas la première fois que j'adopte cette position: il y a près d'une décennie, en 2006, j'ai fait de même dans une autre instance internationale,²⁵³

compte tenu des circonstances de l'es-pèce. A présent, en 2015, une analyse par sexe est, à mon avis, tout aussi iné-vitable et essentielle dans la présente affaire, compte tenu de l'existence d'une ligne de conduite socioculturelle faisant apparaître une discrimination systémique et une extrême violence à l'égard des femmes.

Tandis que se déroulaient en Croatie et en Bosnie-Herzégovine des guerres qui s'accompagnaient de violences contre les femmes, l'attention voulue était portée, dans les documents finals de la deuxième Conférence Mondiale des Nations Unies sur les Droits de l'Homme (Vienne, 1993) et de la qua-trième Conférence Mondiale sur les Femmes (Beijing, 1995), aux difficultés auxquelles se heurtaient les femmes face à des lignes de conduite culturelles dans des situations et des circonstances distinctes.²⁵⁴ L'attention prêtée au *principe de base de l'égalité et de la non-dis-crimination* revêt ici une importance fondamentale. Dans la présente affaire relative à l'*Application de la Convention contre le Génocide (Croatie vs. Serbie)*, les femmes comme les hommes qui fai-saient partie des groupes visés ont été victimes de sévices, mais les femmes (de tous âges) ont été brutalisées de fa-çon différente et dans une proportion bien plus élevée que les hommes - d'où

la nécessité de tenir compte du sexe des victimes.

Le viol général et systématique des filles et des femmes, tel qu'il s'est produit lors des attaques armées en Croatie (et aussi de celles en Bos-nie-Herzégovine), a eu un effet dé-vastateur sur les victimes. Des filles ont été privées brutalement de leur innocence et de leur enfance, malgré leur jeune âge. C'est une cruauté extrême. Des jeunes femmes céliba-taires ont été privées brutalement de leur projet de vie. C'est une cruauté extrême. Les victimes ne pouvaient plus croire à la relation amoureuse ni espérer en vivre une un jour. C'est une cruauté extrême. Des femmes jeunes ou entre deux âges qui, après avoir été violées, se sont retrouvées enceintes, n'ont pas pu vivre leur maternité avec l'attention et le respect voulus, à cause de l'extrême violence qu'elles avaient subie et continuaient à subir. C'est une cruauté extrême.

Les femmes entre deux âges et les femmes plus âgées qui avaient déjà fondé une famille ont vu leur vie personnelle et leur vie de famille com-plètement détruites. Même si elles ont survécu physiquement, elles ont dû avoir le sentiment d'être devenues des ombres errantes.²⁵⁵ C'est une cruauté

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

extrême. Des femmes ont aussi été violées jusqu'à en mourir. Celles qui ont survécu à ce supplice ont-elles eu plus de «chance» que celles qui ont franchi le terme de la vie ? Toutes auront connu une terrible souffrance.²⁵⁶ Le caractère sacré de la vie - avant la naissance, pendant la grossesse, après la naissance, et tout au long de l'existence humaine - a été détruit avec brutalité.

Qu'est-il advenu ensuite, après le viol brutal et l'humiliation, des enfants qui sont nés de la haine ? Le savons-nous ? Quels ont été les effets à long terme de cette campagne de destruction dont les principales victimes étaient des femmes ? Le savons-nous ? Qu'est-il arrivé aux fils et aux filles de la haine ? Le savons-nous ? Le viol général et systématique des femmes en l'espèce met en évidence un ensemble de violences extrêmes qui s'inscrit *dans une dimension intertemporelle*. Des femmes ont aussi perdu leurs enfants ou leur mari dans la guerre, et certaines n'ont pas eu accès à leurs dépouilles, ce qui les a privées de leur projet funéraire.

Il y a maints siècles, Euripide a décrit, dans ses tragédies *Les Suppliantes*, *Andromaque*, *Hécube* et *Les Troyennes* (IV^e siècle av. J.C.), les incidences et les effets cruels de la guerre sur les

femmes en particulier. Ses *Troyennes*, par exemple, sont considérées de nos jours comme l'un des plus grands textes littéraires de l'Antiquité contre la guerre, dont il décrit les maux. Plus de quatre siècles plus tard, Sénèque a écrit sa propre version de la tragédie *Les Troyennes* (50-62 ap. J.C.), qui offre un point de vue différent mais dépeint aussi l'angoisse et les souffrances qui se sont abattues sur les femmes. Dans la dernière décennie du XX^e siècle, les incidences et les effets cruels de la guerre sur les femmes apparaissent tout autant dans les faits de la présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide (Croatie c. Serbie)*, révélant la projection du mal dans le temps, sa pérennité et son omniprésence.

En l'espèce, la dégradation et l'humiliation des femmes par le viol systématique et d'autres crimes de violence sexuelle (*supra*) n'ont pas eu d'effets que sur la seule vie des victimes. Les atrocités que celles-ci ont subies ont aussi entraîné (pour celles qui ont survécu) des séparations forcées et le bouleversement de leur vie de famille. Les effets des terribles souffrances infligées par les viols prétendument commis en vue d'assurer un «nettoyage ethnique» sont allés bien au-delà de celui-ci, jusqu'à la destruction des groupes visés auxquels

appartenaient les femmes assassinées et brutalisées – autrement dit, jusqu’au génocide.—

Je tiens à rappeler que, dans le jugement historique qu’il a rendu (2 septembre 1998) en l’affaire *Akayesu*, le TPIR a conclu précisément que les viols et les violences sexuelles fondés sur le sexe des victimes, qui avaient été commis dans l’intention de détruire, étaient constitutifs de génocide et avaient bel et bien détruit le groupe ciblé (par. 731). Pour parvenir à la conclusion qu’un génocide avait été commis, il a constaté que les viols systématiques s’accompagnant d’humiliation publique et de mutilations avaient constitué des atteintes graves à l’intégrité physique et mentale des victimes et révélaient une intention de détruire ces femmes, leur famille et leur communauté, soit le groupe tutsi dans son ensemble (par. 731 et 733 et 734). Les femmes victimes ont subi un traitement dégradant, pour reprendre les termes du TPIR, en tant qu’«objet d’une utilisation sexuelle», et l’extrême violence à laquelle elles ont été soumises «était une étape dans le processus de destruction» de leur groupe social – «destruction de son moral, de la volonté de vivre de ses membres, et de leurs vies elles-mêmes» (par. 732).

Pour sa part, la chambre de première instance du TPIY, dans la décision (examen des actes d’accusation, 11 juillet 1996) qu’elle a rendue en l’affaire *R. Karadžić et R. Mladić*, a déclaré que des violences sexuelles ont commencé à être commises avant l’éclatement du conflit en Croatie et en Bosnie-Herzégovine, «dans un contexte de pillages et d’intimidation de la population». Des camps de concentration consacrés aux viols ont été créés «dans le but de procréation forcée d’enfants serbes, les femmes étant souvent détenues jusqu’à ce qu’il fût trop tard pour avorter» (par. 64). Les viols, a poursuivi le TPIY, renforçaient «la honte et l’humiliation des victimes et de la communauté»; l’objectif «de nombreux viols était la fécondation forcée» (par. 64).

Ces crimes, à savoir le «viol systématique des femmes» visant «à la transmission à l’enfant d’une identité ethnique nouvelle», portaient atteinte «aux fondements du groupe», qu’il détruisait (par. 94). Ils «ont pu être planifiés ou ordonnés dans une intention génocidaire» (par. 95). Le TPIY a jugé que «Radovan Karadžić et Ratko Mladić ont planifié, ordonné ou de toute autre manière aidé et encouragé à planifier, préparer ou exécuter le génocide perpétré» dans les centres d’internement (par. 84).

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

Dans la présente affaire relative à l'*Application de la convention sur le génocide* opposant la Croatie à la Serbie, en raison de la mobilisation précoce d'entités de la société civile, les chiffres concernant la pratique systématique de la destruction par le viol n'ont pas tardé à être connus. A la fin de 1992, selon les estimations, il y avait eu, dans le cadre de la guerre menée en Croatie jusque-là, quelque 12 000 cas de viol. Ce nombre a augmenté pour atteindre 50 à 60 000 cas pour l'ensemble de la période de 1991 à 1995 dans les conflits qui déchiraient l'ex-Yougoslavie (en Croatie et en Bosnie-Herzégovine).

Ce ne sont cependant que des estimations approximatives, car l'on s'est vite rendu compte - comme l'ont reconnu de nombreux auteurs²⁵⁷ - qu'il était tout simplement impossible de connaître avec précision le nombre total de victimes (de tous âges) de ces brutalités et l'ampleur des destructions perpétrées dans l'intention de détruire les familles victimes de violences et les groupes sociaux visés dans les camps de concentration (camps de viol/d'extermination), dans les prisons et centres de détention et dans les maisons de prostitution. Les filles et les femmes victimes étaient condamnées à la plus grande humiliation et étaient déshumanisées par leurs agresseurs,

simplement en raison de leur identité ethnique, pour être celles qu'elles étaient.

Si cette campagne systématique de viols n'était pas une pluralité d'actes de génocide (en raison des conséquences destructrices qu'il a entraînées), qu'était-elle donc ? Qu'est-ce qu'un génocide, si cela n'en est pas un ? Dans le présent exposé, j'ai déjà examiné les conclusions (1992-1993) figurant dans les rapports de l'ONU (Commission des droits de l'homme) sur la situation des droits de l'homme dans le territoire de l'ex-Yougoslavie, soumis par le rapporteur spécial T. Mazowiecki,²⁵⁸ qu'il convient de rappeler ici.

En effet, ces rapports font référence, notamment, à la campagne de destruction opérée au moyen de meurtres, de la torture, de disparitions, de viols et de violences sexuelles. Je me bornerai donc à ajouter ici que dans le rapport du 10 février 1993,²⁵⁹ par exemple, il est indiqué (par. 260) que le «viol des femmes, y compris des mineures, a été largement pratiqué dans les deux conflits» (les guerres en Croatie et en Bosnie-Herzégovine). La campagne de viols systématiques s'est accompagnée d'autres actes d'extrême violence.

Dans son rapport suivant, en date du 10 juin 1994,²⁶⁰ le rapporteur spécial a en outre indiqué que les assaillants «terrorisa[ie]nt la population» en tuant des habitants et a fait état de la destruction de maisons et de la commission de viols par des soldats (par. 7) ainsi que de leur «acharnement» (par. 11). Pour sa part, la Commission d'experts de l'ONU (Conseil de sécurité), dans ses rapports d'enquête de 1993-1994, comme je l'ai indiqué plus haut, a constaté elle aussi l'existence d'une campagne générale et systématique de viols ainsi que d'actes de torture et de sévices, souvent suivis de meurtres, semant la terreur, la honte et l'humiliation²⁶¹ et bouleversant la vie des familles et les groupes visés eux-mêmes. Si cette pluralité d'actes d'extrême violence (avec toutes ses conséquences destructrices) n'était pas un génocide, qu'était-elle donc ?

Dans l'arrêt qu'il a récemment rendu, le 11 juillet 2013, en l'affaire *R. Karadžić*, le TPIY, rejetant un recours aux fins d'acquittement et rétablissant les accusations de génocide retenues contre M. R. Karadžić (par. 115), a souligné que «la torture, le viol et les violences ayant pour effet de défigurer la victime ou de provoquer des blessures graves à ses organes externes ou internes, sans pour autant causer sa mort, étaient des

exemples typiques de l'atteinte grave à l'intégrité physique sous-jacente au crime de génocide» (par. 33). Il a dûment tenu compte des éléments de preuve montrant que «des actes de génocide et d'autres actes répréhensibles» de nature discriminatoire – tels que meurtres, sévices physiques, viols et autres violences sexuelles et conditions d'existence inhumaines – ont été commis à grande échelle (par. 34 et 99).

Plus récemment, dans la décision qu'il a rendue le 15 avril 2014 en l'affaire *R. Mladić*, le TPIY (chambre de première instance I) a rejeté une requête de la défense aux fins d'acquittement et décidé de poursuivre le procès sur la base des chefs de génocide. Il a pris bonne note des éléments de preuve produits pour étayer les griefs de torture et de sévices physiques prolongés infligés à des détenus (p. 20 937 et 20 938), des expulsions «à grande échelle» de non-Serbes (p. 20 944) et du viol de jeunes femmes et de filles (la plus jeune étant âgée de 12 ans) (p. 20 935, 20 936 et 20 939). Peu après (décision du 24 juillet 2014), il a rejeté un recours de la défense et confirmé la décision précitée de la chambre de première instance I (par. 29).

Dernier point, mais non le moindre, comme il ressort des exemples de

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

déclarations de témoins dans le cas d'espèce examinés ci-dessus, les nombreux cas de viols et autres violences sexuelles commis pendant les attaques armées en Croatie et en Bosnie-Herzégovine semblent destinés à détruire les groupes de victimes visés. Selon moi, la brutalité même des nombreux viols commis atteste l'intention de détruire. Les victimes ont été attaquées alors qu'elles se trouvaient dans une situation de *vulnérabilité extrême, sinon sans défense*. A compter du lancement des attaques armées serbes en Croatie, se met en effet en place un schéma systématique de viol, qui peut certainement être examiné sous l'angle du *litt. b)* de l'article II de la convention sur le génocide (voir plus loin).

XII. Ensemble de disparitions systématiques de personnes non retrouvées à ce jour

1. Moyens des Parties relatifs aux personnes disparues et non retrouvées

Pendant la phase écrite de la présente espèce, la Croatie et la Serbie ont toutes deux évoqué la question des personnes disparues et non retrouvées à ce jour. Dans son mémoire, la Croatie a prié la Cour de juger que la RFY

avait l'obligation de prendre toutes les mesures à sa disposition pour fournir immédiatement à la Croatie des informations complètes concernant le lieu où se trouvait chacune de ces personnes portées disparues et, à cette fin, de coopérer avec les autorités de la Croatie.²⁶² Elle a en outre déclaré que «l'obtention d'informations sur le sort des personnes disparues, souvent victimes du génocide, est un processus douloureux mais nécessaire au nom d'un meilleur avenir».²⁶³

La Croatie a affirmé que, à la date du dépôt de son mémoire (1^{er} mars 2009), le sort de 1419 personnes portées disparues demeurait inconnu.²⁶⁴ Selon les informations fournies en 2009 par l'office gouvernemental pour les personnes détenues et portées disparues de la République de Croatie, le nombre total de «personnes portées disparues» en Slavonie orientale s'élevait encore à 886;²⁶⁵ de plus, le sort de 511 personnes originaires de Vukovar demeurait inconnu à la date de dépôt du mémoire.²⁶⁶ Par l'accord sur la normalisation des relations conclu le 23 août 1996 entre la Croatie et la RFY, les Parties se sont engagées à «accélérer le processus de résolution de la question des personnes disparues» et à échanger toutes les informations disponibles sur le sort des personnes disparues (art. 6).²⁶⁷

Par la suite, dans sa réplique (20 décembre 2010), la Croatie a soumis une liste mise à jour des personnes portées disparues (au 1^{er} septembre 2010) constituée au total de 1024 noms.²⁶⁸ Selon elle, les 27 et 28 juillet 2010, «une réunion sur la question des personnes portées disparues» avait eu lieu à Belgrade entre la commission de la Serbie pour les personnes portées disparues et la commission de la Croatie chargée de la question des personnes détenues et des personnes disparues, sous l'égide du CICR et de la commission internationale pour les personnes disparues. La «question des personnes détenues sur le territoire du défendeur» avait notamment été abordée lors de cette réunion ; sur ce point, «les représentants du défendeur ont communiqué aux représentants du demandeur une liste de 2786 personnes qui furent détenues en République de Serbie en 1991 et 1992».²⁶⁹

La Croatie a ensuite prié la Cour de dire et juger que, en raison de sa responsabilité pour ces violations de la convention, la Serbie était tenue de «communiquer sans délai au demandeur toutes les informations en sa possession ou sous son contrôle sur le sort des ressortissants croates portés disparus à la suite des actes de génocide dont elle s'est rendue responsable et,

plus généralement, coopérer avec les autorités de la République de Croatie en vue de déterminer conjointement ce qu'il est advenu de ces personnes ou de leurs dépouilles».²⁷⁰

Les deux Parties sont revenues sur la question du nombre de personnes toujours portées disparues lors de la procédure orale. Un expert cité par la Croatie a fait observer que les données concernant les personnes portées disparues qui étaient exhumées «change[ai]ent de jour en jour», et que chaque fois qu'il était procédé à une exhumation, «le nombre de personnes identifiées augment[ait] et celui des personnes portées disparues augment[ait]».²⁷¹ La Croatie a fait valoir que ses démarches «en vue de mettre au jour les fosses contenant les victimes du génocide» étaient «d'autant plus difficiles que la Serbie, pendant son occupation de la région, avait pour pratique de déterrer les corps et de les enterrer ailleurs - souvent sur son propre territoire afin de tenter, en vain, de dissimuler les atrocités qu'elle avait commises».²⁷²

À ce jour, a ajouté la Croatie, 103 corps ont été rapatriés de Serbie ; en outre, «[b]ien que le sort de nombre des victimes du génocide ait été élucidé et leurs dépouilles, localisées, des centaines de Croates restent

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

encore aujourd'hui portés disparus. Vingt-trois ans après les faits, des familles croates continuent de pleurer plus de 850 personnes disparues. Les victimes demeurent privées d'un enterrement en bonne et due forme et d'une sépulture où reposer dans la dignité ; leurs familles demeurent privées de la possibilité de leur faire leurs adieux». ²⁷³ La Croatie a aussi indiqué que, en ce qui concernait les fosses communes, en juillet 2013, 142 charniers avaient été découverts en Croatie, contenant les cadavres de 3656 victimes. ²⁷⁴

La Serbie, de son côté, a fait valoir que la liste des personnes disparues établie par la Croatie prêtait à confusion et ne permettait pas de clarifier les questions au cœur du litige. Elle a ajouté que la liste mise à jour des personnes portées disparues (au 1^{er} septembre 2010) contenait les données relatives à 1024 personnes, parmi lesquelles un grand nombre de «victimes d'origine serbe». Sur cette liste figuraient aussi les noms de Croates «qui [avaie]nt été portés disparus en Bosnie-Herzégovine, ainsi que dans des zones qui se trouvaient sous l'autorité absolue et exclusive des forces de l'Etat croate, très éloignées des opérations militaires». La liste contenait également «les noms de personnes d'origine croate portées disparues dans le cadre des opérations

criminelles offensives Maslenica et Tempête, menées par l'Etat croate». ²⁷⁵

2. Réponses des Parties aux questions du juge

Les renseignements fournis étant contradictoires, j'ai jugé opportun d'adresser deux questions aux Parties, lors de l'audience publique du 14 mars 2014. Ces deux questions étaient formulées comme suit:

«1. Des mesures ont-elles été prises récemment pour déterminer ce qu'il était advenu des personnes toujours portées disparues et établir leur identité?»

2. Les Parties sont-elles en mesure de présenter à la Cour un complément d'information précis et à jour sur cette question?». ²⁷⁶

En réponse à mes questions, la Croatie a donné de plus amples explications sur la question du sort des personnes disparues. Ainsi, elle a rappelé que l'article II de la Convention énonce dans la liste des actes génocidaires le fait de causer une «atteinte grave à l'intégrité ... mentale de membres du groupe». Les questions que j'ai adressées aux deux Parties ont appelé l'attention du demandeur sur la jurisprudence relative à la disparition de personnes.

Rappelant les arrêts rendus par la CIDH en l'affaire *Velásquez Rodríguez v. Honduras* (29 juillet 1988) et la CEDH en l'affaire *Varnava c. Turquie* (18 septembre 2009), ainsi que la décision rendue par le Comité des droits de l'homme de l'ONU dans la communication *Quinteros et consorts c. Uruguay* (1990), la Croatie a affirmé que, à bien des égards, la disparition des personnes a des conséquences à long terme. À la lumière de cette jurisprudence, elle a fait valoir que:

*«l'atteinte grave à l'intégrité (...) mentale' que subissent les proches des personnes disparues résulte directement d'actes dont la Serbie est personnellement responsable ou qu'elle est tenue de punir en vertu de la convention [sur le génocide]. En s'abstenant ainsi de manière persistante de donner des explications sur les lieux où se trouvent les quelque 865 Croates disparus, la Serbie s'est donc rendue coupable d'un ou de plusieurs actes tombant sous le coup du litt. b) de l'article II de la convention».*²⁷⁷

Afin d'apporter des informations plus précises et plus récentes sur la question des personnes portées disparues et non retrouvées, la Croatie a fait référence à un ouvrage mis à jour, intitulé *Book of Missing Persons on the Territory of the Republic of Croatia* (registre des

personnes portées disparues sur le territoire de la République de Croatie) et publié par l'office croate des personnes détenues et portées disparues, conjointement avec le comité croate de la croix rouge et le CICR. Elle a indiqué que cet ouvrage contenait des données détaillées relatives aux personnes toujours portées disparues en date d'avril 2012;²⁷⁸ cependant, comme les chiffres concernant les disparus étaient régulièrement mis à jour, les chiffres figurant dans le registre de 2012 étaient donc déjà obsolètes.

Pour répondre aux questions que j'avais posées aux deux Parties (cf. plus haut), la Croatie a pris contact avec l'office croate des personnes détenues et portées disparues, le lundi 17 mars 2014, et a fourni à la Cour les chiffres les plus récents concernant les personnes tuées dans les attaques de la Serbie sur le territoire croate en 1991-1992: a) les dépouilles de 3680 personnes qui avaient été enterrées irrégulièrement ont été exhumées de 142 charniers et de nombreuses sépultures individuelles ; b) parmi ces dépouilles, 3144 ont été formellement identifiées ; c) toutefois, 865 personnes portées disparues au cours de la période considérée n'ont toujours pas été retrouvées.²⁷⁹

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

De son côté, la Serbie a répondu que retrouver la trace de personnes disparues «relève du long et complexe processus de coopération que mènent les deux Parties» sur la base de l'accord bilatéral de coopération qu'elles ont conclu en 1995 en vue de localiser les personnes disparues et du protocole de 1996 de coopération entre les deux commissions d'Etat.²⁸⁰ Elle a ajouté qu'elle avait

*«pleinement conscience de ce qui était attendu d'elle dans le cadre de ce processus, où il s'agit de retrouver la trace des personnes disparues, indépendamment de leur origine ethnique ou de leur nationalité. L'intérêt des familles de ces personnes est un intérêt commun à la Serbie et à la Croatie. C'est aussi un intérêt commun à l'humanité toute entière, et la République de Serbie a à cœur de mener à bien cette tâche».*²⁸¹

Quant au nombre de personnes disparues, la Serbie a affirmé que la liste établie par la commission serbe chargée des personnes disparues sur le territoire de la Croatie comportait à ce jour 1748 noms.²⁸²

Enfin, en ce qui concerne l'argument de la violation continue de la Convention, la Serbie a ajouté que la disparition n'est pas en soi un acte de

génocide, mais s'apparente à la «disparition forcée», en tant que crime contre l'humanité. Elle s'est appuyée sur la définition que donne de ce terme la convention internationale pour la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (2006), à savoir, notamment, «l'enlèvement ou toute autre forme de privation de liberté par des agents de l'état ... suivi du déni de la reconnaissance de la privation de liberté ou de la dissimulation du sort réservé à la personne disparue ou du lieu où elle se trouve» (art. 2).

De l'avis de la Serbie, la disparition forcée ne constitue pas une violation continue du droit à la vie qui s'apparenterait aux actes énumérés à l'article II de la Convention. Selon elle, si la disparition est susceptible de constituer une violation continue des droits de l'homme, c'est parce que la famille de la victime est soumise à une «atteinte morale» continue ou en raison de l'obligation procédurale d'enquêter sur le crime. La Serbie soutient que, si le crime se poursuit aujourd'hui, comme le prétend la Croatie, il faut que l'intention soit elle aussi continue. La Croatie «se trompe en essayant de la faire entrer de force dans le cadre de l'article II de la convention sur le génocide, essentiellement pour valider l'argument relatif à la compétence temporelle».²⁸³

3. Les questions non résolues et l'obligation qu'ont les parties d'établir le sort des personnes disparues

À la lumière de ce qui précède, il apparaît clairement que la question des personnes portées disparues reste l'une des principales questions litigieuses soulevées en l'espèce. Certes, en 1995, les Parties avaient l'intention de s'attaquer à cette question: l'on peut rappeler que, à Dayton, elles ont conclu un accord dont l'objectif était de permettre de déterminer ce qu'il était advenu de toutes les personnes portées disparues et de libérer les prisonniers.²⁸⁴ A la suite de cet accord, une commission mixte a été établie et des progrès ont été réalisés sur la question des personnes portées disparues.²⁸⁵ Il n'en demeure pas moins qu'il reste encore un certain nombre de questions à régler.

Ainsi, les Parties sont en désaccord sur le rôle que doit jouer la commission mixte. La Croatie affirme que, contrairement à l'accord conclu en 1995, selon lequel toutes les personnes portées disparues en Croatie relevaient de la compétence des autorités croates, la commission tente actuellement d'agir en tant que représentante de toutes les personnes de souche serbe portées

disparues, y compris celles qui ont la nationalité croate,²⁸⁶ ce à quoi la Serbie rétorque qu'il est nécessaire de veiller à la représentation des 1000 Serbes de Croatie non répertoriés sur les listes de personnes disparues que la Croatie a fournies à la Cour.²⁸⁷

En outre, la Croatie soutient que la Serbie ne lui a toujours pas restitué les documents saisis par la JNA en 1991 à l'hôpital de Vukovar, lesquels sont essentiels à l'identification des personnes emmenées de l'hôpital.²⁸⁸ Seule une petite partie de ces documents lui a été remise en novembre 2010 quand le président de la République de Serbie, Boris Tadić, s'est rendu à Vukovar. Chacune des deux Parties semble insatisfaite des efforts et des démarches de l'autre.²⁸⁹ La Cour devrait donc demander aux Parties de coopérer en toute bonne foi en vue de régler ces questions.

Comme la Cour l'a affirmé à ce sujet dans les affaires des *Essais nucléaires* (Australie et Nouvelle-Zélande contre France, 1974), l'un «des principes de base qui président à la création et à l'exécution d'obligations juridiques, quelle qu'en soit la source, est celui de la bonne foi. La confiance réciproque est une condition inhérente de la coopération internationale» (par. 46

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

et 49). A une autre occasion, dans les affaires du *Plateau continental de la mer du Nord* (République fédérale d'Allemagne contre Danemark et Pays-Bas, 1969), la Cour a dit que les parties «ont l'obligation de se comporter de telle manière que la négociation ait un sens» (par. 85).

4. La cruauté extrême de la disparition forcée de personnes en tant que grave violation continue des droits de l'homme et du droit international humanitaire

La cruauté extrême du crime de disparition forcée de personnes a été dûment reconnue dans des instruments internationaux, dans la doctrine juridique internationale ainsi que dans la jurisprudence internationale. Je sortirais du cadre du présent exposé si j'approfondissais cette question - ce que j'ai fait ailleurs.²⁹⁰ Je me limiterai donc à recenser et à mentionner quelques exemples pertinents qui ont un rapport direct avec l'examen approprié de l'espèce, concernant l'*Application de la Convention contre le Génocide* (Croatie vs. Serbie).

Je rappelle tout d'abord que, en 1980, la Commission des Droits de l'Homme de l'ONU a décidé d'établir son

groupe de travail sur les disparitions forcées ou involontaires²⁹¹ afin de lutter contre ce crime de droit international²⁹² qui avait déjà retenu l'attention de la communauté internationale en 1978-1979, tant à l'Assemblée Générale des Nations Unies²⁹³ qu'au Conseil Économique et Social²⁹⁴ et à la sous-commission de la lutte contre les mesures discriminatoires et de la protection des minorités de l'ONU.²⁹⁵

Par la suite, dans la Déclaration des Nations Unies sur la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées (1992) il a notamment été indiqué (article premier) ce qui suit:

«1. Tout acte conduisant à une disparition forcée constitue un outrage à la dignité humaine. Il est condamné comme étant contraire aux buts de la Charte des Nations Unies et comme constituant une violation grave et flagrante des droits de l'homme et des libertés fondamentales proclamés dans la Déclaration universelle des droits de l'homme, et réaffirmés et développés dans d'autres instruments internationaux pertinents.

2. Tout acte conduisant à une disparition forcée soustrait la victime de cet acte à la protection de la loi et cause de graves souffrances à la victime elle-même, et à sa famille. Il constitue une violation des

«règles du droit international, notamment celles qui garantissent à chacun le droit à la reconnaissance de sa personnalité juridique, le droit à la liberté et à la sécurité de sa personne et le droit de ne pas être soumis à la torture ni à d'autres peines ou traitements cruels, inhumains ou dégradants. Il viole en outre le droit à la vie ou le met gravement en danger.»

Ensuite, la Convention Internationale des Nations Unies pour la Protection de Toutes les Personnes contre les Disparitions Forcées (2007) fait état, dans son préambule (par. 5), de «l'extrême gravité» de la disparition forcée, qui, est-il précisé en son article 5, lorsqu'elle prend la forme d'une «pratique généralisée ou systématique», constitue «un crime contre l'humanité, tel qu'il

“La cruauté extrême de la disparition forcée de personnes en tant que grave violation continue des droits de l'homme et du droit international humanitaire a aussi été décrite, comme beaucoup le savent, dans les rapports finals établis par les commissions de vérité de divers continents.”

est défini dans le droit international applicable» et entraîne les conséquences prévues par ce droit. La Convention renvoie en outre (paragraphe 3 du préambule) aux instruments internationaux pertinents (et convergents) du Droit International des Droits de l'Homme, du Droit International Humanitaire et du Droit Pénal International.

Parallèlement à ces développements au niveau normatif, la violation grave que constitue la disparition forcée de personnes a retenu l'attention d'un nombre croissant d'experts,²⁹⁶ lesquels l'ont définie comme une violation continue extrêmement cruelle et perverse des droits de l'homme qui s'étend dans le temps, en raison des conséquences de l'acte original (ou de la détention arbitraire ou de l'enlèvement), et inscrit dans la durée la souffrance et l'angoisse, voire l'affliction ou le désespoir, de tous les intéressés (les personnes disparues et leurs proches parents), parce que le sort ou le lieu où se trouvent les personnes disparues ne sont pas révélés.

La cruauté extrême de la disparition forcée de personnes en tant que grave violation continue des droits de l'homme et du droit international humanitaire a aussi été décrite, comme beaucoup le savent, dans les rapports

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

finals établis par les commissions de vérité de divers continents.

Les juridictions internationales des droits de l'homme (CourIADH et CEDH) en sont bientôt venues à être saisies d'affaires ayant trait à cette question et ont commencé à se prononcer à ce sujet. La jurisprudence de la CourIADH dans ce domaine a exploré des voies nouvelles et est considérée de nos jours comme celle qui a le plus contribué au développement progressif du droit international en ce qui concerne la protection de toutes les personnes contre les disparitions forcées.²⁹⁷ Dans l'arrêt qu'elle a rendu en l'affaire *Velásquez Rodríguez v. Honduras* (29 juillet 1988), la CourIADH a appelé l'attention sur la complexité de la disparition forcée, au sens où celle-ci entraîne concomitamment des violations continues de droits protégés par la convention interaméricaine relative aux droits de l'homme, tels que les droits à la liberté et à l'intégrité de la personne, et souvent le droit fondamental à la vie lui-même (arts. 7, 5 et 4).

Il s'agit, en résumé, d'une violation grave de l'obligation qu'ont les Etats de respecter la dignité humaine (par. 149 à 158). C'est dans l'arrêt historique qu'elle a rendu une décennie plus tard en l'affaire *Blake v. Guatemala*

(1996-1999)²⁹⁸ que la CourIADH a examiné en détail et approfondi les questions de la nature juridique et des conséquences des disparitions forcées, de leurs caractéristiques, des victimes et de l'engagement de la responsabilité de l'Etat dans une dimension temporelle.

L'affaire *Blake* s'est inscrite dans le contexte d'une campagne de disparitions forcées systématiques, planifiée par l'Etat et mise en œuvre non seulement pour faire «disparaître» des personnes considérées comme des «ennemis», mais aussi pour susciter un sentiment d'insécurité totale, d'angoisse et de peur; cette campagne comprenait des actes de torture et des exécutions secrètes et extrajudiciaires des «disparus», suivies de la dissimulation des dépouilles afin de supprimer toute preuve matérielle des crimes et de garantir l'impunité des auteurs.

Dans l'arrêt sur le fond (24 janvier 1998) qu'elle a rendu en l'affaire *Blake*, la CourIADH a affirmé que la disparition forcée de personnes est une violation *complexe, multiple et continue de plusieurs droits* protégés par la Convention Interaméricaine relative aux Droits de l'Homme (droits à la vie, à l'intégrité de la personne et à la liberté de la personne), qui donne

naissance à l'obligation pour l'Etat partie de prévenir ces violations, de mener des enquêtes sur les faits et d'en punir les auteurs, ainsi que d'informer les proches parents de la personne disparue du lieu où celle-ci se trouve (par. 54 à 58). De l'avis de la CourIADH, les proches parents de la personne disparue étaient aussi victimes, *en eux-mêmes*, de la disparition forcée, en violation des dispositions applicables de la Convention Interaméricaine.

Dans l'Opinion Individuelle que j'ai jointe à l'arrêt rendu en l'affaire *Blake*, j'ai jugé bon de souligner que la disparition forcée de personnes était en effet une violation grave et complexe de droits de l'homme, en plus d'être *une violation continue ou permanente* tant que le lieu où se trouvent les victimes disparues n'a pas été établi, comme il est dit dans les travaux préparatoires de la Convention Interaméricaine de 1985 sur les Disparitions Forcées de Personnes, et comme il est reconnu à l'article III de la Convention elle-même (par. 9).

Dans la même Opinion Individuelle, j'ai ensuite mis en garde contre la fragmentation excessive de l'infraction de disparition forcée de personnes, appelant l'attention sur le fait que nous étions face à des droits fondamentaux

ou intangibles (par. 12 à 14) et qu'il était nécessaire de préserver le caractère particulier et l'intégrité des traités relatifs aux droits de l'homme (par. 16 à 22). Et j'ai poursuivi comme suit:

«Nous sommes, en définitive, face à une violation particulièrement grave de plusieurs droits de l'homme. Certains d'entre eux sont des droits fondamentaux auxquels il ne peut être dérogé, protégés à la fois par les traités relatifs aux droits de l'homme et par les traités de droit international humanitaire.²⁹⁹ Les développements doctrinaux les plus récents dans le présent domaine de protection révèlent une tendance à la «criminalisation» des violations graves des droits de l'homme, telles que la torture, les exécutions sommaires et extrajudiciaires et la disparition forcée de personnes. L'interdiction de ces pratiques nous permet d'entrer dans la terra nova du jus cogens international. L'émergence et la consolidation des normes impératives du droit international général seraient sérieusement compromises si l'on déqualifiait les crimes contre l'humanité qui tombent sous le coup de cette interdiction» (Par. 15).

Toujours au sujet de la nature juridique et des conséquences de la disparition forcée de personnes, j'ai ajouté:

«Dans la situation continue propre à la disparition forcée d'une personne, les

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

victimes sont la personne disparue (victime principale) ainsi que ses plus proches parents ; l'incertitude engendrée par la disparition forcée soustrait tous à la protection de la loi.³⁰⁰ La condition de victimes ne peut pas non plus être déniée aux proches de la personne disparue, dont la vie quotidienne est transformée en un véritable calvaire, dans lequel les souvenirs de la personne chère s'entremêlent au tourment permanent de sa disparition forcée. À mon sens, la forme complexe de la violation de plusieurs droits de l'homme que représente le crime de disparition forcée de la personne a pour conséquence l'élargissement de la notion de victime d'une violation des droits protégés» (Par. 32 à 38).

Dans l'Opinion Individuelle ultérieure que j'ai jointe à l'arrêt rendu en l'affaire *Blake vs. Guatemala* (sur les réparations, 22 janvier 1999), j'ai insisté sur la nécessité de consolider le «régime international contre les violations graves des droits de l'homme», à la lumière des normes impératives du droit international (*jus cogens*) et des obligations *erga omnes* correspondantes de protéger l'être humain (par. 39). Grâce à ce développement, ai-je ajouté, l'on «surmonterait les obstacles des dogmes du passé» et les insuffisances actuelles du droit des traités, afin de se «rapprocher de la plénitude de la protection internationale de l'être humain» (par. 40).

D'autres décisions pertinentes de la CIDH pourraient être rappelées, par exemple au sujet de la nécessité de passer outre les limitations ou restrictions *ratione temporis* compte tenu de la nature juridique de la disparition forcée (voir plus haut), ainsi que ses décisions dans les affaires *Trujillo Oroz vs. Bolivia* (2000-2002) et *Sisters Serrano Cruz vs. El Salvador* (2005); et, s'agissant des circonstances aggravantes de la violation grave que constitue la disparition forcée, dans les affaires *Bámaca Velásquez vs. Guatemala* (2000-2002), *Caracazo vs. Venezuela* (1999-2002), *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras* (2003), et *Servellón-García et alii vs. Honduras* (2006).

De son côté, la CEDH a aussi eu l'occasion de se prononcer sur certains aspects de la question à l'examen. Par exemple, dans son arrêt *Chypre vs. Turquie* (10 mai 2001), elle a souligné que les membres des familles des personnes disparues vivaient dans un «état d'anxiété extrême», faute d'informations sur leur sort (par. 157). Peu de temps après, dans son arrêt *Orhan vs. Turquie* (18 juin 2002), elle a de nouveau fait mention, comme dans des décisions antérieures, de «l'état de vulnérabilité» des personnes concernées (par. 406 à 410). Elle a rendu d'autres décisions de ce type dans la série d'affaires (de

la dernière décennie) liées au conflit armé en Tchétchénie.

Dans une décision particulièrement paradigmatique, l'arrêt *Varnava et autres vs. Turquie* (18 septembre 2009), la CEDH a dit que la disparition

«se caractérise par une situation où les proches sont confrontés de manière continue à l'incertitude et au manque d'explications et d'informations sur ce qui s'est passé, les éléments pertinents à cet égard pouvant parfois même être délibérément dissimulés ou obscurcis (...). Cette situation dure souvent très longtemps, prolongeant par là même le tourment des proches de la victime. Dès lors, on ne saurait ramener une disparition à un acte ou événement «instantané»; l'élément distinctif supplémentaire que constitue le défaut ultérieur d'explications sur ce qu'il est advenu de la personne disparue et sur le lieu où elle se trouve engendre une situation continue. Par conséquent, l'obligation procédurale subsiste potentiellement tant que le sort de la personne concernée n'a pas été éclairci; l'absence persistante de l'enquête requise sera considérée comme emportant une violation continue. (...) Il en est ainsi même lorsque l'on peut finalement présumer que la victime est décédée» (par. 148).

5. Appréciation générale

À la lumière de ce qui précède, l'on ne saurait donc, dans la présente affaire de l'*Application de la Convention contre le Génocide (Croatie vs. Serbie)*, souscrire à l'avis exprimé lors des audiences par la Serbie, pour qui la disparition forcée ne peut pas être une violation continue du droit à la vie incriminée à l'article II de la Convention contre le Génocide. La Serbie affirme que la raison pour laquelle il peut s'agir d'une violation continue des droits de l'homme est que la famille de la victime continue de subir une atteinte à son intégrité mentale, ce qui fait entrer en jeu l'interdiction de mauvais traitements, ou encore l'obligation procédurale d'enquêter sur le crime. Selon elle, cette question «pourrait avoir sa place à Strasbourg, mais certainement pas à La Haye».³⁰¹

La CIJ et la CEDH à Strasbourg ont toutes deux à connaître de la responsabilité de l'État. Des affaires récentes (notamment l'affaire *Géorgie vs. Fédération de Russie*, portant sur les principes fondamentaux de l'égalité et de la non-discrimination et les normes correspondantes dans des instruments internationaux distincts mais convergents) ont été portées tant devant la CIJ que devant la CEDH; la Cour de La Haye et la CEDH à Strasbourg ne

**Antônio Augusto
Cançado Trindade**

**La Responsabilité de L'État Sous
la Convention contre le Génocide**

s'excluent pas mutuellement, comme l'a clairement démontré l'évolution récente des travaux des tribunaux internationaux contemporains - ce qui est rassurant pour ceux qui œuvrent à la protection internationale des droits de la personne, et pour les *justiciables* eux-mêmes.

La jurisprudence innovante et importante de la CourIADH prise avec celle, plus récente, de la CEDH, est essentielle pour comprendre la gravité du crime de disparition forcée de personnes et ses conséquences juridiques. En ce qui concerne la nature juridique de cette infraction, ces deux juridictions internationales des droits de l'homme ont affirmé que tant que la disparition dure, elle constitue une violation complexe et continue de droits protégés. Dans les décisions sans précédent qu'elle a rendues en l'affaire *Blake* (1996-1998), la CourIADH a *élargi la notion de victimes* dans les affaires de disparition, de manière à comprendre la personne disparue ainsi que ses proches, *en eux-mêmes*. Cela est devenu la *jurisprudence constante* de la CourIADH et de la CEDH sur la question.

Je tiens à ajouter, à ce sujet, que les dispositions du *litt. b)* de l'article II de la convention sur le génocide,

“La jurisprudence innovante et importante de la CourIADH prise avec celle, plus récente, de la CEDH, est essentielle pour comprendre la gravité du crime de disparition forcée de personnes et ses conséquences juridiques.”

qui mentionnent «l'atteinte grave à l'intégrité (...) mentale de membres du groupe», rendent assez limpide la relation avec une violation continue. Comme je l'ai dit dans l'exposé de l'Opinion Dissidente que j'ai joint à l'arrêt rendu en l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'État (Allemagne vs. Italie; Grèce (intervenante))*, «[o]n peut tenir compte du droit intertemporel uniquement d'une manière qui serve ses propres intérêts dans un litige, et accepter le passage du temps et l'évolution du droit en relation avec certains faits mais non d'autres, relevant de la même situation *qui continues*» (par. 17).

Le fait qu'un membre proche de la famille des personnes disparues soit un membre du même groupe et soit également soumis à une atteinte continue à son intégrité mentale qui se prolonge indéfiniment dans le temps,

ajouté au fait que l'Etat concerné n'a pas expliqué ce que sont devenues les personnes disparues ni pris des mesures raisonnables pour faciliter leur localisation, à mon sens, fait entrer en jeu l'interdiction d'actes prohibés par la convention sur le génocide, ainsi que l'obligation d'enquêter.

Je tiens aussi à souligner, toujours à ce sujet, la pertinence de la jurisprudence des juridictions internationales des droits de l'homme (en particulier celle de la CourIADH, depuis sa création³⁰²) aux fins d'appliquer le critère d'établissement de la preuve approprié dans les affaires de violations graves (telles que les disparitions forcées de personnes, la torture de personnes détenues au secret, entre autres), lorsque les autorités de l'Etat sont seules à détenir des éléments de preuve et que les victimes n'y ont pas accès, ce qui impose un renversement de la charge de la preuve.³⁰³ Dans les affaires de violations graves, comme les disparitions forcées de personnes, la charge de la preuve ne saurait certainement pas incomber aux victimes de ces violations (y compris, bien entendu, les proches parents des personnes disparues, qui ignorent où celles-ci se trouvent).

Les effets des disparitions forcées sur les proches parents des personnes

disparues sont dévastateurs. Ils détruisent des familles entières, plongées dans l'affliction ou le désespoir. J'en ai fait l'expérience lors du règlement judiciaire international d'affaires de ce type. Dans le présent arrêt, la Cour ne semble pas avoir saisi l'ampleur de ces effets dévastateurs. Exiger de proches parents, comme elle le fait (par. 160), des preuves supplémentaires de la gravité des souffrances pour que celles-ci entrent dans le champ du *litt. b*) de l'article II de la convention sur le génocide, constitue une véritable *probatio diabolica*!

L'atteinte grave à l'intégrité mentale (*litt. b*) de l'article II) causée aux victimes peut certainement être présumée, et, à mon avis, il n'est pas nécessaire de démontrer qu'elle a en elle-même contribué à la destruction du groupe visé. Pourtant, la Cour exige que cette preuve supplémentaire soit apportée (fin du paragraphe 160). Ce faisant, elle fait de la détermination de la responsabilité de l'Etat pour génocide, en vertu du *litt. b*) de l'article II de la convention de 1948, et de ses conséquences juridiques (pour les réparations), une tâche presque impossible. L'image que donne de la Cour l'ensemble de son raisonnement tout au long du présent arrêt est celle d'une instance soucieuse de la souveraineté des Etats et non

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

des personnes, contrairement à ce qui devrait être en vertu de la convention sur le génocide, qui est l'instrument applicable en l'espèce.

Enfin, ce que j'ai déjà dit à propos de l'interdiction absolue (relevant du *jus cogens*) de la torture (par. 225, plus haut), quelles que soient les circonstances, s'applique aussi à toutes les autres violations graves des droits de l'homme et du droit international humanitaire qui ont été commises lors des attaques en Croatie et qui ont été examinées plus haut, à savoir les meurtres de masse, les viols et autres violences sexuelles, les disparitions forcées de personnes, les expulsions systématiques des logements et les déplacements forcés de personnes (dans le cadre d'un exode massif) et la destruction de la culture d'un groupe.

L'interdiction de toutes ces violations graves, comme celle de la torture sous toutes ses formes, est une interdiction relevant du *jus cogens*,³⁰⁴ dont la violation entraîne des conséquences juridiques appelant des réparations.³⁰⁵ Cela est conforme à l'idée de *rectitude* (conformément à la *recta ratio* du droit naturel) qui sous-tend la conception du droit (dans les différents systèmes juridiques - droit/*right*/*recht*/*direito*/*derecho*/*diritto*) dans son ensemble.

XIII. Pas exactement une guerre, plutôt une campagne de dévastation, dans le cadre d'une entreprise de destruction systématique et généralisée

1. Le plan de destruction: composante idéologique

L'existence d'une entreprise de destruction systématique et généralisée a été établie dans la présente affaire relative à l'*Application de la Convention contre le Génocide* opposant la Croatie à la Serbie (voir plus haut). La campagne de dévastation obéissait à un plan de destruction qui a été délibérément et méthodiquement mis en œuvre: bombardements aériens, pilonnages, meurtres sans discrimination, torture et sévices physiques, viols, destruction de maisons et pillages, déplacements forcés et déportations.

L'exécution de ce plan de destruction a déjà été examinée (voir plus haut), et à mon avis, celui-ci a été établi en l'espèce. Le plan de destruction mis en œuvre par les attaques serbes en Croatie avait une composante idéologique, qui remonte aux origines historiques du conflit.

a) Moyens des Parties

Ce point a été traité relativement en détail dans la phase écrite de la présente procédure, en particulier par la Croatie. Dans son *Mémoire*, celle-ci a fait valoir qu'un catalyseur du génocide qui aurait été perpétré contre les Croates a été la parution en 1986 d'un mémorandum de l'académie serbe des sciences et des arts (le «mémorandum de la SANU»). Ce mémorandum qui réinterprétait l'histoire récente de la RFSY du point de vue des nationalistes serbes, a-t-elle ajouté, a eu un retentissement considérable et reflétait les principes fondamentaux du mouvement nationaliste serbe alors en plein essor ; selon le demandeur, il a contribué à créer les circonstances propices à la perpétration d'un génocide en Croatie.³⁰⁶

En mettant l'accent sur le droit des membres du peuple serbe «à établir leur pleine intégrité nationale et culturelle quelle que soit la république ou la province autonome où ils viv[ai]ent», le mémorandum a donné naissance à l'idée d'une «Grande Serbie» englobant les parties du territoire de la Croatie et de la Bosnie-Herzégovine dans lesquelles vivait une importante population de Serbes de souche. En outre, il a fourni une analyse détaillée de la «crise» que connaissait la RSFY

et avancé l'idée que la Serbie était désormais «la seule nation de Yougoslavie à ne pas disposer de son propre Etat». Il a fait fi des divisions politiques et géographiques consacrées par la constitution de 1974.³⁰⁷

La Croatie a souligné que les idées énoncées dans le mémorandum s'inspiraient de diverses opinions exprimées par le milieu intellectuel serbe (historiens serbes, scientifiques, écrivains et journalistes), qui soutenait l'idée que les Serbes avaient été «bernés», «frustrés», «tués», «persécutés même après avoir été soumis au génocide». Le mémorandum a trouvé le soutien de groupes militants, déclenchant une campagne nationaliste.³⁰⁸

La Croatie a aussi fait valoir que dans le mémorandum de la SANU, il était donné libre cours à «la théorie selon laquelle le peuple croate [était] collectivement responsable du nombre élevé de Serbes tués par les Oustachi entre 1941 et 1945, qu'il [était] intrinsèquement génocidaire et ne cess[ait] de nourrir des intentions génocidaires à l'égard des Serbes».³⁰⁹ Elle a ajouté que la JNA, qui était l'armée de la RSFY, avait été transformée en «armée serbe» immédiatement après la publication du mémorandum.³¹⁰

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

La Serbie, de son côté, a répondu brièvement dans son *Contre-mémoire* aux arguments de la Croatie concernant le mémorandum. Selon elle, ces affirmations étaient «très exagérées», les Serbes n'ayant jamais eu l'intention de perpétrer un génocide contre les Croates, pas plus que le mémorandum n'envisageait un tel projet.³¹¹ La Croatie est revenue sur ce point dans sa réplique, dans laquelle elle a de nouveau souligné l'importance du rôle qu'avait joué le mémorandum de la SANU dans la perpétration du génocide.

La Croatie a rejeté l'affirmation de la Serbie jugeant ses arguments «très exagérés» et a fait valoir que ceux-ci étaient étayés par plusieurs sources indépendantes, qui avaient aussi qualifié le mémorandum de «bombe politique». Elle a affirmé en outre que, selon les conclusions d'un rapport d'expert du TPIY sur l'usage de la propagande pendant le conflit à l'examen, c'étaient les fuites délibérées du mémorandum de la SANU qui avaient soulevé publiquement la question du nationalisme serbe (voir plus loin).

La Croatie a insisté sur le fait que l'émergence du nationalisme serbe extrême s'est accompagnée de la théorie selon laquelle les Croates avaient toujours été animés d'une intention

génocidaire à l'encontre des Serbes, théorie - élaborée en 1986 puis reprise par des historiens et des journalistes serbes - qui prétendait que le peuple croate était collectivement responsable du nombre élevé de Serbes tués par les Oustachi entre 1941 et 1945 (notamment dans le camp de concentration de Jasenovac), pendant la seconde guerre mondiale, conformément à un plan qui ne cessait de nourrir des intentions génocidaires à l'égard des Serbes.³¹² Selon la Croatie, plusieurs articles incendiaires publiés par les médias avaient contribué à répandre cette idée entre 1986 et 1991.³¹³

Au cours des audiences, la Croatie a réaffirmé ses moyens (cf. plus haut), alors que la Serbie n'a présenté aucun nouvel argument important à ce sujet. La première a fait valoir que la publication du mémorandum de la SANU en 1986 avait été à l'origine d'une période de propagande nationaliste extrémiste en Serbie, reposant sur l'idée que la Serbie et les Serbes vivant dans les autres républiques de la RSFY «se trouvaient dans une position particulièrement défavorable au sein de la RSFY», et sur la proposition de réviser la Constitution de la RFSY de sorte que les provinces autonomes deviennent partie intégrante de la Serbie et que l'Etat fédéral soit renforcé. Elle

a aussi fait état d'un rapport d'expert (rédigé par A. Budding), qui avait qualifié le mémorandum de «tempête politique» en raison des thèses «provocat[rices]» qu'il contenait.³¹⁴

b) Examen par le TPIY des dépositions des experts

Comme il a été dit à la Cour dans le cadre de la procédure concernant la présente affaire (cf. plus haut), le TPIY, dans la décision qu'il a rendue le 16 juin 2004 en l'affaire *S. Milošević*, a dûment tenu compte des dépositions d'experts concernant l'aspect idéologique du plan de destruction en cause. Le premier rapport d'expert présenté au TPIY, établi à la demande du Bureau du Procureur, était intitulé «Propagande politique et projet d'«Etat pour tous les Serbes» - conséquences de l'instrumentalisation des médias à des fins ultranationalistes» (4 février 2003, rédigé par R. de la Brosse).

Selon ce rapport, le régime de Slobodan Milošević s'était employé à s'assurer «un contrôle total sur les médias propriétés de l'Etat ou d'institutions publiques», en restreignant leur liberté et en les empêchant «par tous les moyens, d'informer les citoyens». La mainmise sur les médias audiovisuels, «entreprise dès 1986-1987, [était] complète à l'été 1991» (par. 27). Toujours

selon le rapport, «[l]es médias ont été utilisés comme armes de guerre», pour atteindre des «buts stratégiques», comme «la conquête de territoires par la force, la pratique de l'épuration ethnique ou encore la destruction de cibles présentées comme symboliques et prioritaires».

La méthode combinait:

«propagande, informations partielles (et partiales), fausses nouvelles, manipulation, absence de couverture de certains faits, etc. Tout cet arsenal [allait] être mobilisé pour servir à justifier la création d'un Etat pour tous les Serbes (...).

[Ont été employés] les termes de «fascistes oustachis» et de «coupeurs de gorges» pour stigmatiser les Croates ou de «oustachis islamistes» et de «combattants du djihad» pour décrire péjorativement les musulmans bosniaques. Le recours systématique à de tels mot-clefs, dont la terminologie a été imposée aux médias par le régime Milošević, a sans aucun doute provoqué et entretenu des comportements de haine envers les communautés non serbes.

Un usage systématique de fausses informations, d'informations partiales, de non couverture de certains événements a permis d'inspirer, de provoquer la haine et la peur parmi les communautés. Les

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

médias ont préparé psychologiquement le terrain pour la montée des haines nationalistes et sont devenus une arme quand la guerre a éclaté.

[D]es faits historiques ont été mystifiés pour servir des objectifs nationalistes et pour faire en sorte que le peuple Serbe sente et exprime un désir de revanche envers les ennemis désignés, les Croates et les Musulmans...» (Par. 28 à 31).

Il est aussi dit dans le rapport que, de par l'invocation des «déchirements de la guerre de 1940» (par. 35), «l'instrumentalisation des médias au service d'objectifs et d'intérêts nationalistes rel[evait] d'un plan mûrement réfléchi» (par. 32). L'auteur ajoute que le mémorandum de la SANU de 1986 avait constitué un «encouragement» au «nationalisme serbe» (par. 40). La propagande officielle puisait aux sources historiques de la «mystique serbe», avec ses victimes et les injustices qui avaient été faites aux Serbes tout au long de leur histoire (par. 46 à 49).³¹⁵ Les autorités de l'Etat cherchaient à conditionner l'opinion publique «pour justifier la guerre à venir avec la Croatie» (par. 54, et voir par. 61). La «désinformation était utilisée «pour induire en erreur, cacher ou travestir des faits» et pour inventer «de fausses informations» (par. 72 et 77).

Le deuxième rapport d'expert soumis (par le procureur) au TPIY dans le cadre de la décision en l'affaire *S. Milošević* (2004), et cité par la Croatie lors des audiences en la présente espèce, était intitulé «*Serbian Nationalism in the Twentieth Century*» (Le nationalisme serbe au vingtième siècle, 29 mai 2002, rédigé par A. Budding). Ce rapport présentait les faits historiques et le contexte nécessaires pour comprendre le réveil de la conscience nationale serbe et la série d'événements qui avait conduit à la dissolution de l'Etat yougoslave et au déclenchement des conflits dans la région.

Le rapport mentionnait aussi le mémorandum de 1986 de la SANU (p. 32), expliquant ses origines et ses conséquences pour l'ensemble de l'ex-Yougoslavie (p. 36 et 37). Il qualifiait ce mémorandum d'«ouvrage le plus connu du mouvement national serbe contemporain» (p. 36). Se référant au rapport d'expert, la Croatie a fait valoir que le mémorandum avait déclenché «une tempête politique» et qu'il était «provocateur en raison du contraste entre les griefs qui y étaient exprimés concernant la situation de la Serbie et des Serbes au sein de la Yougoslavie et les «références vagues et elliptiques à un éventuel avenir post-yougoslave» qui s'y trouvaient.³¹⁶ Le rapport contenait aussi les observations suivantes:

*«Memorandum nije raspalio debatu u Jugoslaviji zato što je u njemu eksplicitno iznet srpski nacionalni program posle Jugoslavije - pošto i nije - već zbog kontrasta između detaljnih i preteranih primedbi na položaj Srbije unutar postojeće jugoslovenske države, koje su iznete u Memorandumu, kao i neodređenog pozivanja na moguću budućnost posle Jugoslavije (tvrdnja da Srbija mora jasno da sagleda svoje privredne i nacionalne interese kako je događaji ne bi iznenadili)». Autori Memoranduma su sugerisali da bi nacionalne alternative višenacionalnoj jugoslovenskoj državi mogle biti poželjne, ali su propustili da priznaju da bi njihovo stvaranje neizbežno podrazumevalo uništenje».*³¹⁷

Toujours en l'affaire *S. Milošević*, le TPIY a aussi tenu compte de la déposition d'un témoin expert (T. Zwaan), qu'il a résumée dans sa décision du 16 juin 2004. Selon le TPIY, le témoin expert avait déposé au sujet de «l'importance de l'idéologie et du recours à la propagande» dans les processus «conduisant à la perpétration d'un génocide: elle mobilise plusieurs types de nationalisme extrémiste qui déshumanisent le groupe cible», tout en détournant «la mémoire historique collective» à cette fin (par. 234). T. Zwaan a ajouté que «le génocide était un crime d'Etat», car «les crimes génocides ne se

développent jamais «de bas en haut»; ils se propagent «de haut en bas». Les autorités de l'Etat «ont connaissance de ces crimes, elles les cautionnent et elles y participent»» (par. 234).

Un troisième rapport d'expert rédigé pour le TPIY (à la demande du Procureur) dans le cadre de l'affaire *S. Milošević* (2004), intitulé *On the Aetiology and Genesis of Genocides and Other Mass Crimes - Targeting Specific Groups / De l'étiologie et de la genèse des génocides et autres crimes de grande ampleur perpétrés contre des groupes spécifiques* (novembre 2003, éd. T. Zwaan), entendait prendre en considération, en les condensant, les connaissances contemporaines en matière de génocide, d'un point de vue interdisciplinaire. Après avoir examiné cette question, l'auteur est parvenu aux conclusions suivantes:

«Tout d'abord, ... le génocide et d'autres crimes de grande ampleur perpétrés contre des groupes spécifiques doivent être soigneusement distingués de la guerre et de la guerre civile, même si parallèlement, il convient de reconnaître que les situations de conflit de la guerre civile peuvent contribuer de diverses manières au développement de processus de génocide.

Deuxièmement, on a fait observer que les crimes génocidaires ne se conçoivent et ne

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

se mettent en œuvre que dans des conditions de crise grave et durable. Un modèle général de l'émergence de ces crises a été présenté sous une forme très condensée. La déstabilisation de la société étatique concernée, les processus de polarisation, la «dépacification», et le recours croissant à la violence sont au cœur de ces crises.

Troisièmement, dans le cadre de la crise, une élite politique radicale et impitoyable peut parvenir à s'emparer de l'organisation de l'Etat. Le comportement politique et les décisions de cette direction politique peuvent être considérés comme d'une importance décisive pour la naissance d'un génocide. Il a été dit qu'un processus génocidaire ne se développe pas «de bas en haut» mais se propage généralement «de haut en bas», même si l'implication spécifique de l'Etat peut prendre différentes formes. L'un des corollaires de ce constat est que les plus hautes autorités de l'Etat sont toujours responsables de ce qui se passe au cours du processus génocidaire, un autre est que de «simples» actes de génocide devraient être (aussi) envisagés dans le contexte de la structure du pouvoir et de l'autorité qui prévaut au sein de la société étatique concernée.

Quatrièmement, il a été souligné que, pour les comprendre au mieux, il faut envisager les génocides comme des processus

(très complexes), comportant un début, un déroulement structuré dans lequel on peut distinguer plusieurs phases, et une fin – généralement provoquée par une intervention extérieure par la force. En outre, pour essayer de comprendre un processus génocidaire, il convient de prêter attention à la prise de décisions, à l'apparition progressive de la planification et de l'organisation, et à la division du travail au sein de la catégorie des auteurs.

Cinquièmement, il a été soutenu que l'idéologie revêt également une importance cruciale en ce qu'elle permet la naissance du génocide. En général, diverses formes de nationalisme radical figurent en bonne place. Elles contribuent au développement d'un climat politique extrémiste et à la désignation des groupes ou des catégories à viser; elles légitiment, rationalisent et justifient le processus génocidaire, et elles communiquent aux auteurs le sentiment de suivre une direction, une intention et un but.

Sixièmement, il a été souligné que chaque processus génocidaire devrait aussi être envisagé du point de vue des victimes, qui sont en général choisies en raison de leur appartenance supposée à un groupe ou une catégorie visée par la persécution. Il a été soutenu, en outre, que ces groupes sont rendus de plus en plus vulnérables et impuissants par le processus de persécution

lui-même, qu'il leur est en général très difficile de prévoir ce qu'il va se passer, et que leurs possibilités d'agir (de réagir) sont extrêmement limitées. Pour étudier, évaluer et juger un génocide, la meilleure ligne de conduite à suivre semble être de garder leur sort au cœur de ses préoccupations» (p. 38 et 39).

c) L'incitation idéologique et le début des hostilités

De fait, au cours de la procédure, les deux Parties ont porté une attention particulière aux origines et au contexte factuel du conflit dans les Balkans, en l'espèce concernant l'*Application de la convention sur le génocide*. La Croatie et la Serbie ont toutes deux dit avoir conscience que le contexte historique permettait de mieux comprendre les causes à l'origine de la guerre en Croatie et de la campagne de destruction menée. Elles ont exprimé leurs points de vue, en particulier, dans la phase écrite de la procédure. Le demandeur a fait valoir que la dévastation qui avait eu lieu en Croatie était une conséquence du développement exponentiel du nationalisme serbe visant à construire une «Grande Serbie».

Ainsi, dans son *Mémoire*, la Croatie a donné un aperçu du contexte du litige, qu'elle estimait essentiel pour comprendre ce qui s'était passé, afin de

rendre justice et d'accorder réparation aux victimes.³¹⁸ Mettant l'accent sur la formation de la RFY, la montée du nationalisme «grand-serbe» dans les années 1980 et l'arrivée de S. Milošević au pouvoir,³¹⁹ elle a fait valoir que, bien que les tensions inhérentes (entre les groupes ethniques) aient été étouffées pendant de nombreuses années, après la mort du président Tito, les institutions fédérales avaient été usurpées par les nouveaux dirigeants serbes (menés par S. Milošević), qui entendaient établir une Yougoslavie dominée par les Serbes, ou «Grande Serbie», englobant plus de la moitié de la Croatie.³²⁰

Les médias serbes contrôlés par l'État, a ajouté la Croatie, avaient diabolisé systématiquement les groupes ethniques non serbes visés, créant un climat propice en incitant au génocide et en justifiant celui-ci.³²¹ Après la montée des tensions au Kosovo en 1981, a poursuivi la Croatie, les nationalistes serbes avaient commencé à exprimer leurs idées plus ouvertement et fréquemment; selon elle, était notamment en cause le mémorandum de la SANU publié en 1986, qui était un manifeste réinterprétant l'histoire récente de la RSFY du point de vue des nationalistes serbes et qui avait donné naissance à une colère et un désir de vengeance à l'égard des Croates.³²² En outre, toujours selon la Croatie,

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

il y avait eu une vaste campagne de propagande réhabilitant le mouvement tchetnik et ses objectifs, et S. Milošević était parvenu à saisir ces sentiments et à se présenter comme le défenseur des intérêts serbes.³²³

Dans son *Contre-mémoire*, la Serbie a fait valoir qu'une grande partie des événements qui s'étaient produits dans les Balkans en 1991-1995 avait été influencée par les atrocités commises contre les Serbes en 1941-1945 et la montée du nationalisme dans la RSFY.³²⁴ Les événements qui avaient mené au conflit de 1991-1995 et le conflit lui-même, selon la Serbie, ne pouvaient être compris si l'on n'en tenait pas compte.³²⁵ La Serbie a en outre affirmé qu'il y avait eu une montée du nationalisme dans la RSFY après la mort de Tito, chez les Serbes mais aussi chez les Croates.³²⁶

La Serbie a reconnu qu'il y avait eu de nombreux propos haineux et manifestations de nationalisme extrême dans les médias serbes à la fin des années 1980 et tout au long des années 1990, mais a affirmé que c'était aussi le cas en Croatie. Elle n'a pas contesté que les nationalistes serbes aient détourné à leur profit le souvenir des événements passés, mais elle a soutenu que les allégations en ce sens portées par la

Croatie n'étaient pas toujours exactes ; enfin, elle a ajouté que le nationalisme serbe ne saurait être tenu pour unique responsable du conflit.³²⁷

Dans sa *Réplique*, la Croatie a fait valoir que, selon un rapport d'expert du TPIY, le mémorandum de la SANU avait mis le feu aux poudres et soulevé publiquement la question du nationalisme serbe,³²⁸ en donnant libre cours à la théorie selon laquelle les Croates étaient collectivement responsables du nombre élevé de Serbes tués entre 1941 et 1945 par les Oustachi.³²⁹ Elle a ensuite réfuté les allégations de renaissance du nationalisme croate et de propos haineux et politiques discriminatoires à l'égard des Serbes.³³⁰ De son côté, dans sa duplique, la Serbie a soutenu que le contexte historique était susceptible de contribuer à la compréhension des événements à l'origine de la guerre. Elle a réaffirmé que les causes n'étaient pas unilatérales et que les allégations de la Croatie étaient à son avis inexactes,³³¹ enfin, elle a prié la Cour d'examiner l'histoire du conflit en tenant compte des deux perspectives proposées par le demandeur et par le défendeur.³³²

Dans la phase orale de la procédure en l'espèce, l'une des témoins-experts (Mme S. Biserko) a traité expressément

le contexte factuel du conflit et de l'évolution des faits qui a conduit aux atrocités. Elle a insisté sur l'idée d'une «Grande Serbie» ranimant le nationalisme serbe par sa propagande, l'objectif de l'expansion territoriale, l'ascension de S. Milošević et de ses politiques, et les reportages des médias - entre 1988 et 1991 - préparant les Serbes aux attaques armées à venir en Croatie et en Bosnie-Herzégovine.³³³

Les Parties elles-mêmes, dans le cadre de la procédure en l'espèce, ont mis l'accent, chacune à sa manière, sur les incidences des propos haineux. La Croatie a affirmé que la Serbie avait attisé les propos haineux et la propagande en incitant au génocide.³³⁴ Ces propos haineux, à son avis, avaient été un élément important des préparatifs en vue des incursions armées serbes en Croatie.³³⁵ La Serbie a reconnu que les médias du pays, à la fin des années 1980 et tout au long des années 1990, diffusaient en permanence des propos haineux, mais elle a affirmé que tel était aussi le cas en Croatie.³³⁶

La Serbie a admis que les propos haineux abondaient dans les médias serbes à la fin des années 1980 et tout au long des années 1990,³³⁷ mais elle a affirmé que ce phénomène n'était pas circonscrit à la Serbie et existait aussi

en Croatie.³³⁸ La Croatie a fait valoir que, dès le début des années 1980, plusieurs journaux serbes avaient publié des articles incendiaires sur le camp de concentration oustachi de Jasenovac, pendant la deuxième guerre mondiale.³³⁹ Elle a contesté l'affirmation de la Serbie, selon qui la Croatie avait elle aussi promu les propos haineux contre les Serbes.³⁴⁰ La Serbie, de son côté, a tenté de minimiser les preuves de l'incitation à la haine.³⁴¹

Lors des plaidoiries, la Croatie a fait référence, notamment, au discours prononcé par S. Milošević devant le parlement serbe en mars 1991³⁴² et aux propos haineux tenus par l'extrémiste nationaliste serbe Z. Raznjatović (connu sous le nom d'Arkan) contre les Croates, constamment appelés «Oustachi».³⁴³ Les journaux serbes, a-t-elle ajouté, publiaient des articles incendiaires sur le camp de concentration oustachi de Jasenovac, en référence aux crimes que le régime oustachi avait commis contre les Serbes pendant la deuxième guerre mondiale.³⁴⁴

La Serbie, de son côté, a cité des déclarations faites par la presse et les politiciens croates.³⁴⁵ La Croatie a rétorqué que les exemples donnés par la Serbie contrastaient vivement avec les discours haineux qui émanaient des

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

médias publics et des plus hauts dirigeants serbes.³⁴⁶ Elle a en outre insisté sur le fait que la peur que la population serbe nourrissait à l'égard des Croates avait été instillée par la campagne basée sur des discours haineux contre les Croates et la diabolisation de ceux-ci en tant qu'«Oustachi».³⁴⁷

Dans le présent arrêt, la Cour a exclu catégoriquement d'examiner les origines historiques du conflit dans les Balkans, dans les termes suivants: «La Cour estime qu'il n'est pas nécessaire de s'engager dans un débat sur les origines historiques et politiques des événements qui se sont déroulés en Croatie entre 1991 et 1995» (par. 422). Même sans se lancer dans un tel examen, elle a, par exemple, rejeté l'importance du mémorandum de la SANU, au motif qu'il «n'a[vait] pas de caractère officiel» et qu'il ne prouvait pas le *dolus specialis* (par. 422).

Pourtant, dans la procédure en l'espèce, ce document n'a pas été cité à cet effet, mais uniquement pour expliquer les origines historiques de l'entreprise de dévastation en Croatie, que la Cour a jugé inutile d'examiner dans le présent arrêt. Encore une fois, je regrette de ne pas pouvoir souscrire à la manière dont la majorité de la Cour a traité cette question, et j'ai tenu

à consigner par écrit, dans le présent exposé, pourquoi je suis en désaccord avec le peu de cas que la Cour en a fait - étant donné, en particulier, que les deux Parties ont longuement insisté sur cette question dans les arguments qu'elles ont présentés à la Cour et s'attendaient à ce que celle-ci l'examine.

Il est clair qu'une idéologie et une propagande nationalistes (ethniques) ont été, par leur incitation à la violence, à l'origine de l'éclatement de l'ex-Yougoslavie et ont contribué à donner lieu aux hostilités aggravées au cours des conflits armés généralisés, puis aux «horreurs» des guerres dans les Balkans, «en particulier celles en Croatie et en Bosnie-Herzégovine».³⁴⁸

Pour comprendre le contexte factuel d'une affaire relevant de la convention sur le génocide, telle que celle qui oppose la Croatie à la Serbie, il importe d'en examiner les causes. Celles-ci ont été exposées à la Cour par les Parties elles-mêmes. Dans l'exposé de l'opinion individuelle (par. 46, 47 et 220) que j'ai joint à l'avis consultatif rendu par la Cour au sujet de la déclaration d'indépendance du Kosovo (2010), j'avais déjà souligné qu'il était nécessaire de rester attentif aux origines historiques de chaque crise humanitaire.

Un conflit international - une entreprise de dévastation - ayant l'ampleur et la gravité des guerres dans les Balkans, dont la Cour a été saisie au titre de la *Convention contre le Génocide*, ne peut pas être examiné correctement dans le vide. Ce n'est d'ailleurs pas ce que le TPIY a fait, et, par exemple, en l'affaire *S. Milošević* (Chambre de première instance, décision du 16 juin 2004), après avoir étudié le conflit à partir de ses origines historiques, il a tenu compte d'un rapport d'expert sur l'utilisation de la propagande par les médias dans ce conflit, selon lequel «une comparaison entre les propagandes nationalistes serbe, croate et bosniaque porte à conclure que la première surpasse les deux autres tant par l'échelle que par le contenu des messages médiatiques délivrés» (par. 237).

Ainsi, la haine était générale, et elle a fait de nombreuses victimes. Les villageois ont commencé à se haïr mutuellement, parfois entre anciens voisins, uniquement en raison de leur appartenance ethnique, sans savoir exactement pourquoi. Les conséquences de cette campagne de haine ont été catastrophiques - et, comme tant d'autres entreprises de dévastation menées par l'homme tout au long de son histoire, elles illustrent la présence pérenne du mal dans la condition humaine (cf. plus loin).

Enfin, avec le déclenchement des attaques armées, il importe de rappeler un autre élément qui plaide en faveur de l'examen de la campagne de nationalisme extrême: les *comptes rendus non expurgés* du Conseil suprême de la défense (CSD) de la RFY - ceux-là mêmes qui, dans la précédente affaire concernant la convention sur le génocide, n'avaient pas été mis à la disposition de la Cour, et que celle-ci n'avait d'ailleurs pas jugés indispensables pour rendre son arrêt de 2007. Aujourd'hui, huit ans plus tard, les transcriptions non expurgées des comptes rendus du CSD (1992-1996), sur lesquelles l'attention du TPIY a été récemment appelée, sont connues du public.

Je n'ai pas l'intention de passer ici ces comptes rendus en revue, et me bornerai à en mentionner deux brefs passages qui ont une incidence directe sur les considérations précédentes. Le compte rendu (sténographié) non expurgé de la CSD daté du 7 août 1992 fait référence à la violence des formations paramilitaires et contient l'instruction de vêtir ces paramilitaires d'«uniformes de soldats yougoslaves» et de leur donner des armes. Dans celui daté du 9 août 1994, il est dit que les armées de la Republika Srpska et de la République serbe de Krajina «sont des armées du peuple serbe», et que, «[p]ar conséquent, elles

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

doivent servir les intérêts du peuple serbe dans son ensemble». ³⁴⁹

2. L'obligation de porter un ruban blanc

À mon sens, il est clair, compte tenu des atrocités déjà passées en revue, que, dans le cas d'espèce concernant l'*Application de la Convention contre le Génocide* et opposant la Croatie à la Serbie, il ne s'agissait pas exactement d'une guerre, mais plutôt d'une campagne de dévastation, dans le cadre d'une entreprise de destruction systématique et généralisée (cf. plus haut). Je passerai à présent à d'autres aspects sur lesquels l'attention de la Cour a aussi été appelée au cours de la procédure, en commençant par l'obligation de porter un ruban blanc imposée aux personnes prises pour cible.

Lors de la phase écrite de la procédure, la Croatie a affirmé dans son mémoire que, dans certaines municipalités, les Croates étaient contraints, pour être reconnaissables, à porter un ruban blanc ou d'autres signes distinctifs ou d'en apposer sur leurs biens. ³⁵⁰ Elle a produit diverses déclarations de témoins attestant que la Serbie avait imposé cette pratique ³⁵¹ qui, si l'on en croit les éléments de preuve (et lesdites déclarations), était très répandue et avait

pour unique raison d'être d'identifier les Croates, de les isoler du reste de la population et de les humilier à des degrés divers, notamment par le travail forcé, la violence et la restriction de leur liberté de circulation (par exemple en imposant des couvre-feux). Selon la Croatie,

«[L]a population croate locale était tenue de porter un signe distinctif - ruban blanc et autres signes - et d'en marquer ses biens; l'accès à la nourriture, à l'eau, à l'électricité et aux télécommunications ainsi qu'à des soins médicaux convenables lui était refusé; ses déplacements faisaient l'objet de restrictions; elle était mise au travail forcé; ses biens étaient détruits ou pillés; les monuments culturels et religieux croates étaient détruits; et les écoles et autres établissements publics étaient tenus d'adopter les traditions culturelles et la langue serbes». ³⁵²

En ce qui concerne les objectifs de la pratique consistant à obliger les Croates à porter un ruban blanc, la Croatie a fait valoir que des «autorités» locales serbes avaient été établies et «impos[ai]ent un régime d'humiliation et de déshumanisation à la population croate restante, laquelle était tenue de porter un signe distinctif - ruban blanc et autres signes - et d'en marquer ses biens». ³⁵³ Elle a affirmé que, à Antin, par exemple, la plupart des habitants

croates avait quitté le village et que les 93 Croates restés sur place devaient porter un ruban blanc au bras; elle a ajouté que, au moment de la rédaction de son mémoire, on ignorait toujours ce qu'il était advenu de 15 d'entre eux.³⁵⁴ Il en est allé de même dans le village de Sarengrad, où étaient restés 412 habitants croates qui ont tous été forcés de porter un ruban blanc.³⁵⁵

Lors des plaidoiries, la Croatie a répété ses allégations concernant le «marquage» de la population croate. Quant aux Croates forcés de se distinguer du reste de la population en portant un ruban blanc, elle n'a pas fait état d'un sort commun que tous auraient subi. Les pièces de procédure ne permettent pas de savoir si absolument *tous* ceux qui portaient un ruban blanc étaient condamnés à être exterminés.³⁵⁶ La Croatie a néanmoins déclaré ce qui suit:

«[D]es civils croates ont été forcés, dans les communautés et les régions occupées (et ces faits, exposés dans les pièces de procédure, étaient très loin d'être isolés), de porter des rubans blancs, et ont reçu l'ordre d'accrocher des chiffons blancs à leurs maisons. Il s'agissait de mesures de marquage ethnique. Ainsi repérés, ils devenaient des cibles à abattre. À Bapska, au cri de 'On vous tuera tous, sales Onstachis!', des Serbes ont obligé

*les Croates à accrocher des rubans blancs à leurs portes, comme cela figure dans les déclarations de témoins. Les populations croates d'Arapovac, Lovas, Šarengrad, Sotin, Tovarnik et Vukovar, entre autres, ont été contraintes par les forces serbes de porter des rubans blancs».*³⁵⁷

La Croatie a surtout insisté sur le fait que les Croates avaient été obligés de porter un ruban blanc pour se distinguer du reste de la population ; même s'ils ne semblent pas avoir tous subi le même sort, une fois distingués de la sorte, ils sont devenus plus vulnérables. A cet égard, l'expert-témoin de la Croatie a déclaré, en réponse à une question que j'ai posée à l'audience du 3 mai 2014, que les Croates:

*«détenus n'étaient pas marqués de la sorte. Cette marque a été utilisée dans plusieurs cas - à Lovas et à Tovarnik précisément - où nous l'avons trouvée sur des victimes dans des charniers. Il est de notoriété publique que, dans ces régions, les Croates devaient porter un brassard blanc.»*³⁵⁸

Il ressort donc des éléments produits en l'espèce que certains des Croates qui ont été exterminés ont d'abord été contraints à porter des rubans ou des brassards blancs,³⁵⁹ ou à accrocher des draps blancs aux portes de leurs maisons.

3. Le sort réservé aux corps

Au cours de la procédure, la Croatie a fait état de diverses déclarations de témoins décrivant les atteintes à l'intégrité des cadavres croates commises par les Serbes. Selon de nombreux témoignages, des cadavres ont été brûlés ou jetés dans des charniers (voir plus loin), et parfois criblés de balles (à Vukovar-centre),³⁶⁰ démembrés (à Berak)³⁶¹ et jetés dans des puits (à Glina), des canaux (à Lovas)³⁶² et des rivières.³⁶³ C'était une façon, selon la Croatie, de dissimuler les meurtres ; des pelleteuses ont servi à transporter les restes.³⁶⁴

Dans la phase écrite de la présente procédure, la Croatie a aussi relevé que les corps étaient parfois simplement brûlés (par exemple à Ervenik, Cerovljani, Hum/Podravska ou Joševica).³⁶⁵ Elle a aussi fait état de plusieurs cas dans lesquels les assaillants s'étaient débarrassés des corps un peu au hasard, sinon avec incurie.³⁶⁶ Il y avait des cadavres partout.

Selon des témoignages, les cadavres auraient posé problème à Vukovar lors du bombardement: nombre d'entre eux étaient laissés dans la rues, les cours ou les caves ; 520 personnes décédées ont été transportées par des

bénévoles et des soldats croates pour identification.³⁶⁷ A Vukovije, selon un témoin, trois cadavres ont été découverts sur les marches d'une maison.³⁶⁸ Un autre témoin a raconté qu'il y avait à Tovarnik 48 cadavres gisant le long de la route et dans les cours et qu'il était interdit de les enterrer.³⁶⁹

Il me semble opportun de revenir ici sur une idée que j'ai déjà exprimée dans le présent exposé (partie II, plus haut). Ces scènes dans lesquelles des dépouilles restent sans sépulture évoque irrésistiblement (du moins dans mon esprit), dans une dimension intertemporelle, la tragédie d'Antigone écrite par Sophocle il y a 25 siècles. Antigone fait part de sa détermination à passer outre la décision tyrannique qu'a prise le puissant Créon de laisser le cadavre de son frère Polynice pourrir sur le champ de bataille; elle annonce qu'elle donnera à la dépouille de son frère une sépulture digne, car elle se réjouit de retrouver un jour ses proches bien-aimés qui sont décédés:

*«[J]'enterrerai, moi, Polynice
et serai fière de mourir en agissant de
telle sorte. ...
Ne dois-je pas plus longtemps plaire à
ceux d'en bas
Qu'à ceux d'ici ... ?
... Pouvais-je cependant gagner plus*

*noble gloire
que celle d'avoir mis mon frère au tom-
beau ?*³⁷⁰

Lorsque la mort qu'elle a choisie frappe Antigone, la disgrâce s'abat aussi, rapidement, sur le despotique Créon. Et le chœur se borne à dire que, comme dans les temps anciens, «les maux (...) sous le toit (...)», toujours, «après les morts, s'abatt[ent] sur les vivants», de sorte «qu'aucune génération jamais libère la suivante».³⁷¹ L'amour «est invincible» et «triomphe».³⁷² Et le chœur avertit que «c'est un terrible pouvoir» que le «pouvoir du Destin. Ni la richesse ni les armes ... ne sauraient lui échapper».³⁷³ À la fin, les «grands coups du sort (...) apprennent à être sages».³⁷⁴

Le chef-d'œuvre de Sophocle a résisté à l'épreuve du temps et a inspiré des œuvres littéraires à diverses époques. Avec le temps, Antigone est devenue le symbole de la résistance à la toute-puissance des dirigeants et de l'affrontement entre le droit naturel (qu'elle défend) et le droit positif (que représente Créon). Des écrivains se sont emparés de ce thème et des philosophes l'ont étudié tout au long des siècles. Au milieu du XX^e siècle, par exemple, J. Anouilh a écrit sa propre version de la tragédie d'Antigone, dans

une perspective différente, mais en dépeignant aussi la fatalité qui s'abat sur Antigone et sur les autres personnages. Son *Antigone* a été publiée initialement en 1942 et donnée pour la première fois en 1944 à Paris, sous l'occupation nazie.

À travers les siècles, les champs de bataille sont couverts de cadavres abandonnés, comme l'attestent de si nombreux textes (historiques, philosophiques et littéraires). C'est contre cet abandon qu'Antigone s'insurge. La pièce montre que, de l'époque de Sophocle à nos jours, les morts et les vivants sont proches les uns des autres dans de nombreuses cultures, et en fin de compte dans la conscience humaine.

La détermination d'Antigone à offrir une sépulture digne à la dépouille de son frère rapproche les morts bien-aimés de leurs vivants, et les vivants de leurs morts. Ce précepte éternel est plein d'humanisme. Face à des considérations relevant de la raison d'Etat, Antigone résiste et reste fidèle à elle-même, respectant des principes fondamentaux et les valeurs humaines supérieures qui les sous-tendent. Elle incarne un exemple à suivre.

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

Aujourd'hui, 25 siècles après l'*Antigone* de Sophocle, les «coups du sort» nous ont-ils enseigné la sagesse? J'en doute. Les leçons ont-elles été tirées des souffrances de tant de générations qui nous ont précédés? Je crains que non. Comme le montre la présente affaire concernant l'*Application de la Convention contre le génocide (Croatie vs. Serbie)*, dans des situations de conflit, les cadavres continuent d'être traités avec mépris (cf. plus haut). Et les plaintes se succèdent sans fin.

La Croatie affirme que, en 1993, à Tordinci (Slavonie orientale), des corps ont été enlevés d'un charnier et transportés en un lieu inconnu en Serbie.³⁷⁵ À Glina, au moins 10 personnes ont été tuées, mais aucun reste n'avait été retrouvé à la date où le mémoire a été soumis.³⁷⁶ Toujours à Glina, les corps de neuf civils ont été exhumés (le 13 mars 1996), mais six d'entre eux seulement ont été identifiés.³⁷⁷ Les corps d'autres victimes sont toujours portés disparus ailleurs.³⁷⁸

En outre, à Karlovac, a ajouté la Croatie, les corps de cinq femmes et d'un homme ont été emportés vers une destination inconnue et demeureraient portés disparus à la date où le mémoire a été soumis, à l'exception du corps d'une femme retrouvé dans

une boîte aux alentours du village de Banski Kovačevac au printemps 1992.³⁷⁹

Dans sa réplique, la Croatie a de nouveau fait état de déclarations de témoins figurant dans le mémoire et a ajouté que, à Dalj, des civils croates ont été empêchés de fuir après le 1^{er} août 1991 et ont été contraints de ramasser les corps de ceux qui avaient été tués lors de l'attaque et de les inhumer.³⁸⁰

Lors de la phase écrite de la présente procédure, la Serbie n'a pas rejeté expressément les allégations de la Croatie concernant les corps des victimes et les atteintes à l'intégrité des cadavres commises par les forces serbes. Elle a par contre contesté la fiabilité des éléments de preuve produits par la Croatie, notamment le nombre de corps trouvés au Velepromet (un millier environ, selon la Croatie).³⁸¹

Elle a ensuite soutenu, dans son contre-mémoire, que la Croatie avait porté atteinte à l'intégrité des corps de victimes serbes et avait dissimulé des preuves ; elle a prétendu, par exemple, que des soldats croates avaient tiré sur les cadavres de Serbes.³⁸² Elle a fait état de la déclaration d'un témoin qui, à Glina, avait vu une vingtaine cadavres

joncher la route et les bas-côtés.³⁸³ D'après un autre témoin, près de Žirovac, des chars avaient roulé sur les cadavres épars sur la route.³⁸⁴

La Serbie a en outre affirmé que, à Knin, les cadavres avaient été enlevés des rues afin de les cacher à l'ONU; elle a ajouté que le bataillon canadien de la Force de protection des Nations Unies (FORPRONU) avait vu les forces croates déplacer et brûler des corps pour dissimuler les preuves.³⁸⁵

Toutes ces mesures, selon elle, visaient à empêcher que le nombre de victimes soit établi avec précision.³⁸⁶ Dans sa duplique, la Serbie a affirmé que la route qui menait au pont sur la Save était couverte de corps de Serbes morts sur environ 3,5 kilomètres.³⁸⁷

Elle a ajouté que les forces croates effaçaient toute trace des cadavres afin de camoufler l'ampleur des crimes commis,³⁸⁸ en brûlant les corps avant de les enterrer.³⁸⁹ De nombreux civils qui avaient constitué des colonnes et tenté de fuir ont été tués et leurs corps ont été vus dans les rues de Knin.³⁹⁰

De son côté, la Croatie, lors de la phase orale de la présente procédure, a fait valoir qu'elle ne savait pas où se trouvaient les dépouilles de plus de

840 citoyens croates, toujours portées disparues à la suite des attaques contre les civils;³⁹¹ elle a ajouté que la Serbie s'obstinait à refuser d'aider à les retrouver.³⁹² Elle a mentionné un autre témoignage selon lequel les rues de la zone résidentielle située au sud de la Vuka étaient jonchées d'innombrables cadavres qui n'avaient pu être inhumés en raison des risques que couraient tous ceux qui sortaient sous les bombardements.³⁹³ Dans le centre-ville sur le Danube, a-t-elle ajouté, il y avait également des corps restés sans sépulture.³⁹⁴ A Borovo Selo, a-t-elle aussi affirmé, des paramilitaires serbes ont tué 12 policiers croates dont ils ont mutilé les cadavres.³⁹⁵

Selon le demandeur, après le bombardement de la ville de Vukovar, des témoins avaient vu des corps démembrés étendus dans les décombres;³⁹⁶ les corps jonchaient les rues.³⁹⁷ Au Velepromet, un témoin a affirmé avoir vu 15 corps décapités gisant près d'un trou dans le sol.³⁹⁸ A Donji Čaglić, selon la Croatie, les corps de civils avaient été enterrés dans une tranchée creusée par un véhicule de la JNA.³⁹⁹ A Široka Kula, a-t-elle ajouté, 29 Croates avaient été tués par la SAO Krajina et leurs cadavres jetés dans des maisons en feu.⁴⁰⁰ En outre, un témoin a raconté qu'aux alentours de Lovas, les Croates avaient été utilisés

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

pour nettoyer des champs de mines ; les mines explosaient, les cadavres gisaient tout autour et les forces serbes les criblaient de balles.⁴⁰¹

La Croatie a fait état de l'accord conclu entre elle et la Serbie en 1995, portant création d'une commission conjointe chargée, notamment, d'exhumer et d'identifier les corps non identifiés. Elle a affirmé que les dépouilles de 394 personnes avaient été exhumées, mais que 103 corps seulement lui avaient été restitués.⁴⁰² La Serbie a répondu que «103 [corps] seulement» avaient été remis à la Croatie parce que 103 profils ADN seulement correspondaient aux échantillons d'ADN des Croates disparus.⁴⁰³

Lors de la phase orale de la présente procédure, la Serbie a affirmé que les forces croates avaient porté atteinte à l'intégrité des cadavres de Serbes après l'opération Tempête et enlevé toute trace des corps qui gisaient sur les routes.⁴⁰⁴ Elle a ajouté que les Croates tiraient sur les cadavres de Serbes⁴⁰⁵ et a fait état de cas dans lesquels des corps avaient été brûlés par les Croates;⁴⁰⁶ cinq corps calcinés avaient été retrouvés à Bijeli Klanac.⁴⁰⁷ D'après la Serbie, cinq conducteurs de tracteurs avaient été tués par des soldats croates et leurs corps, jetés dans une rivière.⁴⁰⁸

Depuis des temps immémoriaux jusqu'à nos jours, le respect dû aux morts, en particulier dans les situations de conflits armés ou d'extrême violence dans la perturbation de l'ordre social, a été une préoccupation constante, déjà présente à l'esprit des «pères fondateurs» du droit international public. Il y a dix ans, dans une autre juridiction internationale (CourIADH), j'ai jugé utile, dans l'exposé de l'Opinion Individuelle que j'ai joint à l'arrêt rendu en l'affaire du massacre de la *Communauté Moiwana vs. Suriname* (15 juin 2005), de faire état de ce qui suit:

«L'on ne saurait méconnaître que la reconnaissance des devoirs des vivants à l'égard de leurs morts était, en fait, présente aux origines mêmes, et tout au long de l'élaboration, du droit international public. Ainsi, pour n'en donner qu'un exemple, H. Grotius, dans son traité De jure belli ac pacis (1625), a consacré le chapitre XIX du livre II au droit à la sépulture (derecho de sepultura). Il y soutient que le droit d'enterrer les morts trouve son fondement dans le droit volontaire des gens, et que tous les êtres humains sont rendus à l'égalité précisément en retournant à la poussière commune de la terre.»⁴⁰⁹

H. Grotius a aussi rappelé que les rites funéraires originaux n'étaient pas

*uniformes (par exemple, dans l’Égypte ancienne, les corps des morts étaient embaumés avant d’être mis au tombeau, alors que la plupart des Grecs les brûlaient) ; cela étant, quels que soient les types de rites funéraires, le droit à la sépulture s’expliquait en dernière analyse par la dignité de la personne humaine.*⁴¹⁰

*H. Grotius a en outre soutenu que tous les êtres humains, y compris les ‘ennemis publics’ (‘enemigos públicos’) avaient le droit à une sépulture, ce qui était un précepte de ‘vertu et d’humanité’*⁴¹¹ (pars. 60-61).

Malgré cette préoccupation durable, des atteintes au respect dû aux morts continuent d’être commises, comme le montre la présente affaire relative à l’*Application de la Convention contre le Génocide (Croatie vs. Serbie)*. Et ce n’est pas le seul exemple contemporain de ce triste manque de respect.

Il en va ainsi - comme je l’ai souligné dans l’exposé susmentionné dans mon Opinion Individuelle jointe à l’arrêt rendu en l’affaire de la *Communauté Moïvana* (par. 63) - en dépit du fait que le Droit International Humanitaire prévoit le respect des dépouilles des défunts. L’article 130 de la Convention IV de Genève (1949) relative à la Protection des Personnes Civiles en temps de guerre exige que

l’attention et le respect requis soient portés aux restes mortels. L’article 34 du Protocole I de 1977 Additionnel aux Conventions de Genève de 1949 apporte des précisions sur cette question; et

*«le commentaire du comité international de la Croix-Rouge sur cet article souligne que le respect des restes «implique aussi qu’il en soit disposé, dans toute la mesure du possible et dans la mesure où ils sont connus, conformément aux vœux ou aux croyances religieuses du défunt», et affirme que même des motifs impérieux d’intérêt public ne sauraient justifier, en aucun cas, de ne pas respecter les restes des personnes décédées»*⁴¹² (par. 63).

4. L’existence de charniers

Dans la procédure concernant le cas d’espèce, la Croatie a présenté, tant dans ses pièces écrites que dans ses plaidoiries, des moyens relatifs aux charniers découverts dans diverses municipalités. Elle a mis l’accent sur la description des crimes commis dans chaque municipalité et sur l’existence de charniers prouvant la commission de ces crimes. Elle a aussi présenté des preuves matérielles de l’existence de charniers, notamment des photographies et des planches en couleurs, en annexe à ses pièces.

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

L'analyse des moyens de la Croatie montre que les charniers étaient courants dans la plupart des municipalités qu'elle a présentées. La Croatie a soumis des preuves photographiques et documentaires consignait les constatations faites lors de l'excavation de charniers, à titre de preuve des crimes qu'elle affirme avoir été commis. Il semble, d'après les éléments de preuve et les moyens examinés, que le nombre de charniers découverts dans diverses municipalités vienne appuyer l'allégation selon laquelle les Croates ont été victimes de massacres.

Au cours de la phase écrite de la présente procédure, la Croatie a développé ses arguments concernant les charniers dans son *Mémoire*.⁴¹³ Elle a fait valoir que, au total, 126 charniers avaient été découverts (au moment de la rédaction du mémoire), dont 61 en Slavonie orientale.⁴¹⁴ Elle a fait état de charniers découverts dans diverses municipalités, notamment dans des villages de Slavonie orientale, dans la Banovina, où 39 charniers avaient été découverts et 241 corps exhumés (dont 175 avaient été identifiés),⁴¹⁵ le Kordun et la Lika, où 11 charniers avaient été mis au jour,⁴¹⁶ et dans le village de Lovas. Elle a présenté des moyens et des informations relatifs à chaque fosse.

En ce qui concerne Vukovar, par exemple, elle a fait valoir que l'essentiel de la ville avait été complètement détruite et a fait état du charnier d'Ovčara, où les Serbes avaient emmené quelque 200 Croates de l'hôpital de Vukovar, les avaient exécutés sommairement puis les avaient laissés dans un charnier peu profond.⁴¹⁷

Toujours au sujet de Vukovar, la Croatie a fait valoir que trois charniers avaient été découverts: à Ovčara, où 200 corps avaient été trouvés (dont 145 identifiés), au *Novo groblje* [nouveau cimetière], où les restes de 938 victimes avaient été exhumés (dont 722 identifiés) et rue Nova, où 10 corps avaient été exhumés (dont six identifiés). Une tombe contenant trois corps avait été découverte à Borovo Selo. La Croatie a précisé que «[I]l y a un seul autre endroit où le nombre de victimes a atteint des proportions analogues est le district de Prijedor, en Bosnie Herzégovine».⁴¹⁸ Au total, a-t-elle affirmé, 1151 corps avaient été découverts dans des charniers à Vukovar.⁴¹⁹

La Croatie a également affirmé que, au moment de la rédaction du *Mémoire*, en raison des opérations menées par les groupes paramilitaires serbes et la JNA dans la région de la Slavonie occidentale, cinq charniers avaient été mis au

jour, ce qui avait permis d'exhumer et d'identifier 20 corps, dont la quasi-totalité étaient ceux de Croates.⁴²⁰ Elle a ajouté que, au moment de la rédaction du mémoire,

*«61 charniers avaient été découverts en Slavonie orientale. (...) Sur les 2028 personnes exhumées, 1533 avaient pu être identifiées. Dans le district d'Osijek-Baranja, sur les 171 corps exhumés, 135 avaient pu être identifiés. Dans le district de Vukovar-Srem, sur les 1857 corps exhumés, 1418 avaient pu être identifiés. D'autres charniers sont encore mis au jour. De plus, nombre d'entre eux, creusés à l'époque analysée, n'ont servi que de sépulture provisoire».*⁴²¹

La Croatie a en outre fait valoir que, «[l]a JNA avait fréquemment détérré les corps pour les transférer dans d'autres parties du territoire occupé ou en Serbie. Ainsi, les cadavres d'habitants du village de Tordini avaient été emportés en Serbie et ceux d'habitants du village de Tikveš transportés à Beli Manastir».⁴²² En ce qui concerne la Slavonie orientale, par exemple, la Croatie a affirmé, s'agissant du village de Tenja, qu'un charnier avait été mis au jour dans une ferme, et que les restes de trois personnes avaient été identifiés. Dans le village de Berak, un

charnier situé entre Orolik et Negoslavci, dans une vallée appelée «Šarviz», avait aussi été découvert.⁴²³

La Croatie a aussi fait état de la mise au jour de charniers à Ilok.⁴²⁴ À Tovarnik, a-t-elle ajouté, une pratique courante des groupes paramilitaires serbes occupant le village consistait à contraindre les Croates à enterrer leurs morts, et elle a renvoyé à la déposition d'un témoin confirmant l'existence de charniers et de nombreux meurtres de civils croates.⁴²⁵

De même, au moment de la rédaction du mémoire, une fosse contenant 68 corps, dont 67 ont été identifiés, avait été découverte dans le cimetière du village de Lovas. Quant à Tordini, la Croatie affirme qu'un charnier contenant:

«environ 209 Croates avait été découvert près de l'église catholique. (...) L'officier de l'état civil avait été chargé de dresser la liste des personnes enterrées dans le charnier, mais en raison du nombre de cadavres il avait été incapable de terminer sa tâche. A ce jour, l'identité de certains corps demeure inconnue. En 1993, les corps ont été retirés de la fosse et transportés en un lieu inconnu en Serbie. (...) Des colonnes de camions de la JNA ont servi à transporter les restes

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

*des morts et seuls les corps de cinq habitants de Tordinci et de neuf habitants d'Antin ont été laissés dans la tombe. Ils ont par la suite été exhumés et identifiés, alors que les autres sont toujours portés disparus».*⁴²⁶

En outre, s'agissant du village de Saborsko, la Croatie a fait valoir que l'issue de l'attaque avait été «la destruction intégrale du village et l'extermination de sa population. Les corps des Croates assassinés avaient été enterrés plusieurs jours plus tard dans un charnier creusé à l'aide d'un excavateur».⁴²⁷

Dans sa *Réplique*, la Croatie a de nouveau exposé ses moyens et a mis à jour les informations figurant dans son *Mémoire*, notamment celles concernant l'emplacement et l'exhumation des corps⁴²⁸ découverts depuis le dépôt de cette pièce. Elle s'est appuyée sur la découverte d'autres charniers «pour établir le contexte et montrer l'ampleur des homicides commis par les forces serbes».⁴²⁹

Elle a aussi répondu aux arguments de la Serbie concernant le prétendu manque d'impartialité des renseignements obtenus, faisant valoir que des organisations internationales telles que le Haut-Commissariat des Nations Unies aux droits de l'homme

(HCDH), l'Organisation pour la sécurité et la coopération en Europe (OSCE) et la mission d'observation de la Communauté européenne (en sus du TPIY lui-même) avaient été invitées à observer le déroulement de la mise au jour de charniers en Croatie.⁴³⁰

Toujours dans sa *Réplique*, la Croatie a rappelé que le TPIY était aussi parvenu aux conclusions suivantes au sujet des charniers en Croatie, dans l'affaire *Mrkšić, Radić et Šljivančanin*:

*«La Chambre constate que, dans la soirée du 20 novembre et dans la nuit du 21 novembre 1991, les prisonniers de guerre ont été emmenés, par groupes de 10 ou 20, du hangar d'Ovčara à l'emplacement où une grande fosse avait été creusée plus tôt dans l'après-midi. Là, des membres de la TO de Vukovar et des paramilitaires ont exécuté au moins 194 prisonniers de guerre. Les exécutions ont commencé après 21 heures et se sont poursuivies jusqu'à bien après minuit. Les corps ont été jetés dans la fosse et n'ont été découverts que plusieurs années plus tard.»*⁴³¹ (Par. 252 et 253).

La Croatie a aussi renvoyé aux conclusions rendues par le TPIY dans le jugement *Martić*, en ce qui concerne les charniers. Le TPIY a constaté, par exemple, que certains habitants de

Cerovljani (dont il énumère les noms) avaient été tués délibérément. Il a ensuite rappelé que «les victimes de Hrvatska Dubica avaient été arrêtées au cours d'une rafle et détenues dans la caserne des pompiers» le 20 octobre 1991, puis tuées le lendemain à Krečane (près de Baćin), avant d'être «enterrées dans une fosse commune sur place». Il a constaté que les crimes commis à Cerovljani étaient «quasiment identiques» à ceux de Hrvatska Dubica, y compris le fait que «la plupart des victimes ont été enterrées dans la fosse commune de Krečane». Il a conclu en outre qu'il était «établi au-delà de tout doute raisonnable que ces victimes étaient des civils qui ne participaient pas directement aux hostilités au moment de leur décès» (par. 359).⁴³²

La Serbie, de son côté, a fait valoir que certains éléments de preuve, en particulier les graphiques intitulés «charniers», avaient été établis par des organes croates.⁴³³ Selon elle, ces éléments n'avaient «guère de valeur», car

«les rapports d'exhumation ne signal[ai]ent pas l'existence de fosses communes à l'échelle de celles qui ont été mises au jour à Srebrenica, au Rwanda ou en Europe orientale après la deuxième guerre mondiale. Il s'agit surtout de petits

*groupes de personnes décédées dispersés dans les diverses régions et municipalités de Slavonie.»*⁴³⁴

Cependant, même si elle s'est efforcée de déprécier les preuves, la Serbie n'est pas allée jusqu'à nier l'existence de charniers.

Au cours des plaidoiries, la Croatie a réaffirmé ses arguments concernant l'existence de charniers, leur emplacement et les corps qui y avaient été trouvés. Elle a ajouté que de nouveaux charniers avaient été découverts plus récemment, par exemple celui de Sotin, qui contenait 13 cadavres.⁴³⁵ Elle a aussi affirmé, au sujet de la Slavonie orientale, que, en moins d'un an d'occupation par la Serbie, les communautés de la région avaient été détruites et que

*«[l']évidence de l'intention de détruire la population croate n'a[vait] d'égale que la brutalité des chiffres (...): on a[vait] découvert depuis 510 charniers et fosses communes contenant les restes de près de 2300 hommes, femmes et enfants. Nombre d'autres victimes [avaie]nt été exhumées de fosses individuelles, et chaque année apport[ait] de nouvelles découvertes à ce chapitre.»*⁴³⁶

La Croatie a ensuite rappelé la déclaration faite au cours des plaidoiries

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

par un expert-témoin (M. Grujić), qui a déposé, notamment, au sujet des charniers. M. Grujić a affirmé que, «[e]n ce qui concerne les exhumations et la découverte de charniers et l'époque où ceux-ci ont été creusés», il devait dire que «les premiers l'ont été dès juillet 1991» et que «les excavations se sont poursuivies jusqu'en 1992». ⁴³⁷ Il a ensuite affirmé que le plus grand charnier découvert était celui du nouveau cimetière de Vukovar, dans lequel se trouvaient 938 corps. ⁴³⁸ En réponse à une question posée par le soussigné, le témoin a dit que, à Lovas et à Tovarnik, les corps des victimes trouvées dans des charniers portaient des signes distinctifs tels qu'un brassard blanc au bras et que, «[i]l [était] de notoriété publique que, dans ces régions, les Croates devaient porter un brassard blanc» ⁴³⁹ (voir plus haut).

La Croatie a en outre déclaré, au sujet des fosses individuelles et des charniers que, en 1995, lorsque la Serbie s'était retirée des zones occupées de Croatie, «des fosses communes et des fosses individuelles contenant les dépouilles de victimes croates du génocide [avaie]nt commencé à être mises au jour. Ces fosses [avaie]nt fait l'objet de fouilles minutieuses et d'un recensement par la direction [croate] chargée des personnes détenues et

des personnes disparues». ⁴⁴⁰ En ce qui concerne le nombre de victimes dans ces fosses, ⁴⁴¹ la Croatie a fait valoir ce qui suit:

«[E]n juillet 2013, 142 charniers [projection] avaient été découverts en Croatie, contenant les cadavres de 3656 victimes. Trois mille cent vingt et un (3121) de ces corps ont été identifiés. 27 % étaient des cadavres de femmes et 38,5 % étaient ceux de personnes de plus de 60 ans. Trente-sept (37) mineurs ont également été identifiés.» ⁴⁴²

La Croatie a poursuivi en affirmant que, «[e]n décembre 2013, plus de 1100 fosses de ce type avaient été repérées dans l'ensemble du territoire précédemment occupé de Croatie». Elle a ajouté que les démarches qu'elle avait effectuées en vue de mettre au jour les fosses avaient été d'autant plus difficiles que «la Serbie, pendant son occupation de la région, avait pour pratique de déterrer les corps et de les enterrer ailleurs – souvent sur son propre territoire afin de tenter, en vain, de dissimuler les atrocités qu'elle avait commises». ⁴⁴³ En tout état de cause, l'existence de charniers n'avait pas été niée, et, vers la fin des années 1990, on disposait de renseignements complets sur ceux-ci, en Croatie comme en Bosnie-Herzégovine. ⁴⁴⁴

5. Nouveaux éclaircissements apportés par le contre-interrogatoire des témoins

Les informations données à la Cour dans le cadre de la procédure concernant la présente affaire relative à l'*Application de la Convention contre le Génocide (Croatie vs. Serbie)* établissent clairement, à mon sens, que les événements survenus en Croatie n'étaient pas exactement une guerre, mais une campagne de dévastation; une entreprise de destruction systématique et généralisée de la population, des villageois, en raison de leur appartenance ethnique, était à l'œuvre. Selon moi, lorsque l'extrême violence s'est intensifiée, l'intention était, à l'évidence, non seulement de chasser de force les Croates de chez eux, mais aussi de les détruire. De nouveaux éclaircissements ont été apportés par le contre-interrogatoire des témoins, que j'ai tenu à mener lors des audiences publiques et à huis clos qui se sont tenues devant la Cour du 4 au 6 mars 2014. Ces éclaircissements portent sur trois points précis, à savoir: a) les actes d'intimidation et l'extrême violence ; b) le fait de distinguer les Croates par des rubans blancs ; c) l'inhumation des corps.

En ce qui concerne le premier point, lors de l'audience publique du 4 mars 2014,

j'ai posé au témoin (M. Kožul) la question suivante: «Quel était le critère décisif appliqué pour faire le tri des personnes détenues à Vukovar? Où ce tri a-t-il été fait et comment?». Il a répondu qu'ils «savaient que l'armée arrivait dans différents secteurs des villes. Nous avons donc invité les gens à venir à l'hôpital et c'est là que la plupart des séparations ont eu lieu. Les autres ont eu lieu là où les gens se trouvaient». Ensuite, lors de l'audience à huis clos du 6 mars 2014, j'ai posé la question ci-dessous au témoin (Mme Milić), qui a répondu comme suit:

- *«Avez-vous connaissance, ou vous souvenez-vous, d'une quelconque initiative visant à contenir ou empêcher les violences constantes dont vous faites état dans votre déclaration, ou à y mettre un terme? (...) Avez-vous connaissance, ou vous souvenez-vous, d'une quelconque initiative visant à contenir ou empêcher les violences constantes que vous rapportez dans votre déclaration, ou à y mettre un terme ?*

- *À ma connaissance, rien n'a été fait pour nous aider ou nous défendre».*⁴⁴⁶

Lors de l'audience publique du 5 mars 2014, j'ai procédé à un contre-interrogatoire sur l'obligation

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

faite aux Croates de porter des rubans blancs, dont le compte rendu suit:

«Le Juge Cançado Trindade: Je remercie infiniment le témoin-expert pour son exposé. J'ai une question particulière à poser.

Vos données sur les victimes figurant à la partie 2 (par. 6 à 9) de votre exposé concernent des victimes exhumées de charniers et de sépultures individuelles. Et la partie 3 (pars. 10 à 13) fait référence à des personnes détenues dans des camps et soumises, comme indiqué au paragraphe 13, à des violences atteignant le 'paroxysme [de] la cruauté'.

S'agissant des premières, c'est-à-dire les victimes exhumées de charniers ou de sépultures individuelles, vous indiquez (par. 8) que 'dans certaines localités [de la Podunavlje croate], les meurtres de Croates restés dans leurs maisons ont été précédés d'un marquage (trait blanc sur l'avant-bras)'. À votre connaissance, (...) est-ce aussi ce qui s'est produit pour les secondes, c'est-à-dire les personnes détenues dans des camps? Et dans ce cas, toutes les personnes portant cette marque ont-elles subi le même sort?

M. Grujić [témoin]: À ma connaissance, les détenus n'étaient pas marqués de la sorte. Cette marque a été utilisée dans plusieurs cas - à Lovas et à Tovarnik

*précisément - où nous l'avons trouvée sur des victimes dans des charniers. Il est de notoriété publique que, dans ces régions, les Croates devaient porter un brassard blanc».*⁴⁴⁷

Le dernier point sur lequel de nouveaux éclaircissements ont été apportés par les témoins, à savoir celui de l'inhumation des corps, a fait l'objet du contre-interrogatoire auquel j'ai jugé utile de procéder lors de l'audience publique du 5 mars 2014, dont le compte rendu suit:

«Le Juge Cançado Trindade: (...) Je remercie infiniment le témoin de sa déposition et je vais lui poser mes questions, qui ont trait à l'inhumation des personnes tuées après la chute de Bogdanovci.

À la fin de votre déclaration (au dernier paragraphe), vous rapportez que, après la destruction du village de Bogdanovci, les personnes enterrées sur ce qu'on appelait la 'place de l'école' l'ont été selon les modalités suivantes: 'leurs corps [étaient] emballés dans des tentes et enterrés chacun avec une bouteille à côté contenant les renseignements relatifs à la personne décédée'.

Mme Katić: Oui, les renseignements en question étaient leurs noms et prénoms.

Le Juge Cançado Trindade: Savez-vous si les proches des personnes décédées ont

pu assister aux enterrements que vous évoquez dans votre déclaration? Ou les défunts ont-ils été inhumés par de tierces personnes? Dans l'affirmative, la vie des familles et leurs projets pour l'au-delà ont-ils été perturbés à Bogdanovci? (...) Je me demandais si les funérailles étaient préparées et célébrées par des membres de la famille proche des défunts.

Mme Katić: En ce qui concerne l'enterrement, c'est moi qui préparais les corps des nôtres pour l'inhumation. Au sein du corps médical, je les déshabillais, j'emballais leurs corps soit dans une toile de tente repliée soit dans un grand sac noir, et je plaçais à côté d'eux cette bouteille qui contenait leur nom et prénom. Il y avait un jeune homme - Ivica Šimunović, c'est son nom - son frère avait été tué. Il récitait généralement une prière, car nous n'avions pas de prêtre. Nous avions de l'eau bénite, nous en aspergions le défunt. Branko Krajina aidait aussi pour les inhumations. Mais parfois, il n'était pas possible de retirer les corps des endroits où ils se trouvaient, caves ou garages par exemple. S'il n'était pas possible d'extraire le cadavre, nous le recouvrons de chaux éteinte.

*Le Juge Cançado Trindade: Je vous remercie de cette précision».*⁴⁴⁸

Ces nouveaux éclaircissements apportés par le contre-interrogatoire des témoins lors des audiences publiques

et à huis clos tenues devant la Cour, en sus de ceux apportés par voie de déclarations, sont une preuve supplémentaire de la campagne de destruction systématique et généralisée mise en œuvre lors des attaques contre la population civile en Croatie qui constituent le dossier du cas d'es-pèce. A ces éléments, nous pouvons également ajouter les conclusions du TPIY au sujet de l'assaut dévastateur qui a eu lieu, en particulier dans la période 1991-1992, tel qu'examiné dans le cadre du présent exposé.

6. Déplacement forcé de personnes et privation de domicile

Dans la jurisprudence du TPIR figurent aussi des indications intéressantes concernant la soumission des groupes visés à des conditions d'existence insupportables. Dans le jugement *C. Kayishema et O. Ruzindana* (21 mai 1999), par exemple, le TPIR a adopté l'interprétation selon laquelle «la soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence visant à entraîner sa destruction physique totale ou partielle»⁴⁴⁹ s'entend également:

«des méthodes de destruction qui n'entraînent pas immédiatement la mort des membres du groupe. (...) [L]es conditions d'existence visées incluent, notamment,

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

le viol, la privation de nourriture, la réduction des services sanitaires en dessous du minimum requis et la détention des membres du groupe pendant une durée excessive dans des locaux dont la surface ne répond pas au minimum requis, dès lors que ces mesures sont de nature à entraîner la destruction du groupe, en tout ou en partie» (par. 116).

Dans le même ordre d'idées, dans son arrêt *S. Gacumbitsi* (7 juillet 2006), le TPIR, après avoir rappelé que, conformément à sa jurisprudence, l'intention génocidaire pouvait s'inférer des faits et des circonstances d'une affaire (par. 40), a ajouté que ceux-ci pouvaient s'entendre du «contexte général» et

«[de] la perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe, [de] l'ampleur des atrocités commises, [du] fait de viser systématiquement certaines victimes en raison de leur appartenance à un groupe particulier, ou [de] la récurrence d'actes destructifs et discriminatoires» (par. 41).

En effet, dans la présente affaire relative à l'*Application de la Convention contre le Génocide (Croatie vs. Serbie)*, ceux qui ont été déplacés de force, expulsés de leurs maisons (dont beaucoup ont été détruites), ont été soumis à des conditions d'existence, ou plutôt de survie,

insupportables. Il n'est pas étonnant que, dans le cadre de la procédure en l'espèce, tant la Croatie dans sa demande principale que la Serbie dans sa demande reconventionnelle aient présenté des arguments concernant les réfugiés, quoique dans des contextes différents.

Dans sa demande, la Croatie a fait valoir que les forces serbes avaient commis de nombreuses atrocités contre les réfugiés. Elle a affirmé que près de 7000 réfugiés venus de villages voisins s'étaient installés à Ilok,⁴⁵⁰ qui était le lieu initial où avaient été évacués les Croates chassés d'autres parties de la Slavonie orientale; selon la Croatie, un exode massif de la ville a eu lieu le 17 octobre 1991.⁴⁵¹ Pendant cet exode, les réfugiés ont été humiliés et molestés par les soldats de la JNA et les membres des forces paramilitaires serbes. De nombreux biens auraient été confisqués.⁴⁵² Les Croates ayant refusé de partir ont été soumis à un harcèlement physique et psychologique, voire tués.⁴⁵³

La Croatie a fait en outre état d'autres cas de harcèlement de réfugiés croates qui quittaient Bapska à la suite de son occupation. Elle a affirmé qu'un millier environ de Croates fuyaient en direction de Šid en Serbie, quand ils avaient été arrêtés par la police serbe

puis placés en détention. Elle a déclaré que certains d'entre eux avaient servi de «boucliers humains» aux forces serbes et que d'autres avaient été tués, tandis que certains autres avaient dû chercher refuge dans les bois alentours.⁴⁵⁴ Selon elle, les réfugiés croates qui se trouvaient dans les territoires serbes occupés avaient été empêchés de retourner chez eux.⁴⁵⁵ Elle a ajouté que la «RSK» inculpait les réfugiés croates qui avaient combattu dans les forces croates de diverses infractions pénales et faisait donc obstacle à leur retour.⁴⁵⁶

De son côté, dans sa demande présentée à titre reconventionnel, la Serbie a aussi fait état d'attaques contre les réfugiés serbes commises par la Croatie: selon elle, des colonnes de réfugiés et de personnes qui fuyaient ont été prises pour cible et attaquées par les forces croates en août 1995.⁴⁵⁷ Elle a également affirmé que la Croatie avait imposé des barrières physiques au retour des réfugiés serbes, principalement en détruisant des maisons et des biens,⁴⁵⁸ ainsi qu'en posant des obstacles juridiques, notamment en promulguant des lois permettant la confiscation de leurs biens.⁴⁵⁹

La Croatie et la Serbie ont toutes deux fait état des efforts déployés en commun pour résoudre les questions

relatives aux réfugiés,⁴⁶⁰ mais chacune a affirmé que la partie adverse avait violé les accords conclus. On peut donc en conclure que les deux parties ont traité, et n'ont pas mésestimé, la question des attaques contre les réfugiés, et, de manière plus générale, la façon dont la partie adverse a traité les réfugiés. Dans le présent arrêt, la Cour a renvoyé aux éléments de preuve qui lui avaient été soumis, mais plus particulièrement en relation avec la demande reconventionnelle.⁴⁶² Pourtant, le dossier de la présente affaire montre clairement qu'il y avait des réfugiés des *deux* côtés, qui ont été victimes d'attaques ou de harcèlement et d'humiliation, comme il apparaît dans les pièces des *deux* parties.

Si l'on considère, dans le cadre de la procédure concernant la présente affaire, l'ampleur des arguments des parties ayant trait à la demande principale dans son ensemble, il semble, dans une certaine mesure, injuste d'essayer de mettre la demande reconventionnelle presque sur le même pied que la demande. Rien ne saurait d'ailleurs le justifier, car ils ne sont pas proportionnels. En effet, les parties ont produit de nombreux éléments se rapportant à la demande - notamment des déclarations de témoins (dans la phase écrite comme dans la phase orale), des photographies,

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

des données sur les charniers et autres preuves matérielles importantes du génocide qui aurait été commis en Croatie. Les éléments de preuve soumis à l'appui de la demande reconventionnelle ne semblent pas comparables, sur les plans quantitatifs et qualitatifs.

À mon sens, les éléments de preuve soumis par la Croatie à l'appui de sa demande principale sont beaucoup plus convaincants en ce qui concerne l'élément matériel (*actus reus*) et l'élément moral (*mens rea*) du génocide. De même, les parties, tant dans la phase écrite que dans la phase orale de la procédure, ont porté beaucoup plus d'attention à la demande principale qu'à la demande reconventionnelle. Les éléments de preuve ayant trait à celle-ci⁴⁶³ sont, par comparaison, beaucoup moins convaincants; cela ne signifie pas que des crimes de guerre n'ont pas été commis, notamment dans le cadre de l'opération Tempête, qui a fait de nombreuses victimes serbes (civiles). Dans le présent arrêt, la Cour reprend des aspects de la demande reconventionnelle (partie VI) dont elle aurait pu rendre compte de manière plus concise,⁴⁶⁴ sans essayer, de manière semble-t-il assez artificielle, de traiter la demande et la demande reconventionnelle dans des conditions de quasi-égalité.

Enfin, il est aujourd'hui de notoriété publique que le problème des migrations forcées s'est posé avec une grande ampleur pendant les guerres en ex-Yougoslavie tout au long des années 1990, qui ont vu se succéder des milliers de réfugiés et de personnes déplacées de Croatie, de Bosnie-Herzégovine puis du Kosovo. Les souffrances et les conditions d'existence presque insupportables auxquelles les victimes ont été exposées, les familles étant souvent séparées et désintégrées et les maisons détruites, ont fait l'objet de descriptions et d'études.⁴⁶⁵

“Enfin, il est aujourd'hui de notoriété publique que le problème des migrations forcées s'est posé avec une grande ampleur pendant les guerres en ex-Yougoslavie tout au long des années 1990, qui ont vu se succéder des milliers de réfugiés et de personnes déplacées de Croatie, de Bosnie Herzégovine puis du Kosovo.”

La crise humanitaire provoquée par les migrations forcées de masse a commencé par une première vague de personnes déplacées (fin 1991), suivie par des vagues de réfugiés de Croatie et de Bosnie-Herzégovine (début 1992). Cinq ans plus tard, selon des estimations, il y avait en Croatie 180 000 personnes déplacées et 170,000 réfugiés de Bosnie-Herzégovine (dont plus de 80 % étaient des Croates de Bosnie).⁴⁶⁶ Des organisations non gouvernementales (ONGs) aidaient au rapatriement ou au retour volontaire des réfugiés en Croatie et en Bosnie-Herzégovine. Les migrations forcées de masse ont été un autre élément de la campagne de violence extrême et de destruction systématiques et généralisées menée dans les guerres des Balkans tout au long des années 1990. Il importe de rappeler ici que, dans sa décision du 11 juillet 1996 (examen des actes d'accusation) en l'affaire *R. Karadžić et R. Mladić*, le TPIY (Chambre de première instance) a mentionné l'accusation de génocide (par. 6) et a souligné les conditions inhumaines de détention des civils, notamment la commission de crimes (comme la torture et le viol des femmes, dans les camps ou dans d'autres lieux) (par. 13) ; il a aussi fait état des effets dévastateurs des déplacements forcés

et de l'abandon (destiné à être définitif) des maisons (par. 14), ainsi des expulsions et déportations (par. 16 et 17).⁴⁶⁷

7. Destruction de biens culturels

Plus haut dans le présent exposé, lorsque j'ai examiné la campagne de violence extrême et de destruction systématiques et généralisées dans le contexte factuel du cas d'espèce, j'ai insisté sur la destruction de la culture du groupe.⁴⁶⁸ En sus des exemples déjà mentionnés, il me semble à présent opportun d'examiner le bombardement de Dubrovnik (octobre-décembre 1991), car les Parties y ont prêté une attention particulière dans le cadre de la procédure concernant la présente affaire devant la Cour.

a) Moyens des Parties

Selon la Croatie, les politiciens serbes avaient l'intention d'intégrer la ville de Dubrovnik en territoire serbe ; la JNA avait soigneusement planifié et prémédité les attaques contre la vieille ville, et le bombardement aveugle de Dubrovnik avait commencé 1^{er} octobre 1991 et s'était poursuivi jusqu'en décembre 1991; dans ce climat de peur, 34 000 personnes avaient été expulsées de leurs maisons, et les habitants qui étaient restés dans les villages occupés aux alentours avaient été emmenés

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

dans des camps, et certains d'entre eux torturés.⁴⁶⁹ Des meurtres avaient aussi été commis.⁴⁷⁰ Les voies de ravitaillement avaient été coupées tandis que la ville restait sous le feu de l'artillerie lourde. La population s'était vue privée de toute assistance médicale, d'eau et de nourriture. Les mauvais traitements, l'intimidation physique et mentale et la destruction des maisons étaient monnaie courante.⁴⁷¹

En outre, a ajouté la Croatie, il y avait une volonté délibérée de détruire des symboles importants de la culture croate ; de nombreux objets culturels et sacrés avaient été détruits à Dubrovnik, surtout dans la vieille ville: la JNA avait endommagé au moins 683 monuments, notamment des églises, des chapelles et les fortifications de la cité.⁴⁷² Lors de ses attaques contre Dubrovnik, a poursuivi la Croatie, la JNA avait essayé de détruire la ville à une échelle que ne justifiait aucun principe de nécessité ou de logique militaire, ce qui révélait ses intentions génocidaires.⁴⁷³ La Croatie a ensuite renvoyé aux jugements du TPIY relatifs à Dubrovnik, dans les affaires *P. Strugar* (17 juillet 2008) et *M. Jokić* (30 août 2005), et a affirmé que le procédé à l'œuvre à Dubrovnik était une tentative de génocide.⁴⁷⁴

La Serbie a elle aussi fait état de la reconnaissance de culpabilité et de la condamnation par le TPIY de M. Jokić et P. Strugar pour le bombardement de la vieille ville de Dubrovnik le 6 décembre 1991⁴⁷⁵ et a affirmé que la Croatie n'avait pas prouvé que l'un quelconque des crimes avait été commis dans une intention génocidaire ou avait constitué une tentative de génocide. Elle a contesté les déclarations de témoins (au motif qu'elles ne satisfaisaient pas au critère d'établissement de la preuve énoncé pour les déclarations).⁴⁷⁶ Elle a ajouté que le TPIY avait examiné les crimes prétendument commis dans la région de la Dalmatie et avait conclu que les conditions requises pour que lesdits crimes soient constitutifs du crime d'extermination en tant que crime contre l'humanité n'étaient pas réunies (les meurtres n'avaient pas été commis à grande échelle).⁴⁷⁷ De l'avis de la Serbie, aucune intention génocidaire n'avait été démontrée s'agissant des événements survenus à Dubrovnik.⁴⁷⁸

En ce qui concerne la querelle sur le nombre des victimes, la Croatie a fait observer que les actes d'accusation dans les affaires *P. Strugar* et *M. Jokić* ne concernaient que les attaques de décembre 1991 sur Dubrovnik (à partir du bombardement du 6 décembre)

et que les crimes commis entre le 1^{er} octobre 1991 et le 5 décembre 1991 n'avaient pas été minutieusement examinés et n'avaient été évoqués que dans le but d'établir le contexte. Elle a ajouté que les crimes commis à Dubrovnik s'étendaient sur une période beaucoup plus étendue et n'étaient pas tous la conséquence des attaques de décembre.⁴⁷⁹

La Croatie a reconnu que les affaires *M. Jokić* et *P. Strugar* ne donnaient pas le nombre exact de victimes des attaques d'octobre et novembre 1991 contre Dubrovnik, puisque l'accent était mis sur les événements du 6 décembre 1991; les actes d'accusation dans ces deux affaires ne portaient pas sur les crimes commis entre le 1^{er} octobre 1991 et le 5 décembre 1991.⁴⁸⁰ Selon la Croatie, les affaires *Jokić* et *Strugar* étayaient sa cause en précisant le contexte de ce qui s'était produit à Dubrovnik, c'est-à-dire le bombardement de la vieille ville.⁴⁸¹

En outre, la Croatie a cité la décision rendue en l'affaire *P. Strugar*, dans laquelle le TPIY a déclaré ce qui suit: a) «la vieille ville avait été largement prise pour cible par la JNA»; b) «la JNA n'avait visé aucune position de tir ou autre objectif militaire, réel ou supposé, dans la vieille ville»; c) en

conséquence de ce qui précède, «[la chambre conclut] que l'intention des auteurs du bombardement était de tirer sur des civils et des biens de caractère civil dans la vieille ville»; d) le TPIY a constaté que la JNA avait soigneusement préparé et prémédité l'attaque et qu'il ne s'agissait pas d'une action spontanée.⁴⁸²

La Serbie a répondu que M. Jokić et P. Strugar n'étaient pas poursuivis pour crime contre l'humanité ou pour génocide dans ces affaires, et a affirmé que les attaques sur Dubrovnik ne satisfaisaient en rien aux critères requis pour le crime de génocide.⁴⁸³ Elle a ensuite fait valoir que ces attaques n'avaient pas été autorisées par les dirigeants de la JNA et qu'il n'existait pas de politique visant la destruction des Croates.⁴⁸⁴ Selon elle, les affaires *P. Strugar* et *M. Jokić* ne contenaient aucune preuve que les attaques sur Dubrovnik avaient été ordonnées par les dirigeants serbes ou menées sur leurs instructions.⁴⁸⁵

b) Appréciation générale

Comme on vient de le voir, l'essentiel du débat entre la Croatie et la Serbie tournait autour des affaires de M. Jokić et P. Strugar - dirigeants de la JNA qui auraient été responsables des attaques du 6 décembre 1991 contre

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

Dubrovnik - jugées par le TPIY. Pourtant, Dubrovnik avait subi les lourdes attaques de la JNA non seulement le 6 décembre 1991, mais pendant une période beaucoup plus longue, pendant laquelle un certain nombre de faits concomitants se sont produits pendant et après les attaques, à savoir, des actes de torture, le transfert de prisonniers, des sévices physiques et des meurtres, l'ensemble constituant une campagne de violence extrême et de destruction.

La Serbie a déclaré, au sujet des événements de Dubrovnik, qu'il n'y avait pas d'accusations de génocide dans les affaires susmentionnées jugées par le TPIY.⁴⁸⁶ Mais en quoi l'absence du chef de génocide peut-elle être pertinente dans la présente affaire opposant la Croatie à la Serbie devant la Cour, en ce qui concerne les événements de Dubrovnik, étant donné que des critères d'établissement de la preuve différents s'appliquent (voir plus haut) dans les affaires ayant trait à la responsabilité pénale individuelle (interne) et à la responsabilité internationale de l'Etat?

Tous les groupes et les peuples ont le droit à la préservation de leur patrimoine culturel, de leur mode de vie et de leurs valeurs humaines. La

destruction de biens culturels, telle qu'elle s'est produite lors des bombardements de Dubrovnik par la JNA, révèle l'absence de valeurs humaines et, pire encore, le mépris de ces valeurs.⁴⁸⁷ Il y a eu une destruction délibérée, par la JNA, de biens culturels de la vieille ville de Dubrovnik (site classé sur la liste du patrimoine mondial de l'UNESCO, inscription en 1979 et extension en 1994) ; l'intention discriminatoire contre le groupe visé était manifeste,⁴⁸⁸ comme il est reconnu dans la jurisprudence du TPIY.

À mon sens, cette forme de destruction est bel et bien liée à la destruction physique et biologique, car les individus vivant en groupes ne peuvent pas faire abstraction de leurs valeurs culturelles, et, dans toutes les circonstances, quelles qu'elles soient (même dans l'isolement), de leurs croyances spirituelles. La vie elle-même et les croyances qui aident les gens à faire face aux mystères qui les entourent vont de concert. Le droit à la vie et le droit à l'identité culturelle vont de pair, ils sont indissociables. La destruction physique et biologique est intimement liée à la destruction de l'identité d'un groupe en tant que partie de son existence, de ses conditions de vie.

Dans un contexte factuel mettant en évidence une entreprise de destruction systématique et généralisée, pouvons-nous, en gardant à l'esprit les victimes, dissocier vraiment la destruction physique/biologique de la destruction culturelle? À mon avis, c'est exclu, compte tenu de l'importance qu'a la culture - l'identité culturelle - pour la préservation du droit à la vie lui-même, du droit de vivre dans la dignité. À ce sujet, j'ai eu l'occasion de dire, il y a presque dix ans, dans une autre juridiction internationale, ce qui suit:

*«La notion de culture - du latin 'colere', qui signifie cultiver, tenir compte de, prendre soin de et préserver - est apparue à l'origine dans l'agriculture (le soin apporté la terre). Avec Cicéron, cette notion en est venue à être appliquée à des questions touchant à l'esprit et à l'âme (cultura animi). Avec le passage du temps, elle a été associée à l'humanisme, à l'attitude consistant à préserver les choses du monde, y compris celles du passé, et à en prendre soin. Face au mystère de la vie, les peuples - les êtres humains dans leur milieu social - ont développé et préservé leurs cultures afin de comprendre le monde extérieur et d'être en lien avec celui-ci. D'où l'importance de l'identité culturelle, en tant que partie ou tout du droit fondamental à la vie lui-même».*⁴⁸⁹

J'ai déjà souligné, dans le présent exposé, que, dans sa jurisprudence-notamment sa décision de 1996 dans l'affaire *R. Karadžić et R. Mladić* - le TPIY a été particulièrement attentif à la destruction de sites culturels et religieux. Et, dans son jugement de 2001 en l'affaire *Krstić*, il a dit à juste titre que l'entreprise de destruction dans son ensemble (y compris la destruction du patrimoine culturel et religieux) doit être dûment prise en considération, comme preuve de l'intention de détruire le groupe.⁴⁹⁰

La Cour a, au contraire, dans le présent arrêt, préféré fermer les yeux sur cette réalité, faisant observer à plusieurs reprises (par. 136, 388 et 389) avec dédain que la destruction du patrimoine culturel et religieux ne relève pas dans les catégories des actes de génocide réprimés à l'article II de la convention sur le génocide. S'efforcer de dissocier la destruction physique/biologique de la destruction culturelle, aux fins de la détermination du génocide, me semble procéder d'une démarche artificielle. Qu'on veuille l'admettre ou non, *le corps et l'âme sont inséparables*, et il est parfaitement artificiel et, à l'évidence, intenable de tenter de les dissocier l'un de l'autre. Mieux vaut, au contraire, tirer les conséquences qui en découlent.

**Antônio Augusto
Cançado Trindade**

**La Responsabilité de L'État Sous
la Convention contre le Génocide**

XIV. L'élément matériel (*actus reus*) du génocide: volonté de destruction systématique et générale - violences extrêmes et atrocités dans certaines municipalités

Avec les considérations qui précèdent, j'ai achevé l'examen, dans le présent exposé, de tous les aspects de l'assaut meurtrier mené dans le cadre d'une entreprise de destruction systématique et générale, qui a été porté à l'attention de la Cour en l'espèce. Le moment est à présent venu d'examiner l'élément matériel (*actus reus*) et l'élément moral (*mens rea*) du génocide, dans le contexte factuel de la présente affaire concernant l'*Application de la Convention contre le Génocide (Croatie vs. Serbie)*.

1. Observations méthodologiques préliminaires

Je m'intéresserai en premier lieu à l'élément matériel (*actus reus*). Un examen attentif des arguments des parties et des déclarations des témoins présentés à la Cour fait apparaître une volonté systématique de destruction, pendant la période où les forces serbes ont mené des attaques armées en Croatie, en particulier dans certaines municipalités - à savoir, Lovas, Ilok, Bogdanovic

et Vukovar (dans la région de la Slavonie orientale) et Saborsko (dans la région de la Lika). Les faits qui s'y sont produits, tels que relatés chronologiquement, peuvent, à mon avis, être examinés à la lumière des dispositions pertinentes de la convention sur le génocide (en particulier l'article 2), pour établir l'élément matériel du crime de génocide (et aussi, selon moi, l'élément moral voir plus loin).

Dans d'autres villages, notamment à Poljanak, Dalj, Bapska ou Tovarnik, toute une série de crimes graves a aussi été commise. J'appelle l'attention sur ces localités, et sur d'autres, ailleurs dans le présent exposé. Mais ici, après avoir examiné les faits survenus dans tous les villages touchés, je me concentre seulement sur cinq localités particulières - Vukovar, Saborsko, Ilok, Bogdanovci et Lovas - au vu de leur dévastation complète, de l'extrême violence qui s'y est déchaînée et des atrocités qui y ont été commises, révélant une volonté de destruction systématique et généralisée (*actus reus*, et à mon avis *mens rea* également).

Il me semble regrettable que la Cour n'ait pas pris en considération toutes les localités citées par la Croatie, et qu'elle ait exclu de son raisonnement certains villages ou municipalités. Tel est par

exemple le cas d'Ilok, qui a été dévastée. Dans son arrêt, la Cour a cherché à expliquer sa démarche comme suit:

«La Cour estime qu'il n'est pas nécessaire de considérer séparément chacun des incidents que le demandeur a rapportés, ni de dresser une liste exhaustive des actes allégués. Elle se concentrera sur les allégations relatives à des localités qui ont été présentées par la Croatie comme constituant des exemples d'actes systématiques et généralisés commis à l'encontre du groupe protégé, dont on pourrait déduire l'intention de le détruire, en tout ou en partie. Il s'agit des localités qui ont été mises en avant par la Croatie au cours de la procédure orale ou au sujet desquelles elle a présenté des témoins, ainsi que celles où certains actes ont été établis devant le TPIY.» (Par. 203).

Ce point de vue de la Cour, qui tente d'expliquer pourquoi elle a choisi certaines municipalités, ne me semble pas satisfaisant, compte tenu de la conclusion générale qu'elle en a tirée au sujet du génocide, dans laquelle elle a rejeté l'élément moral sans dire pour quelles raisons. La Cour aurait dû, à cet égard, prendre en considération dans son arrêt tous les villages où la Croatie a affirmé que des crimes graves ont été commis. Un examen plus complet, sinon exhaustif, de la volonté

systématique de destruction aurait été opportun - et en réalité nécessaire - dans une affaire ayant l'importance du cas d'espèce.

2. La campagne d'actes de destruction systématiques

L'examen des preuves, et en particulier des déclarations de témoins, contestées en termes généraux par la Serbie, révèle que de nombreuses atrocités ont été commises dans diverses municipalités. Ces atrocités sont notamment le meurtre arbitraire et à grande échelle de membres de la population croate (*litt. a*) de l'article II de la Convention contre le Génocide), l'atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres de la population croate, y compris par des actes de violence cruels (comme la mutilation de membres), la torture et la violence sexuelle (*litt. b*) de l'article II de la Convention) et la soumission intentionnelle de la population croate à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction et son élimination des régions concernées, y compris la destruction de villes et villages et l'expulsion systématique des logements (*litt. c*) de l'article II de la Convention).

Les déclarations de témoins concernant cinq municipalités font état

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

d'événements similaires qui s'y sont produits. L'examen approfondi de ces faits démontre l'existence d'une campagne cohérente et systématique d'actes contraires aux dispositions de la convention sur le génocide, attestant un plan génocidaire. Je passerai donc à présent en revue les infractions commises dans ces municipalités, telles que portées à l'attention de la Cour.

3. Le meurtre de membres de la population croate (litt. (a) de l'article II)

Le «meurtre de membres du groupe» est un acte interdit par la Convention contre le Génocide, au titre du *litt. a)* de l'article II. Pour que la violation de cette disposition soit établie, il faut des preuves que la mort de la victime résulte d'un acte illégal, commis dans l'intention de tuer ou d'infliger une atteinte physique grave dont l'auteur aurait dû raisonnablement savoir qu'elle pourrait conduire à la mort.⁴⁹¹

Il s'agit donc de savoir si les éléments de preuve soumis par les parties, et notamment les déclarations de témoins examinées dans les municipalités retenues, appuient la conclusion qu'il y a eu des «meurtres de membres du groupe». Il ressort clairement de l'étude de ces éléments qu'il y a eu des meurtres de membres du groupe croate dans

diverses municipalités en Croatie. Ces meurtres étaient des actes illégaux, commis dans l'intention de tuer ou d'infliger aux victimes des atteintes physiques graves.

Dans le dossier figurent des déclarations de témoins oculaires concernant les meurtres de membres de la population civile de nationalité croate pendant l'occupation de Lovas. Le village a été envahi et occupé par la JNA le 10 octobre 1991, après 10 jours de bombardements intensifs causant la mort d'au moins 23 civils croates.⁴⁹²

Pendant les attaques menées dans le village occupé, des civils sans défense ont été tués: ils se cachaient dans des caves et les Serbes y ont jeté des bombes.⁴⁹³ Les Croates faits prisonniers servaient de boucliers humains aux Serbes pour pénétrer dans les maisons de Croates.⁴⁹⁴ Plusieurs hommes ont été emmenés et séparés de leurs familles, puis exécutés.⁴⁹⁵

Lors des événements connus depuis sous le nom de «*massacre du champ de mines*», le 17 octobre 1991, la JNA a mis à part tous les hommes croates de Lovas (une centaine, âgés de 18 à 65 ans), dont 50 ont été emmenés dans un champ de mines.⁴⁹⁶ En chemin, les forces serbes ont abattu l'un d'eux qui n'arrivait pas à suivre la suivre la

cadence parce qu'il avait été poignardé à la jambe au cours d'une séance de torture la nuit précédente.⁴⁹⁷ Dès qu'ils sont arrivés, les membres du groupe ont été contraints de se tenir par la main et d'avancer dans le champ de mines.⁴⁹⁸

Un témoin a rapporté que, à un moment, ils ont vu quelques-unes des mines devant eux. Un jeune homme croate a été poussé sur l'une des mines, qui a immédiatement explosé et entraîné une détonation en chaîne des mines tout autour ; selon le demandeur, les explosions ont tué 21 personnes sur le coup et fait 12 blessés. Les soldats serbes ont alors demandé aux blessés de crier et de lever la main pour être secourus. Selon les témoins, dès que les blessés ont levé la main et crié à l'aide, les soldats serbes ont commencé à tirer et à les tuer.⁴⁹⁹ Les cadavres ont été transportés dans un charnier.⁵⁰⁰

La Serbie a reconnu que «quatorze personnes sont actuellement en procès devant le tribunal de district de Belgrade pour le meurtre présumé de 68 Croates originaires du village de Lovas».⁵⁰¹ En outre, à Ilok, par exemple, des meurtres de Croates par des Serbes ont aussi été signalés: ainsi, dans sa déposition, F.D. (qui a été maintenu en détention à Ilok du 1^{er} novembre 1991 au 31 mars 1992),

a fait état de meurtres brutaux, notamment de personnes battues à mort.⁵⁰²

À Bogdanovci, de nombreux témoignages font état de meurtres de Croates pendant l'occupation. Beaucoup auraient été tués chez eux, d'autres alors qu'ils tentaient de fuir le village.⁵⁰³ Selon la Croatie, de nombreux Croates ont été tués alors qu'ils étaient forcés de sortir de chez eux, ou à l'intérieur des maisons quand ils préféraient y rester.⁵⁰⁴ Le village a été occupé le 10 novembre 1991 par des paramilitaires et la JNA après avoir été attaqué à l'artillerie lourde et par l'infanterie. Marija Katić,⁵⁰⁵ par exemple, a témoigné que le village avait été complètement détruit, et que «lors de la destruction dix personnes ont été tuées et enterrées sur ce qu'on appelait la «place de l'école», leurs corps enveloppés dans des tentes et enterrés chacun avec une bouteille à côté contenant les renseignements relatifs à la personne décédée» ; d'autres témoins ont fait état de meurtres de Croates et de morts sous la torture.⁵⁰⁶

De même, à Saborsko, il existe des preuves de meurtres de Croates; selon certains témoignages, par exemple, des hommes ont été alignés et abattus, et des femmes abattues dans le dos.⁵⁰⁷ D'autres font état de corps de Croates

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

enterrés dans une fosse commune.⁵⁰⁸
Selon M.M.,

«[après la chute de Saborsko, personne n'a enterré les morts, de sorte qu'ils ont tous été laissés là où ils étaient tombés. Au cours des 15 derniers jours, parce que les casques bleus arrivaient, l'armée a utilisé des pelleteuses pour enterrer ces gens là où ils avaient été tués, et les tombes ont été marquées avec des croix qui ne portaient ni nom ni prénom.]»⁵⁰⁹

En ce qui concerne les actes commis à Saborsko, la Serbie a pour une très large part reconnu que la plupart d'entre eux avaient été confirmés par le jugement du TPIY.⁵¹⁰ Il y a en outre de nombreuses preuves concernant les meurtres de Croates à Vukovar;⁵¹¹ d'après le dossier, 1700 personnes auraient été tuées (70 % de civils), et 2000 environ après l'occupation.⁵¹² Il ressort du dossier qu'un camp de concentration a été créé au Velepromet et a servi ultérieurement pour des meurtres organisés. D'après la déclaration d'un témoin, une cinquantaine de personnes ont été exécutées dans ce camp avant la chute finale de Vukovar. Deux bombes de 250 kg ont été larguées sur l'hôpital de Vukovar.⁵¹³

Dans le centre de Vukovar, par exemple, des exécutions ont eu lieu:⁵¹⁴

des grenades étaient lancées dans les maisons et les rues étaient jonchées de cadavres. Selon E.M.,⁵¹⁵ tous les jours, quatre à cinq personnes étaient passées par les armes ou massacrées. E.M. a déclaré que des maisons avaient été incendiées et que, au Velepromet, il y avait des exécutions de masse (au moins 50 cadavres, sinon plus). Un autre témoin, F.G., a affirmé avoir été coupé au front et avoir vu une quinzaine de corps décapités dans un trou et une fosse à ordures au Velepromet, et les têtes éparpillées; il a aussi vu un homme être décapité.⁵¹⁶ À Ovčara, il y aurait eu une exécution de masse de 260 personnes, dont les corps ont été enterrés dans une fosse commune.⁵¹⁷ Il a été procédé à une exhumation en 1996 et 145 corps ont été identifiés, mais on ignore toujours quel a été le sort de 60 des patients qui ont été emmenés de l'hôpital.⁵¹⁸

D'autres civils ont été emmenés de l'hôpital au Velepromet - un entrepôt qui était essentiellement un camp de concentration, où 15 000 Croates ont été envoyés pendant l'occupation. Des atrocités s'y sont produites, notamment des décapitations et des meurtres. Selon F.J., des meurtres de masse y ont été commis.⁵¹⁹ Fait révélateur, en ce qui concerne la région de Vukovar, la Serbie a reconnu que «[l]

e TPIY a acusado plusieurs personnes pour les crimes qui auraient été commis à Vukovar, mais le nombre de morts imputés aux accusés est nettement inférieur aux chiffres avancés par [la Croatie]». ⁵²⁰

En conclusion, il ressort clairement des éléments de preuve qu'il y avait une entreprise cohérente et systématique de meurtres de Croates dans toutes les municipalités examinées. Toutes les déclarations de témoins concernant chacun des villages font état de meurtres et de l'intention de tuer, en tant que partie de l'élément matériel du crime. Les éléments figurant dans le dossier et les preuves correspondantes révèlent un ensemble de meurtres systématiques de Croates. Il semble donc y avoir des preuves suffisantes de l'élément matériel du «meurtre de membres du groupe» réprimé au *litt. a)* de l'article II de la convention sur le génocide.

4. Atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale de membres du groupe (litt. (b) de l'article II)

Le *litt. (b)* de l'article II de la Convention contre le Génocide interdit de commettre une «atteinte grave à l'intégrité physique ou mentale

de membres du groupe»; en ce qui concerne l'élément matériel de cet acte interdit, les parties conviennent que la grave atteinte physique ou mentale n'a pas besoin d'être permanente et irrémédiable, et que les violences sexuelles peuvent tomber sous le coup de cette disposition. ⁵²¹ Après examen des preuves présentées par les parties, et en particulier des déclarations des témoins dans les municipalités retenues, il ressort clairement que de graves «atteintes à l'intégrité physique ou mentale» ont été commises contre des membres de la population croate dans diverses municipalités de Croatie.

La torture, les sévices physiques, les mauvais traitements et la violence sexuelle contre les Croates étaient les dénominateurs communs des preuves produites devant la Cour. En ce qui concerne Lovas, par exemple, il y avait des témoignages de torture, de mauvais traitements et de sévices physiques ainsi que d'humiliation ; ces récits apportent la preuve d'«atteintes graves à l'intégrité physique ou mentale» commises contre des membres de la population. La déclaration du témoin P.V. concernant les événements survenus pendant l'occupation de Lovas en est un exemple. ⁵²² P.V. a affirmé que des personnes étaient détenues le jour dans la «cour collective» et que certaines y

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

étaient gardées la nuit. Elle a fait état de sévices physiques infligés aux détenus et de torture, déclarant que «[i]ls battaient les victimes chaque matin devant tout le monde». Elle a affirmé avoir dû désamorcer des mines; elle a donné les noms de certaines victimes de la torture qu'elle connaissait personnellement.⁵²³

Selon toute une série de témoignages, des personnes ont été violemment rouées de coups. Stjepan Peulić, par exemple, a témoigné au sujet des méthodes d'interrogatoire et de la cruauté de la torture:

«Petronije m'a giflé à plusieurs reprises puis m'a donné un coup de botte dans le menton, qui m'a laissé une cicatrice et deux dents cassées ; il a continué à me battre. En même temps, Ljuba Devetak a commencé à appeler les gens, qui ont été emmenés dehors, battus à coups de tubes de fer et poignardés avec des baïonnettes devant nous.»⁵²⁴

Les déclarations de P.M.⁵²⁵ et de J.K.⁵²⁶ font aussi état de personnes violemment rouées de coups.

Des brutalités similaires se seraient produites à Ilok ; ainsi, alors qu'ils quittaient la ville en convoi, des milliers de civils croates ont été victimes

d'humiliations et de brutalités infligées par la JNA et les paramilitaires, qui leur volaient aussi leurs biens. Les Croates qui ne voulaient pas quitter leurs maisons étaient victimes de harcèlement physique et psychologique, de vol et de détention arbitraire. Le témoin P.V., par exemple, a affirmé avoir vécu dans la peur de devoir quitter sa maison.⁵²⁷ Il a déclaré que:

«[I]es gens travaillaient pendant des jours sans nourriture ni aucune indemnité. Les Serbes nous humiliaient tout le temps. (...) Nous n'étions pas autorisés à nous réunir en public. Quand nous marchions dans les rues, par exemple, les Serbes (...) nous lançaient des pierres et nous insultaient.»⁵²⁸

Le témoin M.V.⁵²⁹ a aussi affirmé avoir été torturé pendant quatre ans. À Bogdanovci, des cas de torture et de mauvais traitements infligés aux Croates ont aussi été signalés. Les déclarations de témoins font toutes état de lourdes attaques causant de graves préjudices corporels. Selon Marija Katić, il y avait des attaques d'artillerie tous les deux ou trois jours (comme en août 1991), détruisant les maisons et les outils agricoles. Le témoin M.B. a aussi fait état de cas de torture, notamment de «l'étirement» jusqu'à la mort d'un Croate sur un arbre en face

d'une église.⁵³⁰ Des cas similaires d'atteintes physiques et mentales ont été signalés à Saborsko. Un témoin a par exemple dit que, à Saborsko, lorsque les commandants ordonnaient de tuer les civils, ils disaient généralement que ceux-ci étaient tous des «Oustachi» et devaient tous être tués.⁵³¹

À Vukovar, de graves atteintes physiques et mentales auraient aussi été commises. Il y a eu des témoignages de torture au Velepromet; des civils ont été maltraités et subissaient des souffrances morales. Il y avait aussi des récits faisant état de violence sexuelle, d'humiliation et de mutilations. Le témoin Franjo Kožul, par exemple, a fait état d'atteintes physiques et mentales infligées à des Croates à Vukovar. Il a dit qu'il «avait entendu» des coups de feu, des gens crier et pleurer, être frappés, roués de coups, entre autres brutalités. Il a ajouté ce qui suit:

«Quand nous sommes entrés dans l'écurie, nous avons dû passer devant une rangée d'hommes, sur une trentaine de mètres, qui nous frappaient avec tout et n'importe quoi. On m'a ordonné de faire la liste des personnes présentes, de sorte que j'en connais le nombre - j'ai établi une liste de 1242 personnes, par ordre alphabétique. Après un certain temps j'ai découvert qu'il y avait 480 hommes

dans une autre écurie. Nous étions insultés, battus, maltraités (...). Les premiers jours, nous nous asseyions et dormions les uns sur les autres, sur le béton nu. Ils nous donnaient de l'eau, une petite tranche de pain et un peu de fromage, deux fois par jour, et ils nous battaient et nous torturaient 24 heures sur 24. Je ne peux pas décrire tous les actes de torture physique et psychologique, je n'aurais jamais imaginé que des gens avec qui nous vivions et travaillions commettraient ce crime.»⁵³²

De même, le témoin S.E. a fait état de viols quotidiens par la police serbe et des officiers de l'armée à son arrivée en prison. Les viols avaient eu lieu dans la cellule devant les autres détenues. S.E. a aussi fait état de coups et de violences psychologiques.⁵³³ M.M. a elle aussi témoigné avoir subi à de multiples reprises des violences sexuelles, des mauvais traitements et des souffrances morales ; avec son bébé de deux mois et sa sœur âgée de six ans, elle a été emmenée en Serbie, puis à Vukovar, où elles ont été violées à plusieurs reprises par des Serbes locaux. Elle a fait état du meurtre de son mari et du préjudice moral qu'elle avait subi. Elle a dit qu'elle avait été contrainte au travail forcé, et que, si elle ne travaillait pas, on ne lui donnait rien à manger. Elle a aussi affirmé avoir été torturée

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

et violée à de multiples reprises par plusieurs hommes, pendant des heures (devant sa petite sœur, qui était tout le temps terrifiée) et avec des objets, ce qui avait provoqué des hémorragies.⁵³⁴

Le témoin T.C. a déclaré que les Tchetsniks «maltrahaient, expulsaient, menaçaient, battaient, violaient et tuaient tous les jours. Ils nous terrorisaient impitoyablement. Tous nos hommes capables de travailler ont été emmenés dans des camps». Certains d'entre eux ont reçu l'ordre de continuer à «creuser des trous»; ils «ne sont jamais rentrés chez eux» et plus personne n'a entendu parler d'eux. Le témoin a déclaré qu'elle avait été violée et a ajouté que «les Croates devaient mettre des rubans blancs à leur porte pour que les Tchetsniks qui n'étaient pas du village puissent les reconnaître»⁵³⁵

En conclusion, il ressort clairement des éléments de preuve figurant dans le dossier que, dans les municipalités en question, les victimes ont souffert de graves atteintes physiques et mentales sous la forme de torture, de mauvais traitements, de coups, de violence sexuelle, de détresse psychologique et de travail forcé. Il ne s'agissait pas de faits isolés; on les retrouve dans les dépositions des témoins de différentes

municipalités. Les faits mentionnés ci-dessus mettent en évidence un ensemble systématique d'actes de destruction interdits, ce qui démontre l'élément matériel des actes interdits par le *litt. b)* de l'article II de la convention sur le génocide.

5. Soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle (*litt. (c)* de l'article II)

La «soumission intentionnelle du groupe à des conditions d'existence devant entraîner sa destruction physique totale ou partielle» est un acte interdit par le *litt. (c)* de l'article II de la Convention contre le Génocide. En ce qui concerne l'élément matériel (*actus reus*), la Serbie a reconnu que l'expulsion systématique des logements peut entrer dans le champ d'application de cette disposition, si elle s'accompagne de l'intention génocidaire requise et s'inscrit dans le cadre d'une ligne de conduite patente susceptible d'aboutir à la destruction physique du groupe, et pas simplement à son déplacement dans un autre lieu.⁵³⁶ Ainsi, il reste à examiner la question de savoir si, après analyse du dossier, et notamment des déclarations des témoins dans les municipalités concernées, l'on

peut conclure qu'il y a eu violation du *litt. (c)* de l'article II de la Convention.

Dans ces déclarations, les témoins ont fait état, en sus de viols et de violences sexuelles, de privation de nourriture et des biens de première nécessité; ils ont aussi fait état de déportation d'habitants de régions entières. À Lovas, par exemple, il y a eu des mesures qui ont provoqué la fuite des Croates, comme la destruction de maisons et les expulsions. Selon J.K., avant l'occupation Lovas comptait 1,700 habitants, dont 94 % étaient Croates ; ensuite, «ils y ont installé 1500 Serbes environ», et dans «le village occupé il restait une centaine de Croates, 25 couples mixtes et 144 Serbes de Lovas. Les colons sont arrivés en voiture ou en tracteur et se sont installés dans nos maisons avec la permission de la commission du logement».⁵³⁷

À Ilok, P.V. a dit dans sa déposition qu'il avait été forcé de quitter sa maison et qu'il continuait à avoir peur de devoir la quitter; il a ajouté ce qui suit:

«Les gens travaillaient pendant des jours sans nourriture ni aucune indemnité. Les Serbes nous humiliaient tout le temps. (...) Nous n'étions pas autorisés à nous réunir en public. Quand nous marchions dans les rues, par exemple,

*les Serbes nous crachaient dessus depuis l'église, nous lançaient des pierres et nous insultaient».*⁵³⁸

En ce qui concerne Ilok, il importe de relever que même la Serbie a reconnu que «[l]e procureur du TPIY a mis en accusation Slobodan Milošević pour l'expulsion ou le transfert forcé d'habitants d'Ilok».⁵³⁹ De même, à Bogdanovci, des témoins ont affirmé que des civils avaient été forcés de partir, et que l'occupation était destinée à décimer la population du village par la destruction des maisons, des fermes et de leurs infrastructures, et des églises. Il semble que l'occupation ait eu pour objectif de rendre la vie des Croates impossible, comme l'illustre l'expérience de D.B..⁵⁴⁰

Le village de Saborsko semble lui aussi avoir été complètement détruit. Selon le témoignage de M.M., l'intention était de procéder au «nettoyage» ethnique du village.⁵⁴¹ De même, A.Š. a déclaré qu'un avion avait largué des bombes sur le village et que les maisons et les églises avaient été incendiées; il a aussi affirmé que des gens avaient emporté des biens de Saborsko.⁵⁴² M.M. a témoigné que, «[a] près l'attaque de Saborsko, Nedjeljko Trbojević, dit «Kičo», pendant l'opération de «nettoyage», allait de maison en

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

maison et jetait des bombes», et «avait brûlé quelques maisons au lance-roquettes». ⁵⁴³

Rappelons que la Serbie a reconnu que, dans le jugement *Martić*, le TPIY a confirmé l'attaque menée en novembre 1991 sur le village de Saborsko et «la plupart des faits allégués à Saborsko». ⁵⁴⁴ En ce qui concerne Vukovar, il y avait, là aussi, des témoignages faisant état de tentatives de détruire tous les signes de la vie et de la culture croates dans la ville, de la destruction de biens et de lourds bombardements. La plupart des habitants de la ville ont passé trois mois dans des caves et des abris collectifs, et beaucoup ont été tués alors qu'ils tentaient de se procurer de la nourriture, de l'eau et d'autres produits. ⁵⁴⁵

D.K. était à Vukovar jusqu'à ce qu'il soit blessé; il a ensuite été chargé dans un bus et expulsé vers la Serbie. Il a témoigné des conditions de vie à Stajicevo et Sremska Mitrovica, ⁵⁴⁶ les conditions d'existences étaient inhumaines, les victimes recevant très peu de nourriture. ⁵⁴⁷ B.V. a affirmé qu'il n'avait rien à manger de jour comme de nuit. ⁵⁴⁸ L.D. a déclaré que «des maisons étaient en feu, des grenades tombaient et tuaient les gens. Les Serbes avaient envoyé leurs femmes et leurs enfants

en Serbie avant et les hommes étaient restés à Vukovar pour nous tuer». ⁵⁴⁹

En résumé, il ressort des preuves produites devant la Cour que des violations du *litt. c)* de l'article II de la convention sur le génocide ont été commises, dans le cadre d'une campagne d'extrême violence systématique visant à soumettre intentionnellement les groupes visés de Croates à des conditions d'existence devant entraîner leur destruction physique totale ou partielle.

6. Appréciation générale des déclarations de témoins et conclusions

a) Déclarations de témoins

Les déclarations de témoins concernant chacune des municipalités retenues - Lovas, Ilok, Bogdanovci, Saborsko et Vukovar - font toutes état d'événements semblables survenus dans chacune d'elles. Elles ont toutes été analysées, y compris celles qui n'étaient pas signées. Toutes convergent et attestent de faits semblables qui tombent sous le coup de l'article II de la convention sur le génocide. Je considère que même les déclarations non signées sont pertinentes pour l'appréciation des événements survenus dans les municipalités

“Les déclarations de témoins dans leur totalité apportent la preuve de la campagne de destruction systématique et générale mise en œuvre dans les municipalités victimes d’extrême violence.”

susmentionnées, car elles s’inscrivent dans le droit fil de celles qui sont signées. Toutes les déclarations de témoins (signées et non signées), prises ensemble, apportent des preuves solides des crimes perpétrés dans ces municipalités, en violation de l’article II de la Convention contre le Génocide.

Dans le même ordre d’idées, j’ai jugé opportun d’examiner les actes qui auraient été commis dans *toutes* les municipalités pour lesquelles la Croatie a présenté des éléments de preuve, plutôt que d’isoler telle ou telle municipalité, de manière à déterminer s’il existait une entreprise de destruction systématique. En l’espèce, la Cour, au lieu d’examiner un nombre limité de preuves, comme elle l’a fait, aurait dû tenir compte de la totalité des actes criminels commis pendant toute la campagne militaire contre la Croatie

et portés à son attention, pour déterminer si une volonté de destruction systématique constitutive de génocide avait été à l’œuvre. La mention de faits survenus dans des municipalités particulières sert à illustrer la campagne générale de destruction.

b) Conclusions

À mon avis, les déclarations de témoins dans leur totalité apportent la preuve de la campagne de destruction systématique et générale mise en œuvre dans les municipalités victimes d’extrême violence. Cette campagne, telle qu’elle a été établie dans la présente affaire, consistait en la perpétration généralisée et systématique des actes illicites susmentionnés (infractions graves) tombant sous le coup de la convention sur le génocide.

Les actes en question, comme on l’a vu plus haut, incluaient le meurtre de membres de la population (civile) croate (*litt. (a)* de l’article II), des atteintes graves à l’intégrité physique ou mentale de membres de groupes visés (*litt. (b)* de l’article II), et la soumission intentionnelle des groupes en question à des conditions d’existence devant entraîner leur destruction physique totale ou partielle (*litt. (c)* de l’article II). Il apparaît que l’on

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

peut conclure, sur la base des atrocités commises dans les municipalités retenues, que l'élément matériel (*actus reus*) du génocide prévu aux alinéas (a), (b) et (c) de l'article II de la Convention contre le Génocide a été établi.

XV. Élément moral (*mens rea*) du génocide: preuve de l'intention génocidaire par déduction

Je passerai à présent, à ce stade de mon exposé, de l'élément matériel (*actus reus*) du génocide à l'élément moral (*mens rea*) (intention de détruire) prévu par la Convention contre le Génocide, telle qu'appliquée en l'espèce. Au cours de la procédure, les parties elles-mêmes ont présenté des moyens relatifs à la question de savoir si l'intention génocidaire peut être prouvée par déduction.⁵⁵⁰ À partir de l'analyse d'ensemble du dossier du cas d'espèce dans sa totalité, à mon avis, la preuve de l'intention de détruire les groupes visés, en tout ou en partie, peut être déduite des éléments produits (même si ce ne sont pas des éléments de preuve directs). L'extrême violence à l'œuvre dans la perpétration des atrocités atteste cette intention de détruire.

La campagne de destruction systématique et générale menée dans les municipalités, qui recouvre des meurtres de masse, des actes de torture et des sévices physiques, des disparitions forcées, des viols et d'autres violences sexuelles et l'expulsion systématique des logements (accompagnée d'exode massif), constitue la base qui permet de déduire, à défaut d'éléments de preuve directs, l'existence d'un plan génocidaire mis en œuvre dans l'intention de détruire les groupes visés, en tout ou en partie. En effet, le fait d'exiger la preuve directe de l'intention génocidaire dans toutes les affaires ne va pas dans le sens de la jurisprudence des tribunaux pénaux internationaux, comme nous le verrons ci-dessous.

1. Jurisprudence internationale relative à l'élément moral (*mens rea*)

La preuve de l'intention peut, à défaut d'éléments de preuve directs, être déduite des faits et des circonstances. Ainsi, dans le jugement *Akayesu* (2 septembre 1998), le TPIR a conclu que l'intention de commettre le génocide suppose que les actes aient été commis contre les membres d'un groupe en raison même de leur appartenance à ce groupe (par. 521). On peut aussi

se référer à d'autres exemples de jurisprudence allant dans le même sens. Dans l'arrêt *Jelisić* (5 juillet 2001), par exemple, le TPIY a dit ce qui suit:

«Quant à la preuve de l'intention spécifique, elle peut, à défaut d'éléments de preuve directs et explicites, procéder d'un certain nombre de faits et de circonstances, tels le contexte général, la perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe, l'ampleur des atrocités commises, le fait de viser systématiquement certaines victimes en raison de leur appartenance à un groupe particulier, ou la récurrence d'actes destructifs et discriminatoires» (par. 47).

Le TPIY a en outre dit, dans l'arrêt *Krstić* (19 avril 2004), que, lorsque l'accusation se fonde sur la preuve de l'intention génocidaire obtenue par déduction, «celle-ci doit être la seule raisonnable possible compte tenu des éléments réunis» (par. 41).

Dans la jurisprudence du TPIR, il a aussi été établi, dans le même ordre d'idées, que l'intention de commettre le génocide peut être déduite des faits et des circonstances. Dans le jugement *Rutaganda* (6 décembre 1999), par exemple, le TPIR a déclaré que «l'intention est déterminée, au cas par cas,

par une déduction tirée des éléments de preuve qui (...) ont été soumis [à la Chambre], y compris ceux qui permettent d'établir l'existence chez l'accusé d'une ligne de conduite délibérée»⁵⁵¹ (par. 61 à 63). Il a également affirmé, dans le jugement *Semanza* (15 mai 2003), que «la *mens reas* peut se déduire des agissements de l'auteur présumé du crime» (par. 313). En outre, dans le jugement *Bagilishema* (7 juin 2000), le TPIR a dit ce qui suit:

«Ainsi, le contexte de perpétration des actes allégués peut-il aider la Chambre à déterminer l'intention de l'accusé, en particulier lorsque ses propos et ses actes ne font pas apparaître cette intention. La Chambre relève cependant que lorsque l'on a recours au contexte pour déduire l'intention de l'accusé, on doit le faire par référence à la conduite même de l'accusé. La Chambre est d'avis que l'intention de l'accusé devrait se déduire, avant tout, de ses propos et de ses actes et ressortir clairement d'une ligne de conduite délibérée» (par. 63).

À cet égard, dans le jugement historique qu'il a rendu en l'affaire *Akayesu* (2 octobre 1998), le TPIR a jugé que «l'intention est un facteur d'ordre psychologique qu'il est difficile, voire impossible, d'appréhender», et il a déclaré que «à défaut d'aveux de la part de l'accusé», l'intention peut se déduire des

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

faits suivants: *a)* «le contexte général de perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe», que ces actes soient commis «par le même agent ou même par d'autres agents»; *b)* «l'échelle des atrocités commises»; *c)* le «caractère général» des atrocités commises «dans une région ou un pays»; *d)* «le fait de délibérément et systématiquement choisir les victimes en raison de leur appartenance à un groupe particulier, tout en excluant les membres des autres groupes»; *e)* «la doctrine générale du projet politique inspirant les actes» ; *f)* «la répétition d'actes de destruction discriminatoires»; *g)* «la perpétration d'actes portant atteinte au fondement du groupe, ou à ce que les auteurs des actes considèrent comme tel, actes qui ne relèveraient pas nécessairement eux-mêmes de l'énumération (...), mais qui sont commis dans le cadre de la même ligne de conduite» (pars. 523-524).

Dans le jugement *Kayishema et Ruzindana* (21 mai 1999), le TPIR a déclaré qu'il peut être difficile de prouver l'intention mais qu'il n'empêche que «son existence peut être établie de manière convaincante à partir des actes de l'auteur, y compris au moyen de preuves indirectes», et que «l'intention peut être déduite soit des propos soit des actes de l'auteur et peut être établie par la

mise en évidence de l'existence d'une ligne de conduite délibérée».

Il a affirmé que les éléments suivants peuvent être des indices pertinents: *a)* le nombre de membres du groupe victimes; *b)* le fait de s'attaquer physiquement au groupe ou à ses biens; *c)* l'usage de termes insultants à l'égard des membres du groupe visé; *d)* les armes utilisées et la gravité des blessures subies par les victimes; *e)* le caractère méthodique de la planification ; *f)* le caractère systématique du crime; *g)* l'étendue relative de la destruction, ou de la tentative de destruction, d'un groupe (pars. 93 et 527).

La jurisprudence susmentionnée montre que les tribunaux pénaux internationaux considèrent que la preuve de l'intention génocidaire peut être déduite des faits et des circonstances, et énoncent quelques lignes directrices à cet effet, même en l'absence de preuves documentaires. Les éléments factuels pouvant être pris en considération pour cette déduction sont, par exemple, des indications de la préméditation, de l'existence d'une politique ou d'un plan de l'Etat, la répétition des atrocités contre les mêmes groupes visés, le caractère systématique de la violence extrême exercée contre des groupes d'individus vulnérables ou sans défense et de leur destruction.

2. Appréciation générale

Au vu de ce qui précède, la Cour semble avoir imposé un seuil trop élevé pour la détermination de la *mens rea* du génocide, qui ne paraît pas être conforme à la jurisprudence constante des tribunaux pénaux internationaux en la matière. Elle a recherché, et a insisté pour continuer à rechercher, un critère d'établissement de la preuve trop élevé pour déterminer l'existence d'un génocide ou une complicité de génocide. Selon moi, l'on ne saurait écarter simplement la *mens rea* - comme la Cour l'a fait en l'espèce - en se fondant sur l'adoption *a priori* d'un critère d'établissement de la preuve, tel que celui que la Cour a adopté, parfaitement inopportun pour déterminer la responsabilité de l'Etat pour des violations graves des droits de la personne humaine, individuellement ou en groupes.

La Cour ne peut pas se contenter de dire, comme elle le fait dans le présent arrêt, qu'il n'y a pas eu d'intention de détruire dans les atrocités perpétrées, simplement parce qu'elle le déclare.⁵⁵²

Il s'agit là d'un *diktat*, pas d'une administration appropriée de la preuve. Ce *diktat* va à l'encontre des nombreuses preuves de l'élément matériel (*actus reus*) au sens de la convention sur le génocide (art. II), desquelles l'intention de détruire peut être déduite.

Il n'est pas défendable et n'est qu'une pétition de principe militant contre le bon exercice de la fonction judiciaire internationale. *Summum jus, summa injuria* (l'application excessive du droit conduit à l'injustice). L'élément moral (*mens rea*), ou intention spécifique (*dolus specialis*), ne peut qu'être déduit d'un certain nombre de facteurs.

À mon sens, l'appréciation des preuves ne peut faire abstraction de considérations axiologiques. Les valeurs humaines sont toujours présentes, comme le confirme l'émergence historique du principe, qui se fait jour actuellement, de la *conviction intime* («*livre convencimiento*», «*libre convencimiento*», «*libero convincimento*») du juge. Les faits et les valeurs sont indissociables dans l'appréciation des éléments de preuve. C'est sur la base de la conviction intime de chaque juge, autrement dit de la conscience humaine, qu'est déduit l'élément moral (*mens rea*) ou l'intention spécifique (*dolus specialis*) aux fins d'établir la responsabilité pour génocide.

En fin de compte, la conscience prime - et l'emporte - sur tout *diktat* intentionnel. Les éléments produits devant la Cour concernent la *conduite générale* de l'Etat concerné, et pas seulement celle des personnes, dans chaque crime pris séparément. Le dossier de la présente

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

affaire relative à l'*Application de la Convention contre le Génocide (Croatie vs. Serbie)* contient des preuves irréfutables d'une campagne généralisée et systématique d'extrême violence et de destruction, comme on l'a vu dans le présent exposé.

Cette campagne généralisée et systématique d'extrême violence et de destruction recouvre des meurtres de masse, des actes de torture, des sévices physiques, des viols et d'autres crimes sexuels, des disparitions forcées de personnes, des expulsions de logements et des pillages, des déplacements forcés et des humiliations⁵⁵³ (*supra*). Les faits constitutifs de cette campagne de destruction ont été prouvés, par la jurisprudence internationale et par la mission d'établissement des faits de l'ONU⁵⁵⁴ (*supra*). Même en l'absence d'éléments de preuve directs, l'intention génocidaire (*mens rea*) peut être raisonnablement déduite de cette destruction planifiée et à grande échelle, systématiquement dirigée contre les mêmes groupes visés.

XVI. La nécessité de réparations: quelques réflexions

La campagne généralisée et systématique de destruction, dans le contexte factuel du cas d'espèce révèle, en fin de compte, la présence perpétuelle du

mal, qui semble propre à la condition humaine, à toutes les époques. On peut donc comprendre que la pensée juridique, ainsi que d'autres domaines du savoir (histoire, psychologie, anthropologie, sociologie, philosophie et théologie), s'y soit intéressée et heurtée, à notre époque comme aux siècles passés. Il en va de même pour la littérature. Cette réflexion pérenne, égrenée au fil des siècles, n'est toutefois pas parvenue à expliquer l'existence du mal.

Malgré les efforts déployés tout au long de l'histoire, l'humanité n'a pas été capable de débarrasser de ce fléau. Comme le passage du temps, la présence perpétuelle du mal reste un des mystères qui entoure les êtres humains, où qu'ils soient et tant qu'ils vivent. Quand des individus prétendent soumettre leurs semblables à leur «volonté», en plaçant celle-ci au-dessus de leur conscience, le mal se manifeste inévitablement. Dans l'un des ouvrages les plus érudits sur la question du mal, R.P. Sertillanges rappelle que toutes les civilisations sont marquées par la conscience du mal et l'angoisse que celle-ci génère. Cette menace sur l'avenir de l'espèce humaine justifie l'omniprésence d'une telle préoccupation tout au long de l'histoire de la pensée humaine.⁵⁵⁵

Les religions ont été les premières à étudier la question du mal, sujet dont la philosophie, l'histoire, la psychologie, les sciences sociales et la littérature se sont ensuite emparées. Tout au long des siècles, l'homme, conscient du monde dans lequel il vit et sans perdre foi en ses valeurs, a toujours ressenti le besoin d'analyser cette question et ses incidences sur les relations humaines.⁵⁵⁶ En dépit de cette quête pérenne de réponses à la question du mal - qui remonte au *Livre de Job*, voire à la Genèse elle-même⁵⁵⁷ - aucune explication satisfaisante pour tous n'a été trouvée, même par la théologie.

Dans une entreprise de dévastation telle que celle du contexte factuel de la présente affaire relative à l'*Application de la Convention contre le Génocide*, le préjudice causé à de si nombreuses personnes - des milliers - s'avère irréparable. Il n'y a aucun rétablissement de la situation antérieure (*restitutio in integrum*) possible pour les victimes directes qui sont mortes, et dont le souvenir doit être honoré. Quant aux survivants, les réparations, sous leurs diverses formes, ne peuvent que *soulager* leurs souffrances, qui défient le passage du temps. Pourtant, ces réparations sont indispensables pour leur rendre la vie - ou la survie à des atrocités - supportable. Il faudrait toujours garder ce fait à l'esprit.

La recherche de violations de l'article II de la Convention contre le Génocide (cf. plus haut) rend indispensable l'examen de la question des réparations. En effet, au cours de la procédure, chacune des parties, dans son argumentation écrite et orale, a présenté des demandes de réparation pour le génocide qu'aurait commis l'autre. Les principaux arguments de la Croatie à cet égard figurent dans son mémoire, où elle fait en premier lieu valoir que, bien que la convention ne contienne aucune disposition particulière relative aux conséquences de sa violation par une Partie, toute violation d'une obligation internationale entraîne l'obligation de réparer intégralement le préjudice subi.

En ce sens, la Croatie a affirmé que si la Serbie⁵⁵⁸ était reconnue internationalement responsable des violations alléguées de la convention sur le génocide, elle serait tenue réparer intégralement le préjudice matériel et le préjudice moral occasionnés.⁵⁵⁹

La Croatie a demandé à la Cour de réserver la question des réparations «pour une phase ultérieure de la procédure», comme dans des affaires précédentes. Un jugement dans lequel la Cour déclarerait la responsabilité de la Serbie, a-t-elle ajouté, fournirait

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

déjà un premier moyen de satisfaction en soulignant l'importance des obligations imposées par la Convention contre le Génocide et en réaffirmant la primauté du droit et du respect des droits humains fondamentaux.

Pour la Croatie, une telle déclaration «serait également utile aux fins de rétablir la vérité historique» et «contribuerait ainsi à la réconciliation à plus long terme». ⁵⁶⁰ La Croatie a en outre prié la Cour de dire que la Serbie avait l'obligation de prendre toutes les mesures à sa disposition pour fournir immédiatement à la Croatie des informations complètes concernant le lieu où se trouve les personnes portées disparues, et d'ordonner à la Serbie de restituer les biens culturels dérobés au cours de la campagne génocidaire.

Elle a aussi affirmé que, en conséquence de la conduite illicite dont la Serbie s'était rendue responsable, elle était en droit d'obtenir réparation entière pour les préjudices et pertes occasionnés, en particulier pour les actes illicites liés à la campagne génocidaire serbe, tels que décrits dans son mémoire. ⁵⁶¹

La Croatie a ajouté qu'une indemnisation était «due pour tous les dommages causés à l'intégrité physique

et morale et au bien-être des citoyens de la Croatie». Elle a ensuite conclu que, «dans une affaire relative à un génocide ayant entraîné un nombre considérable de victimes et une misère humaine indicible», la réparation sous forme de restitution n'effacera jamais les conséquences de l'acte illicite ; elle a donc demandé aussi satisfaction pour les préjudices subis. ⁵⁶² Enfin, dans ses conclusions finales lues à la fin de sa plaidoirie, elle a réitéré sa demande de réparation. ⁵⁶³

La Serbie, de son côté, a répondu brièvement à ces arguments relatifs à la réparation en faisant d'abord valoir qu'ils étaient hypothétiques car, selon elle, sa responsabilité pour génocide ne saurait être engagée. En ce qui concerne la demande de compensation lorsque la restitution en nature est impossible, elle a affirmé que la Croatie cherchait à obtenir réparation pour tous les dommages qui auraient pu être causés par la guerre sur son territoire. Elle a ajouté que les demandes de réparation de la Croatie ne relevaient pas de la compétence de la Cour, qui se limitait exclusivement aux éventuelles violations de la Convention contre le Génocide. ⁵⁶⁴

La Serbie a aussi soumis une demande de réparation dans le cadre de sa

demande reconventionnelle, comme indiqué dans son contre-mémoire. Elle a prié la Cour de dire et juger qu'il incombait à la Croatie de «réparer les conséquences des faits internationalement illicites qui lui sont imputables», et en particulier d'indemniser pleinement les victimes de l'ensemble des dommages et pertes causés par les actes de génocide.⁵⁶⁵ Elle a réitéré cette demande dans les conclusions finales concernant sa demande reconventionnelle lues à la fin de sa plaidoirie.⁵⁶⁶

Il importe de rappeler que les deux parties ont demandé que les réparations pour les actes allégués de génocide soient déterminées par la Cour dans une phase ultérieure de la procédure. À mon avis, en ce qui concerne la demande de la Croatie, la Cour aurait dû juger, pour les raisons exprimées dans le présent exposé, que des actes de génocide ont été commis. En conséquence, elle aurait dû prendre en considération la demande de réparation de la Croatie et réserver la détermination de ces réparations à une phase distincte de la procédure dans la présente affaire, comme le demandeur l'en avait priée.

À cet égard, il convient de rappeler que, dans la récente affaire *Ahmadou Sadio Diallo (Guinée c. R.D. Congo, 2010*

à 2012), la Cour a examiné, pendant la phase relative au fond, les violations des Conventions internationales relatives aux droits de l'homme invoquées par la Guinée.⁵⁶⁷ Dans l'arrêt qu'elle a rendu le 30 novembre 2010, elle a jugé que le R.D. Congo avait manqué à certaines obligations énoncées par ces Conventions, à savoir, les articles 9 et 13 du Pacte International relatif aux Droits Civils et Politiques, et les articles 6 et 12 de la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples, en sus du paragraphe 1 b) de l'article 36 de la Convention de Vienne sur les Relations Consulaires.⁵⁶⁸ La Cour a donc dit ce qui suit, au sujet de la réparation:

*«Au vu des circonstances propres à l'espèce, en particulier du caractère fondamental des obligations relatives aux droits de l'homme qui ont été violées et de la demande de réparation sous forme d'indemnisation présentée par la Guinée, la Cour est d'avis que, outre la constatation judiciaire desdites violations, la réparation due à la Guinée à raison des dommages subis par M. Diallo doit prendre la forme d'une indemnisation.»*⁵⁶⁹

À cet égard, la Cour a réservé la question de l'indemnisation du préjudice subi par M. A.S. Diallo à une phase

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

ultérieure de la procédure,⁵⁷⁰ dans laquelle elle a statué sur la question de l'indemnisation due par le R.D. Congo à la Guinée au titre des préjudices subis par la victime, M. A.S. Diallo, et elle a rendu son arrêt le 19 juin 2012.⁵⁷¹ Dans l'exposé de mon Opinion Individuelle (pars. 1 à 101), j'ai approfondi cette question et fait valoir, notamment, que le bénéficiaire ultime des réparations ordonnées par la Cour était la personne victime, et non son Etat de nationalité.

Dans le présent arrêt relatif à l'*Application de la Convention contre le Génocide*, opposant la Croatie à la Serbie, si la Cour avait conclu - ce qu'elle n'a malheureusement pas fait - que l'Etat défendeur avait violé la convention, elle aurait dû ouvrir une phase ultérieure de la procédure pour le règlement des réparations (sous leurs diverses formes) dues, en fin de compte, aux victimes (êtres humains) elles-mêmes. Au cours des dernières années, les problèmes posés par la détermination des réparations dans les situations les plus complexes ont commencé à attirer l'attention des théoriciens; pourtant, aussi étonnant que cela puisse paraître, ce domaine du droit international n'en est encore qu'à ses débuts.

XVII. La difficile voie de la réconciliation

Dans les conflits violents qui forment le contexte factuel de la présente affaire opposant la Croatie à la Serbie, les nombreuses atrocités commises (meurtres de masse et torture, violence extrême dans les camps de concentration, viols et autres violences sexuelles, disparitions forcées de personnes, expulsions et déportations, conditions d'existence insupportables et humiliations de toutes sortes, entre autres), outre qu'elles ont fait des milliers de victimes, ont généralisé la haine et décomposé les milieux sociaux. Les conséquences à long terme sont, comme on pouvait s'y attendre, désastreuses, compte tenu du ressentiment transmis d'une génération à l'autre.

Il importe donc d'avancer dans la difficile voie de la réconciliation. Selon moi, il est tout d'abord nécessaire de reconnaître que, en fin de compte, une campagne de destruction systématique et générale brise aussi bien les opprimés (victimes) que les oppresseurs (agresseurs). De l'époque de l'*Iliade* d'Homère jusqu'à nos jours, les effets de la guerre et de la destruction ont toujours averti les hommes de la pérennité du mal qui accompagne l'humanité, et pourtant, les leçons du passé n'ont pas été retenues.

Dans un essai pénétrant (1934), Simone Weil, l'une des grands penseuses du siècle dernier, a appelé l'attention sur les exigences totalement injustes de la lutte pour le pouvoir, qui en fin de compte fait de tous des victimes. De l'*Iliade* d'Homère jusqu'à nos jours, les individus, endoctrinés et conditionnés pour la guerre et la destruction, sont devenus des objets de la lutte pour la domination. C'est à ce moment-là que se produit «le retournement entre fin et moyens», qui fait des humains de simples moyens pouvant être sacrifiés; les individus deviennent incapables de penser et s'abandonnent entièrement à «une collectivité aveugle», luttant pour le pouvoir (la fin).⁵⁷²

La distinction entre «opresseurs et opprimés», observe avec sagacité S. Weil, est bien près de perdre sa signification compte tenu de l'«impuissance» de tous les hommes devant la «machine sociale» à écraser les esprits et à fabriquer de l'inconscience.⁵⁷³ Les conséquences, comme le montre la présente affaire relative à l'*Application de la Convention contre le Génocide* opposant la Croatie à la Serbie, sont désastreuses, et, comme je viens de le souligner, génèrent un ressentiment de longue durée.

L'étape suivante dans la difficile voie de la réconciliation consiste à accorder aux victimes une réparation sous toutes ses formes. Les réparations (cf. plus haut) sont, selon moi, indispensables pour avancer dans cette longue et difficile voie, après la tragédie des guerres qui ont déchiré l'ex-Yougoslavie dans les années 1990. Outre la reconnaissance judiciaire (jugement déclaratif) des violations de la Convention contre le Génocide, d'autres mesures permettent d'y parvenir.

À cet égard, qu'il me soit permis de souligner que lors de l'audience publique du 10 mars 2014, dans un moment de grâce de la longue procédure orale en la présente affaire relative à l'*Application de la Convention contre le Génocide (Croatie vs. Serbie)*, l'agent de la Serbie a pris l'initiative louable de faire la déclaration suivante:

*«Au nom du Gouvernement et du peuple de la République de Serbie, je tiens à réitérer l'expression de nos sincères regrets envers l'ensemble des victimes de la guerre et des crimes commis au cours du conflit armé en Croatie, indépendamment de la qualification juridique de ces crimes qui pourra être retenue et de l'origine ethnique et nationale des victimes. Pour chacune de celles-ci, le devoir de mémoire doit être pleinement honoré.»*⁵⁷⁴

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

La voie de la réconciliation est à l'évidence difficile, après la dévastation des guerres dans les Balkans. Il ne fait aucun doute que les Parties en ont bien conscience. Lors de la même audience publique, l'agent de la Serbie a aussi déclaré ce qui suit:

«Les affaires auxquelles la Serbie s'est trouvée partie étaient d'une gravité exceptionnelle: elles étaient le résultat des conflits dont l'ex-Yugoslavie avait été le théâtre dans les années 1990, qui ont eu des conséquences tragiques pour l'ensemble des peuples qu'elle abritait, et soulevé d'importantes questions de responsabilité de l'Etat. La présente instance est la dernière de cette série. Dans cette affaire, la Serbie espère - davantage encore que dans les précédentes - que les souffrances du peuple serbe se verront elles aussi accorder toute l'attention voulue, qu'il en sera pris acte et que des remèdes seront ordonnés.»

Aujourd'hui, nul n'ignore que le conflit en Croatie a donné lieu à de graves violations du droit international humanitaire. Nul doute que les Croates ont beaucoup souffert. La présente affaire nous donne l'occasion de nous remémorer la tragédie qu'ils ont vécue (...). Cependant, la guerre en Croatie a aussi été source de terribles souffrances pour les Serbes (...).⁵⁷⁵

La Croatie, de son côté, fait valoir que l'un des remèdes qu'elle sollicite est la restitution des dépouilles aux familles.⁵⁷⁶ Elle affirme que 840 corps au moins⁵⁷⁷ sont toujours portés disparus à la suite des actes génocidaires que les forces serbes auraient commis. Elle soutient que la Serbie n'a pas fourni l'assistance requise pour continuer à chercher ces dépouilles et les identifier. L'identification et la restitution de tous les corps par chacune des parties reste encore une autre étape importante dans la voie de la réconciliation. J'ose nourrir l'espoir que le présent exposé peut d'une certaine façon, même modestement, servir l'objectif de la réconciliation.

XVIII. Observations finales: la nécessité de s'attaquer globalement à tous les aspects du génocide en vertu de la Convention de 1948

Contrairement à ce que les disciples contemporains de Jean Bodin et de Thomas Hobbes souhaitent peut-être continuer de penser, le Palais de la Paix à La Haye n'a pas été construit et inauguré il y a un siècle pour demeurer un sanctuaire de la souveraineté de l'Etat. Il était destiné à devenir un sanctuaire de la justice internationale, non de la

souveraineté de l'État. Même si le mécanisme de règlement des différends par la Cour Permanente de Justice Internationale/Cour Internationale de Justice est resté strictement interétatique, par force d'inertie mentale, le caractère et les sujets de certaines procédures engagées devant la Cour de La Haye au cours des neuf décennies passées ont obligé celle-ci à dépasser la stricte conception interétatique.⁵⁷⁸ Le caractère artificiel de cette conception reposant sur un dogme déjà ancien du passé a donc souvent été mis en évidence, et l'est de plus en plus.

Ces dernières années, la Cour a dû dépasser cette conception rigide dans un nombre croissant d'affaires contentieuses.⁵⁷⁹ Il en a été de même dans les deux Avis consultatifs qu'elle a récemment rendus.⁵⁸⁰ Il y a cinq ans, par exemple, dans l'exposé de mon Opinion Individuelle que j'ai joint à l'Avis consultatif de la Cour concernant la *Déclaration d'indépendance du Kosovo* (22 juillet 2010), il m'a semblé utile de mettre en garde contre les lacunes de la stricte conception interétatique (par. 191) et j'ai souligné qu'il était nécessaire, face à une crise humanitaire dans les Balkans, de s'intéresser en priorité aux *personnes* ou à la *population concernée* (par. 53, 65, 66, 185 et 205 à 207), en appliquant une conception

humaniste (par. 75 à 77 et 190) et à la lumière du principe d'humanité (par. 211).⁵⁸¹

La présente affaire relative à l'*Application de la Convention sur le Génocide (Croatie vs. Serbie)* montre une nouvelle fois, de manière encore plus convaincante, qu'il faut impérativement dépasser la conception interétatique dogmatique et stricte et s'en éloigner. En effet, la Convention de 1948 contre le Génocide - adoptée à la veille de l'adoption de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme - n'est pas axée sur l'Etat, mais sur la *personne*. Elle ne peut pas être interprétée et appliquée correctement selon une conception stricte centrée sur l'État et donnant la priorité à la susceptibilité des États. C'est aux *justiciables*, aux victimes - réelles et potentielles - qu'il convient de continuer d'accorder la priorité pour rendre la justice en vertu de la Convention contre le Génocide.

1. Appréciation des éléments de preuve et détermination des faits

Je regrette donc de ne pouvoir en aucune façon souscrire au raisonnement de la Cour dans le cas d'espèce, ni à sa conclusion quant aux prétentions du demandeur. Tout d'abord, la Cour a

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

procédé à une *appréciation des éléments de preuve* et une *détermination des faits* fragmentaires et non exhaustives. Elle a choisi certaines municipalités (cf. par. 203) et décrit brièvement quelques-uns des événements qui y sont survenus. Son examen des faits est plutôt aseptisé.⁵⁸² Comme on pouvait s'y attendre, elle ne reconnaît pas que les atrocités commises, prises dans leur ensemble, constituent une campagne systématique et générale.

La Cour a relevé les atrocités - telles que les exécutions sommaires et les décapitations - perpétrées à Vukovar et aux environs, reconnues par le défendeur (pars. 212 à 224). Elle a pris note de massacres commis, notamment à Lovas (pars. 231 à 240) et à Bogdanovci, que la Serbie a reconnus (pars. 225 à 230). Elle a aussi pris note d'autres massacres, notamment ceux commis à Saborsko (pars. 268 à 271), à Poljana (pars. 272 à 277) et à Hrvatska Dubika et ses environs (pars. 257 à 261). Pourtant, ce n'est là qu'une partie limitée des atrocités qui ont été perpétrées dans le cas d'espèce.

Outre les localités citées par la Cour dans le présent arrêt, de nombreuses autres - dans les régions de Slavonie orientale, de Slavonie occidentale, de Banovina/Banija, de Kordun, de Lika

et de Dalmatie - dans lesquelles des atrocités ont été commises et qui ont été portées à l'attention de la Cour par la Croatie n'ont pas été mentionnées ou examinées expressément dans le présent arrêt. Il n'y a donc rien d'étonnant à ce que la Cour, sans expliquer suffisamment pourquoi elle a choisi de ne retenir que certains faits, ne conclue pas qu'une campagne de destruction générale et systématique a été menée dans l'intention de dévaster.

Dans le présent arrêt, la Cour note que le TPIY a conclu (dans ses jugements *Mrkšić et Radić et Šljivančanin* [«hôpital de Vukovar»] (2007), *Martić* (2007) et *Stanišić et Simatović* (2013)) ce qui suit:

«A partir de l'été 1991, la JNA et des forces Serbes ont commis de nombreux crimes (meurtre, torture, mauvais traitements et déplacement forcé, entre autres) contre des Croates dans les régions de Slavonie orientale, de Banovina/Banija, de Kordun, de Lika et de Dalmatie» (par. 208).

Pourtant, en dehors des meurtres de masse, la Cour n'a pas reconnu que d'autres crimes ont aussi été commis à grande échelle, dans le cadre d'une campagne de destruction générale et systématique. Parfois, elle minimise l'ampleur de crimes tels que

les viols et autres actes de violence sexuelle (par. 364), les expulsions des logements et les déplacements forcés (par. 376), les privations alimentaires et la privation de soins médicaux (pars. 366 et 370).

Même un tribunal pénal international comme le TPIY, chargé de déterminer la responsabilité pénale internationale des individus, a veillé à examiner l'ensemble des éléments de preuve pour apprécier l'intention génocidaire. Dans l'arrêt qu'il a rendu récemment en l'affaire *R. Karadžić* (arrêt du 11 juillet 2013), il a dit ce qui suit:

«Au lieu de se demander si un accusé était animé de l'intention de détruire un groupe protégé au travers de chacun des actes de génocide pertinents, une Chambre de première instance devrait examiner si tous les éléments de preuve, pris ensemble, établissent l'existence d'une intention génocidaire» (par. 56).

Le TPIY a en outre affirmé, dans la même affaire, que, «de par sa nature même, l'intention génocidaire est généralement difficile à établir de façon directe» (par. 80). Cela étant, a-t-il ajouté,

«en l'absence de preuve directe, l'intention génocidaire peut se déduire d'un certain

nombre de faits et de circonstances, tels le contexte général, la perpétration d'autres actes répréhensibles systématiquement dirigés contre le même groupe, l'ampleur des atrocités commises, le fait de viser systématiquement certaines victimes en raison de leur appartenance à un groupe particulier, la récurrence d'actes destructifs et discriminatoires ou l'existence d'un plan ou d'une politique» (par. 80).

Avoir à déterminer la responsabilité internationale des Etats - tâche qui incombe à la Cour - justifie d'autant plus que l'on prenne en considération l'ensemble des éléments de preuve. Les tribunaux internationaux contemporains chargés des droits de l'homme - à qui il incombe aussi de déterminer la responsabilité internationale des Etats - savent bien, par expérience, que les Etats défendeurs ont tendance à garder le monopole des preuves des atrocités qui leur sont imputables.

L'on ne s'étonnera donc pas que, dans leur jurisprudence en constante évolution - mentionnée par les parties, mais complètement méconnue par la Cour dans son arrêt en l'espèce - les juridictions internationales des droits de l'homme aient à juste titre évité de fixer un critère élevé d'établissement de la preuve et aient appliqué les principes de la répartition de la charge de

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

la preuve, ou de son renversement.⁵⁸³
Pour déterminer les faits dans les affaires de ce type (portant sur des infractions graves), ils ont gardé une conscience aiguë de la primauté des droits fondamentaux inhérents aux êtres humains sur la susceptibilité des Etats. Après tout, la *raison d'humanité* l'emporte sur la *raison d'État*.

Dans le présent arrêt qu'elle a rendu en l'affaire relative à l'*Application de la Convention contre le Génocide*, la Cour n'a vu que ce qu'elle voulait bien voir (c'est-à-dire pas grand-chose), en essayant de faire croire que les groupes visés avaient été simplement forcés de quitter le territoire revendiqué comme serbe (par. 426, et cf. par. 435). Comme si elle tentait de se convaincre elle-même de l'absence d'intention génocidaire, elle a en outre relevé - faisant sien l'argument de la Serbie⁵⁸⁴ - que le Procureur du TPIY n'avait jamais inculpé d'individus pour génocide dans le contexte du conflit armé qui s'est déroulé sur le territoire de la Croatie entre 1991 et 1995 (par. 440).

Cela n'a cependant absolument aucune incidence sur la responsabilité de l'Etat. D'autres individus que ceux qui ont été inculpés, auraient pu, en tant qu'agents de l'Etat, être responsables;

les actes d'accusation peuvent être confirmés (comme dans l'affaire *R. Karadžić*, à la mi-2013) de manière à comprendre le génocide; et, dans ses actes d'accusation, le procureur exerce un pouvoir *discrétionnaire*, car son statut est parfaitement distinct de celui de juges internationaux. En tout état de cause, en ce qui concerne la responsabilité de l'Etat, comme je l'ai déjà souligné, le critère d'établissement de la preuve n'est pas le même que celui appliqué à la responsabilité pénale individuelle.

Même si nous ne connaissons pas, et ne connaissons jamais, le nombre total de victimes violées ou torturées (elles ont été nombreuses), tous les faits, pris ensemble, mettent en évidence, à mon avis, une campagne de destruction générale et systématique, au sens de la convention sur le génocide, comme le montre le présent exposé. Ce sont des *faits de notoriété publique* (*fatos de conhecimento público e notorio/hechos de conocimiento público y notorio/fatti notori [di comune esperienza]*) qui n'ont donc pas besoin, dans le cadre de la détermination de la responsabilité de l'Etat, d'être examinés à l'aune d'un critère élevé d'établissement de la preuve qui prive la Convention contre le Génocide de son effet utile.

2. Cadre théorique et raisonnement juridique

Le *cadre théorique* de la Cour et son *raisonnement juridique* sont tout aussi fragmentaires et non exhaustifs. Tout d'abord, la Cour fait une lecture aussi restrictive que possible des catégories d'actes de génocide réprimés par la Convention contre le Génocide (art. II).

En outre, elle envisage séparément les éléments interdépendants que sont l'*actus reus* et la *mens rea* du génocide, en appliquant un critère élevé d'établissement de la preuve qui ne trouve aucun pendant dans la jurisprudence en évolution constante émanée des tribunaux pénaux internationaux et des juridictions internationales des droits de l'homme. Cela finit, malheureusement, par faire de la détermination de la responsabilité de l'État en vertu de la Convention contre le Génocide une tâche presque impossible, et de la Convention elle-même presque une lettre morte. La voie est donc ouverte à l'absence de conséquences juridiques et à l'impunité des atrocités commises.

Le cadre théorique et le raisonnement juridique de la Cour sont aussi fragmentaires dans la façon qu'elle a d'appréhender chaque branche du droit international en tant que telle,

même celles qui établissent des régimes de protection des droits de la personne humaine, à savoir le Droit International des Droits de l'Homme, le Droit International Humanitaire et le Droit International des Réfugiés. La Cour insiste donc sur une démarche qui envisage même le Droit International Humanitaire et le Droit Pénal International de manière distincte et cloisonnée.

Dans son insistance à appliquer cette démarche cloisonnée, par exemple lorsqu'elle sépare la Convention contre le Génocide du Droit International Humanitaire (par. 153), la Cour ne voit pas que la Convention, qui est un traité relatif aux droits de l'homme (comme cela est généralement reconnu), converge avec les instruments internationaux qui forment le *corpus juris* des droits de la personne humaine, et qu'ils s'appliquent tous pour déterminer la responsabilité de l'État. Certaines violations graves du Droit International Humanitaire peuvent être en même temps des violations de la Convention contre le Génocide.

Cette démarche cloisonnée me paraît à plusieurs égards statique et anti-historique, en ce qu'elle ne saisit pas l'évolution de la pensée juridique internationale à l'œuvre dans

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

l'élargissement considérable, tout au long des dernières décennies, de la personnalité et de la capacité juridiques internationales, ainsi que de la responsabilité internationale - caractéristique remarquable du *jus gentium* contemporain. Contrairement à ce que dit la Cour dans le présent arrêt, il existe, selon moi, des points de rapprochement et de convergence entre les trois branches de la protection des droits de la personne humaine (Droit International des Droits de l'Homme, Droit International Humanitaire, Droit International des Réfugiés)⁵⁸⁵ et le Droit Pénal International contemporain.

En outre, le Droit International des Réfugiés contemporain traite aussi de la situation des victimes. La Convention contre le Génocide, de son côté, en ce qu'elle fait une large place au facteur humain, s'attache de la même façon aux victimes de l'extrême cruauté humaine. Elle n'est pas séparée (comme la Cour en fait l'hypothèse) des autres branches de la sauvegarde des droits de la personne humaine; elle converge au contraire avec elles, en cherchant à protéger la dignité humaine. Elle atteste, en elle-même, les points de rapprochement ou de convergence entre le Droit Pénal International et le Droit International des Droits de l'Homme.

Enfin, le raisonnement de la Cour est aussi fragmentaire dans le contre-pied qu'il prend du Droit International Humanitaire coutumier aussi bien que conventionnel (pars. 79 et 88 à 89, plus haut). À mon avis, c'est dans leur interaction qu'il faut envisager le Droit International Humanitaire coutumier et le Droit International Humanitaire conventionnel, qui ne doivent pas être séparés l'un de l'autre, comme la Cour cherche à le faire. Après tout, il n'y a pas de violation des dispositions de fond de la Convention contre le Génocide qui ne soit en même temps une violation du droit international coutumier sur la question.

La démarche cloisonnée de la Cour, en outre, ne reconnaît pas l'importance majeure - pour le droit international conventionnel aussi bien que coutumier - des principes généraux du droit, et en particulier le principe d'humanité.

La détermination de la responsabilité de l'État pour génocide impose une démarche globale, et non une démarche cloisonnée comme celle adoptée par la Cour. Ainsi que je l'ai souligné plus haut dans le présent exposé de mon Opinion Dissidente, la Convention contre le Génocide est généralement considérée comme faisant partie des traités relatifs aux droits de l'homme,

lesquels ont une herméneutique qui leur est propre (par. 32) et sont assortis d'un mécanisme de garantie collective (par. 29). L'herméneutique correcte de la Convention contre le Génocide impose, à mon sens, nécessairement une interprétation d'ensemble, et non une interprétation morcelée ou fragmentaire, comme celle qu'a faite la Cour dans le présent arrêt ainsi que dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2007 en l'affaire concernant la *Bosnie-Herzégovine*.

Chaque instrument international est un produit de son temps et remplit sa fonction dans le temps en étant considéré comme un «texte vivant». J'ai pris soin de traiter en détail ce point particulier au sujet des traités relatifs aux droits de l'homme dans le long exposé de l'Opinion Individuelle (par. 167 à 185) que j'ai joint à l'arrêt rendu par la Cour le 1^{er} avril 2011 en l'affaire relative à l'*Application de la Convention Internationale sur l'Élimination de Toutes les Formes de Discrimination Raciale* (CERD) (*Géorgie vs. Fédération de Russie*).

Dans cet exposé, j'ai mis en garde contre le choix qu'a fait la Cour dans l'affaire relative à l'*Application de la Convention Internationale sur l'Élimination de Toutes les Formes de Discrimination Raciale* - et qui informe également le présent arrêt (par. 85.) et l'arrêt

de 2007 en l'affaire concernant la *Bosnie-Herzégovine* - d'attribuer une importance déterminante au consentement de l'Etat concerné, en le «plaçant [malheureusement] (...) bien au-dessus des impératifs de réalisation de la justice au niveau international» (par. 44). La CERD, comme d'autres traités relatifs aux droits de l'homme, ai-je poursuivi, prescrit des obligations «d'un caractère essentiellement objectif, mises en œuvre collectivement», et qui montrent que, dans ce domaine de protection, le droit international semble être, davantage que volontaire, «effectivement nécessaire» (pars. 63 et 72). Les droits protégés et les valeurs humaines fondamentales sont au-dessus des «intérêts» ou de la «volonté» de l'Etat (pars. 139 et 162).

L'herméneutique correcte des traités relatifs aux droits de l'homme, ai-je ajouté dans le même exposé, doit s'écarter d'une «perspective volontariste strictement centrée sur les Etats» et cesser «d'exalter le consentement des Etats», et s'appuyer sur les principes fondamentaux (*prima principia*) tels que le principe d'humanité, qui imprègne l'ensemble du *corpus juris* du Droit International des Droits de l'Homme, du Droit International Humanitaire, du Droit International des Réfugiés et du Droit Pénal International (pars. 209

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

à 212). Ces *prima principia* confèrent à l'ordre juridique international «sa dimension axiologique inévitable»; ils sous-tendent l'ordre juridique international en exprimant l'idée d'une justice *objective*, propre au droit naturel (par. 213).

C'est seulement ainsi, ai-je ajouté, que nous pouvons nous conformer à l'«impératif de réalisation de la justice au niveau international», en reconnaissant que «la conscience l'emporte sur la volonté» (par. 214). Et j'ai fait la mise en garde suivante:

«La Cour ne peut demeurer l'otage du consentement des Etats. Elle ne peut continuer de rechercher instinctivement ce consentement, (...) au point de perdre de vue l'impérieuse nécessité de rendre la justice. Le consentement d'un État se manifeste au moment où celui-ci décide de devenir partie à un traité - comme l'instrument de défense des droits de l'homme en question dans la présente affaire, la CIEDR. L'interprétation et la bonne application de cet instrument ne peuvent être systématiquement assujetties à une recherche continuelle du consentement de l'Etat. Cela rendrait injustement le traité lettre morte; or, les instruments de défense des droits de l'homme, et a fortiori l'esprit qui les anime, sont censés être vivants» (par. 198).

Dans le présent arrêt, la Cour passe une nouvelle fois à côté de l'essentiel et ne sert pas la Convention contre le Génocide. Dans une affaire relative à l'interprétation et l'application de cette Convention, la Cour fait même appel au «principe» dit de l'*Or monétaire*,⁵⁸⁶ qui n'a pas sa place ici et qui ne relève pas des *prima principia*, n'étant rien de plus qu'une concession faite au consentement de l'Etat au titre d'une idée dépassée du volontarisme étatique. Compte tenu de la persistance de cette conception, je me demande si la Convention contre le Génocide a même un avenir...

La Convention, qui est essentiellement axée sur les personnes, aura un avenir si la priorité est dûment accordée à sa raison d'être, son objet et son but, en gardant à l'esprit la règle *ut res magis quam valeat pereat*, de façon à garantir ses effets appropriés (*effet utile*) et, en fin de compte, la réalisation de la justice. Depuis quelque temps déjà, l'attention a été appelée sur les lacunes de la Convention contre le Génocide telle qu'elle a été rédigée, à savoir: a) le rétrécissement de son champ d'application, à l'exclusion du génocide culturel et du massacre de groupes politiques et sociaux; b) l'attention bien moindre portée à la prévention du génocide par rapport à sa répression⁵⁸⁷;

c) l'affaiblissement des dispositions relatives à sa mise en œuvre, le souci de la souveraineté de l'État l'emportant sur celui de la protection contre le génocide.⁵⁸⁸

De l'adoption de la Convention en 1948 à nos jours, la vulnérabilité ou l'impuissance des groupes visés a persisté, de même que la réticence des États à traiter cette question et à les protéger contre le génocide conformément à la convention. Cela montre, comme je l'ai déjà souligné dans le présent exposé de mon Opinion Dissidente, qu'il est à l'évidence inapproprié d'envisager le génocide dans une perspective interétatique stricte, en faisant preuve d'une déférence induite à l'égard de la souveraineté de l'État. Après tout, la Convention contre le Génocide est *axée sur l'être humain*.

Le génocide, qui se produit au niveau intra-étatique, exige un point de vue axé sur l'être humain et mettant l'accent sur les victimes, qui sont dans une situation d'extrême vulnérabilité. Parmi les spécialistes du génocide, certains sont assez sensibles pour soutenir une conception générique qui ne laisse sans protection aucun segment des victimes de «guerres génocidaires» ou de «massacres génocidaires»,⁵⁸⁹ en allant même au-delà de la Convention

contre le Génocide. Je ne m'étendrai pas ici sur cette conception ou définition générique; je me concentre, plus spécifiquement, sur une conception globale, que je soutiens, du génocide *au sens de la Convention de 1948*.

Cette conception globale tient dûment compte de l'*intégralité du contexte factuel* de la présente affaire opposant la Croatie à la Serbie, et pas uniquement, comme l'a fait la majorité de la Cour, d'un nombre limité d'événements choisis dans certaines municipalités. Ce contexte factuel pris dans son intégralité met clairement en évidence, à mon sens, l'existence d'une campagne de destruction générale et systématique, lequel semble poser problème à la majorité de la Cour, qui tantôt le minimise, tantôt l'ignore complètement. Tout ce qui précède, selon moi, impose en outre un examen global plutôt que fragmentaire, fidèle à la pensée humaniste et soucieux du principe d'humanité⁵⁹⁰ qui imprègne l'ensemble du Droit International des Droits de l'Homme, du Droit International Humanitaire, du Droit International des Réfugiés et du Droit Pénal International, y compris la Convention contre le Génocide.

Il ressort de toutes les considérations qui précèdent que mon point de vue est clairement à l'opposé de celui

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

adopté par la majorité de la Cour en ce qui concerne les points susmentionnés - intéressant l'appréciation des preuves et le fond - qui font l'objet du présent arrêt en l'affaire relative à l'*Application de la Convention contre le Génocide*. Ma position dissidente est fondée non seulement sur l'appréciation des arguments présentés à la Cour par les deux Parties (la Croatie et la Serbie), mais aussi et avant tout sur des principes et des valeurs fondamentales auxquelles j'attache plus d'importance encore. Je me suis donc senti tenu, dans le fidèle exercice de la fonction judiciaire internationale, d'expliquer dans le présent exposé les fondements de ma dissidence en l'espèce.

XIX. Epilogue: récapitulatif

Il me semble indiqué, à ce stade, de récapituler à titre d'épilogue tous les points de ma position dissidente que j'ai exposés jusqu'ici, par souci de clarté et pour bien montrer qu'ils sont liés les uns aux autres.

Primus: La longueur des délais - comme celui, sans précédent, de 16 ans en l'espèce - dans le règlement international de ce type d'affaires est déplorable, en particulier du point de vue des victimes ; paradoxalement,

plus les violations du droit international sont graves, plus il semble long et difficile de rendre la justice.

Secundus: Dans la présente affaire opposant la Croatie à la Serbie, celle-ci ne saurait se défaire de sa responsabilité sur un Etat défunt; il y a continuité des personnels chargés des politiques et des pratiques dans la période considérée (depuis 1991).

Tertius: La Convention de 1948 contre le Génocide étant un traité relatif aux droits de l'homme (qualité qui lui est généralement reconnue), le droit régissant la succession d'États aux traités relatifs aux droits de l'homme s'applique (la succession étant *ipso jure*).

Quartus: Il ne saurait y avoir d'interruption dans la protection accordée aux groupes humains par la Convention contre le Génocide dans une situation où la dissolution d'un État donne lieu à des violences, alors que cette protection est la plus nécessaire.

Quintus: Dans ce type de situation, la succession d'États à la Convention contre le Génocide est automatique et celle-ci reste applicable, car à défaut elle serait privée de son effet utile.

Sextus: Une fois la compétence de la Cour établie lors de l'introduction de l'instance, aucune caducité ultérieure de l'instrument établissant sa juridiction et aucun changement d'attitude ultérieur de l'Etat concerné n'emporte d'effet sur ladite compétence.

Septimus: La succession automatique aux traités relatifs aux droits de l'homme est reconnue dans la pratique des organes des Nations Unies chargés de la surveillance des droits de l'homme.

Octavus: L'essence de la présente affaire est constituée de questions matérielles qui concernent l'interprétation et l'application de la Convention contre le Génocide, et non de question de compétence/recevabilité, comme les parties l'ont elles-mêmes reconnu au cours de la procédure.

Nonus: La succession automatique à la Convention contre le Génocide et la continuité des obligations découlant de celle-ci est un impératif d'humanité, propre à garantir la protection des groupes humains au moment où ils en ont le plus besoin.

Decimus: Le principe d'humanité imprègne l'ensemble de la Convention contre le Génocide, qui est

essentiellement *axée sur les personnes*; il imprègne tout le *corpus juris* de la protection des êtres humains, qui est essentiellement *axé sur les victimes*, et comprend aussi le Droit International des Droits de l'Homme, le Droit International Humanitaire et le Droit International des Réfugiés, en plus du Droit Pénal International contemporain.

Undecimus: Le principe d'humanité a une incidence avérée sur la protection des êtres humains, en particulier lorsque ceux-ci sont *vulnérables ou sans défense*.

Duodecimus: La Charte elle-même proclame la détermination des Nations Unies de faire respecter les droits de l'homme partout dans le monde; le principe d'humanité, inscrit dans le droit fil de la pensée jusnaturaliste (*recta ratio*), imprègne de la même façon le Droit des Nations Unies.

Tertius decimus: Le principe d'humanité, en outre, a été pleinement reconnu sur le plan judiciaire, par les juridictions internationales des droits de l'homme comme par les tribunaux pénaux internationaux contemporains.

Quartus decimus: L'établissement de la responsabilité de l'Etat en vertu de la Convention contre le Génocide

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

répond non seulement à l'intention des rédacteurs de la Convention (comme il ressort de ses travaux préparatoires), mais correspond à la raison d'être, au but et à l'objet de ladite Convention.

Quintus decimus: La Convention contre le Génocide entend prévenir et réprimer le crime de génocide - qui est contraire à l'esprit et aux buts des Nations Unies - afin de délivrer l'humanité de ce fléau. Essayer de rendre son application impossible risque d'aboutir à ce que, vidée de son sens, elle devienne lettre morte.

Sextus decimus: Les juridictions internationales des droits de l'homme (Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme (CourIADH) et Cour Européenne des Droits de l'Homme (CEDH)), dans leur jurisprudence, n'ont pas retenu un critère d'établissement de la preuve exigeant et élevé dans les affaires de graves violations des droits de la personne humaine; elles ont eu recours aux présomptions de fait et ont procédé par déduction, et elles sont allées jusqu'à transférer ou renverser le fardeau de la preuve.

Septimus decimus: Dans leur jurisprudence, les tribunaux pénaux internationaux (TPIY et TPIR) se sont, en l'absence de preuves directes,

appuyés sur des preuves obtenues par déduction de l'intention génocidaire à partir des faits.

Duodevicesimus: Les activités d'établissement des faits menées par les Nations Unies au moment des événements ont mis en évidence d'importants éléments constitutifs de la campagne de destruction générale et systématique mise en œuvre dans les attaques en Croatie: tel est le cas des rapports de l'ex-Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies (1992-1993) et de ceux de la Commission d'experts du Conseil de Sécurité (1993-1994).

Undevicesimus: Ces événements ont aussi eu des répercussions sur la deuxième Conférence Mondiale sur les Droits de l'Homme (1993). Il y a aussi eu une reconnaissance judiciaire (dans la jurisprudence du TPIY) des attaques généralisées et/ou systématiques contre la population civile croate.

Vicesimus: Cette campagne de destruction générale et systématique, bien établie au cours de la présente procédure engagée devant la Cour, consistait en attaques sans discrimination contre la population civile, et notamment en meurtres de masse, actes de torture et sévices physiques,

expulsion systématique des logements (et exode massif), et destruction de la culture du groupe.

Vicesimus primus: Cette campagne de destruction générale et systématique consistait aussi en viols et autres actes de violence sexuelle, qui mettent en évidence la nécessité et l'importance de procéder à une analyse par sexe.

Vicesimus secundus: Il y a eu, en outre, un ensemble systématique de disparitions ou de personnes portées disparues. La disparition forcée de personnes est une violation grave et *continue* du Droit International des Droits de l'Homme et du Droit International Humanitaire; compte tenu de ses effets destructeurs, elle met en évidence la nécessité de l'élargissement de la notion de victimes (afin qu'elle recouvre non seulement les personnes portées disparues, mais aussi leurs proches parents, qui ignorent ce qu'il est advenu d'elles). La situation ainsi créée justifie l'application d'un critère approprié d'établissement de la preuve et le transfert ou le renversement du fardeau de la preuve, qui ne peut incomber à ceux qui en sont victimes.

Vicesimus tertius: Les graves violations du Droit International des Droits de l'Homme et du Droit International Humanitaire mentionnées ci-dessus

constituent des violations du *jus cogens*, qui emportent la responsabilité de l'Etat et exigent que des réparations soient accordées aux victimes. Cela est conforme à l'idée de *rectitude* (conformément à la *recta ratio* du droit naturel) qui sous-tend la notion de droit (dans les différents systèmes juridiques - droit/*right*/*Recht*/*direito*/*derecho*/*diritto*) dans son ensemble.

Vicesimus quartus: Dans la présente affaire, la campagne de destruction générale et systématique a été menée conformément à un plan qui avait une composante idéologique. À cet égard, les deux parties au litige ont mentionné les origines historiques du conflit armé en Croatie et le TPIY a examiné des témoignages d'experts sur ce sujet. La Cour n'a pas jugé nécessaire de s'y attarder; pourtant, l'incitation idéologique conduisant au déclenchement des hostilités a été portée à son attention par les parties, en tant qu'élément essentiel pour bien comprendre l'affaire.

Vicesimus quintus: Les preuves produites devant la Cour, concernant la campagne de destruction générale et systématique susmentionnée, montrent que les attaques armées menées en Croatie n'étaient pas exactement une guerre, mais plutôt un assaut meurtrier.

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

Vicesimus sextus: L'une de ses caractéristiques était l'obligation faite aux Croates de porter des rubans ou des brassards blancs ou d'accrocher des draps blancs aux portes de leurs maisons.

Vicesimus septimus: Cette campagne s'est aussi caractérisée par des atteintes à l'intégrité des dépouilles mortelles de Croates commises par les forces serbes, et par d'autres atteintes constatées par la suite dans de nombreux charniers, outre les nouveaux éclaircissements apportés par le contre-interrogatoire des témoins devant la Cour (lors d'audiences publiques ou à huis clos).

Vicesimus octavus: La campagne de destruction générale et systématique s'est aussi caractérisée par des déplacements forcés et des privations de domicile, ainsi que par la soumission des victimes à des conditions d'existence insupportables.

Vicesimus nonus: Cette campagne, considérée dans son ensemble, comprenait aussi la destruction du patrimoine culturel et religieux (monuments, églises, chapelles, fortifications, entre autres). Il serait artificiel d'essayer de dissocier la destruction physique/biologique de la destruction culturelle.

Trigesimus: Les preuves produites devant la Cour en ce qui concerne certaines localités dévastées - Lovas, Ilok, Bogdanovci et Vukovar (dans la région de la Slavonie orientale), et Saborsko (dans la région de la Lika) - montrent que l'élément matériel (*actus reus*) du génocide (*litt. a), b) et c)* de l'article II de la convention sur le génocide) a été établi.

Trigesimus primus: En outre, l'intention de détruire (*mens rea*) les groupes visés, en tout ou en partie, peut être déduite des preuves présentées (même si ce ne sont pas des preuves directes). La violence extrême avec laquelle des atrocités ont été perpétrées dans le cadre de la campagne planifiée de destruction atteste cette intention de détruire. La déduction de la *mens rea* ne peut faire abstraction de considérations axiologiques, et se fait sur la base de la conviction intime («*livre convencimiento*», «*libre convencimiento*», «*libero convincimento*»), autrement dit de la conscience humaine, du juge.

Trigesimus secundus: Il est donc nécessaire d'accorder aux victimes des réparations - question que les Parties ont soulevée devant la Cour - qui devront être déterminées par la Cour dans une phase ultérieure de l'affaire.

Trigesimus tertius: La difficile voie de la réconciliation commence par la reconnaissance du fait que, en fin de compte, une campagne de destruction générale et systématique fait de tous des victimes, des deux côtés. L'étape suivante consiste à accorder des réparations (sous toutes leurs formes). La réconciliation suppose aussi des excuses appropriées, qui honorent la mémoire des victimes. Une autre étape consiste, pour chacune des Parties, à identifier et à restituer à l'autre tous les restes mortels.

Trigesimus quartus: Le règlement d'une affaire telle que le cas d'espèce montre qu'il est nécessaire de dépasser la stricte conception interétatique. La Convention contre le Génocide étant axée sur les personnes, il convient d'appeler l'attention sur les personnes ou la population concernées, conformément à une conception humaniste, à la lumière du principe d'humanité. Dans l'interprétation et l'application de la Convention contre le Génocide, la priorité doit être accordée aux victimes, et non à la susceptibilité des États.

Trigesimus quintus: L'appréciation des preuves et la qualification des faits par la Cour en l'espèce doivent être exhaustives, et non fragmentaires. Toutes les atrocités soumises à la Cour, qui sont constitutives de la campagne de

destruction susmentionnée doivent être prises en considération, et pas seulement une partie limitée d'entre elles, pour la détermination de la responsabilité de l'État en vertu de la Convention contre le Génocide.

Trigesimus sextus: Les crimes commis à grande échelle, tels que les viols et les autres actes de violence sexuelle, les expulsions de logements (et la privation de domicile), les déplacements forcés, la privation de nourriture et de soins médicaux, ne sauraient être minimisés.

Trigesimus septimus: Le cadre théorique et le raisonnement juridique de la Cour doivent eux aussi être exhaustifs, et non fragmentaires, de façon à garantir l'*effet utile* de la Convention contre le Génocide. Les différentes branches qui forment le *corpus juris* de la protection internationale des droits de la personne humaine - Droit International des Droits de l'Homme, Droit International Humanitaire, Droit International des Réfugiés, et Droit Pénal International - ne doivent pas être envisagées d'une manière cloisonnée, car il y a entre elles des points de rapprochement et de convergence.

La Convention contre le Génocide, qui est axée sur les victimes, ne peut pas être envisagée de manière statique, car c'est un «texte vivant».

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

Trigesimus octavus: Pour être dûment appliqués, le Droit International Humanitaire coutumier et le Droit International Humanitaire conventionnel doivent être appréciés dans leur interaction, et non séparément l'un de l'autre. Une violation des dispositions de fond de la Convention contre le Génocide est nécessairement une violation du droit international coutumier sur la question.

Trigesimus nonus: En outre, les éléments étroitement liés de l'*actus reus* et de la *mens rea* du génocide ne peuvent pas non plus être appréhendés séparément.

Quadragesimus: Les principes généraux du droit (*prima principia*), et en particulier le principe d'humanité, ont une grande importance pour le droit international conventionnel aussi bien coutumier. Ces *prima principia* confèrent une dimension axiologique inéluctable à l'ordre juridique international.

Quadragesimus primus: Les traités relatifs aux droits de l'homme (tels que la Convention contre le Génocide) ont une herméneutique qui leur est propre

et qui impose une prise en considération de l'ensemble des faits et du droit, et non une interprétation cloisonnée ou fragmentée.

Quadragesimus secundus: L'impératif de la *réalisation de la justice* reconnaît que la conscience (*recta ratio*) l'emporte sur la «volonté». Le consentement le cède à la justice objective.

Quadragesimus tertius: La Convention contre le Génocide s'occupe de groupes humains dans des situations de vulnérabilité, voire sans défense. Les principes fondamentaux et les valeurs humaines jouent un rôle important dans son interprétation et son application.

Quadragesimus quartus: Le souci des victimes de la cruauté humaine prime ici, car, après tout, la *raison d'humanité* l'emporte sur la *raison d'État*.

Quadragesimus quintus: Ce sont là les fondements de mon Opinion Dissidente dans le cas d'espèce; à mon sens, c'est ce que la Cour internationale de Justice aurait dû décider dans le présent arrêt rendu en l'affaire relative à l'*Application de la Convention contre le Génocide*.

- ¹ Ordonnance du 14 septembre 1999 (*C.I.J. Recueil 1999 (II)*, p. 1015).
- ² Ordonnance du 10 mars 2000 (*C.I.J. Recueil 2000*, p. 3).
- ³ Ordonnance du 27 juin 2000 (*C.I.J. Recueil 2000*, p. 108).
- ⁴ Ordonnance du 14 novembre 2002 (*C.I.J. Recueil 2002*, p. 610).
- ⁵ Ordonnance du 20 janvier 2009 (*C.I.J. Recueil 2009*, p. 54).
- ⁶ Ordonnance du 4 février 2010 (*C.I.J. Recueil 2010 (I)*, p. 3).
- ⁷ Ordonnance du 23 janvier 2012 (*C.I.J. Recueil 2012 (I)*, p. 3).
- ⁸ Écrit entre 49 et 62 après J.-C.
- ⁹ Homère, *Iliade*, chant VI, versets 146-149.
- ¹⁰ Homère, *Iliade*, chant VII, versets 237-241.
- ¹¹ *Ibid.*, chant XII, versets 326-327.
- ¹² *Ibid.*, chant XIX, versets 228-233; chant XXI, versets 463-466.
- ¹³ *Ibid.*, chant XXII, versets 62-64 et 71-76.
- ¹⁴ *Requête introductive d'instance*, par. 28.
- ¹⁵ Affaire relative à l'*Application de la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide* (Croatie c. Serbie, exceptions préliminaires, arrêt), *C.I.J. Recueil 2008* (ci-après «l'arrêt de 2008»), par. 37.
- ¹⁶ Arrêt de 2008, par. 111.
- ¹⁷ CIJ, doc. CR 2014/12, p. 34, par. 4.
- ¹⁸ *Ibid.*, p. 36, par. 9.
- ¹⁹ CIJ, doc CR 2014/14, p. 16, par. 4.
- ²⁰ *Contre-mémoire*, par. 206, 357-387.
- ²¹ Arrêt de 2008, par. 101.
- ²² *Ibid.*, par. 117.
- ²³ *Ibid.*, par. 129.
- ²⁴ CR 2014/14, p. 14, par. 26.
- ²⁵ Arrêt de 2008, pars. 60, 67, 69, 71, 78 et 95.
- ²⁶ *Ibid.*, par. 101.
- ²⁷ *Ibid.*, par. 129-130.
- ²⁸ *Mémoire*, appendice 8.
- ²⁹ On pourrait mentionner sept des dix-sept dirigeants politiques et militaires dont la liste figure à l'appendice 8 du *Mémoire* de la Croatie.
- ³⁰ Avis consultatif sur les *Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide*, *C.I.J. Recueil* (1951) p. 23.
- ³¹ *Ibid.* p. 23.
- ³² Affaire relative à l'*Application de la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide (Bosnie-Herzégovine vs. Serbie-et-Monténégro)*, exceptions préliminaires, arrêt, *C.I.J. Recueil* (1996), Opinions Individuelles des Juges Shahabuddeen et Weeramantry, pp. 634-637 et 645-655 respectivement.
- ³³ Sur le concept de *garantie collective* propre aux traités relatifs aux droits de l'homme, cf. A.A. Cançado, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, tome II, Porto Alegre/Brésil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 47-53.

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

³⁴ En fait, en 1991 et 1992, la RFSY ne dirigeait ni ne contrôlait plus la JNA et elle était déjà engagée dans un irréversible processus de dissolution.

³⁵ Cf., par exemple, sur ce point, P. Dumberry, *State Succession in International Responsibility*, Leyden, Nijhoff, 2007, p. 278, 283-284, 297, 366, 409, 411, 424-425 et 428.

³⁶ Commission d'arbitrage présidée par Robert Badinter, Conférence pour la paix en Yougoslavie, *avis no 1* du 29 novembre 1991, *Revue générale de droit international public*, tome XCVI, 1992, p. 264-266.

³⁷ Sur les instruments internationaux relatifs aux droits de l'homme, cf. les résolutions 1993/23, 1994/16 et 1995/18 de la Commission des Droits de l'Homme des Nations Unies; le rapport du Secrétaire général de l'ONU publié sous la cote *E/CN.4/1995/80, p. 4; et l'observation générale 26/61 du Comité des Droits de l'Homme publiée sous la cote CCPR/C/21/Rev.1/Add.8/Rev.1*. Cf. aussi, sur la succession de la Bosnie-Herzégovine au Pacte International Relatif aux Droits Civils et Politiques, la décision adoptée par le Comité des Droits de l'Homme le 07.10.1992 et le débat correspondant dans *Documents Officiels du Comité des Droits de l'Homme*, 1992/93, vol. I, p. 15.

³⁸ Au stade des exceptions préliminaires en la présente affaire, la Serbie avait contesté que la déclaration du 27 avril 1992 constituât une notification de succession. La Cour a rejeté ses arguments et conclu que la Serbie avait succédé à la convention sur le génocide le 27 avril 1992.

³⁹ «[L]a Cour considère que, dans la présente affaire, compte tenu de la teneur de la déclaration et de la note du 27 avril 1992 ainsi que du comportement concordant de la RFY tant au moment de leur rédaction que tout au long des années 1992 à 2001, il convient d'attribuer précisément à ces documents l'effet qu'ils étaient, selon elle, censés avoir d'après leur libellé, à savoir que, à compter de cette date, la RFY serait liée, en tant que partie, par les obligations découlant de toutes les conventions multilatérales auxquelles la RFSY était partie au moment de sa dissolution, à moins, bien sûr, que celle-ci n'eût formulé de manière régulière des réserves limitant ses obligations.» (Arrêt de 2008, par. 117).

Le conseil de la Serbie l'a reconnu à l'audience sur le fond (CR 2014/14, p. 23, par. 4.

Déclaration commune de l'Assemblée de la République Fédérative Socialiste de Yougoslavie, de l'Assemblée nationale de la République de Serbie et de l'Assemblée de la République du Monténégro adoptée le 27 avril 1992, Nations Unies, doc. A/46/915, annexe I.

⁴⁰ Note adressée au Secrétaire Général en date du 27 avril 1992, Nations Unies, doc. A/46/915, annexe I.

⁴¹ Arrêt de 2008, par. 117.

⁴² *Ibid.*, par. 116.

⁴³ *Ibid.*, par. 116.

⁴⁴ La déclaration du 27 avril 1992 proclamant la naissance de la RFY «est l'acte qui a dans toutes ses dispositions insisté sur la continuité avec la RSFY. Son contenu souligne que le pays garde la subjectivité juridique et politique de l'ancien Etat et promet de respecter strictement ses obligations internationales»; M. Sahović, «Le droit international et la crise en ex-Yougoslavie», 3 *Cursos Euromediterráneos Banca de Derecho* 1999, p. 392.

⁴⁵ La RFY priait la Cour de statuer sur sa compétence à la lumière du fait qu'elle «n'a[vait] pas assuré la continuité de la personnalité juridique de l'ex-Yougoslavie ni de sa qualité de partie à la Convention avec pour conséquence, en particulier, que la République fédérale de Yougoslavie n'était pas liée par la convention sur le génocide avant d'y adhérer (avec une réserve à l'article IX) en mars 2001».

⁴⁶ Affaire *Nottebohm (Liechtenstein c. Guatemala)* (exception préliminaire, arrêt, C.I.J. Recueil 1953, p. 122) ; affaire des *Activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci (Nicaragua c. Etats-Unis d'Amérique)*, fond, arrêt, C.I.J. Recueil 1986, p. 28, par. 36; et affaire relative à l'*Application de la convention pour la prévention et la répression du crime de génocide (Croatie c. Serbie)*, exceptions préliminaires, arrêt, C.I.J. Recueil 2008, p. 445, par. 95. En ce sens, comme la Cour l'a noté dans ses arrêts de 2004 en les affaires relatives à la *Licéité de l'emploi de la force*, «l'importance de cette évolution survenue en 2000 tient au fait qu'elle a clarifié la situation juridique, jusque-là indéterminée, quant au statut de la République fédérale de Yougoslavie vis-à-vis de l'Organisation des Nations Unies» (p. 1191, par. 78).

⁴⁷ Alinéa 3 du préambule.

⁴⁸ Alinéa 5 du préambule.

⁴⁹ Point 3 du dispositif.

⁵⁰ Alinéa 2 du préambule. Cet aspect de la pratique de la Commission des droits de l'homme et du Comité pour l'Élimination de la Discrimination Raciale pendant les années 1990 fait l'objet d'un commentaire dans A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, op. cit. infra à la note (67), p. 472-475.

⁵¹ Alinéa 4 du préambule.

⁵² Point 2 du dispositif.

⁵³ Point 3 du dispositif.

⁵⁴ Points 2 et 3 du dispositif.

⁵⁵ Point 2 du dispositif.

⁵⁶ Point 3 du dispositif.

⁵⁷ Nations Unies, doc. A/49/537 du 19 octobre 1994, pp. 1-14.

⁵⁸ Alinéas 7 et 9 du préambule.

⁵⁹ Point 10 du dispositif.

⁶⁰ Cf. principalement CR 2014/12, p. 37-55; CR 2014/5, p. 23-31; et CR 2014/10, p. 32-49.

⁶¹ *Ibid.*, CR 2014/10, pp. 63-67; et CR 2014/21, p. 10-33.

⁶² *Ibid.*, CR 2014/14, pp. 10-69.

⁶³ *Ibid.*, CR 2014/2, pp. 16-47.

⁶⁴ Résolution 96 (I) de l'Assemblée Générale, adoptée le 11 décembre 1946.

⁶⁵ Cf. A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario - Aproximaciones y Convergencias*, Genève, Comité international de la Croix-Rouge (CICR), 2000, p. 1-66.

⁶⁶ Avis consultatif sur les *Réserves à la Convention pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide*, C.I.J. Recueil (1951) p. 23.

⁶⁷ A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, 2e éd. rév., Leyde/La Haye, Nijhoff/Académie de droit international de La Haye, 2013, ch. VI, p. 139-161.

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

⁶⁸ Cf., e.g., sur ce point, A.A. Cançado Trindade, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario - Aproximaciones y Convergencias* (références à la note 65), p. 1-66.

⁶⁹ Cf., e.g., au niveau des Nations Unies, la Convention Internationale de 1990 sur la Protection des Droits de Tous les Travailleurs Migrants et des Membres de Leur Familles, art. 17(1); la Convention de 1989 relative aux Droits de l'Enfant, art. 37(b). Des dispositions similaires se trouvent dans les traités relatifs aux droits de l'homme conclus au niveau des organisations régionales, comme, e.g., la Convention Américaine relative aux Droits de l'Homme (art. 5(2); la Charte Africaine des Droits de l'Homme et des Peuples (art. 5).

⁷⁰ Art. 3 commun aux 4 Conventions et, respectivement, leurs articles 12(1), 12(1), 13, par. 5 et 27(1); et art. 75 (1) et 4(1), respectivement, des Protocoles Additionnels I et II.

⁷¹ On trouvera une étude approfondie de la question dans *Customary International Humanitarian Law* (dir. publ. J.-M. Henckaerts et L. Doswald-Beck), CICR, Genève/Cambridge, Cambridge University Press, 2005, tome I, *Rules*, pp. 3-621; tome II, part. I, *Practice*, p. 3-1982; tome II, part. II, *Practice*, pp. 1983-4411.

⁷² Cf., à ce sujet, le commentaire général no 31 de 2004 du Comité des droits de l'homme, par. 11; et les commentaires no 9, par. 3 de 1982 et no 21, par. 4 de 1992. On se rappellera que, peu après la seconde guerre mondiale, la déclaration universelle des droits de l'homme de 1948 a proclamé que «[t]ous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits» (article 1er).

⁷³ Dans cette longue Opinion Dissidente, mes idées concernant le principe d'humanité sont exposées plus particulièrement dans les paragraphes 112 à 123 de la partie XII, qui portent sur les humains en tant que véritables titulaires des droits initialement violés et sur les écueils du volontarisme étatique; dans les paragraphes 126 à 146 de la partie XIII, qui portent sur l'incidence du *jus cogens*; et dans les paragraphes 178 et 179 des Conclusions.

⁷⁴ A.A. Cançado Trindade, *A Humanização do Direito Internacional*, 1e. éd., Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2006, p. 9-14, 172, 318-319, 393 et 408.

⁷⁵ A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, op. cit. n. (67), p. 150-152 et 275-285.

⁷⁶ Pendant plus de soixante ans d'une projection historique remarquable, cette déclaration a progressivement acquis une autorité que ses auteurs n'auraient pu envisager. Cela s'explique principalement par le fait que des générations successives d'êtres humains, appartenant à diverses cultures et à toutes les régions du monde, l'ont reconnue comme «l'idéal commun à atteindre» (ce qu'elle avait d'ailleurs été proclamée à l'origine), correspondant à leurs aspirations les plus profondes et les plus légitimes.

⁷⁷ Cf., e.g., A.A. Cançado, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos [Traité de droit international des droits de l'homme]*, tome I, 1re éd., Porto Alegre/Brésil, S.A. Fabris Ed., 1997, p. 31-57; et cf. (Divers Auteurs), *Universality of Human Rights in a Pluralistic World* (Proceedings of the 1989 Strasbourg Colloquy), Strasbourg/Kehl, N. P. Engel Verlag, 1990, p. 45, 57, 103, 138, 143 et 155.

⁷⁸ Cf. A.A. Cançado Trindade, «Le déracinement et la protection des migrants dans le droit international des droits de l'homme», *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, Bruxelles, vol. 19 (2008), pp. 289-328, en particulier pp. 295 et 308-316.

⁷⁹ Cour Interaméricaine des Droits de l'Homme, arrêts *Maritzá Urrutia vs. Guatemala*, du 27 novembre 2003, par. 87; *Juan Humberto Sánchez vs. Honduras*, du 7 juin 2003, par. 96; *Cantoral Benavides vs. Pérou*, du 18 août 2000, par. 90; et *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, du 25 novembre 2000, par. 150. Cf. aussi une étude plus récente de la question de la protection des personnes vulnérables, in A.A. Cançado Trindade, *A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993-2013)* [*La Protection des personnes vulnérables comme legs de la deuxième Conférence Mondiale des Droits de l'Homme (1993-2013)*], Fortaleza/Brésil, IBDH, 2014, pp. 13-356.

⁸⁰ En fait, le principe d'humanité peut s'entendre de plusieurs façons : premièrement, on peut voir en lui un principe qui sous-tend l'interdiction du traitement inhumain établie à l'article 3 commun aux quatre conventions de Genève de 1949 ; deuxièmement, il peut être invoqué par référence à l'humanité tout entière, relativement à des questions d'intérêt commun, général et direct; et, troisièmement, il peut servir à qualifier tel ou tel comportement d'«humain».

⁸¹ Jugement, par. 543.

⁸² *Ibid.*, par. 154.

⁸³ Ce passage du paragraphe 65 du jugement du TPIY en l'affaire *Obrenović* est en fait repris du paragraphe 21 de l'opinion individuelle commune que les juges McDonald et Vohrah ont jointe à l'arrêt en l'affaire *Erdemović* précitée (1997).

⁸⁴ Jugement, pars. 565-566.

⁸⁵ *Ibid.*, par. 15-16. On trouve un raisonnement similaire dans le jugement du même tribunal en l'affaire *J.P. Akayesu* précitée et au paragraphe 15 du jugement du 5 février 1999 dans l'affaire *O. Serushago*.

⁸⁶ Cf. plus haut les pars. 58, 60, 64, 69 et 79.

⁸⁷ *Ibid.*, pars. 60 et 68-69.

⁸⁸ L'article X du projet de Convention rédigé par le Comité spécial du génocide se lisait comme suit :

⁸⁹ «Les différends qui s'élèveraient entre les Hautes Parties contractantes concernant l'interprétation ou l'application de la présente Convention seront soumis à la Cour internationale de Justice, sous réserve qu'aucun différend ne sera soumis à la Cour Internationale de Justice s'il implique une question qui a été déferée à un tribunal international compétent, est pendante devant ce tribunal, ou a déjà été jugée par lui» (Nations Unies, doc. publié sous la cote E/794, p. 59).

⁹⁰ Nations Unies, doc. A/C.6/258, p. 1.

⁹¹ *Ibid.*, doc. A/C.6/SR.103, p. 430.

⁹² *Ibid.*, p. 431.

⁹³ *Ibid.*, p. 431. Le représentant de la Grèce, M. Spiropoulos, s'est interrogé sur la notion de responsabilité de l'Etat, étant donné que, dans nombre de cas, on aboutirait à la situation suivante : l'Etat responsable du génocide devrait indemniser ses propres ressortissants, alors

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

qu'en droit international le vrai titulaire d'un droit, c'est l'Etat et non les particuliers ; l'Etat s'indemniserait donc lui-même (*ibid.*, p. 432-433).

⁹⁴ Le représentant des Philippines, M. Ingles, a rappelé l'hostilité de sa délégation à toute responsabilité pénale de l'Etat (comme il l'avait fait au sujet de l'article V) ; il a fait valoir que, si l'amendement commun ne précisait pas qu'il s'agissait de responsabilité pénale, il était permis de l'induire de la nature même de la convention, dont l'objet était la répression du génocide. Enfin, il a refusé d'accepter l'idée qu'on stigmatise un Etat tout entier pour des actes dont, seuls, ses gouvernants ou ses fonctionnaires étaient responsables, et non l'Etat lui-même, dont la responsabilité ne peut se concevoir (*ibid.*, p. 433). Le représentant du Pakistan a dit douter de l'opportunité d'introduire la responsabilité de l'Etat dans un instrument international qui portait uniquement sur une matière criminelle ; il préférerait à l'expression « responsabilité d'un Etat » les termes employés dans l'article V visant les gouvernements constitutionnellement responsables (*ibid.*, p. 438). Le représentant de l'URSS a soutenu que le projet d'amendement commun n'était qu'une tentative pour soumettre, sous une autre forme, un amendement à l'article V et introduire l'idée de la responsabilité pénale des Etats dans les actes de génocide (*ibid.*, p. 441).

⁹⁵ *Ibid.*, p. 438-439. Le représentant du Royaume-Uni lui a répondu que la responsabilité envisagée dans l'amendement commun était la responsabilité internationale des Etats à la suite d'une violation de la convention et qu'il s'agissait d'une responsabilité civile et non pénale.

⁹⁶ « D'autant plus nécessaire que la Commission a refusé [à sa 97^e séance] d'accepter le principe d'une juridiction internationale », *ibid.*, p. 439.

⁹⁷ Nations Unies, doc. A/C.6/SR.103, p. 436.

⁹⁸ *Ibid.*, doc. A/C.6/SR.104, p. 444.

⁹⁹ *Ibid.*, p. 444. En réponse à l'argument voulant qu'il serait inutile de soumettre les cas de génocide à la CIJ car celle-ci agirait trop tard, le représentant du Royaume-Uni a fait observer que les actes de génocide ne se produisaient généralement pas subitement mais étaient progressifs, et que si un génocide était en voie de perpétration, toute partie à la convention pouvait en saisir la CIJ (*ibid.*, p. 444).

¹⁰⁰ *Ibid.*, p. 444.

¹⁰¹ *Ibid.*, p. 447.

¹⁰² Nations Unies, doc. A/C.6/269, p. 1. Cf. aussi l'article IX définitif, Nations Unies, doc. A/760, pp. 11-12.

¹⁰³ Selon les témoignages d'experts recueillis par le TPIY, dans l'affaire *J. Milošević* par exemple, l'histoire montre que les autorités de l'Etat sont toujours responsables d'un processus génocidaire (cf. ci-après la partie XIII du présent exposé de mon Opinion Dissidente).

¹⁰⁴ Question posée par le Juge Cançado Trindade, CR 2014/8, p. 59.

¹⁰⁵ Cf. les réponses de la Croatie, CR 2014/12, p. 44, par. 20 ; et CR 2014/20, pp. 14-16, par. 8-9 ; cf. la réponse de la Serbie, CR 2014/23, pp. 50-52, pars. 27-36.

¹⁰⁶ Cf. aussi à ce sujet l'arrêt du 25 novembre 2000 de la Cour IADH en l'affaire *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*, par. 150 ; l'arrêt du 18 août 2000 en l'affaire *Cantoral Benavides vs. Pérou*, par. 83-84 et 89 ; et l'arrêt du 19 novembre 1999 en l'affaire « *Enfants des rues* » (*Villagrán Morales et consorts*) vs. *Guatemala*, par. 162.

¹⁰⁷ Cf. aussi, dans le même sens, les arrêts de la CIDH dans les affaires *Bámaca Velásquez c. Guatemala*, pars. 152-153 ; et *Enfants des rues (Villagrán Morales et consorts) vs. Guatemala*, par 170.

¹⁰⁸ L'arrêt du 26 septembre 2006 de la CIDH en l'affaire *Almonacid Arellano et consorts vs. Chili* (par. 96 et 103-104) offre un autre exemple de présomption d'exécution sommaire ou extra-judiciaire obtenue *par déduction*, dans un contexte de crimes contre l'humanité généralisés et systématiques qui, pendant la période allant de 1973 à 1990, ont fait des milliers de victimes dans la «population civile» du Chili.

¹⁰⁹ Au paragraphe 134 de son arrêt du 23 juin 2005 en l'affaire *Yatama c. Nicaragua*, la CIDH a jugé utile de rappeler une fois de plus que, dans les affaires portées devant une juridiction internationale des droits de l'homme, il peut très bien arriver que le demandeur se trouve dans l'impossibilité de produire des éléments de preuve «qu'il ne peut obtenir qu'avec la coopération» de l'Etat mis en cause.

¹¹⁰ CourEDH, *Servap Veznedaroğlu c. Turquie*, requête n 32357/96, arrêt du 11 avril 2000, Opinion en partie Dissidente du Juge Bonello, pars. 12-14.

¹¹¹ Pour des études récentes sur le sujet, voir, en ce qui concerne la CourIADH, A.A. Cançado Trindade, *El Ejercicio de la Función Judicial Internacional - Memorias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 3e éd., Belo Horizonte/Brésil, Edit. Del Rey, 2013, pp. 60-79 et 137-142 ; et en ce qui concerne la CourEDH, M. O'Boyle et N. Brady, «Investigatory Powers of the European Court of Human Rights», *European Human Rights Law Review*, vol. 4, 2013, p. 378-391.

¹¹² Cf., e.g., B.I. Bonafè, *The Relationship between State and Individual Responsibility for International Crimes*, Leyde, Nijhoff, 2009, pp.11-255 ; A.A. Cançado Trindade, «Complementarity between State Responsibility and Individual Responsibility for Grave Violations of Human Rights: The Crime of State Revisited», *International Responsibility Today - Essays in Memory of O. Schachter* (ed. M. Ragazzi), Leyden, M. Nijhoff, 2005, pp. 253-269 ; A. Nollkaemper, «Concurrence between Individual Responsibility and State Responsibility in International Law», *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 52, 2003, pp. 615-640.

¹¹³ Cf., e.g., P. Gaeta, «Génocide d'Etat et responsabilité pénale individuelle», *Revue générale de Droit international public*, vol. 111, 2007, pp. 273-284, esp. p. 279 ; P. Gaeta, «On What Conditions Can a State Be Held Responsible for Genocide?», *European Journal of International Law*, vol. 18, 2007, p. 646.

¹¹⁴ Cf. aussi le jugement en première instance du TPIR du 27 janvier 2000 en l'affaire *Musema*, par. 167.

¹¹⁵ Les italiques sont de moi.

¹¹⁶ Cf. A.A. Cançado Trindade, *A Proteção dos Vulneráveis como Legado da II Conferência Mundial de Direitos Humanos (1993-2013)* [La Protection des personnes vulnérables comme legs de la deuxième conférence mondiale des droits de l'homme (1993-2013)], *op. cit.* à la note 79, p. 13-356.

¹¹⁷ Cf. D. Groome, *op. cit.* ci-après à la note 117, p. 964-965.

¹¹⁸ Cf., e.g., D. Groome, «Adjudicating Genocide : Is the International Court of Justice Capable of Judging State Criminal Responsibility?», 32 *Fordham International Law*, 2008, p. 933.

¹¹⁹ Réplique de la Croatie, par. 2.11.

¹²⁰ *Ibid.*, par. 2.12.

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

¹²¹ R. Park, «Proving Genocidal Intent: International Precedent and the ECCC Case 002», *Rutgers Law Review*, vol. 63, 2010, p. 169-170 et 150-152.

¹²² Cf., e.g., *inter alia*, Y. Ternon, *Guerres et génocides au XXe siècle*, Paris, Éd. Odile Jacob, 2007, p. 9-379 ; B. Bruneteau, *Le siècle des génocides*, Paris, Armand Colin, 2004, pp. 5-233; B.A. Valentino, *Final Solutions - Mass Killing and Genocide in the Twentieth Century*, Ithaca/Londres, Cornell University Press, 2004, pp. 1-309; G. Bensoussan, *Europe - Une passion génocidaire*, Paris, Ed. Mille et Une Nuits, 2006, pp. 7-460; S. Totten, W.S. Parsons et I.W. Charny (eds.), *Century of Genocide - Eyewitness Accounts and Critical Views*, New York/Londres, Garland Publ., 1997, pp. 3-466; B. Kiernan, *Blood and Soil - A World History of Genocide and Extermination from Sparta to Darfur*, New Haven/Londres, Yale University Press, 2007, pp. 1-697; R. Gellately et B. Kiernan (dir. publ.), *The Specter of Genocide - Mass Murder in Historical Perspective*, Cambridge, Cambridge University Press, 2010 [réimpr.], pp. 3-380 ; D. Olusoga et C.W. Erichsen, *The Kaiser's Holocaust - Germany's Forgotten Genocide*, London, Faber & Faber, 2011, pp. 1-379; J.-B. Racine, *Le génocide des Arméniens - Origine et permanence du crime contre l'humanité*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 61-102; R.G. Suny, F.M. Göçek et N.M. Naimark (eds.), *A Question of Genocide*, Oxford, Oxford University Press, 2013, pp. 3-414; G. Chaliand et Y. Ternon, *1915, le génocide des Arméniens*, Bruxelles, Ed. Complexe, 2006 (rééd.), pp. 3-199; I. Chang, *The Rape of Nanking - The Forgotten Holocaust of World War II*, London, Penguin Books, pp. 14-220 ; N.M. Naimark, *Stalin's Genocides*, Princeton/New Jersey, Princeton University Press, 2012 [réimpr.], pp. 1-154; E. Kogon, *L'Etat SS - Le système des camps de concentration allemands* [1947], [Paris,] Ed. Jeune Parquet, 1993, pp. 7-447; L. Rees, *El Holocausto Asiático*, Barcelone, Crítica Ed., 2009, pp. 13-212; B. Kiernan, *Le génocide au Cambodge (1975-1979)*, Paris, Gallimard, 1998, pp. 7-702; B. Allen, *Rape Warfare - The Hidden Genocide in Bosnia-Herzegovina and Croatia*, Minneapolis/Londres, University of Minnesota Press, 1996, pp. 1-162; G. Prunier, *Africa's World War - Congo, the Rwandan Genocide, and the Making of a Continental Catastrophe*, Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 1-468; K. Moghalu, *Rwanda's Genocide - The Politics of Global Justice*, N.Y., Palgrave, 2005, pp. 1-236; J.-P. Chrétien et M. Kabanda, *Rwanda - Racisme et génocide - L'idéologie hamitique*, Paris, Ed. Belin, 2013, pp. 7-361; S. Leydesdorff, *Surviving the Bosnian Genocide - The Women of Srebrenica Speak*, Bloomington/Indianapolis, Indiana University Press, 2011, pp. 1-229; M.W. Daly, *Darfur's Sorrow - A History of Destruction and Genocide*, Cambridge, Cambridge University Press, 2007, pp. 1-316.

¹²³ Cf. partie XIII, ci-après.

¹²⁴ E. Staub, *The Roots of Evil - The Origins of Genocide and Other Group Violence*, Cambridge, Cambridge University Press, 2005 [réimpr.], pp. 7-8, 10, 19, 24, 29, 107, 109, 119, 121-123, 129, 142, 151, 183-187, 221, 225, 227 et 264; D. Muchnik et A. Garvie, *El Derrumbe del Humanismo - Guerra, Maldad y Violencia en los Tiempos Modernos*, Buenos Aires/Barcelone, Edhasa, 2007, pp. 36-37, 116, 128, 135-136, 142, 246 et 250. Cf. aussi, *inter alia*, V. Klemperer, *LTI — A Linguagem do Terceiro Reich*, Rio de Janeiro, Contraponto Editora., 2009, p. 11-424 ; D.J. Goldhagen, *Worse than War - Genocide, Eliminationism, and the Ongoing Assault on Humanity*, Londres, Abacus, 2012 [rééd.], pp. 6-564; J. Sémelin, *Purificar e Destruir - Usos Políticos dos Massacres e dos Genocídios*, Rio de Janeiro, DIFEL, 2009, pp. 19-532; M. Kullashi, *Effacer l'autre - Identités culturelles et identités politiques dans les Balkans*, Paris, L'Harmattan, 2005, pp. 7-246 ; S. Matton, *Srebrenica - Un*

génocide annoncé, Paris, Flammarion, 2005, pp. 21-420; P. Mojzes, *Balkan Genocides - Holocaust and Ethnic Cleansing in the Twentieth Century*, Lanham (Maryland), Rowman & Littlefield Publishers, 2011, pp. 34-229.

¹²⁵ Nations Unies, doc. E/CN.4/1992/S-1/9 du 28 août 1992, repris dans le document A/47/418-S/24516 du 3 septembre 1992.

¹²⁶ Nations Unies, doc. E/CN.4/1992/S-1/10.

¹²⁷ *Ibid.*, doc. A/47/666-S/24809.

¹²⁸ *Ibid.*, doc. E/CN.4/1993/50.

¹²⁹ *Ibid.*

¹³⁰ Nations Unies, doc. S/25274 du 10 février 1993, p. 1.

¹³¹ Les Conventions de Genève de 1949 (pour les «violations graves» du droit international humanitaire) et leur Protocole Additionnel I, la Convention de La Haye IV et le Règlement concernant les lois et coutumes de la guerre sur terre, la Convention de 1948 pour la Prévention et la Répression du Crime de Génocide, la Convention de La Haye de 1954 pour la Protection des Biens Culturels en cas de Conflit Armé, et la Convention de 1980 sur l'Interdiction ou la Limitation de l'Emploi de Certaines Armes Classiques et ses Protocoles (par. 37, 39 et 47 du premier rapport préliminaire de la Commission d'Experts).

¹³² Les centres de détention connus étaient au nombre de 353.

¹³³ Nations Unies, doc. S/1994/674 du 27 mai 1994, p. 1.

¹³⁴ *Ibid.*, p. 1-2.

¹³⁵ Articles 50, 51, 130 et 147 des Conventions de Genève de 1949 et articles 11, par. 4 et 85 du Protocole Additionnel I de 1977.

¹³⁶ La Commission d'experts ajoute que ces comportements ont engendré de nouvelles violences et que les forces croates ont recouru aux mêmes pratiques que les Serbes, mais que les autorités croates ont condamné publiquement ces pratiques, indiquant ainsi qu'elles ne font pas partie intégrante de la politique du gouvernement (par. 147).

¹³⁷ Décision et déclaration spéciale sur la Bosnie-Herzégovine, *Rapport de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme* (Vienne, 14-25 juin 1993), Nations Unies, doc. A/CONF.157/24 (part. I), 25 juin 1993, p. 48-51.

¹³⁸ Déclaration spéciale sur l'Angola, *Rapport de la Conférence mondiale sur les droits de l'homme* (Vienne, 14-25 juin 1993), Nations Unies, doc. A/CONF.157/24 (partie I), 25 juin 1993, p. 52-53.

¹³⁹ Déclaration spéciale sur la Bosnie-Herzégovine, rapport de la conférence mondiale sur les droits de l'homme (Vienne, 14-25 juin 1993), Nations Unies, doc. A/CONF.157/24 (partie I), 25 juin 1993, p. 49.

¹⁴⁰ Avec les forces serbes — y compris la JNA (armée populaire yougoslave) et des unités de défense du territoire venues de Serbie —, de concert avec les autorités serbes.

¹⁴¹ Le TPIY ajoute qu'«[e]n 1992, le territoire de la RSK [République serbe de Krajina] a continué d'être le théâtre de meurtres ; d'actes de harcèlement ; de vols aggravés, de brutalités et d'incendies ; de vols et de destructions d'églises visant la population non serbe» (par. 327).

¹⁴² Toujours dans le même jugement, le TPIY constate que

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

¹⁴³ «l'hôpital, les écoles, les bâtiments publics, les bureaux, les puits, les réseaux d'approvisionnement en eau et en électricité, ainsi que les routes, ont été gravement endommagés pendant le conflit. Tous les bâtiments ont été bombardés, y compris l'hôpital, les écoles et les jardins d'enfants. Nombre de puits ont été pris pour cibles et détruits. La plupart d'entre eux appartenant à des particuliers, les maisons alimentées en eau ont été parmi les premières à être détruites. De septembre à novembre 1991, les puits intacts constituaient la seule source d'eau potable.» (Par. 466.)

¹⁴⁴ Les italiques sont de moi. Voir aussi ci-après la section X 1) de la présente opinion dissidente.

¹⁴⁵ Parties XI, XII et XIII du présent exposé, plus loin.

¹⁴⁶ Par exemple, dans le jugement *Tadić* (7 mai 1997), le TPIY a dit que, en ce qui concerne la population civile ciblée, «[l]a présence de certains non civils en son sein ne modifie pas le caractère de la population» (par. 638). Il a réaffirmé cette position dans le jugement *Kunarac, Kovać et Vuković* (22 février 2001, par. 425). Dans le jugement *Blaškić* (3 mars 2000), il a dit une nouvelle fois que la présence de personnes portant les armes au sein d'un mouvement de résistance ne modifie pas le caractère civil de la population civile (par. 213 et 214). Dans le jugement *Kordić et Čerkez* (26 février 2001), il a relevé que les chambres de première instance du TPIY avaient adopté systématiquement «une définition large de la population civile» (par. 180). Dans le jugement *Martić* (12 juin 2007), la chambre de première instance I a conclu, compte tenu de l'importance de la population civile attaquée, que «la présence des forces et formations armées croates dans les régions de Škabrnja et Saborsko n'alt[érait] pas le caractère civil de la population attaquée» (par. 350), ce que le TPIY a confirmé dans l'arrêt qu'il a rendu le 8 octobre 2008 dans la même affaire (par. 317). Dans le jugement *Popović et consorts* (10 juin 2010), la chambre de première instance II a dit que l'expression «population civile» devait «se comprendre au sens large» et désignait une population «majoritairement civile», même s'il y a[vait] en son sein des «membres de mouvements de résistance armés» (par. 1591). Dans le récent jugement *Stanišić et Župljanin* (27 mars 2013), le TPIY a de nouveau souligné que «la présence au sein de la population civile de personnes isolées ne répondant pas à la définition de personnes civiles ne prive pas cette population de sa qualité» (par. 26) ; il a une nouvelle fois réaffirmé le critère selon lequel cette population doit être «composée majoritairement de civils» (par. 26). Il a suivi la même logique dans le jugement *Limaj, Bala et Muslim* (30 novembre 2005, par. 186) et dans le jugement *Brđanin* (1er septembre 2004, par. 134).

¹⁴⁷ Cf. partie IX(4) du présent exposé, plus haut.

¹⁴⁸ [Les italiques sont de moi].

¹⁴⁹ Cf. requête introductive d'instance de la Croatie, par. 34, et mémoire, par. 4.8 et 4.9.

¹⁵⁰ *Mémoire*, annexe 387.

¹⁵¹ *Ibid.*, annexe 388.

¹⁵² *Contre-mémoire*, par. 861.

¹⁵³ *Mémoire*, annexe 385.

¹⁵⁴ *Ibid.*, annexe 387.

¹⁵⁵ Cf. partie XIII du présent exposé, plus loin.

- ¹⁵⁶ *Mémoire*, pars. 4.20 à 4.30, 4.31 à 4.37, 4.38 à 4.46, 4.47 à 4.55, 4.56 à 4.61, 4.62 à 4.72, 4.73 à 4.80, 4.81 à 4.93, 4.94 à 4.106, 4.107 à 4.115, 4.116 à 4.132, 4.133 à 4.138 et 4.139 à 4.190, respectivement.
- ¹⁵⁷ *Ibid.*, par. 5.3 à 5.64, 5.65 à 5.122, 5.123 à 5.186 et 5.187 à 5.241, respectivement.
- ¹⁵⁸ *Ibid.*, chapitre 4.
- ¹⁵⁹ *Ibid.*, par. 4.19.
- ¹⁶⁰ *Ibid.*, par. 4.29, 4.35, 4.72, 4.107, 4.116, 4.138, 4.178, 4.188, 5.27, 5.77, 5.137, 5.146 et 5.226, respectivement.
- ¹⁶¹ *Ibid.*, par. 4.07.
- ¹⁶² *Contre-mémoire*, par. 660 et 663.
- ¹⁶³ *Ibid.*, par. 48.
- ¹⁶⁴ *Réplique*, par. 9.47.
- ¹⁶⁵ *Contre-mémoire*, par. 81.
- ¹⁶⁶ *Mass Killing and Genocide in Croatia 1991/92: A Book of Evidence*, Zagreb, Ministère Croate de la Santé, 1992, p. 1 à 207.
- ¹⁶⁷ *Ibid.*, p. 1 et 4.
- ¹⁶⁸ *Mass Killing and Genocide in Croatia 1991/92: A Book of Evidence*, Zagreb, Ministère Croate de la Santé, 1992, p. 4.
- ¹⁶⁹ *Ibid.*, p. 7.
- ¹⁷⁰ *Ibid.*, p. 6.
- ¹⁷¹ *Ibid.*, p. 6.
- ¹⁷² *Ibid.*, p. 7.
- ¹⁷³ Pour un commentaire, cf. notamment L.X. Polastron, *Livros em Chamas - A História da Destruição sem Fim das Bibliotecas [Livres en feu]*, Rio de Janeiro, J. Olympio Edit., 2013, p. 236 à 238.
- ¹⁷⁴ Cf. *Mémoire*, pars. 4.34 et 4.35, 4.38, 4.40, 4.85, 4.88 à 4.90, 4.124, 4.135 et 4.136, 4.168 et 4.169, 5.175, 5.212, et CR 2014/10, pars. 20 et 27, respectivement.
- ¹⁷⁵ *Mémoire*, pars. 4.111, 4.50, 5.88 et 5.143, respectivement.
- ¹⁷⁶ *Ibid.*, par. 5.16, et CR 2014/10, par. 17.
- ¹⁷⁷ *Ibid.*, par. 4.85 et 5.43, respectivement.
- ¹⁷⁸ *Ibid.*, par. 5.27, 5.30, 5.98, 4.100, et CR 2014/10, p. 25, respectivement.
- ¹⁷⁹ *Ibid.*, annexe 385.
- ¹⁸⁰ *Ibid.*, annexe 387.
- ¹⁸¹ Cf., par exemple, CR 2014/10, pp. 24 et 25.
- ¹⁸² *Mémoire*, pars. 4.47 à 4.55, 4.56 à 4.59, 4.101, et CR 2014/10, p. 17, respectivement.
- ¹⁸³ CR 2014/10, p. 25.
- ¹⁸⁴ Cf., par exemple, CR 2014/13, pars. 3 à 5 ; et *Duplique*, pars. 349, 360, 367 et 368, 381, 384 et 386.
- ¹⁸⁵ Cf. *Duplique*, pars. 349, 360, 367 et 368, 381, 284 et 386 ; et CR 2014/13, par. 3 à 5.
- ¹⁸⁶ CR 2014/5, p. 43.
- ¹⁸⁷ CR 2014/6, p. 41.
- ¹⁸⁸ CR 2014/6, p. 45.

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

¹⁸⁹ *Ibid.*, p. 45.

¹⁹⁰ CR 2014/8, pp. 29, 31 et 35.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 39.

¹⁹² Cf., par exemple, *Mémoire*, par. 4.23 et 5.30.

¹⁹³ *Ibid.*, pars. 4.60, 4.128 et 5.181.

¹⁹⁴ *Ibid.*, pars. 4.30-4.31, 4.37, 4.46-4.47, 4.61-4.64, 4.80, 4.93, 4.105, 4.107, 4.132-4.133, 5.14, 5.49, 5.79, 5.92, 5.93, 5.106, 5.121, 5.140, 5.141, 5.146, 5.148, 5.174, 5.181, 5.196, 5.202, 5.203, 5.204, 5.205, 5.210, 5.223 et 5.225.

¹⁹⁵ Cf. *Contre-mémoire*, par. 84 ; et *Duplique*, par. 333.

¹⁹⁶ *Duplique*, par. 335.

¹⁹⁷ R. Lemkin, *Totally Unofficial - Autobiography* (dir. publ. D.-L. Frieze), New Haven/London, Yale University Press, 2013, p. 125 et 140.

¹⁹⁸ *Ibid.*, pp. 131, 138 et 168.

¹⁹⁹ *Ibid.*, p. 172.

²⁰⁰ *Ibid.*, p. 172 et 173.

²⁰¹ Cf. A. Dirk Moses, «Raphael Lemkin, Culture, and the Concept of Genocide», *The Oxford Handbook of Genocide Studies* (dir. publ. D. Bloxham and A. Dirk Moses), Oxford, Oxford University Press, 2010, p. 26 et 27 ; et voir A.A. Cançado Trindade, «Prefacio», *Escuela Ibérica de la Paz (1511-1694) - La Conciencia Crítica de la Conquista y Colonización de América* (dir. publ. P. Calafate and R.E. Mandado Gutiérrez), Santander, Ed. Universidad de Cantabria, 2014, p. 72 et 73 et 98 et 99.

²⁰² Cf. partie XII 7) du présent exposé, plus loin.

²⁰³ Cf. aussi partie IX 4) d) du présent exposé, plus haut.

²⁰⁴ Cf. CR 2014/15, p. 18, par. 22. Cf. aussi *Contre-mémoire*, par. 54.

²⁰⁵ Cf. partie XV du présent exposé, plus loin.

²⁰⁶ Cf. partie XIII du présent exposé, plus loin.

²⁰⁷ Pour en savoir plus, cf. notamment, M. Grmek, M. Gjidara et N. Simac (eds.), *Le nettoyage ethnique - Documents historiques sur une idéologie serbe*, [Paris,] Fayard, 2002, pp. 7 à 9, 26, 31, 33, 38, 212, 286, 293 et 294, 311 et 312, 324 et 325 et 336 et 337 ; J. Quigley, *The Genocide Convention - An International Law Analysis*, Aldershot, Ashgate, 2006, pp. 191 à 201 ; N.M. Naimark, *Fires of Hatred - Ethnic Cleansing in the Twentieth-Century Europe*, Cambridge (Mass.)/London, Harvard University Press, 2001, pp. 156 et 157, 164 et 165, 168 à 170, 174 et 183 et 184; Ph. Spencer, *Genocide since 1945*, London/N.Y., Routledge, 2012, pp. 11 et 12, 29 et 85 et 86; N. Cigar, *Genocide in Bosnia - The Policy of «Ethnic Cleansing»*, College Station, Texas A&M University Press, 1995, pp. 3 à 10, 22 à 37, 62 à 85 et 139 à 180; B. Lieberman, «Ethnic Cleansing versus Genocide?», in *The Oxford Handbook of Genocide Studies* (dir. publ. D. Bloxham et A. Dirk Moses), Oxford, Oxford University Press, 2010, pp. 42 à 60; C. Carmichael, *Ethnic Cleansing in the Balkans - Nationalism and the Destruction of Tradition*, London/N.Y., Routledge, 2002, p. 2, 66 et 112 à 114.

²⁰⁸ Le requérant avait affirmé que les juridictions allemandes n'avaient pas compétence pour le reconnaître coupable de génocide (perpétré dans des villages de Bosnie-Herzégovine) ; la CEDH a conclu que la condamnation du requérant par les tribunaux allemands, pour génoci-

de, n'emportait pas de violation de la convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (pars. 113 à 116).

²⁰⁹ CR 2014/6, p. 45, par. 11 et 13.

²¹⁰ *Ibid.*, p. 60, par. 22.

²¹¹ CR 2014/8, p. 17, par. 36.

²¹² *Ibid.*, p. 17, par. 36, et CR 2014/10, p. 23, par. 7.

²¹³ Voir CR 2014/8, p. 22, par. 54.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 24, pars. 62 et 63.

²¹⁵ CR 2014/10, p. 13, par. 12.

²¹⁶ Cf. *ibid.*, p. 25 et 27, pars. 67 et 71. Selon la Croatie, «[d]ans plusieurs villes et villages de Slavonie orientale, des femmes ont été contraintes de «réconforter» les forces serbes»; CR 2014/10, p. 23, par. 7.

²¹⁷ Cf. CR 2014/8, p. 31, par. 11, et cf. CR 2014/10, p. 23, par. 7.

²¹⁸ CR 2014/8, p. 42, par. 61.

²¹⁹ CR 2014/20, p. 33, par. 20, et p. 53, par. 24.

²²⁰ CR 2014/8, p. 48, par. 88.

²²¹ CR 2014/10, p. 21 à 24, par. 4.

²²² CR 2014/10, p. 21 à 24, par. 5 et 6.

²²³ *Ibid.*, p. 21 à 24, par. 8.

²²⁴ *Ibid.*, p. 21 à 24, par. 3.

²²⁵ *Ibid.*, p. 21, par. 2 [les italiques sont de moi].

²²⁶ *Ibid.*, p. 24, par. 9. Sur la brutalité des violences sexuelles, cf. aussi *ibid.*, p. 27, par. 22 à 25 (à Vukovar).

²²⁷ *Ibid.*, p. 54, par. 16 à 18. Pour d'autres témoignages, cf., par exemple CR 2014/6, p. 45; CR 2014/8, pp. 14, 25 et 39; CR 2014/10, pars. 23 et 24.

²²⁸ Cf., par exemple, CR 2014/13, pp. 65 et 66, par. 43 ; CR 2014/22, pp. 13 et 14, pars. 10 à 13.

²²⁹ *Ibid.*, pp. 64 et 65, pars. 38 et 42.

²³⁰ *Ibid.*, p. 64 et 65, par. 38 à 40. Et la Serbie a ajouté: «L'examen attentif de tous les actes d'accusations dressés par le TPIY à raison des crimes commis contre les Croates révèle que les victimes sont effectivement nombreuses. Il ne fait aucun doute par ailleurs que de nombreux Croates sont tombés aux champs de bataille au cours de ce conflit qui s'étend sur une période de cinq ans. Pourtant, dans la perspective de l'objet de la présente procédure, ces pertes sont d'un tout autre ordre que le nombre des victimes tuées en quelques jours à Srebrenica, ou même en Krajina» ; *ibid.*, pp. 64 et 65, par. 41.

²³¹ Cf. aussi *Mémoire*, pars. 5.30, 5.59, 5.88, 5.147, 5.157, 5.175, 5.209 et 5.210, 5.212 et 5.224; cf. aussi *ibid.*, par. 4.25, 4.44-4.45, 4.60, 4.110, 4.113, 4.129, 4.131, 4.169, 4.185, 4.60, 5.147, 5.157, 5.212 et 5.224. Cf. également *Réplique*, pars. 5.35, 5.46, 5.54 et 5.84.

²³² *Mémoire*, par. 4.129.

²³³ *Ibid.*, annexe 108.

²³⁴ *Ibid.*, annexe 101.

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

- ²³⁵ *Ibid.*, par. 4.90.
- ²³⁶ *Ibid.*, par. 4.91 et annexe 74.
- ²³⁷ *Ibid.*, par. 5.17 et annexe 175.
- ²³⁸ *Ibid.*, par. 5.98.
- ²³⁹ *Ibid.*, par. 4.25.
- ²⁴⁰ *Ibid.*, par. 4.44.
- ²⁴¹ *Ibid.*, par. 4.44.
- ²⁴² *Ibid.*, par. 4.45.
- ²⁴³ *Ibid.*, par. 4.113, et annexe 94.
- ²⁴⁴ *Mémoire*, pars. 4.101 et 4.111, respectivement.
- ²⁴⁵ *Ibid.*, par. 4.101.
- ²⁴⁶ *Ibid.*, par. 4.153, et annexe 127.
- ²⁴⁷ *Ibid.*, par. 4.155, et annexe 125.
- ²⁴⁸ *Ibid.*, par. 4.156, et annexe 128.
- ²⁴⁹ *Ibid.*, par. 4.185.
- ²⁵⁰ *Ibid.*, par. 4.169 et annexe 117.
- ²⁵¹ *Ibid.*, annexe 116.
- ²⁵² *Ibid.*, annexe 128.
- ²⁵³ *Mémoire*, annexe 130.
- ²⁵⁴ *Ibid.*, annexe 151.
- ²⁵⁵ Cf. CourIADH, affaire de la *Prison de Castro-Castro*, mettant en cause le Pérou, arrêt rendu le 25 novembre 2006, Opinion Individuelle du juge Cançado Trindade, par. 58 à 74.
- ²⁵⁶ Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos* [Traité de droit international des droits de l'homme], tome III, Porto Alegre/Brazil, *S.A. Fabris Ed.*, 2003, pp. 354 à 356.
- ²⁵⁷ Pour paraphraser Shakespeare, *Macbeth* (1605-1606), acte V, scène V, vers 24.
- ²⁵⁸ Pour paraphraser Sophocle, *Oedipe roi* (428-425 av.J.C.), vers 1528 à 1530.
- ²⁵⁹ Cf. notamment B. Allen, *Rape Warfare - The Hidden Genocide in Bosnia-Herzegovina and Croatia*, Minneapolis/London, *University of Minnesota Press*, 1996, pp. 65, 72, 76 et 77 et 104; [Divers Auteurs] *Women, Violence and War - Wartime Victimization of Refugees in the Balkans* (ed. V. Nikolić-Ristanović), Budapest, *Central European University Press*, 2000, pp. 41, 43, 56, 57, 80 à 82, 142 et 154; S. Fabijanić Gagro, «The Crime of Rape in the ICTY's and the ICTR's Case-Law», 60 *Zbornik Pravnog Fakulteta u Zagrebu* (2010) pp. 1310, 1315, 1316, 1330 et 1331; M. Ellis, «Breaking the Silence: Rape as an International Crime», *Case Western Reserve Journal of International Law* (2007), vol. 38, pp. 226 et 231 à 234; S.L. Russell-Brown, «Rape as an Act of Genocide», *Berkeley Journal of International Law* (2003), vol. 21, p. 351, 352, 355, 363, 364 et 371; R. Peroomian, «When Death is a Blessing and Life a Prolonged Agony: Women Victims of Genocide», in *Genocide Perspectives II - Essays on Holocaust and Genocide* (eds. C Tatz, P. Arnold et S. Tatz), Sydney, *Brandt & Schlesinger/Australian Institute for Holocaust & Genocide Studies*, 2003, pp. 314, 315 et 327 à 330.
- ²⁶⁰ Cf. partie IX du présent exposé, plus haut.

- ²⁶¹ E/CN.4/1993/50.
²⁶² E/CN.4/1995/4.
²⁶³ Cf. partie IX du présent exposé, plus haut.
²⁶⁴ *Mémoire*, par. 8.78, et cf. p. 414.
²⁶⁵ *Ibid.*, par. 1.14.
²⁶⁶ *Ibid.*, par. 1.09.
²⁶⁷ *Ibid.*, par. 4.06.
²⁶⁸ *Ibid.*, par. 4.190.
²⁶⁹ *Ibid.*, par. 2.160.
²⁷⁰ *Réplique*, annexe 41.
²⁷¹ *Ibid.*, par. 2.54.
²⁷² *Réplique*, p. 472.
²⁷³ CR 2014/9, p. 36.
²⁷⁴ CR 2014/10, p. 20, par. 44.
²⁷⁵ *Ibid.*, p. 20, par. 45.
²⁷⁶ *Ibid.*, par. 39.
²⁷⁷ *Duplique*, par. 7.
²⁷⁸ Questions adressées par le soussigné à la Croatie comme à la Serbie, CR 2014/18, p. 69.
²⁷⁹ CR 2014/20, p. 15, par. 10.
²⁸⁰ *Ibid.*, p. 34 et 35, par. 22 à 25.
²⁸¹ *Ibid.*
²⁸² *Objections préliminaires* de la Serbie; annexe 53, p. 367.
²⁸³ CR 2014/24, p. 60 et 61, par. 10.
²⁸⁴ Cependant, la Serbie ne reconnaissait à cette liste aucune valeur probante en ce qui concerne les crimes commis ou la responsabilité de l'Etat et elle a renvoyé à la liste, établie par Veritas, des victimes directes de l'opération Tempête; cf. CR 2014/24, pp. 60 à 62, par. 6 à 10.
²⁸⁵ CR 2014/23, p. 43 à 45, par. 10 à 12.
²⁸⁶ Accord de coopération en matière de recherche des personnes portées disparues, Dayton, 17 novembre 1995.
²⁸⁷ D'août 1996 à 1998, la Croatie a pu accéder à des informations, figurant dans ce qu'elle appelle des «protocoles», concernant 1063 personnes enterrées au nouveau cimetière de Vukovar, et qui ont permis d'identifier 938 personnes. En 2001 a débuté l'exhumation de cadavres non identifiés enterrés en République de Serbie, dans des charniers répertoriés. Les dépouilles de 394 personnes ont jusqu'à présent été exhumées, mais, malheureusement, seules 103 d'entre elles ont été restituées à la Croatie. En 2013, un seul charnier, contenant 13 corps, a été découvert à Sotin, en Slavonie orientale, grâce à des informations fournies par la Serbie. Cf. CR 2014/21, p. 36 à 38.
²⁸⁸ CR 2014/21, p. 37, par. 10.
²⁸⁹ CR 2014/24, p. 60 et 61, par. 6 à 10.
²⁹⁰ CR 2014/21, p. 38, par. 11.
²⁹¹ *Ibid.*, p. 38, par. 11.

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

²⁹² A.A. Cançado Trindade, «Enforced Disappearances of Persons as a Violation of *Jus Cogens*: The Contribution of the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights», *Nordic Journal of International Law* (2012), vol. 81, p. 507 à 536 ; A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos [Traité de Droit International des Droits de l'Homme]*, tome II, Porto Alegre/Brésil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 352 à 358.

²⁹³ Résolution 20 (XXXVI), en date du 29 février 1980.

²⁹⁴ Pour un compte rendu de ses travaux, voir F. Andreu-Guzmán, «Le Groupe de travail sur les disparitions forcées des Nations Unies», *Revue internationale de la Croix-Rouge* (2002), vol. 84, no 848, p. 803 à 818.

²⁹⁵ Résolution 33/173, en date du 20 décembre 1978.

²⁹⁶ Résolution 1979/38, en date du 10 mai 1979.

²⁹⁷ Résolution 5B (XXXII), en date du 5 septembre 1979.

²⁹⁸ Cf. notamment R.S. Berliner, «The Disappearance of Raoul Wallenberg: A Resolution is Possible», *New York Law School Journal of International and Comparative Law* (1990), vol. 11, pp. 391 à 432 ; R. Broody et F. González, «*Nunca Más*: An Analysis of International Instruments on 'Disappearances'», *Human Rights Quarterly* (1997), vol. 19, pp. 365 à 405 ; C. Callejon, «Une immense lacune du droit international comblée par la Convention des Nations Unies pour la Protection de Toutes les Personnes contre les Disparitions Forcées», *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (2006), vol. 17, pp. 337 à 358 ; T. Scovazzi et G. Citroni, *The Struggle against Enforced Disappearance and the 2007 United Nations Convention*, Leiden, Nijhoff, 2007, pp. 1-400 ; G. Venturini, «International Law and the Offence of Enforced Disappearance», *Diritti Individuali e Giustizia Internazionale - Liber F. Pocar* (eds. G. Venturini et S. Bariatti), Milan, Giuffrè, 2009, pp. 939 à 954 ; L. Ott, *Enforced Disappearance in International Law*, Anvers, Intersentia, 2011, pp. 1 à 294 ; M.L. Vermeulen, *Enforced Disappearance: Determining State Responsibility under the International Convention for the Protection of All Persons from Enforced Disappearance*, Utrecht, Intersentia, 2012, pp. 1 à 507 ; I. Giorgou, «State Involvement in the Perpetration of Enforced Disappearance and the Rome Statute», *Journal of International Criminal Justice* (2013), vol. 11, pp. 1001 à 1021.

²⁹⁹ Cf. notamment, à cet effet, T. Scovazzi et G. Citroni, *The Struggle against Enforced Disappearance...*, *op. cit. supra* n, (296), pp. 101, 132 et 398.

³⁰⁰ CourIADH, arrêts sur les objections préliminaires (2 juillet 1996), le fond (24 janvier 1998) et les réparations (22 janvier 1999).

³⁰¹ Cf., par exemple, les dispositions relatives aux garanties fondamentales énoncées dans le Protocole Additionnel I (1977) aux Conventions de Genève (1949) relatives au Droit International Humanitaire, art. 75, et dans le Protocole Additionnel II (même année), art. 4.

³⁰² Cf., dans ce sens, l'article premier (par. 2) de la Déclaration des Nations Unies sur la Protection de Toutes les Personnes contre les Disparitions Forcées.

³⁰³ CR 2014/23, p. 44, par. 12.

³⁰⁴ Cf. partie VII du présent exposé, plus haut.

³⁰⁵ Cf. parties VII et VIII du présent exposé, plus haut.

³⁰⁶ La CourIADH et le TPIY sont deux juridictions internationales contemporaines qui, par l'évolution de leur jurisprudence, ont beaucoup contribué à l'élargissement des dispositions

du *jus cogens*; cf. A.A. Cançado Trindade, *International Law for Humankind - Towards a New Jus Gentium*, *op. cit. supra* n. (67), pp. 295-311; 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.

³⁰⁷ Cf. partie XVI du présent exposé, plus loin.

³⁰⁸ *Mémoire*, par. 2.43.

³⁰⁹ *Ibid.*, pars. 2.44 à 2.47.

³¹⁰ Selon la Croatie, «[d]es articles sont publiés et des discours prononcés afin de promouvoir le nationalisme serbe, de diaboliser les Albanais, les Musulmans et les Croates et de dénoncer leurs tendances génocidaires, ainsi que de prouver le bien-fondé du mouvement tchetnik» ; *ibid.*, par. 2.48 à 2.51.

³¹¹ *Mémoire*, par. 2.52.

³¹² *Ibid.*, par. 3.03.

³¹³ *Contre-mémoire*, par. 428.

³¹⁴ *Réplique*, pars. 3.10 à 3.12.

³¹⁵ *Ibid.*, pars. 3.12 à 3.14.

³¹⁶ CR 2014/5, pp. 33 à 35. Le mémorandum, a réaffirmé la Croatie, a ouvert la voie à la publication d'articles dans les médias serbes, évoquant les supposées tendances génocidaires des Croates et rappelant les crimes atroces commis contre les Serbes par le régime oustachi, pendant la seconde guerre mondiale (par exemple, le camp de concentration de Jasenovac); CR 2014/5, p. 35; cf. aussi CR 2014/12, pp. 22 et 23.

³¹⁷ Les médias ont contribué à «la démonisation des autres communautés, particulièrement des Albanais du Kosovo, des Croates et des Musulmans bosniaques» (par. 52).

³¹⁸ CR 2014/5, pp. 33 à 35.

³¹⁹ [Traduction non officielle]: «Le mémorandum est devenu dans le débat yougoslave un élément de nature à exciter les passions, non pas parce qu'il énonçait expressément un programme national serbe post-yougoslave - ce qu'il ne faisait effectivement pas - mais plutôt en raison du contraste entre les observations détaillées et exagérées concernant la position de la Serbie dans l'Etat yougoslave existant et les références vagues et elliptiques à un éventuel avenir post-yougoslave qui s'y trouvaient (l'assertion indiquant que la Serbie devait «être lucide quant à ses intérêts économiques et nationaux, afin de ne pas être prise au dépourvu par le cours des événements»). Les auteurs du mémorandum suggéraient que des solutions nationales de substitution à l'Etat yougoslave multinational seraient souhaitables, sans reconnaître la destruction que leur création entraînerait inévitablement» (p. 31.)

³²⁰ *Mémoire*, pars. 2.01 à 2.162 et 1.14.

³²¹ *Ibid.*, pars. 2.05 à 2.35, 2.36 à 2.59 et 2.60 à 2.84, respectivement. Pour le contexte historique (pendant la seconde guerre mondiale), cf. *ibid.*, pars. 2.08 et 2.09, et par. 2.53.

³²² *Ibid.*, par. 1.26.

³²³ *Ibid.*, par. 1.26.

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

³²⁴ *Ibid.*, pars. 2.40, 2.43, 2.51 à 2.53 et 2.56. Les Croates ont été diabolisés et tenus pour responsables de la mort de Serbes pendant la deuxième guerre mondiale dans les camps de concentration, et un sentiment induit de colère et de vengeance s'est développé chez les Serbes; selon la Croatie, le mémorandum de 1986 de la SANU a été un élément clé à cette fin.

³²⁵ *Ibid.*, pars. 2.54 à 2.56 et 2.60.

³²⁶ *Contre-mémoire*, pars. 397 à 426, et cf. pars. 397, 400, 409 et 419.

³²⁷ *Ibid.*, par. 419.

³²⁸ *Ibid.*, par. 422.

³²⁹ *Ibid.*, par. 434, 435, 420 et 424.

³³⁰ *Réplique*, par. 3.11.

³³¹ *Ibid.*, par. 3.12.

³³² *Ibid.*, par. 3.17 à 3.24.

³³³ *Duplique*, par. 35.

³³⁴ *Ibid.*, par. 36.

³³⁵ CR 2014/7.

³³⁶ *Mémoire*, pars. 1.16, 2.04, 2.43 à 2.50, 2.51 à 2.53, 2.56 à 2.59, 2.63 à 2.66, 8.16, 8.23 et 8.24.

³³⁷ *Mémoire*, par. 2.58.

³³⁸ *Contre-mémoire*, pars. 434 à 442.

³³⁹ *Ibid.*, pars. 434 à 437, 439 à 442 et 953 et 954.

³⁴⁰ *Ibid.*, par. 439.

³⁴¹ *Réplique*, pars. 3.10 à 3.14, 3.26 et 3.27, 3.31 à 3.33, 3.131 et 9.52.

³⁴² *Ibid.*, par. 3.26-3.27 et 9.52.

³⁴³ *Duplique*, par. 340 à 342.

³⁴⁴ CR 2014/5, par. 20.

³⁴⁵ *Ibid.*, par. 30; cf. aussi *Mémoire*, vol. 5, app. 3, p. 64 et 65, pars. 43 à 45.

³⁴⁶ CR 2014/5, par. 12.

³⁴⁷ Cf. *Contre-mémoire*, pars. 438 et 440, et *Duplique*, pars. 633 à 635.

³⁴⁸ Cf. pièce additionnelle, par. 2.14.

³⁴⁹ CR 2014/19, par. 28.

³⁵⁰ S. Letica, «The Genesis of the Current Balkan War», in *Genocide after Emotion - The Postemotional Balkan War* (ed. S.G. Meštrović), London/N.Y., Routledge, 1996, p. 91, et cf. pp. 92 à 112.

³⁵¹ FRY/CSD, comptes rendus non expurgés (1992-1996) du 7 août 1992 et du 9 août 1994.

³⁵² Cf. *Mémoire*, par. 4.08, 4.60, 4.87 et 4.98. D'après la Croatie, l'obligation de porter un ruban blanc a été imposée par exemple à Šarengrad, Bapska et Sotin ; *ibid.*, par. 8.16.8.

³⁵³ *Mémoire*, vol. 2(I), annexes 53 (Šarengrad), 66 (Bapska), 76 (Tovarnik), 84 (Tovarnik), 101, 106 et 108 (Lovas) et 128 (Vukovar).

³⁵⁴ *Mémoire*, par. 8.06.

³⁵⁵ *Ibid.*, par. 3.73.

³⁵⁶ *Mémoire*, par. 4.17.

³⁵⁷ *Ibid.*, par. 4.60.

- ³⁵⁸ CR 2014/9, p. 35.
- ³⁵⁹ CR 2014/6, p. 57 [les italiques sont de moi].
- ³⁶⁰ CR 2014/9, p. 35.
- ³⁶¹ Il ne ressort pas clairement des pièces de la Croatie si absolument *tous* les Croates qui portaient un ruban blanc étaient condamnés à être exterminés ; voir CR 2014/9, p. 35.
- ³⁶² *Mémoire*, par. 4.165.
- ³⁶³ *Ibid.*, par. 4.42.
- ³⁶⁴ *Mémoire*, par. 4.127.
- ³⁶⁵ *Ibid.*, par. 5.80.
- ³⁶⁶ *Ibid.*, par. 4.136.
- ³⁶⁷ *Ibid.*, par. 5.215, 5.122, 5.41, 5.85, 5.169 et 5.170, respectivement.
- ³⁶⁸ Un témoin a dit qu'il était chargé de ramasser avec un tracteur les corps des civils croates tués ; 24 ont été enterrés, mais il était impossible d'en identifier certains; *Mémoire*, par. 4.102. Un autre témoin a rapporté qu'il était aussi chargé de creuser des fosses et de transporter les morts; *ibid.*, par. 4.102. Une autre encore a dit avoir vu des cadavres sur une remorque emmenés au cimetière, où ils ont été jetés dans un trou et recouverts à l'aide d'une pelleteuse ; *ibid.*, par. 4.122. Selon un autre témoignage, des colonnes de camions de la JNA servaient à transporter les restes des morts; seuls les corps de cinq habitants de Tordinci et de neuf habitants d'Antin ont été laissés dans le charnier ; *ibid.*, par. 4.138.
- ³⁶⁹ *Mémoire*, par. 4.152.
- ³⁷⁰ *Ibid.*, par. 5.62. Ailleurs, un témoin a vu un corps sur un camion de marchandise ; *ibid.*, par. 5.37.
- ³⁷¹ *Ibid.*, par. 4.97, et CR 2014/8, par. 51.
- ³⁷² Sophocle, *Antigone*, vers 72 et 73, 74 à 76, 502 et 503 (traduit par P. Mazon).
- ³⁷³ Sophocle, *Antigone*, vers 594 à 597.
- ³⁷⁴ *Ibid.*, vers 782.
- ³⁷⁵ *Ibid.*, vers 951 à 954.
- ³⁷⁶ *Ibid.*, vers 1351 et 1352.
- ³⁷⁷ *Mémoire*, par. 4.138, et cf. aussi par. 4.07.
- ³⁷⁸ *Ibid.*, par. 5.93.
- ³⁷⁹ *Ibid.*, par. 5.83.
- ³⁸⁰ Cf., par exemple, *ibid.*, par. 5.179.
- ³⁸¹ *Mémoire*, par. 5.157.
- ³⁸² *Réplique*, par. 5.21.
- ³⁸³ *Contre-mémoire*, par. 736.
- ³⁸⁴ *Ibid.*, par. 1222.
- ³⁸⁵ *Ibid.*, par. 1248.
- ³⁸⁶ *Ibid.*, par. 1249.
- ³⁸⁷ *Contre-mémoire*, par. 1262 et 1131.
- ³⁸⁸ *Ibid.*, par. 1238.
- ³⁸⁹ *Duplique*, par. 652-4.
- ³⁹⁰ *Ibid.*, par. 654.

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

³⁹¹ *Ibid.*, par. 654.

³⁹² *Ibid.*, par. 760.

³⁹³ CR 2014/5, par. 6.

³⁹⁴ CR 2014/6, par. 40.

³⁹⁵ CR 2014/8, par. 13.

³⁹⁶ *Ibid.*, par. 14.

³⁹⁷ *Ibid.*, par. 13.

³⁹⁸ *Ibid.*, par. 32.

³⁹⁹ *Ibid.*, par. 38.

⁴⁰⁰ Voir CR 2014/8, par. 57. Un autre témoin, qui se trouvait à Vukovar et avait été emmené à Dalj, a décrit une fosse remplie de corps ; voir *ibid.* par. 77.

⁴⁰¹ Cf. *Réplique*, vol. 1, par. 6.8, et CR 2014/10, par. 16.

⁴⁰² CR 2014/10, par. 27.

⁴⁰³ CR 2014/20, p. 55, par. 33.

⁴⁰⁴ CR 2014/21, p. 37, par. 9.

⁴⁰⁵ CR 2014/24, p. 60 et 61, par. 8.

⁴⁰⁶ CR 2014/16, p. 43, par. 3. La Serbie a cité des témoignages à l'appui de ses griefs ; voir *ibid.*, p. 46 à 51. Elle a en outre indiqué qu'un témoin avait été appelé à identifier le cadavre de son père, mais que celui-ci avait été brûlé ; l'identification avait finalement été possible grâce à l'analyse de l'ADN ; *ibid.*, p. 57, par. 52. Un autre témoin a découvert le cadavre d'un de ses proches sous les décombres de leur maison brûlée, six mois après le conflit dans la région ; *ibid.*, p. 59, par. 3.

⁴⁰⁷ *Ibid.*, p. 44 et 45, par. 10.

⁴⁰⁸ *Ibid.*, p. 60, par. 11.

⁴⁰⁹ CR 2014/17, p. 44, par. 104.

⁴¹⁰ CR 2014/17, p. 36, par. 80.

⁴¹¹ H. Grotius, *Del Derecho de la Guerra y de la Paz* [1625], tome III (livres II et III), Madrid, *Edit. Reus*, 1925, p. 39, et cf. p. 55.

⁴¹² *Ibid.*, pp. 43 et 45.

⁴¹³ *Ibid.*, p. 47 et 49 ; et voir Hugonis Grotii, *De Jure Belli ac Pacis* [1625] (dir. publ. B.M. Telders), La Haye, *Nijhoff*, 1948, p. 88 (version abrégée).

⁴¹⁴ Y. Sandoz, C. Swinarski et B. Zimmermann (eds.), *Commentaire des Protocoles additionnels du 8 juin 1977 aux Conventions de Genève du 12 août 1949*, Genève, *CICR/Nijhoff*, 1987, pp. 369 et 379.

⁴¹⁵ Cf. *Mémoire*, annexes 165 et 166. Cf. aussi *Mémoire*, vol. 3, section 7 (charniers recensés).

⁴¹⁶ *Mémoire*, par. 8.11.

⁴¹⁷ *Ibid.*, par. 5.77.

⁴¹⁸ *Ibid.*, par. 5.137.

⁴¹⁹ *Ibid.*, par. 4.175. En ce qui concerne le charnier d'Ovčara, la Croatie renvoie au rapport sur l'évacuation de l'hôpital de Vukovar et le charnier d'Ovčara, Commission d'experts des Nations Unies établie en vertu de la résolution 780 (1993) du Conseil de Sécurité, et à «Physicians

for Human Rights, Reports of Preliminary Site Exploration of a Mass Grave Near Vukovar, Former-Yougoslavia» et annexes A à D jointes auxdits rapports (19 janvier 1993).

⁴²⁰ *Mémoire*, par. 4.188.

⁴²¹ *Ibid.*, par. 4.188.

⁴²² *Ibid.*, par. 5.04.

⁴²³ *Ibid.*, par. 4.07.

⁴²⁴ *Ibid.*, par. 4.07.

⁴²⁵ *Ibid.*, par. 4.41.

⁴²⁶ *Ibid.*, par. 4.72.

⁴²⁷ *Ibid.*, par. 4.102 ; et cf. annexe 83.

⁴²⁸ *Mémoire*, par. 4.138.

⁴²⁹ *Ibid.*, par. 5.152.

⁴³⁰ *Réplique*, annexes 43 à 46.

⁴³¹ *Ibid.*, par. 5.12.

⁴³² *Ibid.*, par. 2.56.

⁴³³ *Cit. in: Réplique*, par. 5.80.

⁴³⁴ *Cit. in: Réplique*, par. 6.35. Cf. aussi TPIY (Chambre de première instance), affaire *Martić*, pars. 364 à 367, pour les atrocités commises à Baćin; pars. 202 à 208, en ce qui concerne Lipo-vača; et pars. 233 et 234, pour les meurtres commis à Saborsko.

⁴³⁵ *Duplique*, par. 264.

⁴³⁶ *Ibid.*, par. 349.

⁴³⁷ CR 2014/8, p. 22, par. 55.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 27, par. 71. La Croatie a ensuite corrigé cette déclaration dans les termes suivants :

⁴³⁹ «En réalité, j'entendais dire qu'on avait découvert en Slavonie orientale un total de 510 fosses communes et individuelles contenant les restes de près de 2300 personnes. Nous avons vérifié les données les plus récentes sur le site de la direction chargée des personnes détenues et disparues, et il s'avère que les nombres exacts sont de 71 fosses communes et de 432 fosses individuelles, pour un total de 503»; CR 2014/10, p. 10.

⁴⁴⁰ CR 2014/9, p. 28.

⁴⁴¹ *Ibid.*, p. 29.

⁴⁴² CR 2014/9, p. 35.

⁴⁴³ CR 2014/10, p. 18.

⁴⁴⁴ En ce qui concerne la définition des charniers, la Croatie a fait valoir que, étant donné qu'il n'existait pas en droit international de définition universellement acceptée de l'expression «fosse commune», elle s'en tenait à la définition employée par le rapporteur spécial de la Commission des droits de l'homme des Nations Unies, mandaté pour «réunir des renseignements de première main au sujet de la situation des droits de l'homme sur le territoire de l'ex-Yougoslavie», qui a défini comme commune une fosse contenant trois victimes au moins; cf. *ibid.*, p. 19, par. 42.

⁴⁴⁵ *Ibid.*, p. 19.

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 20.

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

⁴⁴⁷ Sur les résultats des recherches sur le sujet, menées en Croatie et en Bosnie-Herzégovine de 1992 à 1997, cf., par exemple, *The Graves - Srebrenica and Vukovar* (eds. E. Stover et G. Perress), Berlin/Zurich/N.Y., Scalo Ed., 1998, pp. 5 à 334.

⁴⁴⁸ CR 2014/7, p. 20.

⁴⁴⁹ CR 2014/11, p. 23 et 24.

⁴⁵⁰ CR 2014/9, p. 35.

⁴⁵¹ CR 2014/9, p. 22 et 23.

⁴⁵² Cf. partie XIII 4 du présent exposé, plus haut.

⁴⁵³ *Mémoire*, par. 4.64.

⁴⁵⁴ *Ibid.*, par. 4.62.

⁴⁵⁵ *Ibid.*, par. 4.65.

⁴⁵⁶ *Ibid.*, par. 4.66.

⁴⁵⁷ *Ibid.*, par. 4.85.

⁴⁵⁸ *Réplique*, pars. 10.34 et 10.40.

⁴⁵⁹ *Ibid.*, par. 10.42.

⁴⁶⁰ *Contre-mémoire*, pars. 1242-1257; cf. aussi *Duplique*, pars. 745 à 761.

⁴⁶¹ *Duplique*, pars. 773 et 774.

⁴⁶² *Ibid.*, pars. 775 à 780.

⁴⁶³ Cf., notamment, le rôle joué par la FORPRONU en vue d'assurer le retour des réfugiés et des personnes déplacées dans leurs foyers, *mémoire*, par. 2.125; la signature des accords de Dayton de 1995, traitant notamment des réfugiés, *mémoire*, par. 2.153 et 2.154. Cf. également le rôle de l'administration transitoire des Nations Unies pour la Slavonie orientale (ATNUSO créée par la résolution 1037 (1996) du Conseil de Sécurité, qui était notamment chargée de permettre à tous les réfugiés et personnes déplacées d'exercer leur droit de retourner librement dans leurs foyers), *ibid.*, pars. 2.155 à 2.158. Cf. en outre l'accord sur les procédures de retour (qui traite la question des réfugiés), signé par la Croatie, l'ATNUSO et le Haut-Commissariat des Nations Unies pour les Réfugiés (HCR) en 1997, *ibid.*, par. 2.157; cf. aussi le plan Vance de décembre 1991, *Réplique*, par. 10.12 à 10.24.

⁴⁶⁴ Cf. *Mémoire*, pars. 2.129 et 2.148; *Contre-mémoire*, par. 570; *Duplique*, pars. 639 à 685. En ce qui concerne le plan Vance, cf. *Réplique*, par. 10.39 à 10.43. La mission de l'ATNUSO a cependant été considérée comme un succès; cf. *Mémoire*, par. 2.158.

⁴⁶⁵ Cf. pars. 458, 484 et 492.

⁴⁶⁶ Par exemple, au sujet de l'opération Tempête (août 1995).

⁴⁶⁷ Il n'y aurait, par exemple, pas grand-chose à ajouter à ce que la Cour a constaté, dans le présent arrêt, au sujet du procès-verbal de la réunion de Brioni, tenue le 31 juillet 1995 (par. 501 à 507).

⁴⁶⁸ Cf., notamment, N. Mrvić-Petrović, «Separation and Dissolution of the Family», *Women, Violence and War - Wartime Victimization of Refugees in the Balkans* (ed. V. Nikolić-Ristanović), Budapest, Central European University Press, 2000, pp. 135 à 149; N. Mrvić-Petrović et I. Stevanović, «Life in Refuge - Changes in Socioeconomic and Familial Status», *in ibid.*, p. 151 à 169.

⁴⁶⁹ Pour un compte rendu, cf., notamment, P. Stubbs, *Displaced Promises - Forced Migration, Refuge and Return in Croatia and Bosnia-Herzegovina*, Uppsala/Sweden, *Life & Peace Institute*, 1999, pp. 1, 21 et 22.

⁴⁷⁰ Il a également examiné la «politique de «nettoyage ethnique»» (pars. 60 à 62, 90 et 93 à 95).

⁴⁷¹ Cf. partie X.4) du présent exposé, plus haut.

⁴⁷² *Mémoire*, par. 2.77, 3.90 et 5.237.

⁴⁷³ Selon la Croatie, 161 civils avaient été tués, 272 blessés et 1 porté disparu; *ibid.*, par 5.237.

⁴⁷⁴ D'après la Croatie, 11 hommes des villages de Bistrotce et Beroje avaient été conduits au camp de Morinje, où ils avaient été soumis à des sévices de toute sorte, dont la torture ; *ibid.*, par 5.238. D'autres avaient été faits prisonniers et conduits aux «camps de Morinje à Boka Kotorska et de Bileća en Bosnie Herzégovine et certains [avaient été] battus à mort»; *ibid.*, par 5.240.

⁴⁷⁵ *Ibid.*, par. 5.241.

⁴⁷⁶ *Mémoire*, par. 5.236.

⁴⁷⁷ *Ibid.*, par. 8.27.

⁴⁷⁸ *Contre-mémoire*, par. 924.

⁴⁷⁹ *Contre-mémoire*, par. 920.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, pars. 994 et 927, et cf. pars. 923 et 924.

⁴⁸¹ *Ibid.*, par. 925.

⁴⁸² Réplique, par. 6.97. La Croatie a aussi relevé que le TPIY lui-même avait fait référence aux bombardements de Dubrovnik d'octobre et de novembre 1991; cf. *ibid.*, pars. 6.99 à 6.105. Et, selon le TPIY, «[i]l ressort des éléments de preuve que le bombardement subi par la vieille ville le 12 novembre était intense»; cf. *ibid.*, par. 6.100.

⁴⁸³ *Ibid.*, pars. 6.101 et 6.102.

⁴⁸⁴ *Ibid.*, pars. 6.98 à 6.105.

⁴⁸⁵ *Ibid.*, pars. 6.103 à 6.105.

⁴⁸⁶ *Duplique*, pars. 408 et 473.

⁴⁸⁷ *Ibid.*, par. 474.

⁴⁸⁸ *Duplique*, par. 475.

⁴⁸⁹ *Ibid.*, pars. 403 et 404; et cf. *Réplique*, pars. 6.97 à 6.105.

⁴⁹⁰ Cf. C. Bories, *Les bombardements serbes sur la vieille ville de Dubrovnik - La protection internationale des biens culturels*, Paris, *Pédone*, 2005, pp. 145, 169 et 170, et cf. pp. 150 à 154.

⁴⁹¹ Cf. *ibid.*, pp. 150-157 et 161-163.

⁴⁹² CIDH, affaire *San'boyamaxa Indigenous Community versus Paraguay* (arrêt du 29 mars 2006), Opinion Individuelle du Juge A.A. Cançado Trindade, par. 4.

⁴⁹³ Cf. partie X. 4) du présent exposé, plus haut.

⁴⁹⁴ Cf. *Mémoire*, pars. 7.59 à 7.61, et *Contre-mémoire*, pars. 76 à 78.

⁴⁹⁵ Cf. CR 2014/12, par. 59, p. 28, et CR 2014/8, par. 23, p. 17.

⁴⁹⁶ Cf. déposition de M.M., *Mémoire*, annexe 99.

⁴⁹⁷ *Mémoire*, par. 4.126.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, par. 4.122.

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

- ⁴⁹⁹ CR 2014/10, par. 24, p. 15.
- ⁵⁰⁰ Cf. *Mémoire*, par. 4.118 et 4.119 et 4.123 à 4.126, et dépositions de S.P., annexe 97, et de P.V., annexe 95.
- ⁵⁰¹ Cf. *ibid.*, par. 4.125, et déposition de Z.T., annexe 102.
- ⁵⁰² Cf. *Mémoire*, par. 4.125, et dépositions de Z.T., annexe 102, et de L.S., annexe 98.
- ⁵⁰³ Sur le charnier de Lovas, cf. *Mémoire*, annexe 168 B.
- ⁵⁰⁴ *Contre-mémoire*, par. 720.
- ⁵⁰⁵ *Mémoire*, annexe 55.
- ⁵⁰⁶ Cf. *Mémoire*, par. 4.51, et déposition de A.T., *Mémoire*, annexe 39.
- ⁵⁰⁷ *Mémoire*, par. 4.52, et annexes 41 et 45.
- ⁵⁰⁸ *Ibid.*, annexe 40.
- ⁵⁰⁹ *Ibid.*, annexes 41 et 45.
- ⁵¹⁰ *Ibid.*, par. 5.149 à 5.152.
- ⁵¹¹ *Ibid.*, annexes 364 et 365.
- ⁵¹² *Ibid.*, annexe 365.
- ⁵¹³ *Contre-mémoire*, par. 841.
- ⁵¹⁴ En ce qui concerne Vukovar, cf. *Mémoire*, pars. 4.139 à 4.192.
- ⁵¹⁵ *Ibid.*, par. 4.139.
- ⁵¹⁶ *Ibid.*, par. 4.154.
- ⁵¹⁷ *Ibid.*, par. 4.164 à 4.167.
- ⁵¹⁸ *Ibid.*, annexe 126.
- ⁵¹⁹ *Ibid.*, annexe 121.
- ⁵²⁰ *Ibid.*, par. 4.175.
- ⁵²¹ *Ibid.*, par. 4.178.
- ⁵²² *Ibid.*, annexe 129.
- ⁵²³ *Contre-mémoire*, par. 741.
- ⁵²⁴ Cf. *Mémoire*, pars. 7.62 à 7.64, et *Contre-mémoire*, annexe, pars. 79 à 81.
- ⁵²⁵ *Mémoire*, annexe 95.
- ⁵²⁶ *Ibid.*, annexes, vol. II, p. 284.
- ⁵²⁷ *Ibid.*, annexe 97.
- ⁵²⁸ *Ibid.*, annexe 101.
- ⁵²⁹ *Ibid.*, annexe 104.
- ⁵³⁰ *Mémoire*, annexe 58.
- ⁵³¹ *Ibid.*, vol. II, annexe 58, p. 165.
- ⁵³² *Ibid.*, annexe 59.
- ⁵³³ *Ibid.*, annexe 41.
- ⁵³⁴ *Ibid.*, annexe 365, déclaration de M.M..
- ⁵³⁵ *Ibid.*, annexe 114.
- ⁵³⁶ *Ibid.*, annexe 116.
- ⁵³⁷ *Mémoire*, annexe 117.
- ⁵³⁸ *Ibid.*, annexe 128.

⁵³⁹ Cf. *Contre-mémoire*, par. 83 et 84, et *Duplique*, par. 333.

⁵⁴⁰ *Mémoire*, annexe 104, p. 316.

⁵⁴¹ *Ibid.*, annexe 58.

⁵⁴² *Contre-mémoire*, par. 693.

⁵⁴³ *Mémoire*, annexe 45.

⁵⁴⁴ *Ibid.*, annexe 365.

⁵⁴⁵ *Ibid.*, annexe 364.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, annexe 365.

⁵⁴⁷ *Contre-mémoire*, par. 840 et 841.

⁵⁴⁸ *Mémoire*, par. 4.151.

⁵⁴⁹ Il s'agit de localités en Serbie, où il semble qu'il y avait des camps où des Croates ont été emmenés.

⁵⁵⁰ *Mémoire*, annexe 138.

⁵⁵¹ *Ibid.*, annexe 151.

⁵⁵² *Ibid.*, annexe 143.

⁵⁵³ Cf., par exemple, l'argument de la Croatie dans sa réplique, par. 2,11, invoquant le fait que la Serbie partage cet avis dans le contre-mémoire, par. 135 (difficulté d'obtenir des preuves directes, et recours à des éléments de preuve indirecte afin d'établir une preuve par présomptions de fait); *Réplique*, par. 2.12.

⁵⁵⁴ Cf. aussi jugement *Musema* du TPIR, 27 janvier 2000, par. 167.

⁵⁵⁵ La Cour a fait la même chose, il y a huit ans, dans l'arrêt qu'elle a rendu en 2007 en l'affaire concernant la *Bosnie-Herzégovine*: après avoir estimé qu'il avait été «démonstré (...) que des meurtres de membres du groupe protégé [avaie]nt été commis de façon massive» (par. 276), elle a ajouté qu'il n'avait pas été «établi de façon concluante» que ces «meurtres de masse» avaient été commis «avec l'intention spécifique (*dolus specialis*), de la part de leurs auteurs, de détruire, en tout ou en partie, le groupe comme tel» (par. 277) - simplement parce qu'elle l'affirmait, sans aucune explication. Cf., de même, pars. 440-441 du présent arrêt.

⁵⁵⁶ Parties IX, X et XI du présent exposé, plus haut.

⁵⁵⁷ Partie IX du présent exposé, plus haut.

⁵⁵⁸ R.P. Sertillanges, *Le problème du mal - l'histoire*, Paris, Aubier, 1948, p. 5 à 412.

⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 5 à 412.

⁵⁶⁰ Cf., notamment, M. Neusch, *L'énigme du mal*, Paris, Bayard, 2007, p. 7 à 193; J. Maritain, *Dio e la Permissione del Male*, 6e éd., Brescia, Edit. Morcelliana, 2000, pp. 9 à 100; E. Fromm, *Anatomía de la Destructividad Humana*, Mexico/Madrid/Buenos Aires, Siglo XXI Edit., 2009 [réimpr.], pp. 11 à 468; P. Ricoeur, *Evil - A Challenge to Philosophy and Theology*, London, Continuum, 2007, pp. 33 à 72; P. Ricoeur, *Le mal - Un défi à la philosophie et à la théologie*, Genève, ed. Labor et Fides, 2004, pp. 19 à 65; C.S. Nino, *Juicio al Mal Absoluto*, Buenos Aires, Emecé Edit., 1997, pp. 7 à 292; A. Morton, *On Evil*, N.Y./London, Routledge, 2004, pp. 1 à 148; T. Eagleton, *On Evil*, New Haven/London, Yale University Press, 2010, pp. 1 à 163; P. Dews, *The Idea of Evil*, Oxford, Wiley-Blackwell, 2013, pp. 1 à 234.

⁵⁶¹ La RFY, au début de la procédure.

Antônio Augusto Cançado Trindade

La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide

- ⁵⁶² *Mémoire*, par. 8.75.
- ⁵⁶³ *Ibid.*, pars. 8.75 à 8.77.
- ⁵⁶⁴ *Ibid.*, pars. 8.78 et 8.79. Cf. aussi *Requête introductive d'instance*, pp. 18 à 20; *Mémoire*, p. 414, et *Réplique*, p. 472.
- ⁵⁶⁵ *Mémoire*, pars. 8.80 à 8.84.
- ⁵⁶⁶ Cf. CR 2014/21, pp. 40 et 41.
- ⁵⁶⁷ *Contre-mémoire*, pars. 1059 à 1068.
- ⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 471; cf. aussi *Duplique*, p. 322.
- ⁵⁶⁹ CR 2014/24, p. 64.
- ⁵⁷⁰ *A.S. Diallo (Guinée vs. R.D. Congo)*, arrêt, C.I.J. *Recueil* (2010)-II, p. 639.
- ⁵⁷¹ *Ibid.*, pars. 73, 74, 85 et 97.
- ⁵⁷² *Ibid.*, par. 161.
- ⁵⁷³ *Ibid.*, p. 693, points 7 et 8 du dispositif.
- ⁵⁷⁴ Cf. C.I.J., *Recueil* (2012) p. 324.
- ⁵⁷⁵ S. Weil, *Reflexiones sobre las Causas de la Libertad y de la Opresión Social*, Barcelona, Ed. Paidós/ Universidad Autónoma de Barcelona, 1995, pp. 81, 82, 84 et 130.
- ⁵⁷⁶ *Ibid.*, pp. 130 et 131; S. Weil, *Réflexions sur les causes de la liberté et de l'oppression sociale*, Paris, Gallimard, 1955, pp. 124-125, et cf. pp. 114, 115 et 144.
- ⁵⁷⁷ CR 2014/13, par. 5.
- ⁵⁷⁸ *Ibid.*, pars. 2 et 3.
- ⁵⁷⁹ *Mémoire*, pars. 1.10 et 1.37.
- ⁵⁸⁰ CR 2014/5, par. 6.
- ⁵⁸¹ Pour une étude de cette question, cf. A.A. Cançado Trindade, «A Contribuição dos Tribunais Internacionais à Evolução do Direito Internacional Contemporâneo», in: *O Direito Internacional e o Primado da Justiça* (eds. A.A. Cançado Trindade et A.C. Alves Pereira), Rio de Janeiro, Edit. Renovar, 2014, pp. 3-89, en particulier pp. 18-20, 46, 47, 51, 64 et 68.
- ⁵⁸² Par exemple, l'affaire des *Questions concernant l'obligation de poursuivre ou d'extrader* (2009-2013), ayant trait au principe de la compétence universelle en vertu de la Convention des Nations Unies contre la Torture; l'affaire *Ahmadou Sadio Diallo* (2010) concernant la détention et l'expulsion d'un étranger; l'affaire des *Immunités juridictionnelles de l'Etat* (2010-2012); l'affaire de l'*Application de la Convention Internationale sur l'Élimination de Toutes les Formes de Discrimination Raciale* (2011); l'affaire de la *Demande en interprétation de l'arrêt du 15 juin 1962 en l'affaire du Temple de Préah Vihear* (2011-2013).
- ⁵⁸³ Concernant la *Déclaration d'Indépendance du Kosovo* (2010), et le *Jugement n. 2867 du Tribunal Administratif de l'Organisation Internationale du Travail sur une Requête contre le Fonds International de Développement Agricole* (2012), respectivement.
- ⁵⁸⁴ Dans le même exposé, j'ai aussi appelé l'attention sur l'élargissement de la personnalité et de la capacité juridiques internationales, ainsi que de la responsabilité internationale (par. 239), dans le droit international contemporain.
- ⁵⁸⁵ Dans l'exposé de mon Opinion Individuelle (par. 219) joint à l'Avis consultatif de la Cour concernant la *Déclaration d'Indépendance du Kosovo*, j'avais déjà mis en garde contre les dangers d'un examen aseptisé des faits.

⁵⁸⁶ Cf. partie VII du présent exposé, plus haut.

⁵⁸⁷ Cf. *Contre-mémoire*, par. 944.

⁵⁸⁸ Pars. 58, 60, 64, 69, 79 et 84, plus haut.

⁵⁸⁹ Même si c'est seulement pour l'écarter (par. 116).

⁵⁹⁰ Telle que transposée, historiquement, du droit interne dans le droit pénal international.

⁵⁹¹ Cf. L. Kuper, *International Action against Genocide*, London, Minority Rights Group (Report n. 53), 1982, pp. 9, 11, 13 et 14; G.J. Andreopoulos, «Introduction: The Calculus of Genocide», in *Genocide: Conceptual and Historical Dimensions* (ed. G.J. Andreopoulos), Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 1994, pp. 2, 3 et 6 à 17 ; M. Lippman, «Genocide: The Crime of the Century - The Jurisprudence of Death at the Dawn of the New Millenium», 23 *Houston Journal of International Law* (2001) pp. 477, 478, 487, 503 à 506, 523 à 526 et 533.

⁵⁹² Cf., par exemple, L. Kuper, «Other Selected Cases of Genocide and Genocidal Massacres: Types of Genocide», in *Genocide - A Critical Bibliographic Review* (ed. I.W. Charny), London, Mansell Publ., 1988, pp. 155 à 171; L. Kuper, «Theoretical Issues Relating to Genocide: Uses and Abuses», in *Genocide: Conceptual and Historical Dimensions*, *op. cit. supra* n. (588), pp. 32 à 37 et 44; I.W. Charny, «Toward a Generic Definition of Genocide», in *ibid.*, pp. 64 à 78, 84, 85 et 90 à 92.

⁵⁹³ Cf. partie V du présent exposé, plus haut.

A propos de l'auteur

Antônio Augusto Cançado Trindade



Antônio Augusto Cançado Trindade, juriste de renommée internationale, c'est un juge à la Cour Internationale de Justice, aussi bien que l'ancien président et juge de la Cour Interaméricaine des Droits de l'homme.

Il est professeur émérite de droit international à l'université de Brasília,

Brésil. Il a aussi enseigné et reçu des doctorats honorifiques de : Universidad Central de Chile, Universidad Nacional de La Plata, Universidad Americana de Paraguay, Pontificia Universidad Católica de Perú, Universidad del Rosario de Bogotá; Universidad de Brasília, Brasil; et Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Sumario

Introducción;

I. *¿Qué significa erradicar la apatridia?*

1. *El enfoque de derechos humanos*; 2. *La visión programática del Plan Mundial*; 3. *La visión de principios de la Declaración de Brasil*;

II. *¿Qué es la Declaración y Plan de Acción*

de Brasil?; 1. *Antecedentes*; 2. *Discusión, negociación y adopción del Plan de Brasil*; 3. *Diferencias y semejanzas con el Plan Mundial*;

III. *¿Cómo harán los países latinoamericanos y del Caribe para erradicar la apatridia?*

1. *Prevención*; 2. *Protección*; 3. *Resolución*;

IV. *Conclusión*



Hacia la Erradicación de la Apatridia en América: La Declaración y Plan de Acción de Brasil

Juan Ignacio Mondelli

Las opiniones expresadas en este documento son del autor y no reflejan necesariamente las del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) o las de la Organización de las Naciones Unidas

Introducción

A comienzos de noviembre de 2014, el Plan de Acción Mundial para Acabar con la Apatridia propuso terminar con la apatridia en el mundo en diez años.¹ A mediados de ese mes, durante el lanzamiento de la campaña #IBelong en Washington, D.C., el Alto Comisionado, António Guterres, dijo que esperaba que las Américas fuera el primer continente que acabara con la apatridia.² Dos semanas más tarde, los países Latinoamericanos y del Caribe adoptaron la Declaración y el Plan de Acción de Brasil.³ Allí, afirmaron su compromiso con la erradicación de la apatridia, respaldaron el Plan Mundial, y propusieron implementar una serie

de acciones para alcanzar esta meta en las Américas.

En este artículo responderé tres preguntas. En primer lugar, explicaré qué significa erradicar la apatridia, ofreciendo tres enfoques complementarios. En segundo lugar, reseñaré cómo surgió el programa de erradicación de la apatridia del Plan de Brasil. Finalmente, voy a referirme al contenido de este programa y a cómo se propone alcanzar esta meta en la región.

I. ¿Qué significa erradicar la apatridia?

Está claro que la meta del *Plan Mundial* y el *Plan de Brasil* es acabar con la apatridia. Ahora bien, ¿qué significa *erradicar*? En mi opinión, para erradicar la apatridia debemos integrar tres perspectivas. En primer lugar, debemos partir de un *enfoque de derechos humanos* para comprender el contenido y alcance del derecho a la identidad

“La apatridia se define como la inexistencia del vínculo jurídico que liga a una persona con un determinado Estado”

y a una nacionalidad, y dimensionar adecuadamente el problema de la discriminación como causa subyacente de la apatridia. En segundo lugar, debemos adoptar una *visión programática*. Acabar con la apatridia requiere fijar metas, implementar acciones y, sobre todo, alcanzar resultados concretos. Finalmente, para erradicar la apatridia debemos tener una *mirada de principios*. La apatridia contradice los valores fundamentales sobre los que se asienta todo Estado de Derecho y el sistema de protección internacional de los derechos humanos.

1. El enfoque de derechos humanos

La apatridia se define como *la inexistencia del vínculo jurídico que liga a una persona con un determinado Estado* (nacionalidad).⁴ Se trata de una *anomalía* del sistema internacional, pues lo habitual es que una persona posea una nacionalidad. Es también una *falla* del sistema, pues sin una población permanente un Estado no llegaría a ser considerado

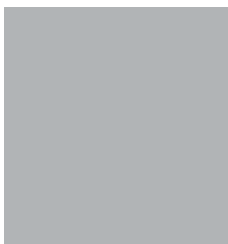
como sujeto de derecho internacional.⁵ Y si bien es cierto que los habitantes de un Estado pueden ser nacionales y extranjeros, siempre debe existir una población *nacional*. Sin embargo, y al tiempo que el derecho internacional dispone que no hay Estado sin nacionales, reconoce la posibilidad de que existan personas sin Estado.

Para mitigar el impacto humanitario de la apatridia, los Estados adoptaron la *Convención de 1954* con miras a proteger a las personas afectadas. Igualmente, buscaron prevenir el problema a través de la *Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961* (“Convención de 1961”), que busca asegurar que toda persona nazca con una nacionalidad y la conserve a lo largo de su vida. Sin embargo, ninguna de las convenciones consagró *expresamente* el derecho individual a una nacionalidad. No fue sino con el surgimiento y desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos que el problema de la apatridia fue enfocado como una violación del derecho de la persona a poseer una nacionalidad.

Como veremos, bajo un enfoque de derechos humanos, erradicar la apatridia implica: 1) prevenir la discriminación como causa subyacente del problema; 2) asegurar el respeto

Juan Ignacio Mondelli

Hacia la Erradicación de la Apatridia en América



del derecho a la identidad y; 3) salvaguardar la pertenencia de la persona a un Estado, a través de su derecho a adquirir y conservar una nacionalidad.

a) Igualdad y no discriminación como piedra angular de la erradicación

La discriminación como causa subyacente de la apatridia, puede encontrarse en la letra de la ley u ocultarse tras la práctica estatal.⁶ Por eso, erradicar la apatridia exige trabajar sobre el problema de fondo, la discriminación.

Suele decirse que *al árbol se lo conoce por sus frutos*. Imaginemos que nuestra casa tiene un jardín. ¿Qué sucedería si creciera un árbol venenoso? ¿Permitiríamos que nuestros hijos o los hijos del vecino comieran sus frutos? ¿Pediríamos a un jardinero que haga algo con el árbol? ¿Qué sucedería si el jardinero propone juntar periódicamente los frutos caídos? ¿Pensaríamos que el problema se resuelve si el jardinero poda el árbol con frecuencia? Me

atrevo a pensar que no. Probablemente pediríamos al jardinero que arranque *de raíz* el árbol.

En su sentido corriente, *erradicar* no es otra cosa que eso: arrancar de raíz y desechar el árbol.⁷ Por ello, jamás erradicaremos la apatridia si sólo nos dedicamos a cortar las ramas del árbol. Tarde o temprano, el árbol dará frutos y nuestros hijos comerán de él. Y, como suele ocurrir en estos casos, curar la enfermedad es mucho más penoso y costoso que prevenirla. Es por esta razón que, en las Américas, la Corte Interamericana ha pedido a los Estados erradicar el árbol de frutos venenosos.

Así, en relación al principio de no discriminación, la Corte ha dicho que: i) todos los Estados, en tanto miembros de la comunidad internacional, están obligados a respetar y garantizar los derechos humanos sin discriminación alguna; ii) existe una relación intrínseca entre el principio de igualdad y no

discriminación y el de protección igualitaria ante la ley; iii) en la actualidad, este principio es una norma imperativa del derecho internacional (*jus cogens*) que impregna toda actuación estatal, en cualquiera de sus manifestaciones.

Esto implica que, un Estado no puede actuar en contra de un determinado grupo de personas de forma directa, y tampoco puede discriminar en forma indirecta o amparar actos discriminatorios de cualquiera de sus poderes o de terceros, que actúen bajo su tolerancia, aquiescencia o a causa de su negligencia.⁸

La Corte ha dejado claro que el principio de no discriminación aplica a *todos* los derechos tutelados en la Convención, incluido el derecho a una nacionalidad. En virtud de ello, al legislar sobre la adquisición de la nacionalidad, la Corte ha dicho que los Estados deben abstenerse de producir regulaciones discriminatorias o que tengan efectos discriminatorios sobre un grupo de personas que integran su población. Además, deben combatir las prácticas discriminatorias en todos sus niveles. De igual forma, la legislación o práctica sobre nacionalidad no debe favorecer el incremento del número de personas apátridas.⁹

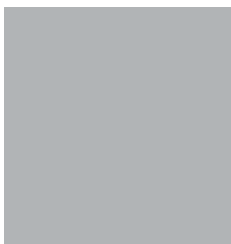
b) La identidad como derecho humano: *yo pertenezco*

El mensaje central de la campaña #IBelong es que toda persona tiene derecho a decir “*yo pertenezco*”. Los tratados de derechos humanos buscan que toda persona cuente con la más amplia libertad para definir su identidad de género, pensamiento, religión, etc. Igualmente, apuntan a generar las condiciones para su plena integración social, cultural y económica en la sociedad. De igual modo, los tratados de derechos humanos procuran que, desde su nacimiento, toda persona pertenezca legalmente a un determinado país y conserve una nacionalidad a lo largo de su vida.

En las Américas, la Convención Americana no consagra expresamente el derecho a la identidad. No obstante, en términos generales, la Corte Interamericana lo ha definido como *el conjunto de atributos y características que permiten individualizar a la persona en sociedad*. Para la Corte, el derecho a la identidad comprende, entre otros elementos, el nombre, la nacionalidad y las relaciones familiares, que son derechos protegidos en la Convención.¹⁰ Dado que, por un lado, la Convención Americana no consagra *expresamente* el derecho

Juan Ignacio Mondelli

Hacia la Erradicación de la Apatridia en América



a la identidad y que, por otro lado, protege autónomamente el derecho a una nacionalidad, cabe preguntarse qué utilidad práctica tiene el derecho a la identidad cuando hablamos de erradicar la apatridia.

En primer lugar, debe advertirse que la Corte ha dejado a salvo la posibilidad de precisar el contenido del derecho a la identidad en un futuro. Como advirtiera el Juez Vio Grossi, para la Corte, el derecho a la identidad sería algo más que la suma de los derechos al nombre, a la nacionalidad, y a la protección de la familia, e incluiría no sólo los derechos relevantes previstos en el texto de la Convención pero también otros no contemplados.¹¹ Con ello, pareciera que la Corte no ha querido brindar una definición cerrada del significado de identidad, sino que prefiere analizar su significado caso a caso, a la luz del impacto que la violación del derecho en juego puede llegar a tener en la persona afectada.

En segundo lugar, pareciera que el derecho a la identidad es el prisma a través del cual la Corte analiza la violación del derecho a una nacionalidad. En el *Caso Gelman*, por ejemplo, la Corte concluyó que Uruguay había privado arbitrariamente de la nacionalidad argentina a la hija de una víctima de desaparición forzada que fue trasladada ilícitamente al Uruguay, país donde la niña finalmente nació. La Corte dijo que Uruguay había frustrado el nacimiento de la niña en Argentina, que era el país de nacionalidad de sus padres biológicos y donde ella normalmente hubiera nacido. Así, la niña adquirió la nacionalidad uruguaya (*ius soli*) por una situación arbitraria (supresión de la identidad argentina de la niña). La Corte aclaró que, en este contexto, la vulneración de derechos sólo cesa cuando se revela a la víctima su verdadera identidad y se le garantizan las posibilidades jurídicas y fácticas de recuperarla.¹²

Finalmente, pareciera que cuando la Corte Interamericana analiza un caso clave del derecho a la identidad, desarrolla una visión comprensiva del problema, y también de las soluciones (remedios). De esta manera, la Corte apunta a soluciones centradas en la identidad.¹³

En el *Caso de Personas Dominicanas*, por ejemplo, la clara identidad dominicana de las víctimas llevó a la Corte a concluir que el problema de la denegación y privación arbitraria de la nacionalidad no se resuelve obligando a las víctimas a reconocerse como extranjeros y reconociendo un derecho a solicitar su naturalización como dominicanos.¹⁴ Para la Corte, esta solución es incompatible con el derecho a ser reconocidos como dominicanos por nacimiento. En otras palabras, en el marco de la restitución de la nacionalidad, la naturalización no es una solución respetuosa de la identidad de las víctimas, en este caso como dominicanas.¹⁵

En síntesis, cuando la Convención Americana protege el derecho al nombre, a la familia y a la nacionalidad, tutela algunos de los elementos que componen el derecho a la identidad y, en conjunto, protege la pertenencia del individuo a una determinada comunidad, sociedad y Estado.

c) La nacionalidad como derecho humano: el derecho a no ser apátrida

La meta de erradicación de la apatridia parte de un presupuesto fundamental: los Estados ya han reconocido que toda persona tiene el derecho humano a la nacionalidad.¹⁶ Sin embargo, no todos los instrumentos internacionales que reconocen este derecho indican *cuál es* en concreto la nacionalidad a la que tiene derecho el individuo. Otras veces, los tratados de derechos humanos lo consagran sólo como un derecho del niño, o limita el derecho a la mera adquisición, guardando silencio sobre la cuestión de su conservación.¹⁷ Con todo, el derecho a una nacionalidad debe tener un contenido mínimo como derecho humano.

Aunque puede discutirse acerca de cuál es el contenido y alcance del derecho a la nacionalidad,¹⁸ en general se reconoce que como mínimo, este derecho conlleva para el Estado la obligación de *evitar* la apatridia.¹⁹ Aunque se requiere un estudio más detenido, dado que la Convención Americana protege el derecho de toda persona a una nacionalidad desde el nacimiento y a lo largo de la vida, podría afirmarse que, al menos en el ámbito de este tratado, existe un derecho a no ser apátrida. Este derecho no es otra cosa que la

Juan Ignacio Mondelli

Hacia la Erradicación de la Apatridia en América

contracara de la obligación estatal de adoptar medidas efectivas para de un lado, asegurar la adquisición de una nacionalidad, desde el nacimiento y del otro lado, abstenerse de adoptar medidas que impliquen la denegación, pérdida o privación arbitraria de la nacionalidad.

A propósito de la apatridia infantil, recientemente el Secretario General recordó los lineamientos del Comité de Derechos Humanos,²⁰ en el sentido que aunque los Estados no están obligados a conceder su nacionalidad a todos los niños nacidos en su territorio, sí deben adoptar todas las medidas apropiadas, tanto en el ámbito interno como en cooperación con otros Estados, para garantizar que todo niño adquiera una nacionalidad al nacer. Una de esas medidas es, precisamente, conceder la nacionalidad a los niños nacidos en su territorio que de otro modo serían apátridas.²¹ Debe advertirse que esta obligación concierne a todos los países con los que el niño tiene un vínculo relevante, por ejemplo en razón del lugar de su nacimiento, parentesco o residencia.²²

En América, la Corte Interamericana ha sostenido que la facultad discrecional de los Estados para determinar quiénes son sus nacionales está limitada

“La Corte Interamericana ha sostenido que la facultad discrecional de los Estados para determinar quiénes son sus nacionales está limitada por su deber de prevenir y reducir la apatridia.”

por su deber de prevenir y reducir la apatridia. En particular, los Estados tienen la obligación de no adoptar prácticas o legislación sobre adquisición de la nacionalidad que favorezca la apatridia.²³ Con ello, el derecho de *toda persona a una* nacionalidad, previsto en el Art. 20.1 de la Convención Americana, puede interpretarse como comprensivo de un derecho a no nacer ni devenir apátrida, desarrollando en parte los incisos 2 y 3. Dado que el Art. 20.2 de la Convención prescribe la adquisición automática de la nacionalidad del país donde nace el niño, si de otro modo sería apátrida,²⁴ y que el Art. 20.3 cubre los supuestos de prohibición de denegación, pérdida y privación arbitraria de la nacionalidad,²⁵ el ámbito material de aplicación del Art. 20.1 (derecho a no ser apátrida) podría cubrir los demás supuestos de prevención de apatridia al nacimiento previstos en la Convención de 1961.²⁶

En otras palabras, el Art. 20.1 de la Convención Americana debería entenderse en sintonía con los estándares de la Convención de 1961, en tanto reflejan un consenso internacional sobre la forma de prevenir la apatridia. Aunque de momento la Corte Interamericana no se ha pronunciado al respecto, la conclusión parece ineludible cuando el Estado en cuestión es Parte de la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención de 1961.

En efecto, tratándose de un caso que involucra a un niño, su derecho a adquirir una nacionalidad bajo el Art. 20.1 de la Convención Americana debe leerse en sintonía con el Art. 7.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece que los Estados Partes velarán por la aplicación de este derecho de conformidad con su legislación nacional y las obligaciones que hayan contraído en virtud de los instrumentos internacionales pertinentes en esta esfera, sobre todo cuando el niño resultara de otro modo apátrida.

2. La visión programática del Plan Mundial

Además de un enfoque de derechos humanos, la erradicación de la apatridia requiere una serie de acciones y resultados concretos (enfoque

programático). Precisamente, esta es una de las fortalezas del *Plan Mundial*, que brinda a los Estados un marco de orientación para: 1) resolver las principales situaciones existentes de apatridia; 2) prevenir el surgimiento de nuevos casos; 3) identificar y proteger a las personas apátridas.

Para cada una de las diez acciones propuestas, el *Plan Mundial* describe el contexto y la situación actual (líneas de base), propone alcanzar progresivamente ciertas metas (2017, 2020 y 2024), y también sugiere actividades de implementación concretas. Igualmente, el Plan contiene una estrategia general (ej. desarrollar e implementar planes nacionales de acción), y vincula cada acción con un estándar internacional aplicable (enfoque de derechos humanos).

3. La visión de principios de la Declaración de Brasil

Hemos visto que “*erradicar*” la apatridia exige identificar los estándares internacionales relevantes (*enfoque de derechos humanos*), así como un marco programático (*enfoque basado en resultados*). La erradicación de la apatridia exige, por igual, un compromiso político y abordar el problema como una cuestión de principios.²⁷

Juan Ignacio Mondelli

Hacia la Erradicación de la Apatridia en América

Esta visión de principios se reflejó en la *Declaración de Brasil*. Allí, los Estados recordaron que toda persona tiene derecho a una nacionalidad, calificaron a la apatridia como una violación de este derecho individual, y reafirmaron que la prerrogativa estatal para regular la nacionalidad en su derecho interno está limitada por el derecho internacional.²⁸ Por otro lado, los países dieron la bienvenida al *Plan Mundial* y expresaron su compromiso de acabar con la apatridia en 10 diez años.²⁹

Aunque no adoptó la *Declaración de Brasil*, los Estados de Unidos de América propician esta visión de principios al sostener que la apatridia despoja a las personas de sus derechos y de la protección de la ley, y considerar que el problema se opone a los valores de ese país.³⁰

II. ¿Qué es la Declaración y Plan de Acción de Brasil?

1. Antecedentes

La preocupación por el problema de la apatridia no es nueva en las Américas.³¹ La Asamblea General de la OEA se refirió al problema en varias ocasiones,³² que también se abordó en la Declaración de Brasilia (2010).³³ Igualmente, varios países se comprometieron a

adoptar medidas en el *Evento Intergubernamental a Nivel Ministerial sobre los Refugiados y los Apátridas* (2011).³⁴ Con todo, el antecedente inmediato de la Declaración y Plan de Brasil fue el proceso *Cartagena+30* pues, en definitiva, fue el proceso que acogió favorablemente el llamado de la Asamblea General de la OEA de adoptar un capítulo sobre erradicación de la apatridia en este marco estratégico regional.³⁵

Cartagena+30 fue el proceso conmemorativo del 30° aniversario de la adopción de la *Declaración de Cartagena sobre Refugiados* (1984). A lo largo de los años, sin embargo, tanto la Declaración de Cartagena como los instrumentos que la sucedieron³⁶ se enfocaron exclusivamente en los problemas que enfrentaban los solicitantes de asilo, los refugiados, los desplazados internos y los retornados. La Declaración y Plan de Brasil debe entenderse como un hito histórico e instrumentos novedoso en materia de apatridia.

2. Discusión, negociación y adopción del Plan de Brasil

Cartagena +30 fue un espacio de encuentro donde los Estados, el ACNUR, la sociedad civil y otros organismos internacionales, reflexionaron sobre los progresos y los desafíos de

protección internacional, así como sobre la forma pragmática de abordarlos.

Como parte del proceso, se realizaron cuatro consultas subregionales en: Argentina, para los países de MERCOSUR; Ecuador, para los países Andinos; Nicaragua, para los países de Mesoamérica y finalmente en Gran Caimán, para los países y territorios del Caribe. En todas las consultas, salvo en Ecuador, se discutió sobre el problema de la apatridia.

Las cuatro consultas subregionales adoptaron documentos con conclusiones y recomendaciones, que sirvieron para la preparación de los borradores de la *Declaración y Plan de Acción de Brasil*. Estos borradores fueron luego discutidos y negociados por los países del Grupo Latinoamericano y del Caribe (GRULAC) en Ginebra y, finalmente, fueron adoptados por aclamación durante el evento final ministerial celebrado en Brasil.³⁷

3. Diferencias y semejanzas con el Plan Mundial

Mientras que el *Plan Mundial* fue elaborado por el ACNUR en consulta con los Estados, organismos internacionales y organizaciones de la sociedad civil, el *Plan de Brasil* es un instrumento discutido, negociado y adoptado por Estados.

A lo largo del proceso *Cartagena+30*, la sociedad civil brindó sus observaciones y recomendaciones a los países y, de hecho, diversas organizaciones participaron como observadoras en las reuniones consultivas sub regionales. Igualmente, el ACNUR facilitó la organización y las discusiones de dichas reuniones, y brindó asesoría técnica a los países. De forma tal que *Cartagena+30* fue un proceso participativo pero donde los protagonistas fueron los Estados.

Tanto el *Plan Mundial* como el *Plan de Brasil* son herramientas que permiten a los Estados maximizar sus esfuerzos para erradicar la apatridia. Sin embargo, el *Plan Mundial* pone el énfasis en lo operativo (visión programática), en tanto que el *Plan de Brasil* se apoya en la *Declaración de Brasil* como un marco político y de principios para la acción.

Más allá de las fortalezas de cada instrumento, debe advertirse que el *Plan de Brasil* no es una iniciativa desconectada del *Plan Mundial*. De hecho, el primero representa la respuesta de Latinoamérica y el Caribe al llamado del ACNUR de erradicar la apatridia. Ello significa que ambos planes son complementarios y deben leerse en conjunto.

Por lo que se refiere a su implementación, el *Plan de Brasil* subraya la trascendencia de la cooperación regional y el hecho que, a nivel nacional, cada país debe desarrollar proyectos específicos de seguimiento, con la asesoría técnica del ACNUR y otros organismos. Esto permite que cada Estado identifique las metas aplicables, así como sus prioridades y desarrolle programas adaptadas a sus necesidades.

Finalmente, por lo que respecta a los mecanismos de evaluación y seguimiento, el *Plan de Brasil* indica la posibilidad de que los Estados creen mecanismos especiales, incluida la elaboración de informes del ACNUR cada tres años, y un informe final en 2024.

III. ¿Cómo harán los países latinoamericanos y del Caribe para erradicar la apatridia?

Para acabar con la apatridia, el *Plan de Brasil* propone adoptar las siguientes acciones, según sean relevantes en cada país:

1. adherir a las convenciones sobre apatridia;
2. promover la armonización de la normativa y práctica interna sobre

nacionalidad con los estándares internacionales;

3. facilitar la inscripción universal de nacimientos y el otorgamiento de documentación;
4. establecer procedimientos para determinar la apatridia;
5. adoptar marcos normativos de protección de las personas apátridas;
6. otorgar facilidades para la naturalización;
7. confirmar la nacionalidad;
8. facilitar la restitución y recuperación de la nacionalidad.³⁸

1. Prevención

a) Adherir a la Convención de 1961

La erradicación mundial de la apatridia requiere que los países actúen en conjunto. Para ello, los países deben actuar sobre la base de criterios consensuados, sobre la forma de prevenir el problema en primer lugar. Dado que el objeto y fin de la *Convención de 1961* es precisamente *prevenir* la apatridia, los Estados debieran hacerse Partes en este tratado.³⁹ Por este motivo, la acción N° 9 del *Plan de Mundial* y la acción a) del *Plan de Brasil* promueven la adhesión a la Convención de 1961.

A lo largo de los años, la Asamblea General de la ONU ha venido promoviendo la adhesión de los países

a las convenciones sobre apatridia.⁴⁰ Por su parte, la Asamblea General de la OEA ha promovido la adhesión en sus resoluciones sobre refugiados de 1999, 2001, 2002, 2003, 2004, y 2009,⁴¹ y en 2010, 2011, 2013 y 2014 lo hizo en sus resoluciones sobre “*Prevención y Reducción de la Apatridia y Protección de las personas apátridas en las Américas*”.⁴²

La cuestión de la adhesión a las convenciones estuvo igualmente presente en la *Declaración de Brasilia* (2010),⁴³ y en el *Evento Intergubernamental a Nivel Ministerial sobre los Refugiados y los Apátridas*,⁴⁴ donde de los 33 Estados que se comprometieron a adherirse a una o a ambas convenciones, varios eran países americanos: Argentina (Convención de 1961), Colombia (Convención de 1961), Ecuador (Convención de 1961), Haití (ambas Convenciones), Honduras (ambas Convenciones), Paraguay (ambas Convenciones) y Perú (ambas Convenciones).⁴⁵

A la fecha, todos los países cumplieron su compromiso, salvo Haití. Asu turno, Chile ha indicado que avanzará hacia la adhesión.⁴⁶ En la actualidad, de los 65 Estados Partes de la *Convención de 1961*, 16 son países americanos.

Entre los años 2011 y 2015, de los 28 países que adhirieron a la Convención

de 1961, 11 corresponden a Europa, 10 a las Américas, 6 a África, y 1 a Asia. Con ello, la tasa de adhesión en la región asciende al 35.71% del total global de adhesiones.

b) Armonizar la normativa y práctica interna sobre nacionalidad con los estándares internacionales

El *Plan de Brasil* promueve la armonización de la normativa y práctica interna sobre nacionalidad con los estándares internacionales. Bajo esta fórmula, el *Plan de Brasil* comprende a las acciones dos, tres y cuatro del *Plan Mundial*, es decir: asegurar que ningún niño nazca apátrida; eliminar la discriminación de género en las leyes de nacionalidad; y prevenir la denegación, pérdida o privación de la nacionalidad por motivos discriminatorios.

En general, el derecho interno de los países americanos compatibiliza con los estándares internacionales sobre derechos humanos y apatridia. Sin embargo, el *Plan de Brasil* deja claro que subsisten brechas y vacíos en las legislaciones sobre nacionalidad que debe resolverse. El caso paradigmático de vacíos es el de los niños expósitos pues muchas legislaciones no resuelven lo relativo a su nacionalidad, y la cuestión queda sujeta a prácticas administrativas

Juan Ignacio Mondelli

Hacia la Erradicación de la Apatridia en América

o judiciales variables. De igual manera, los Estados Unidos de América permite renunciar a la nacionalidad sin salvaguardas apropiadas para prevenir la apatridia.⁴⁷

En relación a las *brechas*, existen legislaciones que contradicen estándares de prevención o que son discriminatorios. En El Salvador⁴⁸ y México,⁴⁹ por ejemplo, las personas naturalizadas pueden perder la nacionalidad por residir menos de siete años en un país extranjero.⁵⁰ Por otro lado, las Constituciones de Barbados y Bahamas cuentan con normas discriminatorias en razón del género.⁵¹ Aunque muy recientemente Las Bahamas convocó a un referéndum constitucional para resolver el problema,⁵² al que el ACNUR, la Comisión Interamericana, y otras agencias de Naciones Unidas dieron la bienvenida,⁵³ el resultado fue negativo.

También pueden registrarse casos de apatridia a causa de la imposibilidad de los niños, nacidos en el extranjero, de adquirir la nacionalidad de sus padres y la del país donde nacieron. En Panamá⁵⁴ y Paraguay,⁵⁵ la adquisición de la nacionalidad por ascendencia queda sujeta a que los hijos de nacionales nacidos en el extranjero establezcan su residencia o domicilio en el país.

A partir de 2014, Chile limitó la interpretación de la noción de *hijo de extranjero transeúnte*, como excepción al principio constitucional de adquisición automática de la nacionalidad por el nacimiento en su territorio. Actualmente, la nueva reglamentación limita la excepción constitucional exclusivamente a los hijos de turistas y tripulantes, pero no alcanza a los hijos de extranjeros en condición migratoria irregular con ánimo de permanencia en el país. Asimismo, la nueva reglamentación estableció un mecanismo para revisar, caso a caso, la inscripción civil de modo que el niño sea reinscrito como de nacional.⁵⁶ Se espera que ese nuevo criterio, basado en una jurisprudencia bien establecida de la Corte Suprema, adquiera rango de ley.⁵⁷

En Colombia, el Art. 96 de la Constitución establece que son colombianos por nacimiento, los niños que “*siendo hijos de extranjeros, alguno de sus padres estuviere domiciliado en la República en el momento del nacimiento*”. En marzo de 2015, Colombia amplió la nómina de categorías migratorias aptas para demostrar el requisito de domicilio.⁵⁸ Con ello, se confirma la tendencia de los países a eliminar las brechas en sus leyes de nacionalidad y a limitar las pocas excepciones previstas para la adquisición automática de la nacionalidad.

c) Facilitar la inscripción universal de nacimientos y el otorgamiento de documentación

De acuerdo al Art. 7.1 de la *Convención sobre los Derechos del Niño* (1989) el niño debe ser inscripto inmediatamente después de su nacimiento y tiene derecho a adquirir una nacionalidad. Siguiendo la acción siete del *Plan Mundial*, la acción c) del *Plan de Brasil* promueve “[f]acilitar la inscripción universal de nacimientos y el otorgamiento de documentación, implementando las actividades propuestas en la Conclusión N° 111 del Comité Ejecutivo del ACNUR...”.

“En algunos países, puede generarse un riesgo de apatridia cuando la falta de inscripción de nacimiento, sumado a la falta de un mecanismo apropiado de inscripción tardía, hace que la persona enfrente dificultades insuperables, legales o prácticas, para probar su vínculo de nacionalidad con un país.”

Entre otras actividades, el *Plan de Brasil* sugiere: “i) la adopción de procedimientos administrativos simplificados; ii) la organización periódica de campañas de sensibilización y actividades de divulgación comunitarias; iii) la aplicación de medidas apropiadas para garantizar que se llegue a zonas rurales o remotas, por ejemplo mediante unidades móviles de registro”.

En la mayoría de los países americanos la nacionalidad se adquiere automáticamente al nacer en el territorio (*ius soli*). Sin embargo, en algunos países, puede generarse un riesgo de apatridia cuando la falta de inscripción de nacimiento, sumado a la falta de un mecanismo apropiado de inscripción tardía, hace que la persona enfrente dificultades insuperables, legales o prácticas, para probar su vínculo de nacionalidad con un país (ej. al no poder donde nació ni quiénes son sus padres). Esta situación suele afectar a las comunidades indígenas y a los trabajadores migratorios temporales que viven en zonas rurales fronterizas, donde la falta de inscripción de nacimiento hace que las autoridades duden, o directamente desconozcan, que la persona es un nacional suyo.

El registro civil del nacimiento contribuye a la realización del derecho a la identidad pues documenta dónde nació un niño y quiénes son sus padres, lo

Juan Ignacio Mondelli

Hacia la Erradicación de la Apatridia en América

que, a su turno, permite establecer su nacionalidad. La acción c) del *Plan de Brasil* es particularmente relevante pues, de acuerdo a estimaciones recientes, en el continente americano existen 1.3 millones de nacimientos que no son registrados cada año, y 6.5 millones de niños y niñas que no cuentan con un certificado de la inscripción de su nacimiento. Aunque el nivel de sub-registro entre niñas y niños de 1 a 5 años de edad ha disminuido del 18% al 7%, el 11% de los niños y niñas menores de 5 años de edad en áreas rurales aún no se encuentran registrados.⁵⁹

Si bien es cierto que sólo un número reducido de estos niños podría enfrentar situaciones de riesgo de apatridia, la posibilidad no se ha eliminado por completo.

Por esta razón, a iniciativa del Grupo de Países Latinoamericanos y del Caribe (GRULAC), en 2013 el Comité Ejecutivo del ACNUR aprobó una “*Conclusión sobre el Registro Civil*” en la que se alienta a los Estados a aplicar, en colaboración y con el apoyo del ACNUR, las medidas jurídicas y prácticas necesarias a fin de superar las dificultades para efectuar inscripciones en el registro civil.⁶⁰ El *Programa Interamericano para el Registro Civil Universal* y “*Derecho a la Identidad*” ha sido también concebido con este mismo propósito de apoyar a los Estados.⁶¹

2. Protección

a) Adherir a la Convención de 1954

La acción N° 9 del *Plan de Mundial* y la acción a) del *Plan de Brasil* promueven la adhesión a la *Convención de 1954*. Dado que el objeto y fin de esta Convención es garantizar a las personas apátridas el disfrute más amplio posible de sus derechos humanos,⁶² la adhesión es importante para asegurarles condiciones de seguridad y dignidad hasta que puedan acceder a una solución de nacionalidad.

A la fecha, de los 86 Estados Partes en la *Convención de 1954*, 19 corresponden a países de América. En América del Sur, no son Estados Partes Chile,⁶³ Colombia,⁶⁴ Guayana, Surinam y Venezuela.⁶⁵ En América Central sólo resta que El Salvador adhiera a la Convención de 1961 para que todos los países sean Partes en ambas convenciones. En América del Norte, Canadá⁶⁶ y los Estados Unidos de América no son Estados Partes. Por su parte, en 2014 México levantó su reserva al artículo 31 de la Convención, sobre expulsión de personas apátridas.⁶⁷ En esa misma dirección, se espera que levante las reservas a los artículos 17 y 32.⁶⁸ Finalmente, la región del Caribe registra el menor número de adhesiones.

Entre los años 2011 y 2015, de los 21 países que adhirieron a la *Convención de 1961*, 8 corresponden a África, 6 a las Américas, 5 a Europa, y 2 a Asia. Con ello la tasa de adhesión en la región asciende al 28,57% del total global de adhesiones. Ahora bien, si se considera que de las 49 adhesiones registradas a nivel global respecto de ambas convenciones, 16 corresponden a países de las Américas, la tasa acumulada equivale al 32.65%. Es decir que, junto a Europa, las Américas registra el mayor número global de adhesiones desde 2011.

b) Establecer procedimientos para determinar la apatridia

Los procedimientos de determinación de la apatridia permiten que un Estado identifique a las personas apátridas, les proporcione un tratamiento adecuado, y así cumpla con sus obligaciones bajo la *Convención de 1954*.⁶⁹ En línea con la acción 6 del *Plan Mundial*, el *Plan de Brasil* recomienda establecer o fortalecer dichos procedimientos, incluyendo esta competencia dentro de las funciones de las Comisiones Nacionales para los Refugiados (CONARE) o instituciones equivalentes.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que el establecimiento de procedimientos de determinación de la apatridia es una obligación

positiva de los Estados,⁷⁰ y ha dejado claro que los Estados deben determinar la nacionalidad del niño o, en su caso, su condición de apátrida.⁷¹ La Corte considera que “*en un contexto migratorio, constituye una obligación del Estado receptor determinar si la niña o el niño es apátrida a fin de asegurar su protección como tal y, dependiendo de los motivos de salida del país de residencia habitual, referirlo a un procedimiento de determinación de la condición de refugiado y/o de apátrida, o a un mecanismo complementario de protección*”.⁷² Esto requiere el establecimiento o fortalecimiento de procedimientos justos y eficientes para determinar si el niño o niña es una persona apátrida, que sean sensibles a sus necesidades diferenciadas, de acuerdo a su edad, género y diversidad.⁷³

En 2011, Brasil,⁷⁴ Estados Unidos de América,⁷⁵ Perú⁷⁶ y Uruguay⁷⁷ se comprometieron a adoptar medidas o procedimientos de determinación de la apatridia. De igual modo, Costa Rica se comprometió a fortalecerlos,⁷⁸ y Panamá a velar por la protección de las personas apátridas.⁷⁹ En la actualidad, México cuenta con un procedimiento comprensivo establecido,⁸⁰ en tanto que Costa Rica, que poseía un mecanismo ad-hoc,⁸¹ adoptó recientemente un nuevo procedimiento.⁸² En Bolivia, la CONARE tiene competencia para evaluar las solicitudes

de reconocimiento, aunque no cuenta con un procedimiento específico.⁸³ En Honduras⁸⁴ y Nicaragua,⁸⁵ igualmente, se asignó competencia a un órgano estatal sin establecerse un procedimiento. Finalmente, en Panamá la legislación indica que el procedimiento que sea adoptado debe estar en línea con los tratados internacionales.⁸⁶

c) Adoptar marcos normativos de protección

La acción e) del *Plan de Brasil* propone la adopción de marcos normativos (leyes, decretos o reglamentos administrativos) que garanticen la protección de las personas apátridas, de modo de dar plena operatividad a los derechos reconocidos en la *Convención de 1954* y otros tratados de derechos humanos.

A pesar de que Argentina, Costa Rica, Honduras, México y Nicaragua han regulado algunos aspectos concernientes a la residencia legal y la documentación, en general, los países americanos carecen de regulaciones comprensivas sobre protección. Por tal motivo, las resoluciones sobre apatridia de la OEA han llamado la atención sobre la importancia de contar con normativa interna a este fin.⁸⁷

En la actualidad, Argentina⁸⁸ cuenta con un proyecto de ley, en tanto Uruguay⁸⁹ desarrolló un proyecto que

aunque perdió estado parlamentario, será revisado y presentado con mejoras al Congreso en el 2016. Por su parte Brasil, que contaba con un anteproyecto de ley elaborado por el Ministerio de Justicia,⁹⁰ espera ahora regular la protección en el proyecto de ley de migraciones,⁹¹ al igual que Ecuador en su proyecto de ley de movilidad humana.⁹² A su turno, Panamá han avanzado en la elaboración de un anteproyecto de decreto, que continúa en estudio.

3. Resolución

a) Otorgar facilidades para la naturalización

La acción f) del *Plan de Brasil* recomienda facilitar la naturalización de las personas apátridas, de acuerdo con el Art. 32 de la *Convención de 1954*. Esta acción va en línea con la acción 6 del *Plan Mundial*, que también promueve facilitar a los refugiados y migrantes apátridas la adquisición de una nacionalidad.

Actualmente, la legislación de los países americanos no contempla facilidades para la naturalización. Sin embargo, Bolivia ha aprobado recientemente un reglamento que reduce significativamente los gastos asociados a la solicitud de naturalización.⁹³ México, contempla algunas facilidades para los refugiados.⁹⁴ Brasil, a su turno, ha eliminado el

requerimiento de renunciar a la nacionalidad de origen como requisito para solicitar la naturalización.⁹⁵

En vista de ello, es importante que los países de la región que están desarrollando marcos normativos de protección, siguiendo los proyectos de ley de Brasil y Ecuador, contemplen facilidades para la naturalización tales como: la exención del pago de tasas o derechos para iniciar el trámite, la reducción del número de años de residencia exigidos, la exención de la presentación de documentación que la persona no puede razonablemente obtener, y la no exigencia de una categoría de residencia legal determinada para presentar la solicitud (ej. residencia permanente).

b) Confirmar la nacionalidad

La acción g) del *Plan de Acción de Brasil* promueve la confirmación de la nacionalidad, por ejemplo a través de la facilitación del registro tardío de nacimiento y la expedición de documentación pertinente a ese fin. Indica asimismo que esta meta puede requerir el fortalecimiento del diálogo y la cooperación bilateral o multilateral entre las autoridades encargadas del registro civil, según sea el caso, así como proyectos binacionales de registro civil y documentación.

Esta acción encuentra su correlato en la Acción 8 del *Plan Mundial del ACNUR*, sobre la expedición de documentos de nacionalidad a aquellos con derecho a ella. La meta global es que ningún Estado cuente con poblaciones con derecho a la nacionalidad según sus leyes, pero que no pueden adquirir prueba documental de la misma.

c) Facilitar la restitución y recuperación de la nacionalidad

La acción h) del *Plan de Brasil* propone “[f]acilitar el restablecimiento o recuperación de la nacionalidad, mediante legislación o políticas inclusivas; en especial el restablecimiento automático de la nacionalidad como remedio para aquellos casos en los que la persona hubiera sido privada arbitrariamente de la nacionalidad”. Esta acción se relaciona con la Acción 1 del *Plan Mundial*, que promueve cambios en la legislación y políticas gubernamentales para reconocer como nacionales a personas que fueron excluidas de los criterios de nacionalidad y, de este modo, resolver las principales situaciones de apatridia existentes.

En las Américas, varios países no permiten renunciar a la nacionalidad, aunque en ciertos supuestos contemplan la suspensión de los derechos políticos para sus nacionales en el exterior. Otros permiten la renuncia siempre que la

persona no devenga apátrida. Facilitar la recuperación de la nacionalidad es relevante cuando la persona devino apátrida como consecuencia de la renuncia a su única nacionalidad, y no existen mecanismos para recobrarla automáticamente. Si bien la acción h) es una medida para resolver la apatridia, en primer lugar, los Estados deberían revisar su legislación para evitar que estos casos de renuncia lleguen a ocurrir.

La acción h) también se refiere a la restitución *automática* de la nacionalidad (*restablecimiento*) como una solución para los supuestos de privación arbitraria de la nacionalidad, en línea con los estándares internacionales generalmente aceptados.⁹⁶

En esta materia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que facilitar la naturalización no es la solución apropiada en instancias de denegación o privación arbitraria de la nacionalidad.⁹⁷ En la misma línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que, en estos supuestos, un Estado debe restituir en forma plena la nacionalidad. Para remediar la situación, el Estado debe adoptar medidas generales y automáticas para garantizar el derecho a la nacionalidad de las personas afectadas por la denegación o privación arbitraria. Los

“El Estado debe adoptar medidas generales y automáticas para garantizar el derecho a la nacionalidad de las personas afectadas por la denegación o privación arbitraria.”

mecanismos respectivos deben ser sencillos, claros, rápidos y justos, no pueden ser discrecionales o implementados en forma discriminatoria, y deben ser accesibles en términos económicos.⁹⁸

IV. Conclusión

Hemos identificado visto que la erradicación de la apatridia requiere tres cosas:

1. responder al problema con voluntad política y como una cuestión de principios, pues la apatridia corroe las bases sobre los que se asienta el derecho internacional y el Estado de Derecho (*visión de principios*);
2. implementar de las acciones del *Plan Mundial* y el *Plan de Brasil* que sean relevantes en cada país, pues ambos marcos estratégicos apuntan a la obtención de resultados concretos, evitando así que esta ambiciosa meta se reduzca a una

- aspiración o expresión de deseos (*visión programática*); y
3. garantizar el derecho humano a una nacionalidad, a través de soluciones que sean respetuosas del derecho a la identidad, y que apunten a abordar el problema de la discriminación cuando sea la causa subyacente de la apatridia (*enfoque de derechos humanos*).
2. protegen a los refugiados y personas apátridas que lleguen a sus territorios;
3. confirman la nacionalidad de aquellas personas con nacionalidad indeterminada y resuelven los casos de apatridia a través de acciones apropiadas de nacionalidades tales como como: la naturalización de migrantes y refugiados apátridas; la restitución automática de la nacionalidad a las personas que fueron privadas arbitrariamente de la misma, y; la recuperación de la nacionalidad a las personas que hubieran devenido apátridas como resultado de la pérdida o renuncia a la nacionalidad.⁹⁹

El *Plan de Brasil* es un hito histórico pues, por primera vez, los países del Caribe se unieron a los latinoamericanos para discutir, negociar y adoptar un plan de acción común que identifica los principales desafíos regionales y las acciones necesarias para enfrentarlos. El Plan de Brasil es también una herramienta clave para erradicar la apatridia en las Américas pues es el primer marco estratégico regional que incluye un capítulo sobre este tema. Finalmente, es la primera vez que los países expresan un compromiso de trabajar por la erradicación mundial de la apatridia.

En 2024, los países de América Latina y el Caribe podrán decir que alcanzaron la meta de erradicar la apatridia si:

1. su legislación y práctica sobre nacionalidad no origina nuevos casos de apatridia en la región (*prevención*);

La erradicación de la apatridia no sólo debe ser un horizonte pero, también un *imperativo* basado en la dignidad intrínseca de todo ser humano. En América están dadas las condiciones para terminar con la apatridia. Entonces, no sólo debemos hacerlo, también podemos lograrlo. El momento ha llegado. Comencemos hoy.

Los documentos y directrices sobre apatridia del ACNUR reseñadas pueden consultarse en www.acnur.org y www.unhcr.org.

Juan Ignacio Mondelli

Hacia la Erradicación de la Apatridia en América

¹ ACNUR, Plan de Acción Mundial para Acabar con la Apatridia: 2014-2024 (“Plan Mundial”), Ginebra, Noviembre de 2014. La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (“ACNUR”) desarrolló el Plan Mundial en el marco de la campaña #Ibelong que promueve la erradicación mundial de la apatridia. Ver <http://www.unhcr.org/ibelong/es/>.

² ACNUR, António Guterres, *Out of the Shadows: Ending Statelessness in the Americas Event*, Washington, D.C., 18 de Noviembre de 2014, <https://www.youtube.com/watch?v=VAF3M-V8Hxf8>.

³ *Plan de Acción de Brasil: Una Hoja de Ruta Común para Fortalecer la Protección y Promover Soluciones Sostenibles para las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe dentro de un Marco de Cooperación y Solidaridad* (“Plan de Brasil”), adoptado en Brasilia, el 3 de diciembre de 2014, junto con la *Declaración de Brasil: Un Marco de Cooperación y Solidaridad Regional para Fortalecer la Protección Internacional de las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe* (“Declaración de Brasil”).

⁴ El Art. 1.1 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 (“Convención de 1954”) define el término “apátrida” como aquella “persona que no es considerada como nacional suyo por ningún Estado, conforme a su legislación”.

⁵ Convención sobre Derechos y Deberes de los Estados, Arts. 1 y 9, adoptado durante la Séptima Conferencia Internacional Americana, Montevideo, Uruguay, 26 de diciembre de 1933.

⁶ A nivel mundial, la mayoría de las poblaciones apátridas pertenecen a alguna minoría étnica o religiosa. ACNUR, Aquí estoy, aquí pertenezco: la urgente necesidad de acabar con la apatridia infantil, Noviembre de 2015, p. 6.

⁷ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, “Erradicar: 1. tr. Arrancar de raíz.”, Edición del Tricentenario, <http://dle.rae.es/>. De igual modo, en inglés “eradicate” significa “to completely get rid of something such as a disease or a social problem” (deshacerse por completo de algo como una enfermedad o un problema social), Longman, Dictionary of Contemporary English, <http://www.ldoceonline.com/>

⁸ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 de 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18, párr. 97-101.

⁹ *Caso de las Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*. Sentencia de 8 de septiembre de 2005. Serie C No. 130, par. 140-2.

¹⁰ *Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones*. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 122-; *Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011 Serie C No. 232*, párr. 128; y *Caso Fornerón e hija Vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de abril de 2012 Serie C No. 242*, párr. 123. La Corte ha advertido que, dependiendo del caso, estos derechos deben interpretarse a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹¹ *Caso Gelman*, voto concurrente de Juez Bio Grossi.

¹² *Caso Gelman*, párr. 131 y 312.3.

¹³ Luego del *Caso Gelman*, es evidente el paso de la Corte Interamericana de un análisis centrado en la violación del derecho a una nacionalidad, autónomamente tutelado por la Convención

(*Caso Yean y Bosico*), a un análisis que abarca la problemática de la identidad individual (*Caso de Personas Dominicanas*).

¹⁴ *Caso de personas dominicanas y haitianas expulsadas Vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*. Sentencia de 28 de agosto de 2014. Serie C No. 282, par. 325.

¹⁵ *Caso de personas dominicanas*, par. 324.

¹⁶ Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), Art. 15; Declaración de los Derechos del Niño (1959), Principio 3; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (1965), Art. 5.d.iii); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), Art. 24.3; Convención Sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (1979), Art. 9; Convención sobre los Derechos del Niño (1989), Arts. 7 y 8; Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (1990), Art. 29; Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (2006), Art. 18. Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones forzadas (2006), Art. 25.4. A nivel de las Américas, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (1948) Art. XIX, Convención Americana sobre Derechos Humanos (1969), Art. 20.

¹⁷ Gerard-René De Groot, “Children, their right to a nationality and child statelessness”, in A. Edwards and L. van Waas (eds), *Nationality and Statelessness under International Law*, Cambridge University Press 2014, p. 145-148.

¹⁸ Alice Edwards, “The meaning of nationality in international law in the era of human rights: procedural and substantive aspects”, in A. Edwards and L. van Waas (eds), *Nationality and Statelessness under International Law*, Cambridge University Press 2014, p. 14-16.

¹⁹ En relación al Art. 7.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño ver Jaap E. Doek, *The CRC and the Right to Acquire and to Preserve a Nationality*, *Refugee Survey Quarterly* (2006) 25 (3): 26-32, p. 28.

²⁰ ONU, Comité de Derechos Humanos, Observación General N° 17, Derechos del niño (artículo 24), párr. 8.

²¹ ONU, Informe del Secretario General, Repercusiones de la privación arbitraria de la nacionalidad en el disfrute de los derechos de los niños afectados, y leyes y prácticas vigentes en materia de accesibilidad de los niños a la adquisición de la nacionalidad, entre otros, del país en el que han nacido, si de otro modo serían apátridas, A/HRC/31/29, 16 de diciembre de 2015, pár. 10.

²² ACNUR, Directrices sobre la apatridia N° 4: Garantizar el derecho de todo niño a adquirir una nacionalidad mediante los artículos 1-4 de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961, HCR/GS/12/04, 2012, pár. 11.

²³ *Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, par. 140 y 142. Es importante advertir que la Corte se refirió al deber general de los Estados de prevenir la apatridia en un caso que involucraba un país signatario pero que no era Estado Parte en la Convención de 1961. Con ello, está claro que el deber general de prevenir la apatridia nace de los Arts. 1.1, 2 y 20 de la Convención Americana, y aplica con mayor razón a los países que sí son Estados Partes en la Convención de 1961.

Juan Ignacio Mondelli

Hacia la Erradicación de la Apatridia en América

²⁴ ACNUR, Directrices sobre la apatridia N° 4, supra nota 25, pár. 12; De Groot, supra nota 21, p. 147;

²⁵ Por lo general, la privación de la nacionalidad que conduce a la apatridia será arbitraria, a no ser que la decisión respondiera a un propósito legítimo y fuera proporcionada. ONU, Informes del Secretario General, Privación arbitraria de la nacionalidad, A/HRC/10/34, 26 de enero de 2009, pár. 51; Los derechos humanos y la privación arbitraria de la nacionalidad, Informe del Secretario General, A/HRC/13/34, 14 de diciembre de 2009, pár. 27.

²⁶ Por ejemplo, podría abarcar la situación de los niños expósitos, o la de aquellos nacidos a bordo de un buque o aeronave. Igualmente, podría comprender el caso del Art. 4 de la Convención de 1961, referido a los niños nacidos en el territorio de un Estado no Parte en la Convención de 1961, pero cuyo padre o madre es nacional de un Estado que sí es Parte en dicha Convención.

²⁷ Para el ACNUR, impedir la apatridia es un principio general del derecho internacional. A/HRC/10/34, Supra nota 28, pár. 51.

²⁸ Declaración de Brasil, op. Cit. p. 3.

²⁹ Declaración de Brasil, pág. 5.

³⁰ Richard, Anne C., Assistant Secretary, Bureau of Population, Refugees, and Migration, Remarks at the UNHCR Event: Out of the Shadows: Ending Statelessness in the Americas, Washington, DC, 18 de Noviembre de 2014 (donde sostuvo la necesidad de poner fin a la apatridia como una forma de indignidad y de sufrimiento innecesario, que).

³¹ En 1952, por ejemplo, se elaboró un proyecto de convención específico sobre nacionalidad y apatridia. OEA, Comité Jurídico Interamericano, Dictamen y Proyecto de Convención sobre Nacionalidad y Condición de Apátridas, Río de Janeiro, 8 de Julio de 1952. Preparados en cumplimiento de la Resolución VII, No. 2, aprobada para el Consejo Interamericana de Jurisconsultos en su Primera Reunión celebrada en Río de Janeiro del 22 de mayo al 15 de junio de 1950.

³² Ver notas 42 y 43.

³³ Declaración de Brasilia Sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano, Brasilia, 11 de noviembre del 2010, pár. 7. La Declaración fue adoptada por 18 países: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, y la República Bolivariana de Venezuela.

³⁴ Evento Intergubernamental a Nivel Ministerial sobre los Refugiados y los Apátridas, realizado en ocasión del 60° aniversario de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el 50° aniversario de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961, Ginebra, 7 y 8 de diciembre 2011.

³⁵ OEA, Asamblea General, Resolución AG/RES. 2826 (XLIV-O/14), Prevención y Reducción de la Apatridia y Protección de las Personas Apátridas en las Américas, 4 de junio de 2014, Dispositivo 1 (donde se invitó a los Estados Miembros a aprovechar “ el proceso conmemorativo del 30° aniversario de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984 y del 60° aniversario de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954, para identificar los desafíos y acciones necesarias para erradicar la apatridia de las Américas, incluyendo un

capítulo sobre la materia en el futuro marco estratégico regional que derive del proceso conmemorativo”).

³⁶ Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas (1994), y Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección de los Refugiados en América Latina (2004).

³⁷ ACNUR, Documento de Información, Conmemoración del 30º Aniversario de la Declaración de Cartagena “Cartagena +30”, en Memorias del Trigésimo Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, Ecuador, 2015, p. 12-17.

³⁸ Plan de Brasil, Supra n XXX, capítulo sexto (programa “Erradicación de la Apatridia”, p. 17-18.

³⁹ No obstante, hay una multiplicidad de razones que justifican la adhesión, ver ACNUR, Campaña de las Convenciones sobre la Apatridia: La razón por la que los Estados deben adherirse a las Convenciones sobre la Apatridia de 1954 y 1961, Ginebra, 2011.

⁴⁰ ONU, Asamblea General, Resoluciones A/RES/69/152, 18 de diciembre de 2014, pár. 8; A/RES/68/141, 18 de diciembre de 2013, pár. 8; A/RES/67/149, 20 de Diciembre de 2012, pár. 5; A/RES/66/133, 19 de Diciembre de 2011, pár. 5; A/RES/66/92, 9 de Diciembre de 2009, pár. 5; A/RES/64/127, 18 de Diciembre de 2009, pár. 4; A/RES/63/148, 18 de Diciembre de 2008, pár. 4; A/RES/62/124, 18 de Diciembre de 2007, pár. 5; A/RES/61/137, 19 de Diciembre de 2006, pár. 4; A/RES/51/75, 12 de Diciembre de 1996, pár. 18.

⁴¹ AG/RES. 2511 (XXXIX-O/09), pár. 2; AG/RES. 2047 (XXXIV-O/04), pár. 2; AG/RES. 1971 (XXXIII-O/03), pár. 2; AG/RES. 1892 (XXXII-O/02), pár. 2; AG/RES. 1832 (XXXI-O/01), considerandos; AG/RES. 1762 (XXX-O/00), pár. 1; AG/RES. 1693 (XXIX-O/99), pár. 1.

⁴² OEA, Asamblea General, Resoluciones AG/RES. 2826 (XLIV-O/14), 4 de junio de 2014, pár. 2; AG/RES. 2787 (XLIII-O/13), 3 de junio de 2013, pár. 1; AG/RES. 2665 (XLI-O/11), 7 de junio de 2011, pár. 2; AG/RES. 2599 (XL-O/10), 8 de junio de 2010, pár. 2.

⁴³ Declaración de Brasilia Sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano, Brasilia, 11 de noviembre del 2010, pár. 7. La Declaración fue adoptada por 18 países: Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Chile, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, y la República Bolivariana de Venezuela.

⁴⁴ Comunicado Ministerial, Ginebra, 8 diciembre de 2011, pár. 3; emitido durante el “Evento Intergubernamental a Nivel Ministerial sobre los Refugiados y los Apátridas”, realizado en ocasión del 60º aniversario de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y el 50º aniversario de la Convención para Reducir los Casos de Apatridia de 1961, Ginebra, Palacio de las Naciones, 7 y 8 de diciembre 2011.

⁴⁵ ACNUR, Compromisos 2011 - Evento Intergubernamental a Nivel Ministerial sobre los Refugiados y los Apátridas, Ginebra, mayo de 2012, pág. 34.

⁴⁶ *Intervención del Embajador Alejandro Marisio Cugat, Director General de Asuntos Consulares y de Inmigración, Ministerio de Relaciones Exteriores, Brasil, 3 de Diciembre de 2014. El 6 de noviembre de 2015, se adoptó el Instructivo Presidencial N° 5, Lineamientos e Instrucciones para la Política Nacional Migratoria*, indicando que el Consejo de Política Migratoria y su Consejo Técnico deberán promover la adhesión a ambas convenciones.

Juan Ignacio Mondelli

Hacia la Erradicación de la Apatridia en América

⁴⁷ Immigration and Nationality Act (INA), Sección 349(a)(5) (8 U.S.C. 1481(a)(5)). La ley contempla la pérdida de la nacionalidad a causa de la renuncia voluntaria formalizada ante un funcionario diplomático o consular. Como informa el Departamento de Estado, la renuncia puede convertir a dichas personas en apátridas. Ver <http://travel.state.gov/content/travel/english/legal-considerations/us-citizenship-laws-policies/renunciation-of-citizenship.html> [accedido el 19 de marzo de 2015]. El Art. 7.1.a) de la Convención de 1961 dispone que la renuncia debiera ser efectiva sólo si el interesado tiene o adquiere otra nacionalidad.

⁴⁸ El Art. 94.1 de la Constitución (1983) dispone que la calidad de salvadoreño naturalizado se pierde por residir más de dos años consecutivos en el país de origen, o por ausencia del territorio por más de cinco años consecutivos, salvo en caso de permiso otorgado conforme a la ley.

⁴⁹ De acuerdo al Art. 37.B).II de la Constitución y el Art. 27 de la Ley de Nacionalidad (1998) (última reforma publicada DOF 23/04/2012), la nacionalidad mexicana por naturalización se pierde por residir durante cinco años continuos en el extranjero.

⁵⁰ De acuerdo al artículo 7.4 de la Convención de 1961, los naturalizados pueden perder la nacionalidad por residir en el extranjero durante un período fijado por la legislación. Sin embargo, el plazo debe ser mayor a siete años consecutivos, y opera siempre que la persona no declare ante las autoridades competentes su intención de conservar su nacionalidad.

⁵¹ ACNUR, Nota conceptual sobre igualdad de género, leyes sobre nacionalidad y apatridia, 7 de marzo de 2014, p. 7. En 2014, Surinam eliminó la discriminación de género en su ley de nacionalidad. Ley del 12 de septiembre de 2014, modificatoria de la Ley del 24 de noviembre de 1975, que regula la nacionalidad y la residencia de Surinam (1975 GB no. 171, modificada por la SB. 2002 no. 22). Ver UNHCR applauds Suriname for ensuring gender equality in nationality laws, Comunicado de Prensa, 25 de julio de 2014.

⁵² UNHCR, UN refugee agency salutes Bahamas shift to ensure gender equality on citizenship, Washington, DC, 10 March 2016.

⁵³ UNHCR, Joint Statement of support in the lead-up to the Bahamian Constitutional Referendum, 1 de junio de 2016, <http://goo.gl/U3jeIY> (accedido el 8 de junio de 2016).

⁵⁴ El artículo 9.3 de la Constitución Política (1972 con las reformas de 1978, 1983 y 1994) establece que “[s]on panameños por nacimientos: 3. Los hijos de padre o madre panameños por naturalización nacidos fuera del territorio nacional, si aquellos establecen su domicilio en la República de Panamá y manifiesten su voluntad”.

⁵⁵ El artículo 146.3 de la Constitución Política (1992) establece que “[s]on de nacionalidad paraguaya natural: 3. los hijos de madre o padre paraguayo nacidos en el extranjero, cuando aquéllos se radiquen en la República en forma permanente”.

⁵⁶ Servicio de Registro Civil e Identificación, Dirección Nacional, Resolución Exenta N° 102, de 20 de marzo de 2015, sobre inscripción de nacimiento con anotación de hijo de extranjero transeúnte y deja sin efecto resoluciones N° 3.207 y N° 3.509 exentas, de 2014; Resolución Exenta N° 3.207, Instruye sobre anotación que indica, del 1 de septiembre de 2014; Resolución Exenta N° 3.509, Complementa la resolución Exenta N° 3.207, del 9 de septiembre de 2014.

⁵⁷ El Anteproyecto de Ley de Migración que está siendo elaborado por el Departamento de Extranjería y Migración (DEM) contemplaría una definición de transeúnte limitada, en línea

con las reglamentaciones administrativas aprobadas en 2014 y 2015. Igualmente, existe un proyecto de ley que “Establece [una] Ley Interpretativa del Artículo 10 de la Constitución Política de la República, en Materia de Nacionalidad de los Hijos de Extranjeros Nacidos en Chile”. (Boletín N° 9831-07), enero de 2015, que sigue la misma dirección.

⁵⁸ Registraduría Nacional del Estado Civil, Circular N° 59, Directrices a Fin de Establecer la Inscripción en el Registro Civil de Nacimiento de los Hijos de Extranjeros Nacidos en Colombia para Efectos de Demostrar la Nacionalidad, del 26 de Marzo de 2015.

⁵⁹ Taller parlamentario sobre el derecho a la identidad y la protección: promoción de la inscripción universal de los nacimientos en América Latina y el Caribe, Reunión regional en el Congreso de la República del Perú organizada por la Unión Interparlamentaria y UNICEF, Lima, 7 y 8 de junio de 2013.

⁶⁰ Conclusión sobre el registro civil, Informe del Comité Ejecutivo del Programa del Alto Comisionado sobre su 64° período de sesiones, A/AC.96/1132, 2013.

⁶¹ Resolución AG/RES. 2362 (XXXVIII-O/08), Programa Interamericano para el Registro Civil Universal y “Derecho a la Identidad”, Asamblea General (OEA), 3 de junio de 2008. Actualmente, el Programa de Universalización de la Identidad Civil en las Américas (PUICA) apoya a los Estados en la erradicación del subregistro.

⁶² ACNUR, Manual sobre la Protección de las Personas Apátridas en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de 1954 (“Manual del ACNUR”), Ginebra, 2014, pár. 14.

⁶³ Ver nota 47.

⁶⁴ Colombia firmó la Convención el 30 de diciembre de 1954. En 2012, el Congreso la aprobó mediante Ley 1588, y la Corte Constitucional declaró su exequibilidad, mediante Sentencia C-622/13 del 10 de septiembre de 2013. Resta únicamente el depósito del instrumento de ratificación respectivo.

⁶⁵ En 2001, Venezuela rechazó una recomendación sobre adhesión, por considerarlo prematuro y dada la necesidad de mayores consultas, así como de analizar si los instrumentos se ajustan a la legislación interna y a la respectiva institucionalidad. Ver Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal, Venezuela (República Bolivariana de), A/HRC/19/12/Add.1, 16 de febrero de 2012, pár. 18.

⁶⁶ En 2013 Canadá indicó que no está considerando la posibilidad de adherirse a la Convención de 1954. Ver Report of the Working Group on the Universal Periodic Review, Canada, Addendum, Views on conclusions and/or recommendations, voluntary commitments and replies presented by the State under review, A/HRC/24/11/Add.1, 17 de septiembre de 2013, pár. 6.

⁶⁷ Decreto del 6 de febrero de 2014 por el que se aprueba el retiro de la reserva expresa al artículo 31 de la Convención sobre el Estatuto de los Apátridas (DOF 20/03/2014).

⁶⁸ Al momento de adhesión a la Convención de 1954, México indicó que no se considera obligado a garantizar a los apátridas más facilidades para su naturalización o la obtención de un empleo remunerado que aquellas que, en general, concede a los extranjeros. México es el único Estado Parte que mantiene una reserva respecto del artículo 32. Respecto al artículo 17, aunque Italia lo considera una mera recomendación y Filipinas lo reservó expresamente, ninguno de los restantes Estados Partes lo observó.

Juan Ignacio Mondelli

Hacia la Erradicación de la Apatridia en América

⁶⁹ ACNUR, Manual del ACNUR, párr. 58.

⁷⁰ Corte IDH, Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014, Serie A No. 21, párr. 82.

⁷¹ *Ibid.*, párr. 86.

⁷² *Ibid.*, párr. 96.

⁷³ *Ibid.*. Nota 169; ACNUR, Manual del ACNUR, párr. 118-119.

⁷⁴ ACNUR, Compromisos 2011, nota 46, p. 56.

⁷⁵ *Ibid.*, p. 91-92.

⁷⁶ *Ibid.*, p. 103.

⁷⁷ *Ibid.*, p. 126.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 61.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 101.

⁸⁰ Decreto por el que se expide el Reglamento de la Ley de Migración, Diario Oficial, 28 de septiembre de 2012, Arts. 149 y ss.

⁸¹ Ley 8764, Ley General de Migración y Extranjería, del 4 de agosto del 2009, Art. 13.19 y Art. 110.

⁸² Decreto Ejecutivo 39620 del 7 de abril de 2016, Reglamento para la Declaratoria de la Condición de Persona Apátrida.

⁸³ Decreto Supremo 1440 (2012), Reglamento de la Ley 251 (2012) sobre “Protección a Personas Refugiadas”, Disposición Transitoria Única.

⁸⁴ Decreto N° 208-2003, Ley de Migración y Extranjería, del 12 de diciembre de 2013, Art. 54.

⁸⁵ Ley 761, Ley general de Migración y Extranjería, 28 de junio de 2011, Art. 40; y Decreto 31/2012, Reglamento de la Ley 761, del 20 de Septiembre de 2012, Art. 74.

⁸⁶ Ley 3 (2008), que crea el Servicio Nacional de Migración, la Carrera Migratoria y dicta otras disposiciones, Art. 23.

⁸⁷ OEA, Asamblea General, Resoluciones AG/RES. 2826 (XLIV-O/14), 4 de junio de 2014, pár. 4; AG/RES. 2787 (XLIII-O/13), 3 de junio de 2013, pár. 3; AG/RES. 2665 (XLI-O/11), 7 de junio de 2011, pár. 3; AG/RES. 2599 (XL-O/10), 8 de junio de 2010, pár. 2.

⁸⁸ Proyecto de Ley General de Reconocimiento de la Condición de Apátrida, del 8 de abril de 2015, Expediente S-1003-15.

⁸⁹ Cámara de Representantes, Carpeta N° 2146, Repartido N° 1094, Marzo de 2013.

⁹⁰ Anteproyecto de Ley, sobre “*Institui o Estatuto de Proteção da Pessoa Apátrida, altera a Lei n.º 9.474, de 22 de julho de 1997, para transformar o Comitê Nacional para Refugiados em Comitê Nacional para Apátridas e Refugiados, e dá outras providências*”, Ministerio de Justicia, Setiembre de 2014.

⁹¹ Proyecto de Ley, Institui a Lei de Migração, PL 2516-2015, Agosto de 2015.

⁹² Asamblea Nacional, Proyecto de Ley Orgánica de Movilidad Humana, del 16 de julio de 2015, Trámite n° 219452. El proyecto se refiere expresamente a la erradicación de la apatridia, al establecimiento de un procedimiento de determinación de la apatridia y al otorgamiento de facilidades para la naturalización de las personas apátridas, entre otros temas relevantes para la apatridia.

⁹³ Ministerio de Gobierno, Resolución Ministerial N° 050/2016, 9 de Marzo de 2016.

⁹⁴ Reglamento de la Ley de Nacionalidad, Nuevo Reglamento publicado en el Diario Oficial de la Federación el 17 de junio de 2009. Última reforma publicada DOF 21/03/2013.

⁹⁵ Decreto 8.757, Altera o Decreto nº 86.715, de 10 de dezembro de 1981, para dispor sobre a situação jurídica do estrangeiro na República Federativa do Brasil, 10 de mayo de 2016. Aunque esta medida no implica por sí una facilidad para la naturalización de las personas apátridas, si puede contribuir a prevenir la apatridia en ciertos casos.

⁹⁶ El Consejo de Derechos humanos de la ONU exhortó a los Estados a que “aseguren el acceso de las personas privadas arbitrariamente de su nacionalidad a medios de reparación eficaces, incluida, si bien no exclusivamente, la restitución de la nacionalidad”, Resolución N° 20/5, Los derechos humanos y la privación arbitraria de la nacionalidad Consejo de Derechos Humanos A/HRC/RES/20/5, 16 de julio de 2012, dispositivo 12. Igualmente, el Secretario General de la ONU ha señalado que “los Estados deben velar por que haya un recurso efectivo cuando se concluya que la decisión relativa a la nacionalidad es ilícita o arbitraria. Entre otras soluciones, este recurso debe incluir la posibilidad de restablecer la nacionalidad”, Los derechos humanos y la privación arbitraria de la nacionalidad, Informe del Secretario General, A/HRC/25/28, 19 de diciembre de 2013, par. 34.

⁹⁷ Caso de personas dominicanas, párr. 324.

⁹⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe sobre la situación de los derechos humanos en la República Dominicana, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 45/15, 31 de diciembre de 2015, par. 330 y 331.4.

⁹⁹ Plan de Brasil, p. 17.

Sobre el autor

Juan Ignacio Mondelli



Juan Ignacio Mondelli es Oficial Regional de Protección (Apatridia), Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), Unidad Legal Regional para las Américas, tras haberse desempeñado como Oficial Nacional de Protección de la Oficina Regional del ACNUR para el sur de América Latina (2003-2013) (Buenos Aires, Argentina).

Es abogado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires con la orientación de derecho público (sub orientaciones en derecho internacional y derecho administrativo).

LLM (Southwestern Law School, Los Angeles, USA) (2012), becario Fulbright – Sideman (2011 – 2012).

Sumario

Introducción;

- I.** *Por qué las siglas LGBTI?;*
- II.** *Las resoluciones de la Asamblea General de la OEA;*
- III.** *La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el grupo LGBTI;*
1. Prevención; 2. Protección; 3. Resolución;
- IV.** *La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el grupo LGBTI;*
- V.** *Las Convenciones Interamericanas;*
- VI.** *Conclusiones*



**Dante Mauricio
Negro Alvarado**

Los Avances más Recientes en la Protección de los Derechos Humanos del Grupo LGBTI en el Ámbito Interamericano

Introducción

El Sistema Interamericano siempre se ha caracterizado por ir a la vanguardia en el desarrollo normativo de temas sobre derechos humanos en comparación con otras regiones. Existen áreas en las que se ha logrado desarrollar una extensa normativa y una rica jurisprudencia, lo que a su vez ha derivado en bases amplias para una mayor protección de los derechos humanos de ciertos sectores vulnerables de la sociedad, aunque un mayor esfuerzo y compromiso en el ámbito de la implementación sigue siendo un reto pendiente. Lo mismo ha venido sucediendo con la temática de la orientación sexual, la identidad y expresión de género que ha venido experimentando en los últimos años un avance interesante a nivel de la Organización de los Estados Americanos (OEA).

En las siguientes páginas vamos a describir cuáles han sido esos avances y cómo se han desarrollado algunos

de los procesos que han contribuido a visibilizar la temática. En primer lugar abordaremos algunas cuestiones conceptuales que orientarán el contenido de nuestro artículo. Analizaremos la importancia que ha tenido la inclusión de sendos compromisos políticos y declaraciones en las resoluciones de la Asamblea General de la OEA por parte de los Estados miembros, los cuales han consagrado determinados estándares o referentes de protección de la comunidad LGBTI.

Aunque aún pocos, los casos que han llegado a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y que ésta ha referido a la Corte Interamericana de Derechos Humanos son emblemáticos y ya empiezan a generar una jurisprudencia interesante de necesaria referencia para los actores del Sistema.

Finalmente, abordaremos el contenido de la más reciente Convención Interamericana sobre derechos humanos

adoptada por la Asamblea General de la OEA en 2013, que incluye dentro de su ámbito de aplicación al colectivo LGBTI. Veremos cómo la mayoría de sus disposiciones se podrían aplicar de manera directa a este grupo una vez que dicho instrumento jurídico haya sido ratificado por los Estados miembros de la Organización, constituyéndose de esta manera en el primer tratado regional en vigor referido a la materia.¹

El presente artículo no pretende agotar la discusión que se lleva a cabo actualmente en los más variados niveles y estamentos, ni tampoco abordará los esfuerzos importantes que se han realizado a nivel europeo o en las legislaciones internas de los países del Hemisferio. El objetivo es presentar los más recientes desarrollos de este tema en el Sistema Interamericano, los cuales no se pueden desconocer si se pretende tener una opinión sustentada, cualquiera sea ella, en las futuras discusiones que se produzcan. Las decisiones internas que los Estados americanos adopten sobre la temática de la orientación sexual, identidad y expresión de género no pueden pasar por alto los compromisos políticos y jurídicos que ellos mismos han ido asumiendo a nivel internacional en la última, los cuales pasaremos a desarrollar en las próximas páginas.

Este artículo viene actualizando uno publicado en 2014² y complementa otro anterior que presentamos algunos años atrás.³ Si comparamos el contenido de ambos, veremos que no obstante el vertiginoso y amplio desarrollo de la temática, algunas ideas esenciales a las cuales nos referimos en ese momento permanecen inalterables. Tal es el caso del principio de la universalidad de los derechos humanos, según el cual todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y en derechos, y el principio de la no discriminación, según el cual todos esos derechos humanos se deben aplicar por igual a *todos* los seres humanos.

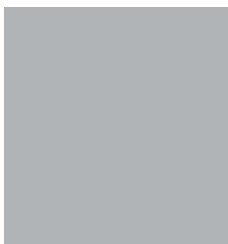
Concluíamos en dichas oportunidades que la aplicación de esos derechos debe ser independiente de la orientación sexual, identidad o expresión de género de las personas, y señalábamos que dentro de ese marco, se derivaban una serie de consecuencias jurídicas que obligaban a los Estados y a las personas en general a reconocer y facilitar el ejercicio de aquellos derechos en el caso específico de las personas LGBTI.⁴

I. ¿Por qué las siglas LGBTI?

Las siglas LGBTI son hoy en día generalmente utilizadas para referirse a un sector de la población integrado

**Dante Mauricio
Negro Alvarado**

Avances en la Protección de los Derechos Humanos



por personas lesbianas, gay, bisexuales, travestis, transexuales, transgénero e intersex.

Si bien cada uno de estos colectivos tiene particularidades específicas, así como necesidades propias en materia de protección de derechos humanos, las siglas pretenden reunir bajo la misma denominación a un grupo de personas cuyos derechos humanos han sido históricamente desconocidos. Según los países a los que nos refiramos, la situación del grupo LGBTI y los desafíos que enfrenta incluyen altos índices de violencia e impunidad relacionada; discriminación en el acceso a los servicios de salud y justicia así como en el acceso a la educación, del sector laboral y a la participación política; la penalización por el simple hecho de ser gay o lesbiana o tener relaciones íntimas con personas del mismo sexo; la dificultad de formar relaciones estables con toda la protección legal que tienen las personas heterosexuales; entre muchos otros.

Además, la invisibilidad de las violaciones a los derechos humanos de las personas LGBTI hace más apremiante su situación.

Una primera aproximación a esta temática debe iniciarse sin lugar a dudas con un intento por entender los diferentes conceptos relacionados con este tema.⁵ Así, debemos tener en cuenta que el concepto *sexo* es sólo un dato biológico y se refiere a la identidad anatómica o biológica de una persona como hombre o como mujer, sin olvidar que existen personas *intersex* que son aquellas que nacen con características genéticas o cromosomáticas que no encajan en las definiciones típicas de hombre o mujer, características que pueden o no manifestarse al momento del nacimiento.

Adicionalmente a la noción de *sexo* encontramos el concepto de *género*, que es más bien una construcción social. En efecto, el género se refiere a una percepción de femineidad o masculinidad que varía según el

tiempo y lugar y se *construye* a través de conductas aprendidas más que innatas. De ello se deriva la concepción de que ciertas conductas o hábitos en una persona son *femeninos* o *masculinos*. La *identidad de género* se refiere a la auto-identificación de una persona en relación a dicha construcción social; una persona puede tener una identidad de género que no corresponda a determinadas características físicas como queda cada vez más en evidencia en nuestros días.

Complementariamente, la *expresión de género* se refiere a la expresión a través del vestido, la conducta, la postura, las interacciones sociales, entre otros, de dicha auto-identificación de una persona como hombre o mujer, saliendo de

su ámbito privado de auto-identificación al ámbito público de la expresión.

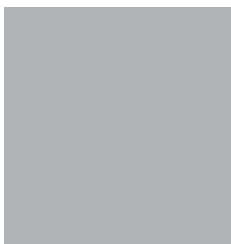
Por otra parte, la *orientación sexual* es independiente del sexo y del género. Se refiere más bien a la dirección de la atracción sexual, afectiva y emocional de un individuo que lo define como heterosexual (atracción por personas del sexo opuesto), homosexual (atracción por personas del mismo sexo) o bisexual (atracción por personas de ambos sexos).

Los diferentes conceptos aquí descritos, y otros que no hemos abordado,⁶ abren un abanico de posibles situaciones, cada una distinta de las otras y con particularidades y necesidades específicas, en tan amplia medida que la propia Asamblea General de la OEA en 2011 solicitó tanto a la CIDH como al Comité Jurídico Interamericano (CJI) sendos estudios sobre las implicaciones jurídicas y los desarrollos conceptuales y terminológicos relativos a la orientación sexual, identidad de género y expresión de género, encomendando a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos (CAJP) del Consejo Permanente de la OEA que incluyera en su agenda la consideración del resultado de los estudios solicitados.⁷

“El concepto de género, que es más bien una construcción social. En efecto, el género se refiere a una percepción de femineidad o masculinidad que varía según el tiempo y lugar y se construye a través de conductas aprendidas más que innatas.”

**Dante Mauricio
Negro Alvarado**

**Avances en la Protección
de los Derechos Humanos**



II. Las Resoluciones de la Asamblea General de la OEA

La primera vez que la OEA adoptó una decisión política expresamente referida al colectivo LGBTI fue durante el 38° período ordinario de sesiones de la Asamblea General⁸ celebrada en Medellín, Colombia, en junio de 2008. En dicha ocasión, los Estados miembros adoptaron la resolución AG/RES.2435 (XXXVI-II-O/08), en la cual de manera muy sucinta dicho órgano manifestó su preocupación por los actos de violencia cometidos contra individuos a causa de su orientación sexual e identidad de género, y las violaciones de derechos humanos relacionadas con estos temas. Además, encargó a la mencionada CAJP⁹ que incluyera en su agenda el tema *derechos humanos, orientación sexual e identidad de género*.

Varios aspectos nos llaman la atención de esta primera manifestación política del organismo hemisférico.

En primer lugar, es de subrayar la forma tan general en que se “*manifiesta una preocupación*”, cuando con relación a otros temas la Asamblea General suele “*condenar*” ciertas acciones o situaciones.

En segundo lugar, la Asamblea General no se refirió a *todas* las violaciones de los derechos humanos de las personas LGBTI, sino únicamente a aquellas relacionadas con los actos de violencia contra este colectivo. En efecto, esta primera resolución expresó su preocupación por *ciertos* actos de violencia cometidos contra determinadas personas a causa de su orientación sexual en algunos países del Hemisferio, sin llegar a abordar el tema amplio de los derechos humanos de las personas LGBTI. Coincidentemente, algunos Estados miembros se habían referido de manera expresa a

la imposibilidad de reconocer en un documento los derechos humanos de las personas LGBTI por las posibles inconsistencias que esto pudiera representar con relación a sus normas constitucionales.

Finalmente, es importante notar que la Asamblea General dejó de lado de manera expresa cualquier referencia al término *expresión de género* ya que algunos países sostenían que reconocían el derecho de las personas a tener una orientación sexual y una identidad de género específica, siempre y cuando quedaran circunscritas al ámbito *privado* de dicha persona sin llegar a expresar dicha orientación e identidad.

“Que desde el año 2008, la Asamblea General de la OEA siguió aprobando todos los años y de manera consistente una resolución sobre la temática, pero sobre todo, fue avanzando progresivamente en el contenido de las mismas.”

Es fácil desde ya entender la necesidad de que dicha visión fuese superada con el correr de los años, debido a lo esencial y primordial que es la libertad de una persona de poder expresar su propia auto-identificación.¹⁰ En efecto, creemos que la orientación sexual y la identidad de género que cada persona define para sí son esenciales para la dignidad de dicha persona, y no sólo no deben ser motivo de discriminación o abuso, sino que debe considerarse que la expresión de ambas son aspectos fundamentales para la auto-determinación de la persona (identidad individual), dignidad, humanidad y libertad.

No obstante todo lo expresado, lo más importante a destacar es que desde el año 2008, la Asamblea General de la OEA siguió aprobando todos los años y de manera consistente una resolución sobre la temática, pero sobre todo, fue avanzando progresivamente en el contenido de las mismas.¹¹ Como veremos más adelante esto no estuvo exento de complejas negociaciones y tuvo un impacto en los consensos con los cuales se busca adoptar siempre estos instrumentos.¹² Pero lo esencial es que en 7 años, la OEA avanzó mucho más que en otros temas en la consolidación de estándares de gran importancia para el colectivo LGBTI.

Dante Mauricio Negro Alvarado

Avances en la Protección de los Derechos Humanos

Una de las más recientes resoluciones de la Asamblea General, adoptada durante su 44° período ordinario de sesiones celebrado en Asunción, Paraguay, en junio de 2014, es una muestra de dicho desarrollo. En efecto, el máximo órgano de la Organización ya no sólo manifestó *preocupación* por ciertas conductas o situaciones sino que *condenó* todas las formas de discriminación contra personas por motivos de orientación sexual e identidad o expresión de género. En un párrafo similar, condenó además los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra estas personas.

En solo dos párrafos, resumió los avances necesarios en el tratamiento del tema al incluir ya el concepto de *expresión de género* y dejar de circunscribir las violaciones de derechos humanos contra este colectivo a los actos de violencia contra estas personas, considerándolos como dos categorías o situaciones diferentes. Es decir, al mismo tiempo que condenaba los actos de violencia, reconocía en un plano más general los derechos humanos de las personas LGBTI, la posibilidad de que los mismos podían ser violados, y que dichos actos merecen consecuentemente una condena.

Siendo que las resoluciones de la Asamblea General son expresiones

políticas de los compromisos generales que están dispuestos a asumir los Estados miembros de la OEA, una individualización de dichos derechos humanos y su contenido aún no ha sido consagrada de manera específica en estos instrumentos, pero como veremos más adelante, dicho desarrollo se ha venido plasmando a través de otros mecanismos paralelos.

No obstante ello, sí podemos encontrar en las resoluciones un esbozo de la dirección que los Estados miembros están tomando en la temática y los cimientos sobre los que se puede ir construyendo el andamiaje jurídico hemisférico en materia de derechos humanos de las personas LGBTI. Así por ejemplo, en la resolución de 2014 se insta a los Estados miembros a que eliminen las barreras que enfrentan las personas LGBTI en el acceso equitativo a la participación política y otros ámbitos de la vida pública, y a evitar interferencias en la vida privada de estas personas. Además, se insta a los Estados miembros a asegurar a las víctimas la debida protección judicial en condiciones de igualdad y que los responsables enfrenten las consecuencias ante la justicia.

Ya en el ámbito de las políticas públicas, también se alienta a los Estados

miembros a que consideren la adopción de políticas contra la discriminación de personas a causa de su orientación sexual e identidad o expresión de género y se les insta a que fortalezcan sus instituciones nacionales con el fin de prevenir e investigar los actos de violencia y las violaciones de derechos humanos contra personas a causa de su orientación sexual e identidad o expresión de género. Incluso se incluye un llamado para que los Estados produzcan datos sobre la violencia homofóbica y transfóbica¹³ con miras a promover políticas públicas que protejan los derechos humanos de las personas LGBTI.

En temas más específicos, la Asamblea General instó a los Estados miembros a que aseguren una protección adecuada de los defensores de derechos humanos que trabajan en temas relacionados con los actos de violencia, discriminación y violaciones de los derechos humanos contra las personas LGBTI. Incluso se instó a los Estados miembros a que aseguren una protección adecuada a las personas intersex y a que implementen políticas y procedimientos que aseguren la conformidad de las prácticas médicas con los estándares reconocidos en materia de derechos humanos.

La Asamblea General también estableció algunos mandatos para la CIDH sobre la temática. Así, le solicitó prestar particular atención a su plan de trabajo denominado *Derechos de las personas LGBTI* y continuar el trabajo de preparación de un informe hemisférico en la materia. También le solicitó continuar la preparación de un estudio sobre leyes y disposiciones vigentes en los Estados miembros de la OEA que limiten los derechos humanos de las personas como consecuencia de su orientación sexual o identidad o expresión de género y que con base en este estudio, elabore una guía con miras a estimular la despenalización de la homosexualidad y de prácticas relacionadas a la identidad o expresión de género.

Tanto el informe hemisférico sobre la temática como el estudio sobre la legislación vigente en los Estados miembros constituirán documentos de referencia importantes para examinar la situación global del colectivo LGBTI en el Hemisferio en diferentes ámbitos. Por su parte, la guía legislativa será una herramienta importante para procurar la despenalización de la homosexualidad y de prácticas relacionadas, las cuales desafortunadamente en algunos países del Hemisferio siguen siendo objeto de persecución y encarcelamiento.

**Dante Mauricio
Negro Alvarado**

**Avances en la Protección
de los Derechos Humanos**

Confiamos en que dichos estudios puedan estar listos lo antes posible como una herramienta adicional para la adopción de legislación y políticas públicas en los Estados miembros de la Organización. En noviembre de 2015, la CIDH aprobó un informe sobre violencia contra personas LGBTI que contiene una serie de recomendaciones, con lo que la Comisión ha cumplido parcialmente con algunos de los mandatos antes referidos.¹⁴

Finalmente, y no por eso menos importante, la resolución de la Asamblea General exhorta a los Estados miembros a hacerse parte de los instrumentos interamericanos en materia de protección de derechos humanos, incluida la *Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia*, de muy reciente adopción, y de la cual, debido a su importancia con relación a este tema, nos ocuparemos más adelante.

Somos de la opinión de que con estas resoluciones, la Organización de los Estados Americanos ha superado en contenido la que en su momento fue uno de los instrumentos más importantes que sobre el tema existió. Nos referimos a la Declaración sobre Orientación Sexual e Identidad de Género de la Asamblea General de las

Naciones Unidas de 2008, la primera de este tipo en el marco de dicha Organización.¹⁵

Actualmente, los órganos políticos de la OEA se encuentran negociando los proyectos de resolución que serán puestos a consideración de la Asamblea General, para su aprobación, en junio de 2016. En la medida en que este año la Organización se encuentra desarrollando un esfuerzo por resumir el contenido de dichas resoluciones, agrupándolas además por temas más amplios, y evitando la repetición del contenido de resoluciones de años anteriores en el entendido de que todo lo ya aprobado en otros períodos se mantiene vigente, el proyecto de resolución contempla básicamente 5 párrafos en los que las novedades son pocas, principalmente instando a los Estados miembros a considerar las recomendaciones contenidas en el informe sobre violencia contra personas LGBTI aprobado por la CIDH en noviembre de 2015, al cual nos referimos anteriormente, con vistas a la adopción e implementación de medidas efectivas para el combate a la violencia y discriminación contra las personas LGBTI.

Luego de haber revisado el contenido sustancial de las resoluciones de la

Asamblea General de la Organización y de los estándares jurídicos que ellas han incorporado, no podemos dejar de hacer referencia a un asunto procedimental de la mayor importancia. Nos referimos a las notas a pie de página que consistentemente algunos Estados miembros vienen colocando en las resoluciones referidas a este y otros temas.

Como hemos repetido varias veces en otras oportunidades,¹⁶ la importancia fundamental de las resoluciones de la Asamblea General radica en que si bien son compromisos *políticos* que no necesariamente pueden considerarse vinculantes jurídicamente con relación a los Estados miembros de la OEA, el hecho de que sean adoptadas mayormente por consenso, es decir, sin oposición activa por parte de alguno de ellos, es evidencia de una voluntad manifiesta y específica en un determinado sentido con relación a un tema particular.

En este sentido, a primera vista se podría entender que las notas a pie de página incluidas en las resoluciones por parte de algunos países, podrían romper dicho consenso y reducir sustancialmente el valor de los acuerdos políticos logrados.

Por ejemplo, en 2014, mediante nota de pie de página a la resolución AG/RES.2863 (XLIV-O/14), “*Derechos Humanos, Orientación Sexual e Identidad y Expresión de Género*”,¹⁷ San Vicente y las Granadinas expresó no poder unirse al consenso por considerar que el término *expresión de género* no estaba plenamente definido ni aceptado en el ámbito internacional, considerando además que la terminología está sumamente matizada y carece actualmente de definición en su legislación nacional. Adicionalmente indicó que, en virtud de que el debate sobre los derechos humanos de las personas LGBTI se está llevando a cabo en el marco de las Naciones Unidas, el discurso en el seno de la OEA debía limitarse solamente a los textos que han sido reconocidos o aprobados en el organismo mundial.

Más o menos en el mismo sentido, Jamaica indicó no poder unirse al consenso por considerar que el término *expresión de género* es ambiguo y puede imponer un sistema de valores sobre otro. Además, tanto Jamaica como Santa Lucía manifestaron que éste y otros términos novedosos utilizados en el texto de la resolución, no han alcanzado aceptación internacional ni están definidos en sus respectivas legislaciones nacionales.

Dante Mauricio Negro Alvarado

Avances en la Protección de los Derechos Humanos

Suriname también consideró que no estaba en posibilidad de unirse al consenso por el hecho de que algunos términos y elementos tratados en la resolución requieren un debate más amplio en el ámbito nacional. Similarmente, Guyana indicó que varios de los temas que se abordan en la resolución están actualmente sujetos a deliberaciones en el seno de un Comité Selecto Especial de su Asamblea Nacional.

Por su parte, Barbados expresó su incapacidad de unirse al consenso en virtud de que varios de los temas y términos contenidos en la resolución no están contemplados en sus leyes nacionales ni son objeto de un consenso nacional. Belice indicó también mediante nota a pie de página que no podía unirse al consenso en virtud de que varios de los temas y principios que contiene la resolución son en este momento, directa o indirectamente, objeto de procesos jurídicos ante la Corte Suprema de ese país.

En otro tenor, Trinidad y Tobago señaló que no podía apoyar la resolución debido a que, no obstante raras veces se aplica esta legislación, el Decreto sobre Delitos Sexuales No 31 del año 2000 establece que los actos de sodomía ya sea entre parejas del mismo sexo o heterosexuales son ilícitos.

Mediante nota de pie de página también, Guatemala, entre otros puntos, consideró que la falta de reconocimiento legal del matrimonio entre personas del mismo sexo no constituye una práctica discriminatoria y que por lo tanto, se desasociaba de aquellas partes de la resolución que contravenían su legislación nacional vigente, y se reservaba la interpretación de los términos empleados en la resolución. En el mismo sentido, Ecuador consideró también que el no reconocer el matrimonio legal entre personas del mismo sexo no constituye una práctica discriminatoria.

Debemos notar sin embargo que las resoluciones de la Asamblea General en ningún momento se refieren de forma específica al matrimonio entre personas del mismo sexo.

Por su parte, Paraguay expresó en general su reserva sobre el texto de la resolución y Honduras indicó no considerarse obligada por ninguna disposición contenida en la resolución que pudiera contravenir las disposiciones de otras convenciones internacionales o su legislación interna, mientras que Panamá indicó que aplicará la resolución en función de las disposiciones contenidas en su Constitución Política.

Finalmente, los Estados Unidos también colocaron una nota a pie de página haciendo referencia a la *Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia* reiterando su oposición sistemática a la negociación de nuevos instrumentos jurídicamente vinculantes contra el racismo, la discriminación racial y otras formas de discriminación o intolerancia, en la medida en que algunas de estas disposiciones pueden debilitar o hasta ser incompatibles con las protecciones que ya ofrece el derecho internacional de los derechos humanos, siendo mucho más conveniente dedicar recursos a identificar medidas prácticas para combatir el racismo, la discriminación racial y otras formas de discriminación e intolerancia, incluidas prácticas óptimas en forma de leyes nacionales y una mejor implementación de los instrumentos internacionales existentes.

En efecto, el resolutivo 9 de la resolución de 2014 exhortaba a los Estados miembros que aún no lo han hecho a que consideren, según sea el caso, la firma, la ratificación o adhesión de los instrumentos interamericanos en materia de protección de derechos humanos, incluida la *Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia*. Dada la importancia de la misma para el tema LGBTI,

dedicaremos más adelante un punto específico para examinar su contenido.

En resumen, suman 14 las notas a pie de página de un total de 34 Estados que estuvieron reunidos en ocasión de la Asamblea General en 2014. ¿Qué nos indica esto y qué peso político o jurídico tiene una resolución adoptada en estas circunstancias?

En primer lugar, debemos señalar que las notas a pie de página no están reglamentadas en ningún documento aplicable a la Asamblea General sobre la toma o adopción de decisiones, sea la Carta de la OEA o el propio Reglamento de la Asamblea General.

Tampoco están contempladas ni en el Estatuto ni en el Reglamento del Consejo Permanente, instrumentos que podrían aplicarse de manera supletoria. En buena cuenta pues, *técnicamente* las notas a pie de página no tienen ningún valor jurídico fuera del hecho de expresar la posición específica de un determinado país.

Debemos notar que el artículo 81 del Reglamento de la Asamblea General establece que las delegaciones que deseen formular *declaraciones* acerca de las resoluciones de la Asamblea General, deberán comunicar los

Dante Mauricio Negro Alvarado

Avances en la Protección de los Derechos Humanos

respectivos textos a la Secretaría para que ésta los ponga en conocimiento de las delegaciones a más tardar en la sesión plenaria en que fuere sometido a votación el respectivo instrumento. Dichas declaraciones, por otro lado, deben constar en las actas correspondientes.¹⁸

Aún cuando podamos admitir que las notas a pie de página pueden asimilarse a las declaraciones contempladas en el reglamento de la Asamblea General (interpretación que no necesariamente cuenta con los argumentos necesarios para ser aceptada), estas deberían constar en las *actas* y no en el texto de las resoluciones mismas.

Por otro lado, no podrían incluirse *después* de haber sometido la resolución respectiva a consideración y votación, como ha ocurrido en algunos casos en que algunos países han dirigido el texto de su nota a la Secretaría con posterioridad a la adopción de la decisión, o se han limitado a informar en un determinado momento que presentarían una nota a pie de página pero sin dar a conocer el contenido de la misma.

Lo más importante es que incluso una declaración implica una simple manifestación de voluntad de señalar una posición. Por lo tanto, en ningún caso

podría excluir ni modificar los efectos jurídicos de una resolución, como tampoco podría suceder, por analogía, con las notas a pie de página, mucho menos si la resolución ha sido previamente aprobada por consenso, como suele suceder con la mayoría de ellas y sucedió en efecto con la Resolución AG/RES.2863 sobre el tema.

En efecto, en la práctica, los proyectos de resolución negociados son sometidos a la aprobación de los Estados miembros reunidos en la Asamblea General en la última sesión plenaria que se realice, en la mayoría de los casos, por consenso, sin necesidad de recurrir a una votación. En caso de no existir oposición activa, la resolución de que se trate se entiende aprobada por consenso. En caso de que un país o grupo de países no estuvieran de acuerdo en unirse a dicho consenso, tendrían que señalarlo *expresamente* antes de la aprobación respectiva y, en todo caso, solicitar que el texto sea sometido a votación. De no hacerlo así, la resolución se debe considerar consensuada.

Resultaría sumamente contradictorio aceptar que una resolución adoptada mediante dicha modalidad, apareciera luego con notas a pie de página de países que afirman no unirse a dicho

“Sin desconocer la práctica de la inclusión de las notas a pie de página en algunas resoluciones de la Asamblea General por ser una “realidad que se ha impuesto” en los últimos años en el seno de dicha Asamblea, el valor jurídico que de ellas se desprende no puede trasgredir ni contradecir la normativa vigente.”

consenso, máxime si dichas notas no están reguladas ni reconocidas por ningún instrumento jurídico aplicable y son más bien producto de una práctica cuyas consecuencias legales no están aún claramente definidas.

Todo esto nos lleva a señalar que, sin desconocer la práctica de la inclusión de las notas a pie de página en algunas resoluciones de la Asamblea General por ser una “*realidad que se ha impuesto*” en los últimos años en el seno de dicha Asamblea, el valor *jurídico* que de ellas se desprende no puede trasgredir ni contradecir la normativa vigente, la cual ha sido aprobada por los propios

Estados miembros. En ese sentido, más que describir una posición específica, la existencia de la misma no puede llevarnos a concluir que una resolución no ha sido aprobada por consenso, aunque así lo diga el texto de la propia nota. Una falta de consenso sólo puede ser expresada a través de un proceso específico de *votación* que determine qué países están a favor y qué países están en contra de una resolución.

Hasta el momento pues, las resoluciones de la Asamblea General en el tema de orientación sexual, identidad y expresión de género, deben considerarse jurídicamente como textos que gozan del consenso de todos los Estados miembros de la Organización.

III. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el grupo LGBTI

La CIDH ha venido ocupándose cada vez más de los derechos humanos del colectivo LGBTI, sobre todo a través de sus visitas a los países y la celebración de audiencias temáticas de las cuales hasta el momento ha habido varias. En ese sentido, la CIDH incluyó en su Plan Estratégico de 2011 acciones específicamente enfocadas en las personas LGBTI.¹⁹

Dante Mauricio Negro Alvarado

Avances en la Protección de los Derechos Humanos

Tras la creación de una Unidad sobre la temática LGBTI en noviembre de 2011, la CIDH creó en 2013 una Relatoría para los Derechos de las Personas Lesbianas, Gays, Bisexuales, Trans e Intersex, que trabaja principalmente en torno a tres pilares: el tratamiento de casos y peticiones individuales, la asesoría a los Estados miembros de la OEA y a los Órganos políticos de la misma en esta temática, y la preparación de un informe hemisférico sobre los derechos humanos de estas personas.²⁰

En cuanto al tema de las peticiones la CIDH ha admitido desde el año 1999 cinco casos específicos. En efecto, en dicho año admitió el caso de *Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia*,²¹ en 2008 el caso *Karen Atala e hijas vs. Chile*,²² en 2011 el caso *Ángel Alberto Duque vs. Colombia*,²³ en 2014 el caso *Luis Alberto Rojas Marín vs. Perú*,²⁴ y en 2015 el caso *Sandra Cecilia Pavez vs. Chile*.²⁵

Por otro lado, hasta el momento la CIDH ha solicitado a diversos Estados hasta 15 medidas cautelares vinculadas con defensores y defensoras de los derechos humanos del colectivo LGBTI. En la medida en que el caso *Karen Atala e hijas vs. Chile* llegó hasta la Corte Interamericana de Derechos Humanos (la cual emitió sentencia en 2012) en esta sección examinaremos

brevemente los otros cuatro casos, incluido el de *Ángel Alberto Duque vs. Colombia*, que está siendo revisado ante la Corte, la cual aún no ha emitido sentencia.

1. Asunto Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia

El caso de Marta Lucía Álvarez Giraldo vs. Colombia es un caso relativo a las visitas íntimas de personas del mismo sexo en los centros penitenciarios. La peticionaria alegó discriminación en el ejercicio de su derecho a la visita íntima sobre la base de su orientación sexual. Colombia alegó por su parte razones de seguridad, disciplina y moralidad en las instituciones penitenciarias, señalando que con dichas visitas se afectaba el régimen de disciplina interna del centro penitenciario dado que la cultura latinoamericana era poco tolerante con estas prácticas. Si bien el caso fue admitido por la CIDH, Colombia adoptó posteriormente legislación sobre la materia y el caso no progresó.

2. Ángel Alberto Duque vs. Colombia

Los hechos de este caso son un poco más complejos. Ángel Alberto Duque y su pareja convivieron de manera

permanente, en unión libre, durante 10 años y 3 meses hasta la muerte de este último el 15 de septiembre de 2001 a consecuencia del virus HIV/SIDA. Anteriormente a ello, el 4 de agosto de 1997, Ángel Alberto Duque había ingresado al Programa ETS-VIH/SIDA del Instituto de Seguridad Social (ISS) de Colombia, diagnosticado con esta enfermedad. El Sr. Duque recibía de su pareja apoyo económico para sus gastos personales y atención de salud, por lo cual se afilió a una Empresa Prestadora de Salud (EPS).

El 19 de marzo de 2002, es decir, cuando ya su pareja había muerto, Ángel Alberto Duque presentó una solicitud ante COLFONDOS a fin de que le dieran información sobre los requisitos que debía cumplir para acceder a la pensión de sobrevivencia con base a su calidad de compañero permanente de su pareja fallecida. El 3 de abril de ese mismo año, COLFONDOS señala que Ángel Duque no calificaba para la calidad de beneficiario de dicha pensión al amparo de la Ley 100, puesto que ésta se refería a la unión entre un hombre y una mujer y no a la unión entre dos personas del mismo sexo. Esta Ley que data del año 1993, en su artículo 4 contemplaba que son beneficiarios de la pensión de sobrevivencia, el *cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite*.

Este texto se interpretaba junto con la Ley 54 de 1990 en cuyo artículo 1 se establecía que a partir de su vigencia y para todos los efectos civiles, se denominaba unión marital *de hecho* la formada entre un hombre y una mujer, que sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular.

Igualmente, y para todos los efectos civiles, la Ley denominaba “*compañero y compañera permanente*” al hombre y la mujer que forman parte de la unión marital de hecho. En adición a todo ello, el Decreto 1889 de 1994 que reglamentaba la Ley 100, establecía en su artículo 10 que para efectos de la pensión de sobrevivientes del afiliado, ostentará la calidad de compañero o compañera permanente la última persona, de sexo diferente al del causante, que haya hecho vida marital con él. El 26 de abril de 2002 el Sr. Duque presentó una acción de tutela la cual fue sucesivamente denegada, apelada y vuelta a denegar.

El 8 de febrero de 2005, la CIDH recibió la respectiva petición. En la misma y a lo largo del análisis del caso, Ángel Alberto Duque alegó violación del derecho de igualdad ante la ley, ya que ésta introducía factores de discriminación con relación a las parejas del mismo sexo.

Dante Mauricio Negro Alvarado

Avances en la Protección de los Derechos Humanos

También señaló que las decisiones judiciales con relación a su caso específico habían interpretado las leyes de forma restringida y habían excluido al peticionario injustificadamente y con criterios de discriminación con base en su opción sexual de su derecho a la seguridad social, concretamente de la pensión de sobrevivencia, lo cual a su vez le negaba el acceso a los servicios de salud adecuada.

El Sr. Duque indicó que se había visto en la necesidad de conseguir por su cuenta los recursos necesarios para permanecer afiliado a una EPS y mantener así un tratamiento médico adecuado, y señaló que todo esto generó un impacto negativo en su salud y de manera inminente, en su vida.

Dos hechos importantes que se producen mientras el caso estaba siendo visto por la CIDH son el Fallo C-336 de 2008 de la Corte Constitucional de Colombia, que reconoce el derecho a la pensión de sobrevivencia a parejas del mismo sexo, y el Fallo T-1241 de la misma Corte Constitucional, de ese mismo año, que dispone la posibilidad de reconocer *retroactivamente* la unión marital de hecho conformada por parejas del mismo sexo con el fin de reclamar la pensión de sobrevivencia, siempre y cuando se acredite la calidad de compañero permanente de la unión.

Sin embargo, era claro que el peticionario jamás podría satisfacer los requisitos fijados por dicha jurisprudencia y disfrutar de los beneficios retroactivos que otorgaba, en la medida en que su pareja ya había fallecido.

Por su parte, Colombia alegó que no existía registro del que se pudiera desprender que la presunta víctima no tuvo acceso a los tratamientos y medicamentos necesarios para tratar su enfermedad, por lo que se trataba de un perjuicio *eventual* no consolidado. Asimismo indicó que un enfermo de HIV/SIDA que se encuentra afiliado a una EPS, pero que no ha cotizado aún las más de diez semanas que requiere la ley para este tipo de tratamientos, puede ser atendido si sufragó el porcentaje correspondiente a las semanas que aún no ha cotizado. En caso que el paciente no cuente con los recursos económicos y requiera el tratamiento de forma urgente, la EPS tiene que asumir los costos de los tratamientos respectivos.

En otra línea de ideas, Colombia esgrimía que a la fecha COLFONDOS no había aún tomado una decisión definitiva respecto al caso del peticionario y por ende no se podían considerar agotados los recursos de la jurisdicción interna, además de que

la jurisprudencia antes señalada había configurado una situación jurídica que ahora sí le permitía al peticionario reclamar la pensión de sobrevivencia. En ese caso, la condición de “*compañero*”, aunque su pareja ya hubiese muerto, podía acreditarse por la sola manifestación informal de uno de los miembros de la presunta pareja, pudiendo aportarse además otros medios de prueba como la declaración extra juicio de quien solicita dicha calidad y dos testigos adicionales.

La CIDH consideró por un lado que la respuesta inicial de COLFONDOS constituía ya en sí una respuesta negativa a las pretensiones del peticionario. En segundo lugar, indicó que no era posible reclamar los efectos derivados del Fallo C-336 de 2008 respecto a situaciones consolidadas antes de su pronunciamiento, por lo que los efectos de dicha sentencia no beneficiaban al peticionario. Estableció que aunque era válido pretender la aplicación retroactiva para el caso de uniones maritales homosexuales iniciadas antes del fallo, era claro que en todo caso sería necesaria la declaración notarial y que tanto dicha diligencia como el fallecimiento de la persona que genera el derecho a la pensión, deberían haberse producido con *posterioridad* a la expedición de dicho fallo.

Finalmente, estableció que, sobre la base de que no existen en la legislación interna las vías adecuadas para la protección de los derechos que se alega han sido violados, se había configurado el agotamiento de los recursos internos.

El 2 de noviembre de 2011 la CIDH declaró admisible el reclamo y notificó la decisión a Colombia y al peticionario, decidiendo continuar con el análisis de fondo de la cuestión, al término del cual, decidió finalmente remitir el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Corte recibió el caso el 21 de octubre de 2014, mientras que los alegatos fueron y las observaciones finales fueron recibidos el 24 y 25 de septiembre de 2015. La decisión final a este caso, que sin duda constituiría el segundo asunto relativo al grupo LGBTI que es objeto de una sentencia por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, está pendiente a la fecha de este texto,

3. Asunto Luis Alberto Rojas Marín vs. Perú

En abril de 2009, la CIDH recibió una petición relativa a la detención ilegal y arbitraria sufrida por Luis Alberto Rojas Marín en el transcurso de la cual fue presuntamente víctima de actos

Dante Mauricio Negro Alvarado

Avances en la Protección de los Derechos Humanos

de violencia sexual y actos de tortura motivados por su orientación sexual.

Luis Alberto Rojas, joven peruano gay de 26 años y de escasos recursos económicos de la provincia de La Libertad, alega que en febrero de 2008, pasada la media noche, fue detenido por un agente de policía y, al no tener su documento de identidad, conducido a la delegación policial donde fue privado de su libertad por varias horas. Durante ese lapso de tiempo, sostiene que fue agredido física y verbalmente por tres agentes de la policía, interrogado en forma soez e insultado con frases alusivas a su orientación sexual. También alega haber sido manoseado y torturado mediante la introducción por el recto de una vara policial de goma hasta en dos oportunidades.

En sus alegatos, Luis Alberto Rojas indica que a lo largo de todo el trámite de denuncia y reconocimiento médico legal no fue atendido o la atención fue demorada, el origen de sus heridas fue cuestionado, y fue objeto de presiones, intimidación y cuestionamientos relacionados con su orientación sexual. En general, se alega que las percepciones negativas de los agentes estatales en relación con la orientación sexual de la presunta víctimas conllevaron a que el caso no fuera visto como prioritario, que

la gravedad de los hechos fuese banalizada, la investigación preliminar estuviera cargada de irregularidades, no hubiera una denuncia inmediata de la violación sexual y que la fiscalía obstaculizara la realización del examen médico legal.

El presente caso no sólo ha sido contestado por parte del Estado peruano y contradicho con relación a los hechos y al agotamiento de los recursos internos, sino que dicho Estado alega además que no están presentes todos los elementos que constituyen uno de los delitos que se alega fue configurado, es decir, el delito de tortura, en la medida en que no se cumple con el elemento subjetivo que es la especial intención para obtener información o confesión del presunto agraviado o castigarlo por algún hecho cometido o que se presume cometió.

En efecto, el Estado peruano alega que los agentes policiales habrían acudido al lugar de los hechos en respuesta a una llamada de los vecinos que habrían reportado la presencia de personas extrañas, que las tres personas vistas se dieron a la fuga logrando intervenir sólo a la presunta víctima, la cual además de estar ebria y no llevar consigo su identificación, opuso resistencia y que, una vez detenida, no se habría ejercido actos de violencia sexual en su contra,

siendo más bien que ella habría tenido una actitud agresiva, profiriendo frases ofensivas contra el personal policial. Se indica además que en algún momento los policías involucrados habrían estado bajo prisión preventiva, pero que la causa habría sido sobreseída por insuficiencia de pruebas.

En noviembre de 2014, la CIDH declaró admisible la petición e inició el trámite de fondo del caso sin prejuzgar sobre dicho fondo, proceso que aún continúa al día de hoy. En su informe de admisibilidad sin embargo tomó nota que la obligación de llevar a cabo una investigación con la debida diligencia adquiere una connotación especial cuando la presunta víctima ha alegado que habría sido discriminada por su orientación sexual, tomando en cuenta la situación de marginación y exclusión histórica a la cual han estado sometidas las personas por su orientación sexual no heterosexual, máxime si se trata de una persona que se encuentra bajo custodia estatal.

4. Asunto Sandra Cecilia Pavez Pavez vs. Chile

Este es el asunto más reciente presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y versa sobre presunta violación al derecho de no

sufrir injerencias arbitrarias en la vida privada de las personas.

Según se desprende de las actuaciones de la CIDH hasta el momento, Sandra Pavez es profesora de religión de Educación General Básica y se había desempeñado por más de veinticinco años en dicha ocupación sin haber sido objeto de reproche alguno. En Chile existe el decreto 924 de 1984, en cuyo artículo 9 se establece que quienes se desempeñan en la docencia de religión requieren estar en posesión de un certificado de idoneidad, el cual es otorgado por la autoridad religiosa que corresponda al culto cuya enseñanza impartan, y cuya validez dura mientras dicha autoridad no lo revoque.

El 25 de julio de 2007, el obispado de San Bernardo revocó el certificado de idoneidad de Sandra Pavez indicando que la decisión se había adoptado después del proceso de análisis de la situación que Sandra Pavez ya conocía y sobre la cual habían dialogado en diversas ocasiones, en directa referencia a su condición de lesbiana y al hecho de mantener una relación estable con una persona del mismo sexo. El obispado la habría exhortado a terminar de manera inmediata con su vida homosexual y someterse a una terapia de orden psiquiátrico con la finalidad de

**Dante Mauricio
Negro Alvarado**

**Avances en la Protección
de los Derechos Humanos**

revertir su supuesta alteración mental, algo a lo cual Sandra Paez no accedió.

La presunta víctima interpuso un recurso ante los tribunales locales y en noviembre de 2007, la Corte de Apelaciones de San Miguel resolvió rechazar la acción sobre la base de que la legislación aplicable facultaba al órgano religioso correspondiente a otorgar y revocar la autorización para ejercer la docencia religiosa de acuerdo con sus principios religiosos, morales y filosóficos particulares, y respecto de los cuales, el Estado no tendría poder de injerencia alguna. En abril de 2008 la Corte Suprema de Chile confirmó dicha decisión.

Los recurrentes señalan que si bien es cierto que la Constitución ampara la libertad religiosa, ésta debe ceñirse estrictamente a la ley, prohibiendo por tanto toda forma de discriminación e injerencia en la vida de los individuos.

En la medida en que Chile no tuvo reparos respecto al cumplimiento de los requisitos de forma que siguieron los peticionarios, la CIDH, sin prejuzgar aún sobre el fondo de la cuestión, determinó la admisibilidad del caso en julio de 2015, y decidió iniciar el trámite sobre el fondo de la cuestión, proceso que aún no ha concluido.

“Hasta el momento, sólo un caso directamente relacionado con discriminación por motivos de orientación sexual, identidad o expresión de género ha llegado al conocimiento de la Corte Interamericana: el caso *Karen Atala e hijas vs. Chile*.”

IV. La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el grupo LGBTI

Hasta el momento, sólo un caso directamente relacionado con discriminación por motivos de orientación sexual, identidad o expresión de género ha llegado al conocimiento de la Corte Interamericana: el caso *Karen Atala e hijas vs. Chile*. El caso, luego de ser admitido por la CIDH (la cual se pronunció sobre el fondo del asunto en diciembre de 2009) fue presentado ante la Corte el 17 de septiembre de 2010. La Corte emitió su sentencia el 24 de febrero de 2012.²⁶

El caso de *Karen Atala e hijas vs. Chile* está relacionado con la tuición de menores, en este caso, las tres hijas que

tuvo con su ex pareja de sexo masculino, en aquellos casos en que la persona que pretende ejercer la tuición convive con una persona del mismo sexo.

Chile argumentó que Karen Atala, como madre, había antepuesto su propio interés al de sus hijas al manifestar y ejercer abiertamente su orientación sexual. Utilizó el argumento de que lo que se debía ventilar no era el derecho de uno u otro padre sino el interés superior de las niñas en la medida en que éstas podrían desarrollar una confusión sobre sus roles sexuales ante la ausencia de un padre de sexo masculino y su reemplazo por una persona del sexo femenino pudiendo ser así discriminadas en el futuro. También hizo referencia a un entorno familiar excepcional, diferente al de los demás compañeros de las niñas, lo que podría exponerlas a ser objeto de discriminación y aislamiento, afectando negativamente el desarrollo personal de las menores.

La peticionaria alegaba que su orientación sexual no era impedimento para desarrollar una maternidad responsable y que según la ley, el cuidado de los hijos corresponde a la madre en casos de separación. En ese sentido, las causales por las que la madre puede ser privada de la tuición eran legalmente limitadas y expresas, y ninguna de ellas

mencionaba la orientación sexual. Karen Atala sostenía asimismo que el argumento del interés superior de las niñas ventilado en las cortes chilenas se había reducido al concepto de vivir en una familia tradicional heterosexual y *“estructurada normalmente”*.

Un fundamento importante esgrimido por la Sra. Atala era que se le estaba obligando a escoger de manera innecesaria y arbitraria entre el ejercicio pleno de su orientación sexual y la tuición de sus hijas, privando de esta manera a las personas LGBTI de uno de los aspectos más significativos de la experiencia humana: criar a sus propios hijos.

Indicó además que, en el manejo del caso, se había utilizado el estereotipo según el cual las personas homosexuales están en contra de los valores familiares y viven centrados en la relación de pareja sin ser capaces de desarrollar otros vínculos afectivos. Finalmente, la peticionaria señaló que las menores no habían sido objeto de discriminación alguna en su medio social por vivir en un hogar compuesto por una pareja del mismo sexo y, principalmente, que no se había tomado en cuenta el deseo de las niñas de vivir con ella.

En su sentencia, la Corte Interamericana dictaminó que el Estado chileno

Dante Mauricio Negro Alvarado

Avances en la Protección de los Derechos Humanos

había violado los derechos de igualdad y no discriminación en perjuicio de Karen Atala y sus 3 hijas, violando además el derecho a la vida privada de la Sra. Atala. Aunque sin unanimidad, dictaminó también que el Estado había violado el derecho a la protección de la familia en perjuicio de Karen Atala y sus 3 hijas.

Asimismo, indicó que Chile había violado el derecho a ser oído en perjuicio de las niñas y el derecho de imparcialidad en relación a las decisiones de los tribunales chilenos que se habían pronunciado en diversas instancias internas sobre el caso. Finalmente, ordenó al Estado chileno hacer las publicaciones correspondientes de la sentencia en el plazo de 6 meses, realizar un acto público de reconocimiento de responsabilidad y capacitar a los funcionarios públicos y judiciales en esta temática.

Un tema importante a subrayar porque nos permite ver la interrelación que existe entre los diferentes procesos de adopción de estándares jurídicos a nivel regional, es el hecho de que la Corte, pare evacuar su sentencia en el presente caso, no contaba con los referentes necesarios a nivel de tratados interamericanos en materia de derechos humanos. En una acción sin

precedentes, se basó para fundamentar su decisión, entre otras cosas, en las resoluciones de la Asamblea General de la OEA que hemos examinado anteriormente. Así, en el párrafo 86 de su sentencia, la Corte señaló:

“Al respecto, en el Sistema Interamericano, la Asamblea General de la OEA ha aprobado desde 2008 en sus sesiones anuales cuatro resoluciones sucesivas respecto a la protección de las personas contra tratos discriminatorios basados en su orientación sexual e identidad de género, mediante las cuales se ha exigido la adopción de medidas concretas para una protección eficaz contra actos discriminatorios”.

“La Corte, pare evacuar su sentencia en el presente caso, no contaba con los referentes necesarios a nivel de tratados interamericanos en materia de derechos humanos. En una acción sin precedentes, se basó para fundamentar su decisión, entre otras cosas, en las resoluciones de la Asamblea General de la OEA que hemos examinado anteriormente.”

El presente caso es pues una valiosa muestra de cómo la protección de los derechos humanos del colectivo LGBTI ha progresado en nuestro hemisferio, y en dicho desarrollo han contribuido de manera convergente diversos procesos que desde el punto de vista del derecho positivo no generan normas o no constituyen fuente principal del derecho internacional, como las decisiones de los tribunales internacionales y las resoluciones de los organismos internacionales, las cuales, sin embargo, de forma *complementaria*, pueden reforzarse mutuamente.

V. Las Convenciones Interamericanas

Recientemente, en el año 2013, la OEA adoptó dos instrumentos jurídicos de la mayor relevancia para el Hemisferio en su conjunto, y particularmente para el área de los derechos humanos del colectivo LGBTI: la *Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia* (en adelante la “*Convención contra la Discriminación*”), y la *Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia* (en adelante la “*Convención contra el Racismo*”). Ambas fueron adoptadas el 5 de junio de 2013, en el marco del 43° período

ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA celebrada en La Antigua, Guatemala.

A la fecha, la Convención contra la Discriminación ha sido firmada por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Haití, Panamá y Uruguay (9 países); mientras que la Convención contra el Racismo ha sido firmada por Antigua y Barbuda, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Haití, Panamá y Uruguay (11 países).

Ambas convenciones entrarán en vigor el trigésimo día a partir de la fecha en que se haya depositado el segundo instrumento de ratificación o adhesión en la Secretaría General de la OEA. Su adopción concluye un largo camino recorrido que se inició formalmente en 2005, con el establecimiento de un grupo de trabajo en la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente de la Organización (CAJP), cuyo encargo fue recibir contribuciones con vistas a la elaboración de un proyecto de *Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia*.

Estas convenciones, sin lugar a dudas, son una referencia necesaria para todas aquellas acciones que se quieran

Dante Mauricio Negro Alvarado

Avances en la Protección de los Derechos Humanos

realizar con relación a la protección y promoción de los derechos humanos en el Hemisferio con relación a cualquier sector minoritario o en situación de vulnerabilidad a las que ambas se refieren, en particular, de los derechos humanos del colectivo LGBTI.

Si bien las resoluciones de la Asamblea General han establecido y seguirán estableciendo progresivamente, como lo hemos visto, estándares internacionales con relación a este tema, es de suma importancia contar ya con una convención referida a este tema. La incorporación en estas Convenciones provee una lista extensa de motivos por los cuales se puede generar un acto de discriminación, en especial la *Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia* no hace otra cosa que crear un sistema jurídico específico y aplicable a cada uno de ellos de manera individual, incluido el colectivo LGBTI, que cuenta así con un cuerpo normativo que define de forma concreta cuáles son algunos de sus derechos específicos y los deberes que los Estados que lleguen a ser parte en dichos instrumentos contraerán con relación a ellos.

Este marco de referencia podrá ser complementado de manera válida y concreta con aquellos estándares que

año a año se sigan incorporando en las resoluciones de la Asamblea General, lo que garantizará un desarrollo progresivo, complementario y permanente de la temática.²⁷

La *Convención contra la Discriminación* define a ésta como un acto cuyo objetivo o efecto es anular o limitar el reconocimiento, goce o ejercicio de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales. Estas acciones pueden darse tanto en el ámbito público como en el privado. El acto de discriminación debe estar basado en alguno de los motivos específicos enumerados en el artículo 1 de la Convención, entre ellos, la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género.²⁸

La *Convención contra la Discriminación* se ocupa también de la discriminación “indirecta” como aquella que se produce cuando una disposición (entiéndase ley, norma, etc.), un criterio o una práctica es susceptible de implicar una desventaja particular para las personas que pertenecen a un grupo específico. Se señala que estas disposiciones, criterios o prácticas pueden ser *aparentemente* neutros, lo que no significa que este hecho exima al aplicador de la norma de determinar que existe efectivamente discriminación.

En buena cuenta, la discriminación indirecta se produce cuando un factor aparentemente inocuo, no puede ser fácilmente cumplido por personas que pertenecen a un grupo específico. Existen muchos casos de discriminación indirecta contra personas LGBTI cuando expresan abiertamente su identidad en los que, por ejemplo, quedan desplazadas de un determinado empleo por circunstancias que no tienen nada que ver con los requisitos directos para desempeñar de manera efectiva el trabajo de que se trata. La única excepción aceptada a esta norma es cuando dicha disposición, criterio o práctica tiene un objetivo o justificación razonable y legítima. En estos casos, la doctrina habla del “*test de proporcionalidad*”: si no apunta a un fin legítimo, se debe descartar la disposición, criterio o práctica, o de ser posible, procurar lograr el fin legítimo perseguido a través de una medida que implique un menor nivel de diferenciación.

Finalmente, al igual que el concepto amplio de discriminación, la Convención establece también que la discriminación indirecta se puede producir tanto en la esfera pública como privada.

Otro concepto definido por la *Convención contra la Discriminación* es el de

“*discriminación múltiple o agravada*”. Partiendo de la definición amplia de discriminación, establece que es cualquier preferencia, distinción, exclusión o restricción que se basa, de forma concomitante, en dos o más de los motivos mencionados en dichos instrumentos jurídicos u otros reconocidos en instrumentos internacionales. Es decir, lo que define una discriminación múltiple o agravada es el hecho de que ésta se produzca no sólo por uno de los motivos ya establecidos, sino por dos o más de ellos. Esto se produce por ejemplo cuando una mujer lesbiana con discapacidad, es discriminada por ser mujer, por ser lesbiana, y además, por ser una persona con discapacidad. Más adelante la Convención establece que los actos que conlleven una discriminación múltiple se deben considerar como agravantes.

La Convención establece también que ciertos actos que podrían ingresar dentro de la definición amplia de discriminación, no deben considerarse como tal. Es decir, no obstante cumplir con todos los elementos para ser considerados como actos de discriminación, ya sea directa, indirecta, múltiple o agravada, ciertos actos quedan fuera del ámbito de aplicación de estos instrumentos jurídicos.

Dante Mauricio Negro Alvarado

Avances en la Protección de los Derechos Humanos

Nos estamos refiriendo a las “*medidas especiales o acciones afirmativas*” que se adoptan para garantizar el goce o ejercicio de uno o más derechos humanos y libertades fundamentales de grupos que así lo requieran. Al respecto, la Convención establece el compromiso de los Estados Parte de adoptar las políticas especiales y acciones afirmativas para garantizar el goce o ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de personas o grupos que sean sujetos de discriminación o intolerancia. Estas medidas intentan restablecer el equilibrio entre un sector y el resto de la población, en el entendido de que el primero, debido a prolongadas condiciones estructurales está en desigualdad de condiciones y por lo tanto tendrá escasas probabilidades de progresar.

Podemos afirmar que las acciones afirmativas trascienden el concepto de la discriminación. Con su adopción se pretende conseguir una igualdad de oportunidades que tienda más bien a prevenir o evitar que la discriminación se produzca.

En efecto, en la base misma del término de “*acciones afirmativas*” está el concepto de diversidad y por ende el principio de que el Estado debe tratar a los diferentes de manera diferente, de manera tal de lograr eliminar las

“*condiciones*” desiguales en que se hallan. Así, el objetivo no es lograr que todos seamos “*iguales*” sino que todos tengamos “*igualdad de condiciones*” para gozar o ejercer plenamente nuestros derechos humanos y libertades fundamentales.

Además del concepto de discriminación que recoge la *Convención contra la Discriminación*, que es en mayor o menor medida, con algunas particularidades, similar al que recogen otros instrumentos internacionales, la Convención se ocupa de otros actos que sin llegar a ser considerados “*actos de discriminación*”, quedan comprendidos en el ámbito de aplicación de esta Convención. Así pues, la Convención define a la “*intolerancia*” como el acto, conjunto de actos o manifestaciones que expresan el irrespeto, rechazo o desprecio de la dignidad, características, convicciones u opiniones de los seres humanos por ser diferentes o contrarias.

Nuevamente se presenta el tema de la diversidad, y se plantea la necesidad de retomar la idea de que la igualdad no radica en la naturaleza de las personas, sino en las oportunidades que se les brindan para poder gozar en “*condiciones*” de igualdad de los derechos y libertades reconocidos. La Convención establece también que dicha intolerancia puede manifestarse

como marginación y exclusión de la participación en cualquier ámbito de la vida pública o privada de grupos en condiciones de vulnerabilidad o como violencia contra ellos.

Si bien durante el proceso de negociación algunos Estados miembros de la OEA señalaron que sancionar la intolerancia era atentar de alguna manera contra la libertad de expresión, creemos que fue importante plasmar este concepto en la Convención por la trascendencia que tiene reconocer y respetar la diversidad, las diferencias y las modalidades de expresión de las particularidades de cada ser humano, sin que puedan ser objeto de burla, desprecio o ser presa de los “*discursos de odio*” que muchas veces podrían quedar amparados bajo un derecho a la libertad de expresión sin límites.

“A diferencia del concepto de “discriminación”, la intolerancia no está referida a derecho humano alguno o libertad fundamental, pues va mucho más allá de las definiciones contenidas en los mismos.”

Este tema es particularmente relevante con relación al grupo LGBTI, y su inclusión debe ser vista como una conquista importante para este grupo y otros grupos que sufren de manera particular las consecuencias de la intolerancia, son objeto de discursos de odio, y sufren las consecuencias de una libertad de expresión irrestricta y sin regulaciones.

Debemos resaltar que, a diferencia del concepto de “discriminación”, la intolerancia no está referida a derecho humano alguno o libertad fundamental, pues va mucho más allá de las definiciones contenidas en los mismos. La intolerancia puede ocurrir incluso si la persona no está amparada por ningún derecho específico, pues apunta más bien al concepto más amplio del respeto por la diversidad.

Dejando atrás el tema de las definiciones y pasando ya al de los derechos consagrados en la *Convención contra la Discriminación*, ésta establece básicamente dos derechos generales en su texto. Si bien esto puede parecer insuficiente, la mayor virtud de estos instrumentos es que abarcan con mayor detalle los deberes que se generan para los Estados parte teniendo como punto de partida estos dos derechos y los conceptos generales antes descritos.

Dante Mauricio Negro Alvarado

Avances en la Protección de los Derechos Humanos

Además, debemos recordar que las Convenciones tienen como base de referencia todos los otros derechos humanos establecidos ya en diversos instrumentos jurídicos internacionales aplicables a todas las personas.

El primero de éstos es el derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección, en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados tanto en las leyes nacionales como en los instrumentos internacionales aplicables a los Estados. El segundo es el derecho a la igual protección contra toda forma de discriminación e intolerancia, sobre la base de que todo ser humano es igual ante la ley.

Con relación a los deberes de los Estados, las Convenciones determinan hasta 6 deberes concretos referidos a la prevención, eliminación, prohibición y sanción de todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia; la implementación de legislación adecuada; a la adopción de políticas públicas; a la inclusión del concepto de diversidad en dicha legislación y políticas; a la realización de estudios en la materia; y a la designación de una autoridad nacional y la cooperación internacional.

Esta no es necesariamente la estructura que sigue la Convención, pero nos parece que es la metodología más clara para hacer una presentación del contenido de este instrumento.

Los Estados que lleguen a ser parte de la *Convención contra la Discriminación* se comprometen de manera general a prevenir, eliminar, prohibir y sancionar todos los actos y manifestaciones de discriminación e intolerancia, de acuerdo con sus normas constitucionales y las disposiciones de la Convención. Sin embargo, este instrumento hace especial mención a algunos de estos actos y manifestaciones no en un intento de ser exhaustivo, sino a manera de ejemplo o por ponerlos de relieve.

Entre estos actos y manifestaciones, y que son pertinentes para el caso del colectivo LGBTI, se encuentran los siguientes:

1. La comisión de actos o el apoyo²⁹ a actividades que promuevan la discriminación o la intolerancia.³⁰
2. El uso de la violencia contra la persona y los actos delictivos contra su propiedad.
3. Acciones represivas.³¹
4. Restricción de los derechos de propiedad, administración y disposición.

5. Denegación del acceso a la educación y uso de estereotipos en la educación.
6. Realización de investigaciones o la aplicación de los resultados de investigaciones sobre el genoma humano³² destinadas a la selección de personas o a la clonación de seres humanos que prevalezcan sobre el respeto a los derechos humanos, las libertades fundamentales y la dignidad humana, generando así cualquier forma de discriminación basada en las características genéticas.
7. Restricción del ingreso a lugares públicos y privados.

Existen dos referencias adicionales en la Convención que ésta quiso resaltar de manera particular, pero que creemos quedan contempladas bajo la definición *general* de discriminación, sobre todo en cuanto dicho concepto se aplica ya al reconocimiento, goce o ejercicio de uno o más derechos humanos o libertades fundamentales reconocidos.

Nos referimos especialmente a la denegación del acceso a cualquiera de los derechos sociales, económicos y culturales y a la restricción discriminatoria del goce de los derechos humanos, en especial los aplicables a las

minorías o grupos en condiciones de vulnerabilidad y sujetos a discriminación. Esta última referencia nos parece particularmente importante, puesto que tiene que ver con los derechos humanos consagrados no sólo en los instrumentos internacionales y regionales aplicables sino también a aquellos contenidos en la jurisprudencia de las cortes internacionales y regionales de derechos humanos, lo que genera una consecuencia muy importante: la aplicación del principio de no discriminación con relación a derechos que si bien no constituyen parte del “*hard law*”, llámese particularmente los tratados internacionales, y que siendo parte del “*soft law*” ingresarían a la primera categoría en virtud de este tratado y con relación a los Estados que se hagan parte en el mismo.

Esto es de gran importancia sobre todo para el grupo LGBTI cuyos derechos vienen siendo reconocidos poco a poco de manera cada vez más amplia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual ha empezado a generar una interesante jurisprudencia en la materia conteniendo estándares muy concretos de protección.

El segundo deber establecido está referido a la legislación. En virtud de la *Convención contra la Discriminación*,

Dante Mauricio Negro Alvarado

Avances en la Protección de los Derechos Humanos

los Estados que lleguen a ser parte en dicho instrumento jurídico se comprometen a adoptar legislación que defina y prohíba claramente la discriminación y la intolerancia. Al ser la orientación sexual, la identidad de género y la expresión de género tres motivos reconocidos por la Convención que pueden generar discriminación, este deber estatal se aplica de manera *directa* al colectivo LGBTI. Dicha legislación debe ser aplicable a todas las autoridades públicas y a todas las personas naturales o físicas y jurídicas, tanto en el sector público como privado. Además, esta legislación debe aplicarse en especial a las áreas de empleo, participación en organizaciones profesionales, educación, capacitación, vivienda, salud, protección social, ejercicio de la actividad económica, acceso a los servicios públicos, entre otros.

Los Estados parte también se comprometen a derogar o modificar toda legislación que constituya o dé lugar a discriminación e intolerancia. Además, la Convención establece el deber de los Estados parte de asegurar a las víctimas de discriminación e intolerancia un trato equitativo y no discriminatorio, la igualdad de acceso al sistema de justicia, procesos ágiles y eficaces y una justa reparación en el ámbito civil o penal, según corresponda.

Los Estados que lleguen a ser parte de la Convención se comprometen también de manera específica a formular y aplicar políticas que tengan por objetivo el trato equitativo y la generación de igualdad de oportunidades para todas las personas. Entre estas políticas se mencionan las de tipo educativo, laboral, social, de promoción y de difusión de la legislación pertinente por todos los medios posibles (incluido cualquier forma y medio de comunicación masiva e Internet). Al igual que el anterior, este deber favorece de manera particular al colectivo LGBTI.

La Convención establece asimismo la obligación para los Estados parte de asegurar que sus sistemas políticos y legales reflejen apropiadamente la diversidad dentro de sus sociedades. Esto con el fin de atender las necesidades especiales legítimas de cada sector de la población.

Por otro lado, la *Convención contra la Discriminación* se refiere a la obligación de los Estados parte de llevar adelante estudios sobre la naturaleza, las causas y las manifestaciones de la discriminación y la intolerancia en sus respectivos países. Estos se deben realizar en los ámbitos local, regional y nacional. También se comprometen a recolectar, compilar y difundir datos sobre la

situación de los grupos o individuos que son víctimas de la discriminación y la intolerancia.

Por último, los Estados parte en la Convención se comprometen a establecer o designar una institución nacional, de conformidad con su normativa interna. Esta institución será responsable de dar seguimiento al cumplimiento de la Convención. También se comprometen a promover la cooperación internacional para el intercambio de ideas y experiencias, así como para ejecutar programas destinados a cumplir los objetivos de estos instrumentos.

Para brindar una adecuada protección a los derechos establecidos en la Convención y dar un debido seguimiento al cumplimiento de los compromisos adquiridos por los Estados parte, ésta se refiere a tres mecanismos específicos: el Comité Interamericano para la Prevención y Eliminación del Racismo, la Discriminación Racial y Todas las Formas de Discriminación e Intolerancia (CIPERDI), la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La *Convención contra la Discriminación* establece el CIPERDI y lo define

particularmente en lo que se refiere a su composición, sus funciones, las condiciones para su establecimiento, las características de la primera reunión que celebre, los informes que deben presentar los Estados parte y el rol que cumple la Secretaría General de la OEA con relación al mismo.

Con relación a la CIDH, la Convención recoge algunas de las funciones ya establecidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y las extiende a los supuestos contemplados dentro del ámbito de este instrumento. Nos estamos refiriendo a la recepción de denuncias o quejas de violaciones de derechos contenidos en la Convención, presentadas por cualquier persona o grupo de personas o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA, en consonancia con el artículo 44 de la Convención Americana.

La segunda función de la CIDH tiene que ver con la recepción y examen de las comunicaciones en que un Estado parte de la Convención alega que otro Estado parte ha incurrido en violaciones de los derechos humanos establecidos en dicho instrumento. Tanto en uno como en otro caso se aplican todas las normas de procedimiento pertinentes contenidas en la Convención

Dante Mauricio Negro Alvarado

Avances en la Protección de los Derechos Humanos

Americana sobre Derechos Humanos así como en el Estatuto y el Reglamento de la Comisión. Otras dos funciones expresamente atribuidas a la CIDH en la Convención Interamericana son la recepción de consultas formuladas por los Estados parte en cuestiones relacionadas con la efectiva aplicación de este instrumento, en consonancia con el artículo 41,e de la Convención Americana, así como la recepción de solicitudes formuladas por los Estados parte con relación al asesoramiento y la cooperación técnica para asegurar la aplicación efectiva de cualquiera de las disposiciones de la Convención, en consonancia también con el artículo 41,e de la Convención Americana.

Con relación a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y al amparo de la *Convención contra la Discriminación*, ésta tendrá competencia sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de las mismas. Para ello, un Estado parte tiene que haber reconocido como obligatoria y de pleno derecho y sin acuerdo especial, dicha competencia, ya sea en el momento del depósito de su instrumento de ratificación o de adhesión a la Convención o en cualquier momento posterior, en consonancia con el artículo 62 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Es decir, no basta

que un Estado haya ya reconocido dicha competencia al amparo de la Convención Americana sino que tendría que efectuar una *nueva* declaración con relación a la Convención contra la Discriminación. En este caso se aplican también todas las normas de procedimiento pertinentes contenidas tanto en la Convención Americana como en el Estatuto y Reglamento de la Corte.

Como podemos observar, la *Convención contra la Discriminación* ha incorporado los mecanismos de protección de derechos humanos ya existentes en el Hemisferio, aprovechando de esta manera tanto sus funciones como su experiencia en la materia. Si bien es cierto en cuanto a la temática LGBTI la experiencia de la CIDH y la jurisprudencia de la Corte Interamericana aun no está extensamente desarrollada, la entrada en vigor de la Convención sobre la Discriminación podría generar una mayor utilización de estos Órganos para atender más casos de violaciones de derechos humanos de personas pertenecientes al colectivo LGBTI.

Por otro lado, creemos que la Convención sobre Discriminación ha creado acertadamente un espacio nuevo e inexistente hasta el momento, que

permitirá que además de que los individuos vean protegidos sus derechos, los Estados parte puedan intercambiar ideas, experiencias, buenas prácticas e incluso las dificultades que enfrentan y que afectan el grado de cumplimiento de sus obligaciones. En efecto, el CIPERDI puede cumplir muy bien estas funciones además de generar un espacio en que se formulen medidas y acciones de cooperación internacional para ayudar a aquellos Estados con menor capacidad instalada o con dificultades estructurales en sus sistemas de justicia a avanzar gradualmente en la plena implementación de las obligaciones contenidas en la Convención, particularmente en lo que se refiere al colectivo LGBTI y la protección y promoción de sus derechos, un espacio que hasta el momento no ha sido generado eficazmente dentro del actual sistema interamericano de derechos humanos.

La *Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia* así como la *Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia* han cumplido su tercer aniversario, y aunque aún pueda parecer prematuro, preocupa que hasta el momento ningún Estado miembro de la OEA haya depositado su respectivo instrumento de ratificación.

Creemos que tanto la CIDH, en el cumplimiento de su obligación primordial de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, como otras entidades de la Organización y la propia sociedad civil, deben redoblar esfuerzos por difundir el contenido, el alcance y la importancia de estas Convenciones que tienen la bondad de incluir en su ámbito de aplicación, por primera vez en la historia y de manera taxativa, superando así otros instrumentos jurídicos universales, diversos colectivos en condición de vulnerabilidad que han reclamado desde hace décadas el reconocimiento expreso de sus derechos, tales como el colectivo LGBTI.

Tal como hemos visto, la *Convención contra la Discriminación* crea un sistema jurídico específicamente aplicable a las personas LGBTI y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos tiene la deuda histórica de no conformarse con la simple adopción de esta Convención, sino trabajar porque este instrumento sean debidamente implementado.

Como ya lo señalamos anteriormente, los derechos y deberes contenidos en esta Convención deben complementarse de manera adicional con los estándares contenidos en los

**Dante Mauricio
Negro Alvarado**

**Avances en la Protección
de los Derechos Humanos**

compromisos políticos reflejados en las resoluciones de la Asamblea General de la OEA, que al irse renovando año a año, garantizan un adecuado desarrollo progresivo de la temática.³³

Asimismo, esta Convención incorpora en su ámbito de aplicación no sólo los derechos humanos ya reconocidos en otros tratados internacionales, sino aquellos contenidos en la jurisprudencia de las cortes internacionales y regionales de derechos humanos, reconociendo a esta fuente auxiliar del derecho internacional una naturaleza distinta a la establecida por la teoría tradicional de las fuentes del derecho internacional.

Otro importante aporte de la *Convención contra la Discriminación*, además del reconocimiento transversal del principio de no discriminación con relación al goce de los derechos humanos de las personas LGBTI, es la consagración de la diversidad como un valor fundamental en nuestras sociedades, diversidad que debe ser no solamente reconocida sino valorada, defendida y promovida, haciendo todos los esfuerzos porque cualquier manifestación de intolerancia, aunque no esté amparada por un derecho humano específico, sea prohibida y sancionada en cada uno de los países en el Hemisferio.

VI. Conclusiones

El Sistema Interamericano ha venido realizando progresos importantes en la temática LGBTI en los últimos años, sumando los compromisos políticos de los Estados miembros en el seno de la Asamblea General de la OEA a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que aunque aún incipiente, ha abierto una nueva ruta en el tratamiento del tema.

Como lo hemos sostenido anteriormente, el hecho de que se hayan empezado a ventilar casos ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sobre esta temática y que los mismos empiecen a generar jurisprudencia en el marco de la propia Corte Interamericana no sólo rompe con la invisibilidad de estos grupos, sino que constituye prueba de la existencia de una mayor conciencia de que los derechos humanos son universales, complementarios e interdependientes, así como todos los aspectos de la identidad humana son complementarios e indivisibles, incluidos la orientación sexual, la identidad y expresión de género de las personas.

De la mayor importancia ha sido la adopción en 2013 de dos nuevas Convenciones Interamericanas sobre Discriminación e Intolerancia,

“La violación de los derechos humanos de las personas con una determinada orientación sexual o identidad de género, sean estas expresadas o no, es una práctica que debilita el sentido de estima personal y de pertenencia de estas personas a la sociedad en la que nacieron, y la consecuencia que se deriva de ello es la opción por vivir en el temor y la invisibilidad.”

particularmente la *Convención Interamericana contra toda forma de Discriminación e Intolerancia*, que contiene estándares relativos de forma directa al tema de la orientación sexual, la identidad y la expresión de género. En la medida en que los Estados vayan ratificando esta Convención, los estándares internacionales seguirán siendo ampliados de tal manera de brindar una cada vez mayor efectiva protección de los derechos humanos del grupo LGBTI.

La violación de los derechos humanos de las personas con una determinada orientación sexual o identidad de género, sean estas expresadas o no,

es una práctica que debilita el sentido de estima personal y de pertenencia de estas personas a la sociedad en la que nacieron, y la consecuencia que se deriva de ello es la opción por vivir en el temor y la invisibilidad.

Hace 50 años la homosexualidad era un crimen en casi todos los países del mundo. Recién en 1967 Inglaterra la despenalizó, y apenas en el año 2004 la Corte Suprema de los Estados Unidos revocó las leyes de sodomía aún existentes en 14 estados. Como vemos pues, es una temática de reciente debate, y como ha sucedido con tantos otros temas, los nuevos debates generan miedos y develan prejuicios profundamente arraigados en nuestras sociedades.

Aunque se ven ya en el Hemisferio esfuerzos por avanzar progresivamente en el reconocimiento de la dignidad y los derechos humanos de este sector de la población, el camino por recorrer es aún largo y no exento de retos y desafíos. Sólo un debate honesto y a la vez bien informado podrá contribuir a despejar mitos y tabúes a la vez de brindar de mayor legitimidad a nuestras democracias en las cuales todos los ciudadanos exigen el mismo tratamiento, respeto y el reconocimiento de sus derechos fundamentales en igualdad de condiciones.

Dante Mauricio Negro Alvarado

Avances en la Protección de los Derechos Humanos

¹ El presente trabajo se terminó de elaborar en mayo de 2016, y expresa las opiniones personales de su autor sin comprometer a la entidad para la cual trabaja y/o representa.

² En efecto, en la práctica, la discriminación por razones de orientación sexual ha sido prohibida en algunos casos por medio de la interpretación de diferentes instrumentos internacionales de derechos humanos, considerándola por ejemplo bajo la categoría de “otra condición social” o de manera más forzada dentro de la categoría de “género” o “sexo”. Sin embargo, la referencia explícita a la orientación sexual como factor o motivo prohibido de discriminación no ha sido considerada de manera directa en los tratados internacionales. Una excepción importante es el tratado de Amsterdam, por el que se modificó en 1997 el Tratado de la Unión Europea y los Tratados Constitutivos de las Comunidades Europeas, el cual expresamente contempla la discriminación por razones de orientación sexual.

³ NEGRO, Dante “Los avances más recientes en la protección de los derechos humanos del grupo LGBTI” EN: Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, número 73, año 2014, pp. 155-183.

⁴ NEGRO, Dante “Orientación sexual, identidad y expresión de género en el sistema interamericano” EN: Revista Agenda Internacional. Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEI-PUCP). Lima, año XVII, No 28, 2010, pp. 153-175.

⁵ IDEM.

⁶ Las siguientes definiciones han sido tomadas en parte de “Demanding credibility and sustaining activism: a guide to sexuality-based advocacy”. Global Rights Partners for Justice, Washington, D.C., 2008. Pp. 12-14.

⁷ Para una definición sobre otros conceptos como *intersex*, *transgénero* y *transexual*, referirse a NEGRO, Dante, IDEM.

⁸ Dicho mandato fue cumplido tanto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos como por el Comité Jurídico Interamericano. Al respecto VER: “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes (Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “CIDH” en cumplimiento de la resolución AG/RES.2653 (XLI-O/11): Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género”, documento OEA/Ser.G, CP/CAJP/INF.166/12 del 23 de abril de 2010; y “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género”, documento CJI/doc.447/14.

⁹ La Asamblea General es el órgano supremo de la OEA y el que decide la acción y políticas generales de la Organización.

¹⁰ El Consejo Permanente es el órgano político permanente de la OEA y es el que se encarga de implementar los mandatos de la Asamblea General. Lo hace a través de sus Comisiones y Grupos de Trabajo. Una de dichas Comisiones es la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos.

¹¹ Algunos especialistas en la materia proponen incluso la necesidad de referirse al concepto de “expresión de género real o percibida” de modo de poder incluir a personas que aunque tienen características sexuales que corresponden a otro sexo, no se identifican con el colectivo LGBTI y pueden sin embargo ser víctimas de discriminación.

¹² Ver las resoluciones posteriores: AG/RES.2504 (XXXIX-O/09) de 2009; AG/RES.2600 (XL-O/10) de 2010; AG/RES.2653 (XLI-O/11) de 2011; AG/RES.2721 (XLII-O/12) de 2012; AG/RES.2807 (XLIII-O/13) de 2013; y la más reciente resolución AG/RES.2863 (XLIV-O/14) de 2014.

¹³ En efecto, si bien existen reglas claras sobre las mayorías con que se adoptan las decisiones dentro de los órganos políticos de la OEA, entre ellos la Asamblea General, los Estados miembros de la Organización procuran adoptar sus decisiones por consenso, es decir, sin que exista oposición activa por parte de ninguno de ellos con relación a la decisión final.

¹⁴ La transfobia es la aversión obsesiva hacia las personas transexuales o transgénero, es decir, el miedo irracional, incomodidad y rechazo sistemático a las personas que cambian su género fisiológico de masculino a femenino y viceversa.

¹⁵ COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Violencia contra personas LGBTI”, documento OEA/Ser.L/V/II.rev.1, Doc.36 del 12 de noviembre de 2015.

¹⁶ Este instrumento fue presentado por Francia en diciembre de 2008 y respaldado por la Unión Europea. Debido a que no alcanzó el número de votos necesario para su aprobación como resolución, fue leída como Declaración por parte de Argentina, en nombre de 66 países miembros de la ONU, siendo esta vez la primera ocasión que se leía una declaración sobre este tema en el marco de la Asamblea General de la ONU. Se debe destacar que la misma provocó una declaración en sentido opuesto promovida por países árabes y leída inmediatamente por la República Árabe de Siria.

¹⁷ NEGRO, Dante: “Introducción al Sistema Interamericano de los Derechos Humanos: Papeles de Trabajo de la Defensa Pública”. Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013.

¹⁸ “Declaraciones y Resoluciones aprobadas por la Asamblea General (versión provisional sujeta a revisión de la Comisión de Estilo). Cuadragésimo cuarto período ordinario de sesiones, Asunción, Paraguay, del 3 al 5 de junio de 2014.” OEA/Ser.P, AG/doc.5480/14, 10 de junio de 2014.

¹⁹ “Reglamento de la Asamblea General”. OEA/Ser.P/I.1 rev.13, 18 de octubre de 2000, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C.

²⁰ “Comisión Interamericana de Derechos Humanos: Plan Estratégico 2011-2015, Parte I – 50 años defendiendo los derechos humanos: resultados y desafíos”. Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., enero 2011.

²¹ Ver: <http://www.oas.org/es/cidh/lgtbi>.

²² Informe No 71/99, caso 11,656.

²³ Informe No 42/08, petición 1271-04.

²⁴ Informe No 150/11, petición 123-05.

²⁵ Informe No 99/14, petición 446-09.

²⁶ Informe No 30/15, petición 1263-08.

²⁷ Corte IDH. Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2014. Serie C No. 239. Ver: http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf.

²⁸ No podemos dejar de mencionar en el ámbito universal otro instrumento del *soft law* que en su momento marcó un hito importante y sigue siendo una referencia necesaria en la temática. Nos referimos a los Principios de Yogyakarta “*Principios sobre la aplicación de la legislación internacional de derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género*”, 2007 en <http://www.yogyakartaprinciples.org>. Para análisis y comentarios de es-

tos principios VER: “Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles”, Michael O’Flaherty y John Fisher, Oxford University Press, 2008.

²⁹ Otros motivos incluidos en la Convención sobre Discriminación son el idioma, la religión, la identidad cultural, las opiniones políticas, las opiniones de cualquier otra naturaleza, el origen social, la posición socioeconómica, el nivel de educación, la condición migratoria, la condición de refugiado, la condición de repatriado, la condición de apátrida, la condición de desplazado interno, la condición de discapacidad, la característica genética, la condición de salud mental, la condición de salud física, la condición infectocontagiosa, la condición psíquica incapacitante y cualquier otra condición. La Convención contra el racismo de manera más específica establece que la discriminación racial puede estar basada en los siguientes motivos: raza, color, linaje, origen nacional y origen étnico.

³⁰ Este apoyo puede ser privado o público.

³¹ La Convención, de forma particular, se refiere a la publicación, circulación o diseminación de cualquier material que defienda, promueva o incite al odio, la discriminación y la intolerancia.

³² Una acción represiva sólo podría justificarse cuando la persona haya estado involucrada en actividades delictivas y la misma se infiera del comportamiento del individuo de que se trate o de información objetiva relativa a dicho delito.

³³ En particular en los campos de la biología, la genética y la medicina.

³⁴ Para una aproximación de cómo los estándares internacionales adoptados hasta el momento sobre la materia deben ser utilizados ver: “Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law – A practitioners guide”, International Commission of Jurists, 2009. O visitar su página web en <http://www.unhcr.org/refworld/docid/4a783aed2.html>.

Bibliografía

GLOBAL RIGHTS PARTNERS FOR JUSTICE: “Demanding credibility and sustaining activism: a guide to sexuality-based advocacy”. Washington, D.C., 2008.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género: algunos términos y estándares relevantes (Estudio elaborado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos “CIDH” en cumplimiento de la resolución AG/RES.2653 (XLI-O/11): Derechos humanos, orientación sexual e identidad de género)”, OEA/Ser.G, CP/CAJP/INF.166/12, 23 de abril de 2010.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Plan Estratégico 2011-2015, Parte I – 50 años defendiendo los derechos humanos: resultados y desafíos”. Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., enero de 2011.

COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “Violencia contra personas LGBTI”, documento OEA/Ser.L/V/II.rev.1, Doc.36 del 12 de noviembre de 2015.

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO: “Orientación sexual, identidad de género y expresión de género”, CJI/doc.447/14, 11 de marzo de 2014.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Caso Atala Riffo y Niñas vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2014. Serie C No. 239.

“Declaraciones y Resoluciones aprobadas por la Asamblea General (versión provisional sujeta a revisión de la Comisión de Estilo). Cuadragésimo cuarto período ordinario de sesiones, Asunción, Paraguay, del 3 al 5 de junio de 2014.” OEA/Ser.P, AG/doc.5480/14, 10 de junio de 2014.

INTERNATIONAL COMMISSION OF JURISTS: “Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law – A practitioners guide”, 2009.

NEGRO, Dante: “Orientación sexual, identidad y expresión de género en el sistema interamericano” EN: Revista Agenda Internacional. Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEI-PUCP). Lima, año XVII, No 28, 2010.

NEGRO, Dante: “Introducción al Sistema Interamericano de los Derechos Humanos: Papeles de Trabajo de la Defensa Pública”. Defensoría General de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2013.

NEGRO, Dante: “Los avances más recientes en la protección de los derechos humanos del grupo LGBTI en el ámbito interamericano” EN: Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, número 73, año 2014.

O’FLAHERTY, Michael y FISHER, John: “Sexual Orientation, Gender Identity and International Human Rights Law: Contextualising the Yogyakarta Principles”, Oxford University Press, 2008.

“Reglamento de la Asamblea General”. OEA/Ser.P/I.1 rev.13, Secretaría General, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 18 de octubre de 2000.

Sobre el autor

Dante Mauricio Negro Alvarado



El doctor Dante Negro es egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú donde siguió además estudios de post-grado en Derecho Internacional Económico. Master en Derecho Internacional y en Derechos Humanos por la Universidad de Notre Dame, Indiana. Director del Departamento de Derecho Internacional de la Organización de los Estados Americanos (OEA), Washington, D.C., y profesor en la Maestría en Protección Internacional de los Derechos Humanos de

la Universidad de Alcalá, España. Es miembro del Instituto Hispano-Luso-Americano-Filipino de Derecho Internacional (IHLADI), del Instituto de Estudios Internacionales de la Pontificia Universidad Católica del Perú (IDEI-PUCP) y de la American Society of International Law. Ha escrito numerosos artículos y dictado varias conferencias en temas de derecho internacional tanto público como privado y el sistema interamericano. Correo electrónico: dnegro@oas.org

Sumario

Introducción;

I. *El Estado del Derecho Internacional en la Época Respecto del Tema;*

II. *El Debate;*

III. *Las Comisiones de Investigación y la Búsqueda de la Verdad;*

IV. *El Derecho a la Verdad;*

V. *La Obligación de Procesar y Condenar Conforme a Derecho;*

VI. *Conclusiones;*

Anexo I – *Referencias;*

Anexo II - *Bibliografía*



El Tratamiento de las Violaciones Sistemáticas de Derechos Humanos del Pasado Reciente: El Derecho y la Experiencia de América Latina

Mónica Pinto

Introducción

América Latina ha pasado por períodos de alternancia de regímenes *de jure* y *de facto*, que se han dado en forma global en la región, generando una serie de sucesivas *olas* en las cuales las características de los gobiernos autocráticos han sido comunes. En la actualidad, la mayoría de nuestros países tiene gobierno democrático aun cuando las notas características de esas democracias puedan diferir.

En los años 1980, los países de América Latina intentaban volver a erguirse en la escena internacional luego de dictaduras muy duras con saldos inimaginables en materia de violación de derechos humanos. Los gobiernos surgidos de elecciones se encontraban frente a sociedades desgarradas por el pasado. En varios de ellos fue creciendo la convicción de que eran pocas las posibilidades de actuar como si nada hubiera pasado. Las cuestiones relativas al rol que

correspondía adoptar a los nuevos gobiernos comenzaron a plantearse.

Algunos denominaron a esas cuestiones y a las decisiones a su respecto “*justicia transicional*”, esto es, el capítulo jurídico sobre el tratamiento de esas violaciones sistemáticas y generalizadas de derechos humanos en el pasado reciente. La denominación no es totalmente generalizada pero mantiene validez.

Las primeras herramientas surgen, precisamente, en América Latina con la transición Argentina. A partir de su asunción el 10 de diciembre de 1983, el presidente Raúl Alfonsín adopta tres decretos que señalan el rumbo de su política en este campo:

- Por decreto No. 157 le ordenó al Procurador General de la Nación perseguir penalmente a siete miembros de la cúpula de las organizaciones *Montoneros* y *Ejército Revolucionario del Pueblo* (ERP) por delitos contra el orden público

cometidos desde la amnistía del 25 de mayo de 1973. Estas dos organizaciones guerrilleras nacieron en el 70 y desarrollaron su lucha armada entre 1970 y 1979, especialmente;

- Por decreto No. 158 ordenó al Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas procesar a los nueve integrantes de las tres juntas militares que usurparon el poder el 24 de marzo de 1976.
- Por decreto 185, el 15 de diciembre de 1983, estableció la Comisión Nacional sobre la Desaparición Forzada de Personas (CONADEP), integrada por reconocidas personalidades y presidida por el escritor Ernesto Sábato, para esclarecer la desaparición de personas ocurrida en el país.

Dos leyes acompañaron ese proceso y le dieron contexto legal. El 22 de diciembre de 1983, el Parlamento democrático derogó por inconstitucional y declaró nula la *ley de facto* 22924 o de *auto amnistía*. Dos meses más tarde -9 de febrero de 1984- el Congreso sancionó la ley 23.049 que introdujo reformas al Código de Justicia Militar, el cual debía regir el procesamiento de los comandantes manteniendo lo sustancial para no

alterar “*el derecho vigente al momento de los hechos*” pero agregando como obligatorio el mecanismo de la segunda instancia ante el poder judicial nacional.

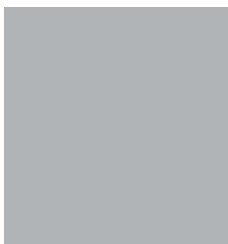
I. El Estado del Derecho Internacional en la Época Respetto del Tema

El derecho internacional vigente en los ‘80s respecto de los derechos humanos y de los procedimientos de reclamo era escaso, aunque muy creativo, y no contemplaba ningún conjunto de elementos específicos para esta tarea. Las normas del derecho positivo en materia de derechos humanos sólo incluían la *Declaración Universal de Derechos Humanos* y la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, ambas instrumentos declarativos cuyo valor jurídico se adquiere con posterioridad a su adopción en 1948. Regían también el *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos* y el *Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales* entrados en vigor en general en enero y marzo de 1976, respectivamente.

En el ámbito de los procedimientos, desde 1970 el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) facultaba a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) para tramitar peticiones presentadas

Mónica Pinto

Violaciones Sistemáticas de Derechos Humanos



por cualquier individuo alegando violación de los derechos humanos protegidos en la *Declaración Americana* por cualquier Estado Miembro de la Organización de Estados Americanos (OEA). En las Naciones Unidas (ONU) se adoptaba el Procedimiento E/1503(XLVIII) que habilitaba el tratamiento de los cuadros de violación sistemática y fehacientemente comprobada de los derechos humanos en cualquier parte del mundo.

Desde inicios de 1975, un grupo de trabajo analizaba las violaciones de los derechos humanos en Chile, sustrayéndole el tema a la resolución E/1503(XLVIII) y generando el primero de los procedimientos especiales por país. En 1980 se crea el *Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias* que es el primero de los procedimientos especiales temáticos.

Sólo el derecho *interno* estaba disponible para el juzgamiento de los responsables en la medida en que su

conducta supusiera delito (como fue el caso de la Argentina). De hecho, la disponibilidad de las normas internas siempre se había dado pero nunca había sido efectivizada.

II. El Debate

Las preocupaciones de los ‘80s parecen vincular de modo casi obligatorio la democracia, la verdad y la justicia. Así, la CIDH – que desde mediados de los ‘70s había tramitado miles de peticiones de desaparición forzada en los países del Cono Sur – se vio en la obligación de fijar algunos criterios.

En el capítulo V de su informe 1985-1986, la Comisión señala enfáticamente que la democracia representativa efectiva es la que permite que los derechos humanos puedan ser garantizados a plenitud. Dice también:

“Un difícil problema que han debido afrontar las recientes democracias es el de la investigación de las anteriores

violaciones de derechos humanos y el de la eventual sanción a los responsables de tales violaciones. La Comisión reconoce que ésta es una materia sensible y extremadamente delicada, en la cual poco es el aporte que ella —así como cualquier otro órgano internacional— puede efectuar. Se trata, por lo tanto, de un asunto cuya respuesta debe emanar de los propios sectores nacionales afectados y donde la urgencia de una reconciliación nacional y de una pacificación social deben armonizarse con las ineludibles exigencias del conocimiento de la verdad y la justicia.

Considera la Comisión, por lo tanto, que sólo los órganos democráticos apropiados —usualmente el Parlamento— tras un debate con la participación de todos los sectores representativos, son los únicos llamados a determinar la procedencia de una amnistía o la extensión de ésta, sin que, por otra parte, puedan tener validez jurídica las amnistías decretadas previamente por los propios responsables de las violaciones.

Independientemente del problema de las eventuales responsabilidades —las que, en todo caso, deberán ser siempre individuales y establecidas después de un debido proceso por un tribunal pre-existente que utilice para la sanción la ley existente al momento de la comisión del delito— uno de los pocos asuntos que

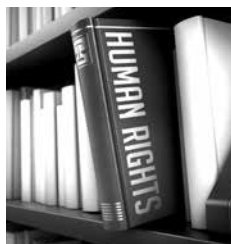
la Comisión no desea inhibirse de opinar en esta materia, es el de la necesidad de esclarecer las violaciones a los derechos humanos perpetradas con anterioridad al establecimiento del régimen democrático.

Toda la sociedad tiene el irrenunciable derecho de conocer la verdad de lo ocurrido, así como las razones y circunstancias en las que aberrantes delitos llegaron a cometerse, a fin de evitar que esos hechos vuelvan a ocurrir en el futuro. A la vez, nada puede impedir a los familiares de las víctimas conocer lo que aconteció con sus seres más cercanos. Tal acceso a la verdad supone no coartar la libertad de expresión, la que —claro está— deberá ejercerse responsablemente; la formación de comisiones investigadoras cuya integración y competencia habrán de ser determinadas conforme al correspondiente derecho interno de cada país, o el otorgamiento de los medios necesarios para que sea el propio Poder Judicial el que pueda emprender las investigaciones que sean necesarias.

La Comisión considera que la observancia de principios como los indicados permitirá que sean las consideraciones de justicia, y no las de venganza, las que primen y de ese modo no llegue a arriesgarse ni la urgente necesidad de reconciliación nacional ni la consolidación del régimen democrático.”

Mónica Pinto

Violaciones Sistemáticas de Derechos Humanos



Este panorama de opciones abiertas permitió que varios países de la región adecuaran su transición a lo que *en cada contexto* parecía lo más próximo a lo posible, a lo justo, a consolidar la democracia. En todos los casos, hubo visiones subjetivas que, en definitiva, leyeron su realidad como un único y en ese entender, decidieron las vías de acción.

Con posterioridad una serie de decisiones políticas y jurídicas van a marcar una ruta de la transición que se va a plantear como la que expresa conformidad con el orden jurídico internacional regional: la derogación de las amnistías, la investigación de los hechos, el procesamiento y castigo de los responsables, la reparación de las víctimas, las medidas de no repetición.

Ante la necesidad de ser breve, voy a intentar demostrar cómo se construyó cada camino y cómo América Latina contribuyó a esa construcción. Una

apreciación crítica de esas contribuciones y de esos caminos cierra estas dos clases.

III. Las Comisiones de Investigación y la Búsqueda de la Verdad

Las comisiones de investigación – también denominadas *comisiones de la verdad* o *de verdad y reconciliación* – son órganos *ad hoc* diferentes de las instituciones nacionales de derechos humanos, que comportan cuatro elementos fundamentales: tienen inicio con un acto de gobierno, trabajan sobre una serie de actos del pasado respecto de los cuales guardan registro, cesan de existir cuando cumplen con su cometido que, en general, se expresa en un informe público. Su composición es importante porque de ella depende su legitimación. (Hayner)

El planteo de búsqueda de la verdad es el que orienta la decisión del Presidente

Alfonsín de crear una *Comisión Nacional sobre la Desaparición Forzada de Personas*, (CONADEP), que tendría como objetivo intervenir activamente en el esclarecimiento de los hechos relacionados con la desaparición de personas ocurridos en el país, averiguando su destino o paradero como así también toda otra circunstancia relacionada con su localización.

Recibiría denuncias y pruebas sobre esos hechos para remitirlos a la justicia cuando de ellas surgiera la comisión de delitos. La misión encomendada no implicaba la determinación de responsabilidades. La justicia, receptora del material logrado por la Comisión en sus investigaciones y procedimientos, sería la encargada de delimitar responsabilidades, y decidir sobre los culpables.

La CONADEP señala la existencia de un plan criminal para erradicar a la “*subversión*” - término con el que el poder militar de la época denominaba a quienes habían tomado la lucha armada o simplemente eran sus opositores - concebido por las fuerzas armadas, que controlaron su ejecución y que tuvieron discrecionalidad respecto del destino de víctimas y bienes. Allí se señala:

“Nuestra Comisión no fue instituida para juzgar, pues para eso están los

jueces constitucionales, sino para indagar la suerte de los desaparecidos en el curso de estos años aciagos de la vida nacional. Pero, después de haber recibido varios miles de declaraciones y testimonios, de haber verificado o determinado la existencia de cientos de lugares clandestinos de detención y de acumular más de cincuenta mil páginas documentales, tenemos la certidumbre de que la dictadura militar produjo la más grande tragedia de nuestra historia, y la más salvaje. Y, si bien debemos esperar de la justicia la palabra definitiva, no podemos callar ante lo que hemos oído, leído y registrado; todo lo cual va mucho más allá de lo que pueda considerarse como delictivo para alcanzar la tenebrosa categoría de los crímenes de lesa humanidad.”

Otras comisiones de investigación van a procurar la verdad en el continente y su relación con las auto-amnistías será diversa. En Chile, el decreto n°355 del 9 de mayo de 1990 estableció la Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación, conocida como *Comisión Rettig*, que debía establecer el cuadro más completo de los graves sucesos que habían tenido lugar así como de sus antecedentes y circunstancias; recoger prueba suficiente sobre las víctimas de modo de poder identificarlas por sus nombres y conocer su destino; recomendar medidas de

Mónica Pinto

Violaciones Sistemáticas de Derechos Humanos

reparación y de restauración del honor que estimara justas; así como medidas legales y administrativas que deberían ser adoptadas para evitar la repetición de estos acontecimientos. La *Comisión Rettig* convivió con la *Ley de Amnistía* (1978), sólo cuestionada exitosamente en sede judicial y apartada caso por caso en distintos expedientes, pero formalmente vigente aún a pesar de los esfuerzos recientes del gobierno de la Presidente Michelle Bachelet de impulsar la sanción de un proyecto de ley para derogarla.

La *Comisión de la Verdad de El Salvador* fue prevista en los *Acuerdos de México* de 27 de abril de 1991 entre el gobierno de ese país y el *Frente Farabundo Martí de Liberación Nacional* (FMLN) y su mandato en el *Acuerdo de Oslo* de 16 de enero de 1992. Se le encomendó la investigación de los “*graves hechos de violencia ocurridos desde 1980, cuya huella sobre la sociedad reclama con mayor urgencia el conocimiento público de la verdad, esclarecer el conocimiento público de la verdad, esclarecer y superar todos señalamientos de impunidad de oficiales de la Fuerza Armada, ya que hechos de esta naturaleza, independientemente del sector al que pertenecieron sus autores, deben ser objeto de la actuación ejemplarizante de los tribunales de justicia, a fin de que se aplique a quienes resulten responsables, las sanciones contempladas por la ley*”.

Su informe, *De la Locura a la Esperanza, la Guerra de 12 Años en El Salvador*, es un relato duro de los hechos. El juicio a los autores materiales - todos ellos miembros de las fuerzas armadas de El Salvador - del asesinato de ocho sacerdotes jesuitas - sospechados de divulgar la *Teología de la Liberación* y, por ello mismo, próximos a la guerrilla del FMLN- en 1989, fue el gran proceso judicial del país. Sin embargo, en 1993, se dio una Ley de Amnistía amplia, absoluta e incondicional que cubrió incluso el asesinato del arzobispo Oscar Arnulfo Romero, el arzobispo de San Salvador y gran defensor de los derechos humanos, el 24 de marzo de 1980 durante la misa. La constitucionalidad de esta ley es materia controvertida en El Salvador pero aún sigue vigente.

En los *Acuerdos de Oslo* de 23 de junio de 1994 entre el Gobierno de Guatemala y la *Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca* (URNG) se decidió el establecimiento de la *Comisión para el Esclarecimiento Histórico en Guatemala* (CEH) de las “*violaciones a los derechos humanos y demás actos de violencia que causaron sufrimiento a la población guatemalteca en relación con el conflicto armado y desde su inicio*”. La CEH registró un total de 42,275 víctimas, incluyendo hombres, mujeres y niños. De ellas, 23,671 corresponden a víctimas de ejecuciones

arbitrarias y 6,159 a víctimas de desaparición forzada. De las víctimas plenamente identificadas, el 83% eran mayas y el 17 % eran ladinos. La etapa judicial estaba expresamente prohibida en el texto del acuerdo. La *Memoria del Silencio* es un documento aterrador sobre las políticas de destrucción del pueblo maya.

La *Comisión Nacional de Verdad y Justicia de Haití* fue establecida por decisión presidencial de 28 de marzo de 1995. Estuvo compuesta por tres integrantes haitianos y tres extranjeros que contaron con apoyo internacional. Su mandato consistía en buscar e identificar a los autores materiales, cómplices e instigadores de las graves violaciones a los derechos humanos y de los crímenes de lesa humanidad cometidos desde el golpe de estado del 29 de septiembre de 1991 hasta el 15 de octubre de 1994. Si bien no tuvo legitimación para obrar en justicia, presentó un listado de personas *prima facie* responsables y solicitó su enjuiciamiento. Asimismo, en el informe final, se solicitó la creación de una nueva comisión para reparar a las víctimas del régimen militar.

En Perú, a la caída del gobierno Fujimori, el 9 de diciembre de 2000, el Presidente Valentín Paniagua incorporó

un grupo de trabajo inter-institucional encargado de elaborar propuestas legislativas y administrativas para el establecimiento de una *Comisión de la Verdad*. La Comisión fue creada por decreto supremo 065-2001-PCM en el que se señala que “*una comisión de la verdad es el medio idóneo tanto para esclarecer los hechos de violencia terrorista y las graves violaciones a los derechos humanos que se desarrollaron en el período de conflicto interno cuanto para evitar la repetición de esos hechos, creando las condiciones necesarias para una reconciliación nacional fundada en la justicia*”.

Sus objetivos eran analizar el contexto, las condiciones políticas, sociales y culturales así como los comportamientos que contribuyeron a la situación de violencia desde el Estado y desde la sociedad; contribuir al esclarecimiento judicial de los crímenes y violaciones de derechos humanos cometidas por las organizaciones terroristas y los agentes del Estado; participar en la identificación y la situación de las víctimas y, en la medida de lo posible, determinar las responsabilidades correspondientes; formular propuestas de reparación moral y material de las víctimas y sus familias; recomendar reformar que se estimen convenientes como medidas de prevención; establecer los mecanismos de seguimiento de las recomendaciones.

Mónica Pinto

Violaciones Sistemáticas de Derechos Humanos

El presidente Alejandro Toledo le agregó el objetivo de la *reconciliación*. El informe que resultó fue presentado el 23 de agosto de 2003 y se refiere a los 20 años de violencia política en el Perú a partir de 1980, un período de “*horror y de deshonra para el Estado y la sociedad peruanos*”. La Comisión contabilizó 69.000 muertos por la violencia y evidenció un “*doble escándalo, el del asesinato, la desaparición y la tortura masivas y el de la indolencia, ineptitud e indiferencia de quienes podían impedir esta catástrofe humana y no lo hicieron*”.

La Comisión responsabilizó a Sendero Luminoso del 54% de las víctimas, a las fuerzas armadas (incluyendo los paramilitares) del 37%, al *Movimiento Revolucionario Tupac Amaru* del 1,5% y a agentes no identificados del 7,5%. El informe constata la discriminación cultural, social y económica persistentes en la sociedad peruana, señala la incompatibilidad entre impunidad y democracia y exige a la sociedad la acción judicial, sin espíritu de venganza pero con energía y sin dudas.

En la segunda etapa de las comisiones de la verdad, se anota Chile con la *Comisión sobre la Prisión Política y la Tortura en Chile*, o *Comisión Valech*, creada por decreto supremo 1040 de 11 de noviembre 2003 del Presidente Ricardo

Lagos. La Comisión debía determinar quiénes habían sufrido privación de libertad y tortura por razones políticas desde el 11 de septiembre de 1973 y hasta el 10 de marzo de 1990 y proponer medidas de reparación. Se trataba del reconocimiento como víctimas de un colectivo hasta ese momento no reconocido.

Brasil no tuvo comisión de la verdad ni juzgamiento inmediatamente después de finalizada la dictadura. En un primer momento, la investigación y publicación de lo sucedido fue asumida por la Iglesia Católica, especialmente del cardenal de San Pablo, Evaristo Arns. Su trabajo condujo al informe *Brasil: Nunca mais*, distribuido en 1985. Una paradoja difícil de concebir permitió que cuando los militares abrieran sus archivos para que los abogados de las víctimas pudieran reclamar, esos archivos fueran duplicados y sirvieran de base al informe. El Brasil tuvo desarrollos posteriores:

- La *Comisión de Muertos y Desaparecidos* de 1995 estuvo enfocada en el derecho a la verdad y a la memoria. Produjo un documento oficial que des construye el discurso militar. Es un elemento de prueba material para la justicia. Tuvo aspectos negativos (Abrao):

baja identificación de víctimas, no recomienda medidas de no repetición, no contuvo a las víctimas.

- La *Comisión de Amnistía* de 2002 se propuso destruir el discurso de legitimación de la dictadura y reconocer la narrativa de las víctimas. Tuvo aspectos negativos (Abrao): sin plazo, sin obligación de informar, fijo altas indemnizaciones y fue asimétrica en los criterios para ello.
- La *Comisión Nacional de la Verdad* creada en noviembre de 2011 por ley 12528 incluyó entre sus objetivos la sistematización de las graves violaciones, la identificación de los violadores y la producción de un informe recomendando medidas

“Busca hacer un relato honesto de la violencia impide perder la historia, impide reescribirla y permite que la sociedad pueda aprender de su pasado. No siempre parece lograrse pero merece el esfuerzo.”

institucionales. Su informe final fue presentado en diciembre de 2014 a la presidenta Dilma Rousseff. El informe confirmó 434 muertes y desapariciones forzadas: 191 fueron ejecutados, 230 fueron desaparecidos y 33 desaparecidos fueron identificados, aunque confirmó que las cifras no son ilustrativas de la realidad. La Comisión documentó el uso sistemático de la tortura y la represión a los grupos sociales considerados como amenaza al régimen militar (sindicalistas, estudiantes universitarios, movimientos campesinos, pueblos indígenas, LGBTI).

Como resulta evidente en el muestreo anterior, las funciones de una comisión de investigación son múltiples. Esencialmente, es una herramienta para lograr un acceso especial y recuperar la verdad. Se trata de descubrir los hechos, de lograr una contabilidad precisa del pasado, de contribuir a escribir una historia honesta del pasado y de los actos controvertidos del gobierno y de la oposición. Busca hacer un relato honesto de la violencia impide perder la historia, impide reescribirla y permite que la sociedad pueda aprender de su pasado. No siempre parece lograrse pero merece el esfuerzo.

Mónica Pinto

Violaciones Sistemáticas de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha destacado en distintas oportunidades que las comisiones de verdad contribuyen a la determinación de responsabilidades y a la preservación de la memoria histórica. Sin embargo, aclaró que éstas no completan o sustituyen la obligación de los Estados de establecer la verdad a través de procesos judiciales. Por lo tanto, sin perjuicio de la creación de este tipo de comisiones, sigue en cabeza de los Estados iniciar investigaciones penales para determinar las responsabilidades correspondientes en los procesos de justicia transicional. La Corte ha aclarado que se trata de determinaciones de la verdad complementarias, ya que cada una tiene un sentido y alcance propio, así como pontencialidades y límites particulares. (Corte IDH. Caso *Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*, 2007 y ss).

En estos contextos, *investigar* es, probablemente, confirmar las creencias más extendidas sobre lo que pasó y sobre sus responsables. Priscilla Hayner que ha estudiado en profundidad el tema, señala que la importancia de estas comisiones radica en el re-conocimiento de la verdad más que en su descubrimiento. Juan Méndez, cuando estaba al frente de *Americas Watch*, señalaba que “*el conocimiento determinado oficialmente y*

que, por ello, forma parte de la escena cognitiva pública adquiere una cualidad misteriosa que no existe en la mera verdad y que permite ir cicatrizando heridas.”

IV. El Derecho a la Verdad

El desarrollo de comisiones de investigación de la verdad corre en paralelo al establecimiento de un *derecho a la verdad*, no ya como derecho individual de las víctimas o de sus derechohabientes de algún modo consagrado entre las medidas de reparación- sino como un derecho más amplio del cual es titular la sociedad en su conjunto.

En el campo del derecho internacional humanitario, puede señalarse que el derecho a la verdad es un principio general en materia de personas desaparecidas o fallecidas en el contexto de los conflictos armados de carácter internacional, según el artículo 32 del Protocolo I a los *Convenios de Ginebra de 1949* que dispone que “*En la aplicación de la presente Sección, las actividades de las Altas Partes contratantes, de las Partes en conflicto y de las organizaciones humanitarias internacionales mencionadas en los Convenios y en el presente Protocolo deberán estar motivadas ante todo por el derecho que asiste a las familias de conocer la suerte de sus miembros.”*

Pese a la ausencia de una norma expresa en el mismo sentido en el contexto de los conflictos armados sin carácter internacional, ella puede derivarse del trato humano previsto en el artículo 3 común a los cuatro convenios y de la ampliación de la noción de conflicto armado que surge de la jurisprudencia de los tribunales penales *ad hoc* a la luz del *dictum* de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso de las Actividades Militares en y contra Nicaragua, que ese país inició contra los Estados Unidos de América:

“L’article 3 commun aux quatre conventions de Genève du 12 août 1949 énonce certaines règles devant être impliquées dans les conflits armés ne présentant pas un caractère international. Il ne fait pas de doute que ces règles constituent aussi, en cas de conflits armés internationaux, un minimum indépendamment de celles, plus élaborées, qui viennent s’y ajouter pour de tels conflits ; il s’agit des règles qui, de l’avis de la Cour, correspondent à ce qu’elle a appelé en 1949 des « considérations élémentaires d’humanité » (Détroit de Corfou, Fond, CIJ Recueil 1949, p.22, paragraphe 215)...

De allí que los tribunales penales internacionales elaboren sobre la noción enriquecida de conflicto armado, a partir de lo sostenido por el Tribunal

Penal Internacional para la ExYugoslavia en el caso Tadic:

“Sur la base de ce qui précède, nous estimons qu’un conflit armé existe chaque fois qu’il y a recours à la force armée entre États ou un conflit armé prolongé entre les autorités gouvernementales et des groupes armés organisés ou entre de tels groupes au sein d’un État. Le droit international humanitaire s’applique dès l’ouverture de ces conflits armés et s’étend au-delà de la cessation des hostilités jusqu’à la conclusion générale de la paix; ou, dans le cas de conflits internes, jusqu’à ce qu’un règlement pacifique soit atteint. Jusqu’alors, le droit international humanitaire continue de s’appliquer sur l’ensemble du territoire des États belligérants ou, dans le cas de conflits internes, sur l’ensemble du territoire sous le contrôle d’une Partie, que des combats effectifs s’y déroulent ou non. .(.....).

En adoptant la résolution 827, le Conseil de sécurité a créé le Tribunal international dans le but déclaré de traduire en justice les personnes responsables de violations graves du droit international humanitaire dans l’ex-Yougoslavie, décourageant ainsi la perpétration de futures violations et contribuant au rétablissement de la paix et de la sécurité dans la région. Le contexte dans lequel le Conseil de sécurité a agi indique qu’il

Mónica Pinto

Violaciones Sistemáticas de Derechos Humanos

entendait atteindre ce but sans référence au fait que les conflits dans l'ex-Yougoslavie sont internes ou internationaux. En appliquant la définition des conflits armés qui précède à la présente affaire, nous soutenons que les crimes présumés ont été commis dans le contexte d'un conflit armé..."

En el ámbito del SIDH, además de los ya citados párrafos del informe de la CIDH 1985-1986, la jurisprudencia de la Corte IDH que desde Velásquez Rodríguez sostiene que:

"El deber de investigar hechos de este género subsiste mientras se mantenga la incertidumbre sobre la suerte final de la persona desaparecida. Incluso en el supuesto de que circunstancias legítimas del orden jurídico interno no permitieran aplicar las sanciones correspondientes a quienes sean individualmente responsables de delitos de esta naturaleza, el derecho de los familiares de la víctima de conocer cuál fue el destino de ésta y, en su caso, dónde se encuentran sus restos, representa una justa expectativa que el Estado debe satisfacer con los medios a su alcance».

Con posterioridad, la Corte efectúa distintos recorridos. En un primer momento no cree que un derecho a la verdad pueda inferirse de la

Convención, aunque acepta que es un producto del desarrollo de la jurisprudencia: *«El segundo argumento se refiere a la formulación de un derecho no existente en la Convención Americana aunque pueda corresponder a un concepto todavía en desarrollo doctrinal y jurisprudencial, lo cual en este caso se encuentra ya resuelto por la decisión de la Corte al establecer el deber que tiene el Perú de investigar los hechos que produjeron las violaciones a la Convención Americana (Corte IDH, Caso Castillo Páez, 1997).*

Luego, en el marco de distintos procesos transicionales, la Corte sostuvo que el derecho a la verdad está comprendido en el derecho de la víctima o de su familia a obtener de los órganos competentes del Estado un esclarecimiento de los hechos violatorios de los derechos humanos así como la determinación de responsabilidades correspondientes, por medio de la investigación y el juzgamiento previstos en los artículos 8 y 25 de la Convención (Corte IDH, Caso Bámaca Velásquez Vs. Guatemala, 2000, y ss).

Por su parte, la CIDH también se ha referido al derecho a la verdad luego de graves violaciones a los derechos humanos. En ocasión del tratamiento de un grupo de casos sobre Chile - Informe N° 25/98 - la CIDH se refirió al derecho a la verdad en el

marco del artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Asimismo, en el año 2014, publicó un informe titulado “*Derecho a la Verdad en América*”. En dicho informe se afirma que el derecho a la verdad nace como una consecuencia indispensable para todo Estado obligado por la *Convención Americana* de conformidad con el art. 1.1 de dicho instrumento. Además, la Comisión sostuvo que el derecho en cuestión comprende dos dimensiones. Por un lado, reconocer el derecho de las víctimas y familiares a conocer la verdad de lo sucedido; por otro, el derecho a conocer la identidad de quienes cometieron las violaciones.

En el ámbito de la ONU, la *Declaración de Viena de 1993* expresó que veía “con preocupación la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos y apoya los esfuerzos de la Comisión de Derechos Humanos (CDH) y de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías por examinar todos los aspectos de la cuestión».

Por su parte, la *Subcomisión de Derechos Humanos* recibió el Informe final elaborado y revisado por el experto francés Louis Joinet en aplicación de la decisión 1996/119 de la Subcomisión sobre la cuestión de la impunidad de

los autores de violaciones de los derechos humanos (civiles y políticos) así como el anexo de *Conjunto de Principios para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos*, para la lucha contra la impunidad que refieren a la existencia de un derecho colectivo a la verdad, un deber de memoria de los Estados así como al derecho respectivo de las víctimas y el deber de los Estados de garantizar el ejercicio efectivo de dicho derecho (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1).

De esta suerte, en 1997, Louis Joinet planteó:

Principio 1 - El derecho inalienable a la verdad. Cada pueblo tiene el derecho inalienable de conocer la verdad sobre los acontecimientos pasados, así como sobre las circunstancias y las razones que llevaron, por la violación masiva y sistemática de los derechos humanos, a la perpetración de crímenes aberrantes. El ejercicio pleno y efectivo del derecho a la verdad es esencial para evitar en el futuro que tales actos no se reproduzcan.

Principio 2 - El deber de la memoria. El conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión pertenece a su patrimonio y, como tal, debe ser preservado por medidas apropiadas en el nombre del deber a la memoria que incumbe al Estado. Esas

Mónica Pinto

Violaciones Sistemáticas de Derechos Humanos

medidas tienen por objeto la finalidad de preservar del olvido la memoria colectiva, principalmente para prevenir el desarrollo de tesis revisionistas y negacionistas.

Principio 3 - El derecho de saber de las víctimas. Independientemente de toda acción en Justicia, las familias de las víctimas tienen el derecho de conocer la verdad en lo que concierne la suerte que fue reservada a sus parientes. En caso de desaparición forzada o de secuestro de niños este derecho es imprescriptible.

Principio 4 - Garantías destinadas a hacer efectivo el derecho de saber. Corresponde a los Estados el tomar las medidas apropiadas para hacer efectivo el derecho de saber. Cuando las instituciones judiciales fallan, la prioridad debe ser, en una primera etapa, las medidas tendentes, por una parte, a la creación de comisiones no judiciales de investigación y, de otra parte, a la preservación y al acceso a los archivos.

En 2004, la CDH recibió el *Estudio Independiente*, con inclusión de recomendaciones, sobre las mejores prácticas para ayudar a los Estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad, preparado por la Profesora Diane Orentlicher.

El informe señala que la jurisprudencia de los tribunales penales internacionales ha aclarado el alcance de algunas conductas considerándolas *crimen de lesa humanidad*, como el caso de los delitos de violencia sexual, un crimen de guerra o un acto de genocidio cuando se presentan los elementos contextuales de estos crímenes internacionales. Además, establece la necesidad de estrategias omnicomprendivas contra la impunidad así como campañas de inclusión en los mecanismos de los tratados internacionales de derechos humanos (E/CN.4/2004/88).

Al año siguiente, Orentlicher es nombrada Experta Independiente en el Tema de la Impunidad y actualiza los principios presentados en 1997 sin modificar la estructura tripartita del Derecho a saber, derecho a la justicia y derecho a obtener reparación / garantías de que no se repitan las violaciones (E/CN.4/2005/102 et Add.1)

En el año 2000, Cherif Bassiouni presenta un conjunto de principios sobre el derecho de las víctimas a restitución, indemnización y rehabilitación (E/CN.4/2000/62) en el que el derecho a la verdad era una sutileza. Cinco años más tarde, un grupo de trabajo bajo la presidencia de Alejandro Salinas logra los *Principios y Directrices Básicos sobre*

el Derecho de las Víctimas de Violaciones Manifiestas de las Normas Internacionales de Derechos Humanos y de Violaciones Graves del Derecho Internacional Humanitario a interponer Recursos y Obtener Reparaciones (CDH Res 2005/35) en cuyo párrafo 22.b se indica que la satisfacción ha de incluir, cuando sea pertinente y procedente, la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad, en la medida en que ésta no provoque más daños o amenace la seguridad y los intereses de la víctima, de sus familiares, de los testigos o de personas que han intervenido para ayudar a la víctima o impedir que se produzcan nuevas violaciones.

El 20 de abril de 2005, por resolución 2005/66 de la CDH, a iniciativa de la Argentina, se solicita un amplio estudio sobre el derecho a la verdad. En 2006, la Alta Comisionada Louise Arbour presenta el informe y propone a la CDH reconocer el derecho a la verdad como un derecho “*autónomo e inalienable*”, que “*no admite suspensión y no debe estar sujeto a restricciones*”.

Se trata de un estudio que reafirma la existencia de este derecho, disperso en la jurisprudencia de la ONU, recogido tanto por la *Convención contra la Desaparición Forzada de Personas* adoptada en 2006 tanto por el CDH como por

la OEA. El 21 de diciembre de 2010, mediante resolución A/RES/65/196 la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó el 24 de marzo como *Día Internacional del Derecho a la Verdad en relación con Violaciones Graves de los Derechos Humanos y de la Dignidad de las Víctimas* y conmemora también el día del asesinato de Monseñor Romero.

Aunque pueda señalarse que el derecho a la verdad opera de un modo parecido al trámite que el CDH suele dar a los reclamos respecto del artículo 1 de los *Pactos del 66*, esto es el derecho a la autodeterminación, lo cierto es que sin consagración expresa sino como parte de los derechos de las víctimas puede entenderse comprendido en el derecho internacional público vigente en los ‘80s y después y aparece como un derecho colectivo en el SIDH en los fines de los ‘80s y principios de los ‘90s y a nivel universal a inicios del siglo XXI. Esta vanguardia latinoamericana se va a dar también en relación con la actuación del poder judicial.

V. La Obligación de Procesar y Condenar Conforme a Derecho

La existencia de una obligación jurídica *positiva* de carácter internacional que ordene el procesamiento de los *prima*

Mónica Pinto

Violaciones Sistemáticas de Derechos Humanos

facie responsables de violaciones a los derechos humanos no es constatable sino hasta que la CIDH resuelve los casos de Argentina y Uruguay, homogeneizando las condiciones de las dos transiciones y, no obstante los bagajes distintos, decide que en ambos casos se frustró la actuación judicial.

En efecto, en el informe 28/92 - Argentina - la CIDH considera la actuación de la CONADEP, el Juicio a las Juntas y desarrollos posteriores pero decide que las leyes de punto final (ley 23492 de 1986) y de Obediencia Debida (ley 23521 de 1987) así como los indultos presidenciales de 6 de octubre de 1989 sustrajeron al conocimiento del poder judicial los hechos del pasado. Lo mismo decide en el informe 29/92 - Uruguay - respecto de la *Ley de Caducidad de la Pretensión Punitiva del Estado*, donde no hubo ni comisión de investigación ni juicio alguno.

En el ámbito de la doctrina, los personajes relevantes del debate fueron Diane Orentlicher y Carlos Santiago Nino y el escenario una publicación de la Universidad de Harvard. Orentlicher presenta el tema como una reafirmación del estado de derecho y de la dignidad *inherente* de las víctimas. Sostiene que todos los argumentos que se esgrimen caen frente a un derecho

internacional que permite despolitizar el proceso. A su entender, éste incluye la obligación de procesar al menos a la mayoría de los responsables *prima facie* de las violaciones a los derechos humanos porque los principios generales relativos a los crímenes internacionales así lo indican desde las lecciones de Nuremberg y en razón del artículo 6 de la *Convención sobre Genocidio* y del artículo 5 de la *Convención contra la Tortura*, que pueden entenderse como contenido de la obligación de garantía del artículo 1.1. de la CADH y otros instrumentos análogos.

El argumento es estrictamente jurídico, juega con los tiempos. Sin embargo, a inicios de los 90 esto es aún *de lege ferenda*. Sólo la *Convención sobre Genocidio* estaba en vigor, la de tortura lo hace en 1987 – el *Comité contra la Tortura* hubo de declarar inadmisibles *ratione temporis* reclamos argentinos – y la cuestión interamericana era bien frágil en la época – sin Velásquez Rodríguez aún – y ante una clara ausencia de práctica internacional.

Nino cuestiona esta argumentación señalando que el DIP no consagra el derecho de una persona al castigo de otra, rechazando así la visión retributiva de la justicia. Considera que los procesos judiciales deben compatibilizarse

con la consolidación democrática y hace suya la política de Raúl Alfonsín en su discurso de instalación.

Es claro que Orentlicher habla de derecho internacional y Nino de lo que será la justicia transicional. Recuérdese que en esa época, la doctrina señala la ausencia de una solución válida para todas las transiciones.

El tema comienza a resolverse en un caso por caso con la decisión de crear los tribunales penales *ad hoc* para la Antigua Yugoslavia (ICTY) y para Rwanda (ICTR), el primero promovido por los europeos y el segundo pedido por los africanos, y se consolida con la adopción del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional* (CPI) que establece el deber de los estados de perseguir los más graves crímenes de trascendencia internacional ya que caso contrario, la jurisdicción internacional de la CPI puede activarse.

Como sucede con las brujas, cuya existencia muchos niegan, todos adoptan medidas por aquello de que “*las hay*” y hasta los EEUU logran excepciones del Consejo de Seguridad y luego a través de acuerdos con distintos Estados. El Estatuto es de 1998 y su entrada en vigor se produce en 2002 contando, hoy en día, con casi dos tercios de la

comunidad de Estados obligada. Es entonces que la norma regional interamericana deviene universal aunque su formulación surja por inferencia a partir de las consecuencias que el *Estatuto de Roma* enuncia (si ante la ausencia de ejercicio de jurisdicción por parte de los estados con posibilidades de hacerlo, la ejerce la CPI, esto permite decir que los estados tienen la obligación de ejercer esa jurisdicción).

Por otro lado, en el preámbulo del *Estatuto de Roma* se deja en claro que “*los crímenes más graves de trascendencia para la comunidad internacional en su conjunto no deben quedar sin castigo y que, a tal fin, hay que adoptar medidas en el plano nacional e intensificar la cooperación internacional para asegurar que sean efectivamente sometidos a la acción de la justicia*”.

En el *interim*, una serie de ejercicios de jurisdicción promocionan la intolerancia a la impunidad. En el modelo de Westfalia, la libertad es el criterio para el establecimiento de la jurisdicción [*dictum* de la Cour Permanente de Justice Internationale en el caso *Lotus* en 1928, “... *La limitation primordiale qu'impose le droit international à l'état est celle d'exclure (sauf existence d'une règle permissive contraire) tout exercice de sa puissance sur le territoire d'un autre état*...” Sin perjuicio de ello, la mayoría elige

Mónica Pinto

Violaciones Sistemáticas de Derechos Humanos

criterios más o menos análogos: el lugar de comisión de los hechos, nacionalidad de las víctimas o de los victimarios, etc. Sólo cuando los intereses colectivos están en juego, todos y cualquiera puede ejercer jurisdicción: se trata de la jurisdicción universal, en espacios sustraídos a las jurisdicciones nacionales, por causa de piratería.

Desde mediados del siglo XX, el modelo es vertical y hay una noción de *orden público* que se va consolidando. La jurisdicción internacional peculiar en Nuremberg, es genuinamente universal tanto en el ICTY como en el ICTR y la CPI.

La noción de *derechos humanos* juega un papel central porque todos los Estados tienen interés en que se cumplan. Así, la decisión de la Cámara de los Lores británica de 24 de marzo de 1999 de acceder a la requisitoria del Juzgado Central número 5 de la Audiencia Nacional de España, precisando que no hay inmunidad de jurisdicción para un antiguo jefe de estado por la alegada comisión de crímenes internacionales – en la especie los actos de tortura llevados a cabo desde diciembre de 1988, cuando la convención internacional estuvo en vigor para el Reino Unido, España y Chile, respecto de nacionales españoles y chilenos

– supuso la globalización de los derechos humanos. Se trató, básicamente, de afirmar que las consecuencias y la jurisdicción sobre las violaciones graves de derechos humanos no se limitan al Estado en el que tuvieron lugar o al de la nacionalidad de la mayoría de las víctimas. Existe un interés internacional en detener la impunidad de esos más graves crímenes de trascendencia internacional.

El SIDH aporta lo suyo, una norma regional que obliga a juzgar, a partir de las decisiones adoptadas en los informes 28 y 29/92 relativos a la Argentina y al Uruguay. Luego, en 2001, la sentencia de la Corte IDH en el caso *Barrios Altos* declara la incompatibilidad con la CADH de toda legislación que tenga por objeto la amnistía o el perdón, que haga lugar a la prescripción de la acción o establezca la exclusión de responsabilidad de personas *prima facie* responsables de violaciones a los derechos humanos, como la tortura, ejecuciones extrajudiciales y desapariciones forzadas. La Corte IDH consideró esas disposiciones inadmisibles y prohibidas por el derecho internacional de los derechos humanos. En Argentina, en el caso *Simón*, un juez federal de primera instancia lo hizo unos días antes respecto de la obediencia debida; lo confirmaron en el 2003

la Cámara Federal y en 2005 la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Las causas se reactivaron.

El mundo esperará unos seis a ocho años más para que esa norma sea universal. La Corte IDH se refiere a este deber en varios fallos que se sintetizan en su sentencia en el caso *Gelman*: “Esta Corte ha destacado que la obligación estatal de investigar y sancionar las violaciones de derechos humanos (...) y, en su caso, enjuiciar y sancionar a los responsables, adquiere particular importancia ante la gravedad de los delitos cometidos y la naturaleza de los derechos lesionados, especialmente en vista de que la prohibición de la desaparición forzada de personas y su correlativo deber de investigarla y sancionar a sus responsables han alcanzado desde hace mucho carácter de *jus cogens*”.

“La jurisdicción internacional persigue el objetivo de limitar la impunidad de los más graves crímenes de trascendencia internacional. Se trata de un ejercicio de justicia retributiva.”

Tres modelos existen para esto: la justicia nacional, la extranjera y la internacional. Cada uno persigue un objetivo como primordial, que resulta distinto al del otro y cada uno ejerce la jurisdicción de un modo especial. Las dos primeras suelen ejercerse a partir de criterios más o menos tradicionales de establecimiento de la jurisdicción, la tercera con base en decisiones vinculantes como es el caso de las decisiones del Consejo de Seguridad en el marco del capítulo VII de la *Carta de la Organización de las Naciones Unidas* o de un tratado internacional en vigor. La jurisdicción universal, que es una forma de jurisdicción extranjera, por su parte, no parece tener base consuetudinaria, al menos así fue considerado por la CIJ en 2002 en el caso del *mandat d'arrêt* al igual que el *dictum* de los Lores en el caso Pinochet.

La jurisdicción internacional persigue el objetivo de limitar la impunidad de los más graves crímenes de trascendencia internacional. Se trata de un ejercicio de justicia retributiva tal como surge de la jurisprudencia de la CPJI en *l'affaire de l'Usine de Chorzon*, a falta del ejercicio de jurisdicción por los Estados territoriales o de nacionalidad de las víctimas o de los victimarios. Tiene la legitimidad del consenso. Sin embargo, peca por cierto elitismo. Se

Mónica Pinto

Violaciones Sistemáticas de Derechos Humanos

desarrolla en un ámbito internacional, restringido, lejano a la sociedad en la que ocurrieron los hechos. Se desarrolla también en lengua extranjera, aunque las víctimas y sus representantes estén presentes y tengan intérpretes. Esta jurisdicción ha actuado con eficacia en el contexto del genocidio de Rwanda, en el de la limpieza étnica de la antigua Yugoslavia, en varios otros juicios en los que se combinó con jueces nacionales en tribunales mixtos.

La jurisdicción extranjera o universal sufre de la desventaja de partir de la noción horizontal del mundo internacional. Por ello es inevitablemente selectiva y por ello desigual. En 1996, el Tribunal de la *Grande Instance* de París, en el *affaire Javor*, declaró que el derecho internacional general no es explícito en materia de jurisdicción sobre los crímenes de lesa humanidad y por eso fundó su decisión en la Convención contra la tortura de 1984. La *Cour d'appel* y la *Cour de cassation* revocaron esa sentencia en razón de la falta de operatividad de la Convención. La misma situación se repitió en el caso *Munyeshyaka* en 1998. En los dos casos, las personas reclamadas se encontraban en Francia.

“La jurisdicción extranjera o universal sufre de la desventaja de partir de la noción horizontal del mundo internacional. Por ello es inevitablemente selectiva y por ello desigual.”

La ley belga que autorizaba la jurisdicción universal ante sus estrados convocó causas de todos los rincones del mundo: desde la relacionada con Hissène Abré, el dictador de Chad recientemente condenado por crímenes contra la humanidad en Senegal, a los casos de genocidio maya en Guatemala, denuncias contra los gobernantes en China, Israel y contra el mismo George W. Bush. Todos estos acontecimientos, la imposibilidad de constituirse en la mesa de entrada de los tribunales del mundo, condujeron al parlamento belga a acotar sus capacidades en este sentido.

La justicia nacional permite una construcción social. Contribuye al conocimiento de la verdad. Una verdad parcial, la verdad del derecho, la verdad verosímil, limitada. Un re-conocimiento de la verdad. Con razón, William Schabas sostiene que “*A priori, lo mejor sería*

generar procesos ante los tribunales nacionales del Estado en el que se cometieron los crímenes. El derecho penal tiene una función declarativa importante que se cumple más acabadamente si el proceso se desarrolla en el lugar del crimen. El público puede asistir a las deliberaciones, o al menos, participa a través de los medios locales. Los testigos están más fácilmente disponibles, los jueces y los jurados conocen bien el contexto de violación de los derechos humanos y la sentencia se adecua mejor a una sanción según los valores que prevalecen en el país.” El caso argentino es paradigmático en este sentido.

Esta posibilidad ha permitido también la existencia de los tribunales mixtos, nacionales e internacionales, para el juzgamiento del pasado reciente. El tribunal de Camboya ilustra lo costoso de un tribunal mixto pero también lo necesario de esta mezcla para poder cumplir acabadamente con los objetivos de *hacer justicia*.

En el Perú, luego de lograr la extradición del ex presidente Alberto Fujimori, éste fue sometido a proceso. Fue encontrado culpable intelectual de las masacres de Barrios Altos en 1991 y La Cantuta en 1992 cometidas por el grupo Colina, que le reportaba directamente. La sentencia lo condenó a 25 años de prisión por su responsabilidad en los delitos de asesinato con alevosía,

secuestro agravado y lesiones graves a las víctimas en esos hechos, a un empresario y un periodista. Este fallo de 2008 fue confirmado por la Primera Sala Penal Transitoria de la Corte Suprema el 3 de enero de 2010. Fujimori ya había sido hallado culpable por el ilegal allanamiento de morada en la vivienda de Trinidad Becerra, esposa de Vladimiro Montesinos y condenado a siete años y medio de privación de libertad por el delito de peculado doloso, apropiación de fondos públicos y falsedad ideológica en agravio del Estado.

La doctrina ha podido cuestionar la decisión del SIDH de reducir todas las transiciones a un modelo único de tratamiento: la obligación de investigar, procesar y condenar a todos los responsables de crímenes de lesa humanidad y de reparar a las víctimas. La objeción no radica en el contenido de la obligación, que es prácticamente la operatoria normal del derecho, sino en la forma compulsiva en que eso debe llevarse a cabo y en las consecuencias probables para la propia transición (Gargarella).

Lo cierto es que las características de los contextos de transición son variables y las dosis asignadas a verdad, justicia y democracia también. Es cuestionable en este sentido que la

Mónica Pinto

Violaciones Sistemáticas de Derechos Humanos

receta sea universal para la transición pero también es cuestionable asignar a órganos como la CIDH o la Corte IDH la capacidad de evaluar jurídica y políticamente los contextos para determinar cuándo políticamente se podría haber hecho más porque la democracia lo permitía y no se hizo y cuándo no había espacio para hacer nada. Esas decisiones no forman parte de las capacidades reconocidas a los órganos de derechos humanos.

Sólo recordar que la receta universal del SIDH condujo en muchos de los estados del sistema a concebir la forma de cumplir con ella. Se convirtió en una herramienta útil para que los sectores de la sociedad y de los gobiernos que querían ir más allá tuvieran un apoyo más.

En el caso argentino, la verdad fue la primera en aparecer en términos globales, la estructura de las violaciones sistemáticas que tuvieron lugar en el país, pero no ha logrado avanzar en términos específicos. Sin perjuicio del importante número de causas abiertas, ya sustanciadas y en trámite y del empeño puesto por la sociedad civil para fogonearlas y por los poderes del estado para que ellas puedan continuar, se hace justicia pero la verdad no avanza. Argentina se ha privado

de testimonios de primera fuente para poder esclarecer el destino concreto de las víctimas. Ningún victimario sintió la necesidad o vio la posibilidad de dar información. ¿Por no haber ningún término de intercambio? No lo sé. Lo que me parece es que las madres y abuelas, que como todos, cumplen años, tienen un deseo evidente de no morir sin saber qué pasó con sus hijos y nietos. Y lo que también me parece es que para ellas no estamos obteniendo respuestas.

VI. Conclusiones

Ciertamente el último cuarto del siglo XX fue el escenario de profundos cambios en la concepción de las transiciones y de las obligaciones a cargo de los gobiernos democráticos respecto del pasado reciente.

Probablemente porque los pasados sumaron cantidades incontables de víctimas, porque las sociedades tuvieron reacción para preocuparse por sus víctimas e indudablemente porque los derechos humanos formaban parte de la agenda internacional desde los 50 y estaban brindando mostradores de reclamo en las organizaciones internacionales, lo cierto es que se generan políticas primero y luego normas jurídicas que se ocupan del tema.

“El Sistema Interamericano contribuirá con la generación de una norma regional sobre la obligación de procesar y condenar, en 1992. Con la entrada en vigor del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, en 2002, se transformará en norma universal.”

Los objetivos son comunes: saber lo que pasó, hacer justicia y fortalecer la democracia recién instalada. Sin embargo, cada comunidad política y cada gobierno va a dar su lectura a estos propósitos y les va asignar porcentajes distintos.

La democracia argentina del 83 dará el puntapié inicial con políticas que serán acompañadas por una democracia de derechos, con los tratados de derechos humanos en vigor.

El Sistema Interamericano contribuirá con la generación de una norma regional sobre la obligación de procesar y condenar, en 1992. Con la entrada en vigor del *Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional*, en 2002, se transformará en norma universal.

En paralelo, un derecho a la verdad resultará consagrado por las acciones de las comisiones de investigación y los procesos judiciales.

La impunidad no es tolerable, mucho menos cuando se trata de los más graves crímenes de trascendencia internacional.

Mónica Pinto

Violaciones Sistemáticas de Derechos Humanos

Referencias

Comisiones de Investigación

- * Argentina, *Nunca Más. Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, Buenos Aires, Eudeba, 1984.
- * Argentina, *Anexos del Informe de la Comisión Nacional sobre la Desaparición de Personas*, Buenos Aires, Eudeba, 1984
- * Brasil, *Nunca Mais*, 26a. Ed., Petrópolis, Vozes, 1991
- * Brasil, *Direito à Memória e à Verdade, Comissão Especial sobre Mortos e Desaparecidos Políticos*, Brasília, 2007
- * Chile, *Informe de la Comisión Nacional sobre Verdad y Reconciliación*, 1993
- * Chile, *Informe de la Comisión Nacional sobre Prisión Política y Tortura*, diciembre 2004.
- * El Salvador, *From Madness to Hope. The 12-year war in El Salvador. Report of the Commission on the Truth for El Salvador*, S/25500 (1993)
- * Guatemala, *Guatemala. Memoria del silencio, Informe de la Comisión para el Esclarecimiento histórico (1998)*, Guatemala, Oficina de Servicios para Proyectos de las Naciones Unidas (UNOPS), 1999.
- * Haïti, *Rapport de la Commission Nationale de Vérité et Justice*, 1995.
- * Perú, *Comisión Nacional de la Verdad y Reconciliación, Informe Final*, 2003

Jurisprudencia de Tribunales y órganos de Derechos Humanos

- * Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez, sentencia de 26 de julio de 1988, Serie C N° 4, #181
- * Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Castillo Páez, sentencia de 30 de enero de 1996, Serie C N°24, # 86, 90
- * Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bámaca Velásquez, sentencia de 25 de noviembre de 2000, Serie C N°70, #201 [en el mismo sentido: Corte IDH. Caso de la Masacre de La Rochela Vs. Colombia. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 11 de mayo de 2007. Serie C N° 163, # 147; Corte IDH. Caso Osorio Rivera y Familiares Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2013. Serie C N° 274, # 220.]
- * Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Barrios Altos (Chumbipuna Aguirre y otros vs. Perú)*, sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C N°75,

- * Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C N° 166, # 129. [Este *dictum* resulta reiterado en los siguientes pronunciamientos, entre otros: Corte IDH. Caso Contreras y otros Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2011. Serie C N° 232, # 135; Corte IDH. Caso Masacres de El Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de octubre de 2012 Serie C N° 252, # 298; Corte IDH. Caso Gudiel Álvarez (Diario Militar) Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 20 noviembre de 2012 Serie C N° 253, # 298; Corte IDH. Caso García y Familiares Vs. Guatemala. Fondo Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 noviembre de 2012 Serie C N° 258, # 176]
- * Cour européenne des droits de l'homme, Affaire Kurt c. Turquie, 15/1997/799/1002, arrêt du 25 mai 1998, #130-134
- * Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Argentina*, OEA/Ser.L/V/II.49 doc.19, p.144
- * Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Chile*, OEA/Ser.L/V/II.66 doc.17, 1985
- * Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala*, OEA/Ser.L/V/II.66, Doc.16, 1985
- * Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 19985-1986, OEA/Ser.L/V/II.68 doc.8 rev.1, capítulo VI
- * Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-1993, Informe 28/92, Argentina, Casos 10.147, 10.181, 10.240, 10.262, 10.309, 10.311, OEA/Ser.L/V/II.83, Doc.14
- * Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-1993, Informe 29/92, Uruguay, Casos 10.029, 10.036, 10.145, 10.305, 10.372, 10.373, 10.374, 10.375, OEA/Ser.L/V/II.83, Doc.14
- * Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos 1992-1993, Informe 1/93, Argentina, Casos 10.288, 10.310, 10.436, 10.496, 10.631, 10.771, OEA/Ser.L/V/II.83, Doc.14
- * Informe Anual de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 1998, Informe N° 25/98, Chile, Alfonso René Chanfeau Oracye y otros, Casos 11.505, 11.532, 11.541, 11.546, 11.549, 11.569, 11.572, 11.573, 11.583, 11.595, 11.657 y 11.705, 7 de abril de 1998

Mónica Pinto

Violaciones Sistemáticas de Derechos Humanos

* Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, Informe de la Experta Independiente Señora Mónica Pinto de conformidad con la resolución 1994/58 de la Comisión de Derechos Humanos, E/CN.4/1995/15, párrafos 25-47, 208-213

Otros Informes

* Informe final revisado acerca de la cuestión de la impunidad de los autores de violaciones de los derechos humanos (derechos civiles y políticos) preparado por el Sr. L. Joinet de conformidad con la resolución 1996/119 de la Subcomisión Doc. ONU E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1

* Revisión de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario a obtener reparación. Doc. ONU E/CN.4/1997/104

* El derecho de restitución, indemnización y rehabilitación de las víctimas de violaciones graves de los derechos humanos y las libertades fundamentales, Informe final del Relator Especial, Sr. M. Cherif Bassiouni, presentado en virtud de la resolución 1999/33 de la Comisión. Doc. ONU E/CN.4/2000/62

* Estudio independiente, con inclusión de recomendaciones sobre las mejores prácticas para ayudar a los Estados a reforzar su capacidad nacional con miras a combatir todos los aspectos de la impunidad, elaborado por la Profesora Diane Orentlicher y presentado a la Comisión de Derechos Humanos por el Secretario General en cumplimiento de la resolución 2003/72 Doc. ONU E/CN.4/2004/88

* Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad, presentado en cumplimiento de la Resolución número 2004/72 Doc. ONU E/CN.4/2005/102

* El derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones. Nota de la Alta Comisionada para los Derechos Humanos. Transmisión del Informe de la tercera reunión consultiva acerca de los “Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones”, (Ginebra, 29 de septiembre a 1 de octubre de 2004), Presidente-Relator: Sr. Alejandro Salinas (Chile). Doc. ONU E/CN.4/2005/59

* Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones ONU AG Res. 60/147 del 16 de diciembre de 2005

* Resolución sobre el derecho a la verdad, número 2005/66 de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas (en la cual toma nota con reconocimiento del Conjunto actualizado de principios y adopta otras disposiciones al respecto) Doc. ONU E/CN.4/RES/2005/66

* Informe de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los derechos humanos en cumplimiento de la Resolución número 2005/66 de la Comisión de Derechos Humanos (derecho a la verdad) Doc. ONU E/CN.4/2006/91

Jurisprudencia nacional e internacional

* Argentina, *LA SENTENCIA* dictada el 9 de diciembre de 1985 por la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal en la causa 13/84 del año 1984, Buenos Aires, Imprenta del Congreso de la Nación, 1987, t.I, p.291-292

* Argentina, Causa Nro. 8686/2000 caratulada “Simon, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores de 10 años” del registro de la Secretaría Nro. 7 del Juzgado Nacional en lo Criminal y Correccional Federal Nro. 4; sentencia de 6 de marzo de 2001.

* Argentina, Corte Suprema de Justicia de la Nación, Recurso de hecho deducido por la defensa de Julio Héctor Simón en la causa “Simón, Julio Héctor s/ privación ilegítima de la libertad etc., N°17.768”, S 1767 L.XXXVIII, sentencia de 14 de junio de 2005 (Dictamen del Procurador General de la Nación de 5 de mayo de 2005).

* House of Lords, Regina v. Bartle and the Commissioner of Police for the Metropolis and others EX Parte Pinochet (Respondent) (On appeal from a Divisional Court of the Queen’s Bench Division); Regina v. Evans and another and the Commissioner of Police for the Metropolis and others (Appellant) EX Parte Pinochet (Respondent) (On appeal from a Divisional Court of the Queen’s Bench Division), Judgment of 25 November 1998; 37 ILM (1998) 1302 (hereinafter Ex Parte Pinochet (HL1)) Lord Lloyd

* The Kingdom of Spain v. Augusto Pinochet Ugarte, Judgment, in the Bow Street Magistrate’s Court, Mr. Ronald Bartle, on 8 October 1999

Mónica Pinto

Violaciones Sistemáticas de Derechos Humanos

» Cour internationale de justice, *Affaire des activités militaires et paramilitaires au Nicaragua et contre celui-ci, Nicaragua c. États-Unis d'Amérique*, arrêt du 27 juin 1986, CIJ Recueil 1986, #218, p.103

* Cour internationale de justice, *Affaire du Mandat d'arrêt (République démocratique du Congo c. Royaume de Belgique)*, fond, arrêt du 14 février 2002, CIJ Recueil 2002, §58

* TPIY, *La Chambre d'Appel, Le Procureur c/ Dusko Tadic Alias « Dule »*, Arrêt relatif à l'appel de la défense concernant l'exception préjudicielle d'incompétence, le 2 octobre 1995, para.70 et 72

Bibliografía

* Ambos, K., Malarino E. y Elsner, G. (eds.) (2009) *Justicia de transición. Informes de América Latina, Alemania, Italia y España*, Konrad Adenauer Stiftung, Montevideo, Uruguay.

* Americas Watch, *El Salvador, Peace and Human Rights : Successes and Shortcomings of the United Nations Mission in El Salvador (ONUSAL)*, 1992

* Bergsmo, M. y Rodríguez Garavito, C. (eds.) (2012) *Justicia distributiva en sociedades en transición*.

* Boraine, Alex, « La justice transitionnelle : un nouveau domaine », discurso pronunciado en el coloquio « *Réparer les effets du passé : Réparations et transitions vers la démocratie* », Ottawa, Canada, le 11 mars 2004. [en internet]

* Botero, C. y Restrepo Saldarriaga, E. (2006) “Estándares internacionales y procesos de transición en Colombia”.

* Brody, Reed., “The United Nations and Human Rights in El Salvador: A Negotiated Revolution”, : 8 *Harv. Hum. Rts. J.* (1995) 153.

* Cassel, Douglas, “Lessons from the Americas: Guidelines for International Response to Amnesties for Atrocities”, : 59-*AUT Law & Contemp. Probs.* 197, 228-229

* Chinkin, Christine M., “UK House of Lords: Regina v. Bow Street Stipendiary Magistrate, ex parte Pinocher Ugarte. Spanish Request for Extradition”, 93 *American Journal of International Law*, 1999, 703-711

* Coonan, Terence, « Rescuing History : Legal and Theological Reflections on the task of Making Former Torturers Accountable », 20 *Fordham International Law Journal*, 1996, 512-546.

* Correa Sutil, Jorge, “The Judiciary and the Political System in Chile : The Dilemmas of Judicial Independence During the Transition to Democracy” in *Transition to Democracy in Latin America. The Role of the Judiciary*, edited by Irwin P. Stotzky, Boulder and Oxford, Westview Press, 1993, 89-106.

- * Cosnard, Michel, “Quelques observations sur les décisions de la Chambre des Lords du 25 novembre 1998 et du 24 mars 1999 dans l’affaire Pinochet”, *R.G.D.I.P.*, 1999, N°2, 309-328
- * Dupuy, Pierre-Marie, “Crimes et immunités, ou dans quelle mesure la nature des premiers empêche l’exercice des seconds”, *R.G.D.I.P.*, 1999, N°2, 289-296
- * Filippini, Leonardo, “La persecución penal en la búsqueda de justicia”, en AA.VV, CELS-ICTJ, Hacer Justicia, Nuevos debates sobre el juzgamiento de crímenes de lesa humanidad en Argentina, disponible en <http://bit.ly/1rsbFs2>.
- * Franco, Leonardo & Jared Kotler, “Combining Institution Building and Human Rights Verification in Guatemala: The Challenge of Buying In Without Selling Out”, in *Honoring Human Rights. From peace to Justice*, (Alice H.Henkin ed.), Washington, The Aspen Institute, 1999, 39-70
- * Gargarella, Roberto, “Sin lugar para la soberanía popular. Democracia, derechos y castigo en el caso Gelman”, disponible en <http://bit.ly/1n58xtw>.
- * Garro, Alejandro & Henry Dahl, “Legal Accountability for Human Rights Violations in Argentina: One-Step Forward and Two Steps Backwards”, 8 *Human Rights Law Journal*, 1987, 283-344
- * Goldman, Robert K., “Leyes de amnistía y derecho internacional. Un caso concreto”, *Encuentro Internacional “NO a la Impunidad SÍ a la Justicia”* (Comisión nationale consultative des droits de l’homme, Comisión Internacional de Juristas bajo los auspicios de las Naciones Unidas), Ginebra, Comisión Internacional de Juristas, 1992, 217-231
- * Goldstone, Richard, “Exposing Human Rights Abuses – A Help or Hindrance to Reconciliation?”, 22 *Hastings Constitutional Law Quarterly*, 607-621.
- * Green, Eric, « Les commission de la vérité en Amérique latine. Le point de vue du spécialiste Marc Falcoff », 1996. [en internet]
- * Guembe, María José, “La reapertura de los juicios por los crímenes de la dictadura militar argentina”, 2 *Sur. Revista Internacional de Derechos Humanos*, 2005, 121-137
- * Guillerot, Julie, « Commissions de la vérité : De l’expérience internationale à la commission péruvienne », Aprodeh, Lima, janvier 2002. [www.aprodeh.org.pe/sem_verdad/documentos/julie_guillerot.pdf].
- * Hayner, Priscilla, « Commissioning the truth :further research questions », 17 *Third World Quarterly*, 1996, 19-29 [en français “Commissions de la vérité: questions pour des nouvelles recherches”, traduction, en www.law.kleuven.ac.be/jat]

Mónica Pinto

Violaciones Sistemáticas de Derechos Humanos

- * Kritz, Neil J., “Coming to Terms With Atrocities: A Review of Accountability Mechanisms for Mass Violations of Human Rights”, 59 *AUT Law & Contemp. Probs.* 127-152
- * Landsman, Stephan, « Retroactive Trials and Justice », 96 *Mich. L. Rev.* (1998) 1456.
- * Lutz, Ellen & Kathryn Sikkink, “The Justice Cascade: The Evolution and Impact of Foreign Human Rights Trials in Latin America”, 2 *Chicago Journal of International Law*, 2001, 1-33
- * Malamud-Goti, Jaime, “Transitional Governments in the Breach: Why Punish State Criminals?”, 12 *Human Rights Quarterly*, 1990, 1-16
- * Márquez Carrasco, María del Carmen y Joaquín Alcaide Fernández, “In re Pinochet”, 93 *American Journal of International Law*, 1999, 690-696
- * Meron, Theodor, “Is International Law Moving Towards Criminalization?”, 9 *European Journal of International Law*, 1998/1, 18-31
- * Midy, Franklin, « Réconciliation, impunité, justice : la question des droits humains en Haïti », en *Campagne contre l'impunité : portrait et plan d'action. Essais sur les droits humains et le développement démocratique.* (Collectif), Montréal, Centre international des droits de la personne et du développement démocratique, 1997, 125-149
- * Nino, Carlos S., “The Duty to Punish Past Abuses of Human Rights Put Into Context : The Case of Argentina”, 100 *The Yale Law Journal*, 1991, 2619-2643
- * Nino, Carlos Santiago, “Radical Evil on Trial”, *New Haven & London, Yale University Press*, 1996
- * Ochaeta, Ronalht, « L'élimination totale de l'impunité : nouveau défi de la démocratie et de la paix au Guatemala », en *Campagne contre l'impunité : portrait et plan d'action. Essais sur les droits humains et le développement démocratique.* (Collectif), Montréal, Centre international des droits de la personne et du développement démocratique, 1997, 17-33
- * Orentlicher, Diane F., “Settling Accounts: The Duty to Prosecute Human Rights Violations of a Prior Regime”, 100 *The Yale Law Journal*, 1991, 2537-2615
- * Pacheco, Gilda y Lorena Acevedo Narea, Guido Galli (eds.) (2005), *Verdad, justicia y reparación. Desafíos para la democracia y la convivencia social*, San José, Instituto Internacional para la Democracia y la Asistencia Electoral (IDEA) e Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH)

- * Pinto, Mónica, “Le traitement des violations systématiques des droits de l’homme du passé récent: le long parcours de l’Argentine”, en *Unité et Diversité. Ecrits en l’honneur du professeur Pierre-Marie Dupuy/ Unity and Diversity. Essays in Honour of Professor Pierre-Marie Dupuy*, Denis Alland, Vincent Chetail, Olivier de Frouville et Jorge E. Viñuales ed., Leiden-Boston, Martinus Nijhoff Publishers 2014, 839-858
- * Pinto, Mónica “Dealing with the Past – Democracies and Victims’ Struggle to Deal with Past Human Rights Violations”, in *La protection internationale des droits de l’homme et le droit des victimes/International protection of Human Rights and Victims’ Rights*, J.-F. Flauss (éd), Publications de l’Institut International des droits de l’homme Institut René Cassin de Strasbourg, Bruxelles, Editions Bruylant, 2009, 111-127
- * Pinto, Mónica, « Los juicios de la verdad en Argentina», 42 *Hechos del Callejón*, PNUD-Colombia, 2008, 17-19
- * Pinto, Mónica, *L’Amérique latine et le traitement des violations systématiques des droits de l’homme* Université Panthéon-Assas Paris II, Institut de Hautes Etudes Internationales, Coll. Cours et Travaux N°7, Paris, Éditions Pédone, 2007
- * Reátegui, F. (ed.) (2011) *Justicia transicional: Manual para América Latina*, Brasilia: Ministerio de Justicia
- * Reisman, W. Michael, “Institutions and Practices for Restoring and Maintaining Public Order”, 6 *Duke Journal of Comparative and International Law*, 1995, 175-186
- * Roht-Arriaza, Naomi, « Truth Commissions and Amnesties in Latin America: The Second Generation» , 92 *American Society of International Law Proceedings*, 1998, 313-316
- * Schabas, William A., “Réconciliation nationale et poursuites pénales : comment résoudre cette équation dans le respect des droits fondamentaux et de la démocratie ? », *Campagne contre l’impunité : portrait et plan d’action. Essais sur les droits humains et le développement démocratique*. (Collectif), Montréal, Centre international des droits de la personne et du développement démocratique, 1997, 237-270
- * Schlunk, Angelika, “Truth and Reconciliation Commissions”, 4 *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 1998, 415-422
- * Kathryn Sikkink, “El efecto disuasivo de los juicios por violaciones de los derechos humanos”, *Anuario de Derechos Humanos Uchile*, 2011, 41-61
- * Smeets, Marylene, “The United Nations Mission for the Verification of Human Rights in Guatemala MINUGUA”, 15 *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 1997, 551-558

Mónica Pinto

Violaciones Sistemáticas de Derechos Humanos

- * Uprimny, R. (2014), *Justicia para la paz. Crímenes atroces, derecho a la justicia y paz negociada*, Bogotá: Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.
- * Uprimny, R., Saffón, M.P., Botero, C. Y Restrepo Saldarriaga, E. (eds.) (2006) *¿Justicia Transicional sin transición? Verdad, Justicia y Reparación para Colombia*, Ed. Centro de Estudios de Derecho, Justicia y Sociedad.
- * Villa Vicencio, Charles, “The Reek of Cruelty and the Quest for Healing – Where Retributive and Restorative Justice Meet”, *14 J.L. & Religion*, 1999-2000, 165
- * Weiner, Robert O., “Trying to Make Ends Meet: Reconciling the Law And Practice of Human Rights Amnesties”, *26 St. Mary’s L.J.*, 1995, 857
- * Weschler, Lawrence (1990), *A Miracle, A Universe. Settling Accounts with Torturers*, New York, Pantheon Books
- * Zalaquett, José, “Balancing Ethical Imperatives and Political Constraints: The Dilemma of New Democracies Confronting Past Human Rights Violations”, *43 Hastings Law Journal*, 1992, 1425-1438

Sobre la autora

Mónica Pinto

Mónica Pinto es Profesora titular de Derecho internacional público y Derechos Humanos y Garantías, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires (UBA), de la cual es decana (2010-14) y en donde además ha sido Coordinadora del Programa de Derechos Humanos de la UBA (desde 2007) y Directora de la Maestría y de la Carrera de Especialización en Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

Ha ejercido la docencia en la Academia de Derecho Internacional de La Haya (2007). Columbia Law School (2001, 2003), Université Panthéon-Assas Paris II (1997, 2005, 2009), Université de Rouen (2007), Université Panthéon-Sorbonne Paris I (2008), el Institut International des droits de l'Homme (2004-08, 2012), Southwestern Law School en Buenos Aires (2006-11), Universidad de Alcalá de Henares (2002) y en la Universidad San Carlos de Guatemala (2009), entre otras.

Es Miembro del Comité Ejecutivo del Observatorio de Derechos Humanos de la Asociación de Universidades del Grupo Montevideo (AUGM) en representación de la UBA, así como del Steering Committee del Project on International Courts and Tribunals, New York University y University of London; de la American Society of International Law; de la Société Française de droit international y miembro consultor del Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales (CARI), entre otros.



Se ha desempeñado como Jueza y Vice-presidenta del Tribunal Administrativo del Banco Mundial (2009-14) y árbitro del Tribunal Arbitral Internacional de

Salto Grande (2011-14), además de haber actuado ante distintos órganos de derechos humanos y tribunales y ante tribunales arbitrales como abogada y experta. En el área de derechos humanos, integra los órganos de gobierno del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (San José de Costa Rica), la *Association pour la Prévention de la Torture* (Ginebra), y el Instituto Internacional de Derechos Humanos (Estrasburgo), además de haber sido

Miembro del Consejo de Administración del Fondo de Contribuciones Voluntarias de las Naciones Unidas para la Cooperación Técnica en Materia de Derechos Humanos (2006-08; 2009-11) y fue experta independiente para el examen de la situación de derechos humanos en Guatemala (1993-1996) y en el Chad (2004-2005) ante la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

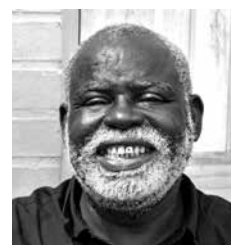
Sumario

Introducción;

I. Contexto Histórico del Racismo y la Discriminación Racial hacia la Población Afrodescendiente: A. La Trata Transatlántica de Esclavizados: Comercio Execrable y Crimen contra la Humanidad. B. La Independencia y la Abolición de la Esclavitud: Libertad sin Inclusión y Equidad. C. Racismo y Discriminación Racial: Afrodescendientes como Ciudadanos de Segunda Clase.

II. Afrodescendientes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Américas: A. La Organización de las Naciones Unidas y el Combate a la Discriminación Racial. 1. Afrodescendientes como Sujetos de Derecho Internacional: Entramos Negros y Salimos Afrodescendientes. B. La Organización de los Estados Americanos y sus Esfuerzos para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial. 1. Afrodescendientes en la Agenda de la OEA. C. Algunos Organismos Subregionales y la Participación de las y los Afrodescendientes.

Conclusiones.



Afrodescendientes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Una Mirada desde las Américas

Roberto Rojas Dávila*

“La discriminación de que son objeto los afrodescendientes es perniciosa. A menudo, están atrapados en la pobreza en gran medida a causa de la intolerancia, y encima se utiliza la pobreza de pretexto para excluirlos todavía más”

*Ban Ki-moon,
Secretario General de la ONU*

Introducción

La historia de la población afrodescendiente en las Américas es sin duda la historia de la sobrevivencia ante las injusticias y las violaciones sistemáticas a los derechos humanos, así como de los aportes no reconocidos a sus sociedades. Lamentablemente, el racismo y la discriminación racial han sido y son parte de la vida de las y los afrodescendientes por más de cinco siglos, es decir, desde el inicio de la trata transatlántica de esclavizados.

Las y los sobrevivientes de esta travesía de la muerte aportaron significativamente a la construcción de los Estados

americanos; utilizaron su inteligencia, cultura y fuerza en diversos campos de su *expertise*, tales como arquitectura, ingeniería, medicina, minería, agricultura, y ganadería, entre otras. Sin embargo, a pesar de ser evidentes sus aportes a dichos Estados, estas personas fueron excluidas y sus derechos fundamentales les fueron negados.

No obstante, debemos resaltar que en los últimos años las organizaciones internacionales y la mayoría de los Estados americanos han realizados esfuerzos para combatir la discriminación racial y promover la inclusión de la población afrodescendiente, los cuales son significativos pero no suficientes para acabar con más de cinco siglos de discriminación y exclusión.

La inclusión de la temática afrodescendiente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos es relativamente nueva, tiene apenas 15 años. Esto ocurrió cuando se llevó a cabo Conferencia Regional de las Américas Preparatoria de la *III Conferencia*

Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia en la ciudad de Santiago de Chile en el año 2000.

En la declaración de dicha conferencia -conocida como la Declaración de Santiago- por primera vez en un instrumento de derecho internacional los Estados americanos “Reconocen que el racismo y la discriminación racial que ha sufrido históricamente la población de origen africano en las Américas, está en el origen de la situación de marginación, pobreza y exclusión en que se encuentran la mayoría de estos individuos en muchos países del continente y que, a pesar de los diversos esfuerzos realizados, esta situación persiste en grados diversos”; asimismo se “instan a adoptar medidas para remediar las desigualdades que aún persisten debido al oprobioso legado de la esclavitud y a facilitar la participación de los afrodescendientes en todos los aspectos de la vida política, económica, social y cultural de la sociedad; en el progreso y el desarrollo económico de sus países; y a promover un mejor conocimiento y respeto por su herencia y cultura”.

La Declaración de Santiago es un claro ejemplo de cómo un instrumento de Derecho Internacional de Derechos

Humanos ha generado una serie de importantes medidas para atender a la población afrodescendiente a nivel nacional, regional e internacional. Es en ese contexto, que el presente artículo tiene como objetivo analizar los aspectos históricos del racismo y la discriminación racial hacia la población afrodescendiente, así como el desarrollo de la temática afrodescendiente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Américas.

I. Contexto Histórico del Racismo y la Discriminación Racial hacia la Población Afrodescendiente

A. La Trata Transatlántica de Esclavizados: Comercio Execrable y Crimen contra la Humanidad

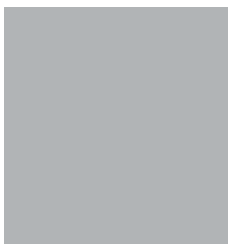
*Yo soy también el nieto,
Biznieto,
Tataranieto de un esclavo.
(Que se avergüence el amo)*

El Apellido, Nicolás Guillén

La trata transatlántica de esclavizados tiene su punto de partida en Portugal, cuando el rey Juan I delega la tarea de búsqueda de nuevas rutas hacia las Indias a su hijo Enrique “El navegante”;

Roberto Rojas Dávila

Afrodescendientes: Una Mirada desde las Américas



es así que para llegar a las Indias, los portugueses bordearon las costas africanas.

El descubrimiento de América fue un precedente importante para que se intensificara la trata. El contagio de enfermedades y la explotación a la que eran sometidos las y los indígenas causaron una reducción importante en la población local, otorgándose las primeras licencias para la introducción de decenas de “negros”. Estas licencias fueron llamadas *Licencias de Merced* o de *Servicios*, y permitían tanto la introducción de negros esclavizados como su comercialización.

Las grandes potencias, ansiosas de enriquecer las arcas reales, incentivaron la exportación de esclavizados a sus colonias, cobrando impuestos por este concepto. Al mismo tiempo, los contrabandistas de esclavizados también se dieron cuenta de lo lucrativo de la trata y se desarrolló un robusto mercado ilegal.

En cualquier caso, la trata tuvo consecuencias desastrosas para las naciones africanas. En primer lugar, la interrupción del progreso y evolución de los imperios africanos, los cuales tenían una compleja organización e iniciaban su período de “progreso”; en segundo lugar, África fue saqueada y despoblada de sus habitantes en “edad productiva”; en tercer lugar, las y los africanos sufrieron una vejación y humillación al ser utilizados como mercancía y desplazados a la base de la pirámide social.

“La trata tuvo consecuencias desastrosas para las naciones africanas. África fue saqueada y despoblada de sus habitantes en edad productiva”

No se sabe exactamente cuántas personas esclavizadas llegaron a las Américas, se manejan cifras que establecen los documentos oficiales empero no existen documentos del inicio de la trata como tal y menos aún se sabe el número de esclavizados/as que fueron vendidos a raíz del contrabando. Se presume que las cifras oscilan entre 20 y 60 millones de africanos/as, pero para historiadora Luz María Martínez la cifra alcanza los 100 millones.¹

Como es evidente, la trata transatlántica de esclavizados fue un crimen contra la humanidad; las condiciones en que eran trasladados (el hacinamiento, la falta de comida y agua, falta de higiene, las enfermedades) originaba que en el mejor de los casos, sólo el 60% de las y los esclavizados llegaran con vida a las Américas, a pesar de las torturas, violaciones y humillaciones que tuvieron que soportar por su condición.

Una vez establecidos en las Américas, las y los esclavizados se rigieron bajo una legislación específica que establecía cómo deberían actuar y cuáles serían sus castigos en caso de infringir dichas normas. Esta legislación también era aplicable a las personas afrodescendientes libres, ya sea por haber nacido libres o por haber adquirido el carácter

de libertas. Durante alrededor de 300 años en la denominada *América Española*, las y los afrodescendientes estuvieron regidos por la recopilación de Leyes de los Reinos de las Indias, cuyo título quinto trataba “De Los Mulatos, Negros, Berberiscos e hijos de Indios”.

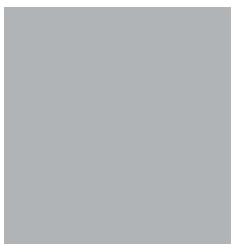
La trata transatlántica de esclavizados fue el mayor y más inhumano tráfico de personas de la historia. Como resultado directo de este execrable comercio, grandes poblaciones de ascendencia africana viven en las Américas.

Ante estos hechos históricos, la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura (UNESCO) fue el primer organismo internacional que decidió romper el silencio sobre la trata transatlántica de esclavizados y la esclavitud. Cabe añadir que la UNESCO desde 1994 viene impulsando el proyecto “La Ruta del Esclavo”, el cual persigue los siguientes objetivos:

- Contribuir a una mejor comprensión de las causas y modalidades de funcionamiento de la esclavitud, así como de las problemáticas y consecuencias de la esclavitud en el mundo (África, Europa,

Roberto Rojas Dávila

Afrodescendientes: Una Mirada desde las Américas



Américas, Caribe, Océano Índico, Oriente Medio y Asia);

- Evidenciar las transformaciones globales y las interacciones culturales derivadas de esa historia; y
- Contribuir a una cultura de paz propiciando la reflexión sobre el pluralismo cultural, el diálogo intercultural y la construcción de nuevas identidades y ciudadanías.

Debemos señalar que dicho proyecto desempeñó un papel importante para el reconocimiento de la trata transatlántica de esclavizados y la esclavitud como crimen contra la humanidad por parte de las Naciones Unidas durante la *III Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia*, realizada en Durban, Sudáfrica en 2001.

Además, en 1998 el Consejo Ejecutivo de la UNESCO adoptó el Día

Internacional del Recuerdo de la Trata de Esclavos y de su Abolición mediante la Resolución 29C/40, con la finalidad de mantener la memoria de la de la trata transatlántica de esclavizados para efectuar un examen colectivo de las causas históricas, los métodos y las consecuencias de dicha tragedia.

Por otro lado, en 2007 la Asamblea General de la ONU -mediante su resolución 62/122- declaró el 25 de marzo como Día Internacional de Recuerdo de las Víctimas de la Esclavitud y la Trata Transatlántica de Esclavos, cuyo objetivo es tanto honrar la memoria de dichas víctimas, como poner en marcha de un programa de divulgación destinado a las instituciones educativas, la sociedad civil y otras organizaciones, a fin de educar a las futuras generaciones sobre las causas, consecuencias y lecciones del comercio transatlántico de esclavos, y crear conciencia de los peligros del racismo y sus prejuicios.

En este marco, el 25 de marzo de 2015, las Naciones Unidas inauguró un monumento en memoria de las víctimas de la trata transatlántica y la esclavitud, situado en la Plaza de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York.

B. La Independencia y la Abolición de la Esclavitud: Libertad sin Inclusión y Equidad

“There was one of two things I had a right to: liberty or death. If I could not have one, I would take the other, for no man should take me alive. I should fight for liberty as long as my strength lasted”

Harriet Tubman

Antes del proceso independentista de las colonias en las Américas, ya se habían dado algunas revueltas de los denominados *movimientos criollos* con ayuda de esclavizados, creyendo estos últimos que al emanciparse de la tiranía europea obtendrían su libertad.

Cabe destacar que los generales José de San Martín y Simón Bolívar utilizaron en sus ejércitos a afrodescendientes esclavizados y libres. Por ejemplo, el General San Martín decidió desembarcar en la provincia de Pisco (Perú) con la intención de incorporar a su ejército a la población afrodescendiente de

las haciendas cercanas a cambio de su libertad. Es por ese motivo que cuando proclama la independencia del Perú, San Martín decreta la libertad de vientres a todos los hijos de las y los esclavizados que nacieren en el Perú a partir del 28 de julio de 1821.

Sin embargo, la libertad de vientres en las Américas fue un vil engaño a las y los esclavizados. Casi de inmediato se promulgaron leyes estableciendo que las y los libertos de vientres fueran entregados en patronato a los amos de sus madres, hasta alcanzar la edad de 20 años para las mujeres y 24 años para los varones; inclusive las y los niños “libertos” podían ser adjudicados a otros amos.

Es en este contexto que surge la abolición de la esclavitud, la cual no obedeció necesariamente a la buena voluntad de algunos gobernantes ni al reconocimiento jurídico y moral del principio de igualdad de las personas, sino por diversos factores políticos, militares y económicos, y desde luego, por la lucha de las y los esclavizados por propia su libertad.

Este último sería uno de los factores más importantes en el proceso de abolición de la esclavitud, teniendo como ejemplos emblemáticos la

Roberto Rojas Dávila

Afrodescendientes: Una Mirada desde las Américas

Independencia de la Republica de Haití, así como la creación de palenques o quilombos como el de Palmares en Brasil o el de San Basilio en Colombia, entre otros.

Si bien la abolición de la esclavitud le otorgó la libertad a un número significativo de afrodescendientes, muchos de ellos nacieron libres u obtuvieron su libertad por diversos mecanismos como la compra de su propia libertad o a través de los tribunales, entre otros. Debemos señalar que dicha libertad -encauzada en algunos casos netamente por motivaciones políticas y económicas- no fue prevista como el mismo tipo de libertad que tenían las personas denominadas *blancas*. Tal como lo establece Roger Bastide “esa libertad dejó desamparado al negro, éste tuvo que huir de las haciendas a la ciudad, sin haber aprendido un oficio que le permitiese amoldarse a una nueva vida”. Esta nueva situación legal de la población afrodescendiente en la mayoría de los casos acarreo condiciones de pobreza y exclusión, convirtiéndolos en ciudadanos de segunda clase.

Después de la abolición de la esclavitud en los diferentes países de la región -y en algunos casos antes de la misma- el derecho de igualdad entra

“Si bien la abolición de la esclavitud le otorgó la libertad a un número significativo de afrodescendientes, muchos de ellos nacieron libres u obtuvieron su libertad por diversos mecanismos como la compra de su propia libertad o a través de los tribunales, entre otros.”

al contexto jurídico en las dos grandes revoluciones libertarias del siglo XVI-II, en específico en la lucha independentista de las trece colonias británicas de Norte América y en la Revolución Francesa. Ambas tuvieron en sus respectivas declaraciones de derechos el origen del derecho de igualdad.

La Declaración de Derechos de Virginia de 1776 en su Art.1 establece:

“Todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes, y tienen ciertos derechos inherentes, de los cuales, cuando entran en un estado de sociedad, no pueden ser privados o postergados; en esencia, el gozo de la vida y la libertad, junto a los medios de adquirir

y poseer propiedades, la búsqueda y obtención de la felicidad y la seguridad”.

La Declaración Universal de los Derechos del hombre y del Ciudadano de 1789 en su Art.1 decreta:

“Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales sólo pueden fundarse en la utilidad común”.

A pesar de que la mayoría de estos Estados libres de la región consideraban como pilar de sus constituciones el derecho a la igualdad, en la práctica la población afrodescendiente continuaba siendo víctima de discriminación y exclusión histórica.

La independencia y la abolición de la esclavitud no mejoraron significativamente la situación de la población afrodescendiente en las Américas, ya que los líderes de la mayoría de los países mantenían ideas racistas y seguían excluyendo a dicha población. El racismo y la discriminación racial se encubrían en la región con el discurso del mestizaje y la democracia racial, mientras que en los Estados Unidos se mantenía la segregación racial. Este periodo de la historia de las Américas – en particular de América Latina- puede ser conocido como el de las paradojas, ya que los Estados consiguieron su

independencia, pero construyeron un principio de igualdad sin igualdad.

C. Racismo y Discriminación Racial: Afrodescendientes como Ciudadanos de Segunda Clase

“I have a dream that my four little children will one day live in a nation where they will not be judged by the color of their skin, but by the content of their character.”

Martin Luther King Jr.

El racismo fue creado con el objetivo principal de justificar la colonización, dominación, explotación y desde luego la trata transatlántica de esclavizados. Además, como lo señala el sociólogo Gonzalo Portocarrero, “el racismo fortaleció los sentimientos de superioridad de las élites, justificando, de otro lado, la exclusión de las mayorías del manejo de lo público”²²

En el caso de la población afrodescendiente, es evidente que a partir de la creación y la reproducción de estas ideas racistas, se plantearon una serie de posturas para justificar su supuesta inferioridad. Por ejemplo, se afirmaba que por su “fortaleza física y la falta de capacidad intelectual” las y los africanos y sus descendientes se adaptarían mejor a los trabajos forzados.

Roberto Rojas Dávila

Afrodescendientes: Una Mirada desde las Américas

Desde el inicio de la colonia se utilizó a la educación para fortalecer y promover estos sentimientos de supuesta superioridad de los europeos y sus descendientes en las Américas. Sin embargo, en el marco de la creación y consolidación de las Repúblicas americanas -a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX-, se refuerzan las ideas racistas con las denominadas *teorías del racismo científico*, mismas que sostenían que los grandes éxitos de las principales naciones europeas se debían a la superioridad de la herencia genética de su población *blanca*.

El sistema educativo en las Américas estuvo influenciado por pensadores racistas quienes postulaban que un grupo reducido de personas debía estar al frente de las naciones, planteando la *teoría de la soberanía de la inteligencia*, la cual estaba inspirada en la filosofía francesa de la Restauración.

Dichas ideas fueron difundidas y asumidas en los Estados americanos sin ninguna objeción e inclusive se promovió la migración europea hacia las Américas, así como el mestizaje como estrategia de *blanqueamiento* de los Estados. En el caso de los Estados Unidos de América, no sólo se promovió dicha migración, sino que además se utilizaron estas ideas para legalizar la segregación racial.

“El sistema educativo en las Américas estuvo influenciado por pensadores racistas quienes postulaban que un grupo reducido de personas debía estar al frente de las naciones.”

Una muestra de la influencia de las ideas racistas en las Américas es el discurso *El Estado Social del Perú durante la Dominación Española* del filósofo Javier Prado,³ Rector de la Universidad Mayor de San Marcos (Perú), pronunciado durante la apertura del ciclo académico de ésta. Prado enumera los supuestos males y vicios que caracterizan a las denominadas *razas peruanas*, opinando sobre la población afroperuana lo siguiente:

“Resumiendo, los negros, considerados como mercancía comercial e importados a América como máquinas humanas de trabajo, debían regar la tierra con el sudor de su frente; pero sin fecundarla, sin dejar sus frutos provechosos. Es la liquidación constante, siempre igual, que hace la civilización en la historia de los pueblos: el esclavo es improductivo en el trabajo, como lo fue en el imperio Romano, como ha sido en el Perú; y es

*en el organismo social un cáncer que va corrompiendo los sentimientos y los ideales nacionales. De esta suerte ha desaparecido el esclavo en el Perú, sin dejar los campos cultivados; y después de haberse vengado de la raza blanca; mezclando su sangre con la de ésta, y rebajando en ese contubernio el criterio moral e intelectual, de los cuales fueron al principio sus crueles amos, y más tarde sus padrinos, sus compañeros y sus hermanos'*⁴

Además, Prado afirma que los afroperuanos son ladrones, ociosos, lujuriosos, licenciosos, lascivos y penden-cieros. A comparación de los criollos (blancos) que según él, se habían insertado en la historia nacional, y desde la República -además de ser gestores de la Independencia- la gobiernan,⁵ desacreditando y excluyendo a las personas no blancas para un proyecto nacional.

“Las diferencias humanas compartidas por un grupo étnico-racial con atribuciones negativas que separan a los individuos entre nosotros y ellos, reduce el estatus social de ellos.”

Los planteamientos de Prado son una muestra de cómo se creaban y promovían los estereotipos sobre la población afrodescendiente en las Américas con el objetivo de mantenerla en situación de marginación y exclusión social.

Tal como lo plantea Bunivic, las diferencias humanas compartidas por un grupo étnico-racial con atribuciones negativas que separan a los individuos entre *nosotros* y *ellos*, reduce el estatus social de *ellos*, influenciando significativamente la distribución de oportunidades de vida a que tendrán acceso.⁶ Es evidente que la estrategia de *blanqueamiento* de las Américas tuvo como finalidad mantener a la gran mayoría de la población afrodescendiente en pobreza, exclusión social y en algunos casos inclusive promover su exterminio, convirtiéndolos en ciudadanos de segunda clase.

Sin embargo, a partir de principios del siglo XX la población afrodescendiente comienza cuestionar firmemente el racismo y la discriminación racial. Activistas, intelectuales y artistas afrodescendientes como Marcus Garvey, Aimé Césaire, Martin Luther King Jr., Malcom X, Angela Davis, Mohamed Ali, Abdías de Nascimento, Teresa de Jesús, Manuel Zapata Olivella, Nicolás

Roberto Rojas Dávila

Afrodescendientes: Una Mirada desde las Américas

Guillén, Nicomedes y Victoria Santa Cruz, Bob Marley, entre otros, así como otras personas no afrodescendientes impulsaron una lucha incansable contra las barreras impuestas por el racismo y la discriminación racial.

Ante esta situación, las organizaciones internacionales y algunos Estados utilizaron el Derecho Internacional de los Derechos Humanos- para expresar su preocupación por la violación de los derechos de la población afrodescendiente e impulsaron acciones para combatir el racismo, la discriminación racial y promover la inclusión de dicho colectivo en las sociedades de las Américas.

II. Afrodescendientes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en las Américas.

“Reconocemos que, en muchas partes del mundo, los africanos y los afrodescendientes tienen que hacer frente a obstáculos como resultado de prejuicios y discriminaciones sociales que prevalecen en las instituciones públicas y privadas y nos comprometemos a trabajar para erradicar todas las formas de racismo, discriminación racial, xenofobia e intolerancia conexa con que se enfrentan los africanos y los afrodescendientes”

Declaración y Plan de Acción de la III Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia.

Podríamos afirmar que la evolución histórica de la protección internacional de los grupos en situación de vulnerabilidad se divide en tres periodos: 1) Periodo de la protección no sistemática; 2) Periodo de la pre protección sistemática; 3) Periodo de protección sistemática.

En el periodo de la protección no sistémica se llevaron a cabo principalmente una serie de tratados bilaterales que protegían a las minorías religiosas. Tratados como por ejemplo los de Oliva (1660), Westfalia (1648), Nimeguen (1678), Ryswick 1697, París (1763), Berlín (1878) y Constantinopla (1881).

El periodo de pre protección sistemática se desarrolló entre las guerras mundiales mediante la Sociedad o Liga de las Naciones y se caracterizó por impulsar la creación de los primeros esfuerzos de protección de minorías que no eran necesariamente religiosas. Un ejemplo de estos primeros esfuerzos fue la Opinión Consultiva de la Corte Permanente de Justicia en el caso de las escuelas minoritarias en

Albania en 1935,⁷ en la cual la Corte señala que:

“La idea que subyace en los tratados para la protección de minorías es asegurar a ciertos elementos incorporados a un Estado, de cuya población difieren en raza, idioma o religión, la posibilidad de vivir pacíficamente junto con esa población y de cooperar amistosamente con la misma, preservando al mismo tiempo las características que los distinguen de la mayoría y satisfaciendo las necesidades especiales emergentes.

A fin de alcanzar este objetivo, dos cosas fueron consideradas particularmente necesarias y fueron objetivo de las disposiciones de esos tratados.

La primera fue asegurar que los nacionales pertenecientes a minorías raciales, religiosas o lingüísticas fueran colocados, en todo sentido, en un plano de perfecta igualdad con los otros nacionales del Estado.

La segunda fue asegurar el elemento minoritario medios adecuados para la preservación de sus peculiaridades raciales, sus tradiciones y características”

Esta opinión consultiva es sumamente importante, ya que es la primera vez

que surge un concepto de igualdad específico para las minorías raciales, religiosas o lingüistas. Recordemos que antes de esto, la mayoría de estos Estados libres de las Américas consideran al derecho a la igualdad como pilar de sus constituciones; pero en la práctica se aplicaba de manera incongruente a las poblaciones étnica- raciales como la afrodescendiente.

Otro punto sumamente importante que plantea la Corte es la no asimilación de las minorías raciales, las cuales vivieron siglos no sólo de asimilación sino también de explotación, persecución e inclusive exterminio. Es precisamente esta visión de igualdad y de no asimilación de las minorías raciales, religiosos o lingüistas lo que generó —después de la Segunda Guerra Mundial- la creación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, tal como lo conocemos en nuestros días.

En este contexto se desarrolla el periodo de protección sistemática bajo la iniciativa de la Organización de las Naciones Unidas a nivel global y de la Organización de los Estados Americanos a nivel regional.

Roberto Rojas Dávila

Afrodescendientes: Una Mirada desde las Américas

A. La Organización de las Naciones Unidas y el Combate a la Discriminación Racial

“Resueltos a adoptar todas las medidas necesarias para eliminar rápidamente la discriminación racial en todas sus formas y manifestaciones y a prevenir y combatir las doctrinas y prácticas racistas con el fin de promover el entendimiento entre las razas y edificar una comunidad internacional libre de todas las formas de segregación y discriminación raciales”

Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial

En 1945, al adoptarse la Carta de las Naciones Unidas la comunidad internacional aceptó el desafío de impulsar la implementación de los derechos humanos y las libertades fundamentales para todos, sin distinción de raza, sexo, idioma o religión. Sin embargo, la paradoja continuaba presente, ya que el racismo y la discriminación racial seguían siendo parte de la realidad de la mayoría de los 51 países fundadores de las Naciones Unidas. Por ejemplo Estados Unidos de América mantenía como política de Estado a la segregación racial, bajo el lema *separados pero iguales* -el cual fue producto de la jurisprudencia del caso Plessy vs Ferguson

de 1896-, Francia y el Reino Unido tenían colonias en los cinco continentes, y Rusia mantenía el sistema de Gulag.

En este contexto, en 1948 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba la Declaración Universal de Derechos Humanos, estableciendo en su Art. 1 que: *“Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos”*. Además, en ese mismo año, la Asamblea General aprobó la Convención para la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio.

Lamentablemente, en 1948 se oficializa dentro del territorio de la República de Sudáfrica el *apartheid*, una política de segregación racial introducida en ese país por el Partido Nacional. Es totalmente irónico como un “partido nacional” implementó una política tan reprobable. La legislación del apartheid determinaba los lugares de residencia de cada grupo “racial”, la educación que debían recibir, la clase de trabajo que podían realizar, prohibía la intervención de los no blancos en el gobierno del Estado y prohibía además cualquier tipo de contacto social entre diferentes “razas”.

Por otro lado, podemos afirmar que la década de los sesentas fue una de las más intensas en lo que se refiere a la

discriminación racial. Algunos sucesos condenables como los asesinatos de Malcom X y Martin Luther King Jr., el domingo sangriento en Selma, y la matanza de Sharpeville en Sudáfrica, entre otros sucesos fueron noticia en dicha década. Es en este contexto histórico que el Derecho Internacional Público es utilizado para el combate contra el racismo, la discriminación racial, xenofobia y otras prácticas conexas.

A inicios de la década, los esfuerzos en la lucha contra la discriminación racial se centraron en los territorios no autónomos, apoyando la legitimidad de la lucha de las poblaciones subyugadas, en especial en Sudáfrica, Namibia y Rodhesia meridional. Es así que la Asamblea General de las Naciones Unidas suscribió la Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial. A mediados de la década, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, el primer un instrumento internacional jurídicamente vinculante específico sobre discriminación racial, dicha convención dispuso que: “Los Estados partes convienen en condenar el racismo y adoptar medidas para eliminarlo en todas sus formas”.

Asimismo, se estableció la creación del primer órgano de vigilancia de la eficacia de un tratado de derechos humanos, el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial (CERD), encargado de revisar la aplicación de la Convención.

En 1966, la Asamblea General de las Naciones Unidas instituye el 21 de Marzo como el Día de la Eliminación de la Discriminación Racial, en conmemoración de la matanza de Sharpeville en Sudáfrica. A pesar de los esfuerzos de las Naciones Unidas, la política de apartheid seguía firme en Sudáfrica, por lo que en 1973 se aprueba la Convención Internacional para la Represión y Castigo del Crimen de Apartheid. Ese mismo año, la Asamblea General de las Naciones Unidas instauró Primer Decenio de la Lucha contra el Racismo y la Discriminación Racial, el cual comprendería de 1973 a 1983.

En 1978 se celebró la *Primera Conferencia Mundial para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial*, en su declaración y plan de acción se aseveró la falacia esencial del racismo y la grave amenaza que produce está en las relaciones de amistad entre los pueblos y naciones, afirmándose además que:

Roberto Rojas Dávila

Afrodescendientes: Una Mirada desde las Américas

“Toda doctrina de superioridad racial es científicamente falsa, moralmente condenable, socialmente injusta y peligrosa, y no tiene ninguna justificación”.

Ratificando además el aporte cultural de todos los grupos humanos:

“Todos los pueblos y todos los grupos humanos han contribuido al progreso de la civilización y las culturas que constituyen el patrimonio común de la humanidad”.

Cabe recordar que en dicha conferencia se condenó específicamente el apartheid como *“la forma extrema del racismo institucionalizado”*, como un crimen de lesa humanidad, una afrenta a la dignidad y una amenaza a la paz del mundo, incidiendo además en las profundas desigualdades económicas que provocaba la discriminación racial, y requiriendo esfuerzos para combatir al racismo incluyendo medidas para mejorar las condiciones de vida de los hombres y mujeres.

En 1983 la *Segunda Conferencia Mundial para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial* reafirmó la condena al racismo como un flagelo permanente que había que erradicar de todo el mundo, declarando además que el apartheid era absolutamente aborrecible para la conciencia y la dignidad de

la humanidad, considerándolo como un crimen de lesa humanidad y una amenaza para la paz y la seguridad internacional. Se indujo a los Estados a adoptar medida contra todas las ideologías y prácticas que consideren la exclusión y odio racial, además se reconoce la doble discriminación que sufre la mujer, la necesidad de legislar y proteger los derechos de los refugiados e inmigrantes.

Ese mismo año, la Asamblea General de las Naciones Unidas instauró el Segundo Decenio de la Lucha contra el Racismo y la Discriminación Racial, que comprendería de 1983 a 1992.

En 1993, la Asamblea General de las Naciones Unidas proclamó el Tercer Decenio de la Lucha contra el Racismo y la Discriminación Racial, de 1993 a 2003, e instó a todos los gobiernos a luchar contra las nuevas formas de racismo, tales como la xenofobia y las formas conexas de intolerancia; la discriminación basada en la cultura, la nacionalidad, la religión o el lenguaje; y el racismo que resulta de las doctrinas oficiales de la superioridad racial o la exclusividad, tales como la depuración étnica.

También, en 1993, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones

Unidas nombró un Relator Especial sobre Formas Contemporáneas de Racismo, Discriminación Racial, Xenofobia y Formas Conexas de Intolerancia.

Es evidente que el siglo XX la Organización de las Naciones Unidas tuvo un papel protagónico en la lucha contra el racismo y la discriminación racial. Los grupos vulnerables como el afrodescendiente cuentan con mecanismos de protección universales integrados principalmente por el siguiente marco jurídico internacional:

- Carta de Naciones Unidas.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.
- Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.
- Convención para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio.
- Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza.
- Convención Internacional sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.
- Convenio sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
- Convención sobre los Derechos del Niño.
- Convenio sobre Poblaciones Indígenas y Tribales. (Convenio Nro. 107 OIT)
- Convenio sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes. (Convenio Nro. 169 OIT)
- Convenio sobre la Discriminación en el Empleo y Ocupación. (Convenio Nro. 111 OIT)
- Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus familias.
- Declaración de las Naciones Unidas sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial.
- Declaración sobre la Raza y los Prejuicios Raciales.

Roberto Rojas Dávila

Afrodescendientes: Una Mirada desde las Américas

- Declaración sobre los Derechos de las Personas Pertenecientes a las Minorías Nacionales o Étnicas, Religiosas y Lingüísticas.
- Declaración Universal de la UNESCO sobre la Diversidad Cultural.
- Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos. (Declaración y Programa de Acción de Viena)
- Declaración y Programa de Acción de la III Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia. (Declaración y Programa de Acción de Durban)
- Principios sobre Tolerancia de la UNESCO.
- Declaración del Milenio.

1. Afrodescendientes como Sujetos de Derecho Internacional: Entramos Negros y Salimos Afrodescendientes

El siglo XXI representa para millones de afrodescendientes el inicio de un nuevo status legal que permite elevar los estándares de protección de sus

derechos humanos y colectivos. En el año 2000 en la ciudad de Santiago de Chile se celebró la *Conferencia Regional de las Américas* - también llamada Conferencia de Santiago, en donde los Estados de la región definieron al afrodescendiente como *aquella persona de origen africano que vive en las Américas y en todas zonas de la diáspora africana por consecuencia de la esclavitud, habiéndoseles denegado históricamente el ejercicio de sus derechos fundamentales.*

La Conferencia de Santiago fue a su vez preparatoria de la *III Conferencia Mundial contra el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y sus Formas Conexas de Intolerancia*, -la ya mencionada Conferencia de Durban- en la que los Estados ratifican dicha definición, así como la mayoría del contenido de la Declaración de Santiago en lo referente a lo afrodescendiente.

Desde nuestro punto de vista, lo más importante de ambas declaraciones- además de la definición de afrodescendientes- es que reconocieron a las y los afrodescendientes como sujetos de Derecho Internacional, susceptibles de adquirir derechos y obligaciones en forma directa en ese ámbito, según las disposiciones de los instrumentos internacionales.

En palabras de las y los activistas del movimiento afrodescendiente de las Américas, a la Conferencia de Santiago “*entraron negros y salieron afrodescendientes*”, al haberse creado un antes y un después en lo que respecta a la promoción y respeto de los derechos de las y los afrodescendientes.

Tenemos entonces que previo a la definición jurídica de *afrodescendiente* y su reconocimiento como sujetos de derecho internacional, las y los mismos estaban solamente protegidos bajo el marco jurídico internacional de combate al racismo y la discriminación racial. Al surgir esta definición jurídica y al contar con este reconocimiento se logró elevar los estándares de protección de este grupo vulnerable.

Además, en la Declaración de Santiago los Estados americanos han reconocido una serie de derechos para las y los afrodescendientes y han adquirido compromisos políticos en relación con esta población. Cabe resaltar la importante participación e incidencia de la sociedad civil afrodescendiente en la Conferencia de Santiago, cuyos sus aportes fueron tomados en cuenta para enriquecer el contenido de la Declaración; así como reconocer la apertura y buena voluntad de los gobiernos en la negociación.

No cabe duda que la Declaración de Santiago es hito en el reconocimiento de los derechos de las y los afrodescendientes, además de ser un claro ejemplo de cómo un instrumento internacional no vinculante ha generado una serie de medidas para atender a la población afrodescendiente a nivel nacional, regional e internacional.

A nivel nacional podemos mencionar la creación de organismos de equidad racial como por ejemplo la Secretaría de Promoción de Equidad Racial en Brasil, la Unidad Étnica Racial del Ministerio de Relaciones Exteriores en Uruguay, el Comisionado Presidencial en Costa Rica, el Programa Presidencial en Colombia, la Secretaría Ejecutiva de la Etnia Negra en Panamá, entre otros. En las Américas existen alrededor de 18 organismos nacionales de equidad racial.

En 2002, precisamente en cumplimiento a la Declaración y Plan de Acción de Durban, la Organización de las Naciones Unidas creó el Grupo de Trabajo de Expertos sobre las Personas de Ascendencia Africana, bajo el siguiente mandato:

- Estudiar los problemas de discriminación racial que enfrentan las personas de ascendencia africana que viven en la diáspora y, con ese fin, recopilar toda la información

Roberto Rojas Dávila

Afrodescendientes: Una Mirada desde las Américas

pertinente de los gobiernos, las organizaciones no gubernamentales y otras fuentes pertinentes, incluso mediante la celebración de reuniones públicas con ellos;

- Proponer medidas para asegurar acceso pleno y efectivo a la justicia por las personas de ascendencia africana;
- Presentar recomendaciones sobre el diseño, implementación y ejecución de medidas eficaces para eliminar la discriminación por perfil racial de las personas de ascendencia africana;
- Elaborar propuestas a corto, mediano y largo plazo para la eliminación de la discriminación racial contra las personas de ascendencia africana, teniendo en cuenta la necesidad de una estrecha colaboración con las organizaciones internacionales e instituciones de desarrollo y los organismos especializados del sistema de las Naciones Unidas para promover los derechos humanos de las personas de ascendencia africana, entre otras cosas:

1. Mejoramiento de la situación de los derechos humanos de las personas

de ascendencia africana en especial atención a sus necesidades, entre otras cosas mediante la preparación de los programas de acción específicos;

2. Elaboración de proyectos especiales, en colaboración con las personas de ascendencia africana, para respaldar sus iniciativas a nivel comunitario y facilitar el intercambio de información y conocimientos técnicos entre estas poblaciones y los expertos en estos ámbitos;

3. Desarrollo de programas destinadas a las personas de ascendencia africana que se asignen inversiones adicionales a los sistemas de salud, educación, vivienda, electricidad, agua potable y medidas de control ambiental y la promoción de la igualdad de oportunidades en el empleo, así como otras iniciativas de acción afirmativa o positiva, en el marco de los derechos humanos.

- Formular propuestas sobre la eliminación de la discriminación racial contra africanos y personas de ascendencia africana en todas partes del mundo;
- Abordar todas las cuestiones relativas al bienestar de los africanos y las personas de ascendencia africa-

na que figuran en la Declaración y Programa de Acción.

En 2010, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la resolución A/RES/64/169 que proclama el 2011 como “*Año Internacional de los Afrodescendientes*”, con miras a fortalecer las medidas nacionales y la cooperación regional e internacional en beneficio de las personas de ascendencia africana en relación con el pleno disfrute de los derechos económicos, culturales, sociales, civiles y políticos, su participación e integración en todos los aspectos políticos, económicos, sociales y culturales de la sociedad, y la promoción de un mayor conocimiento y respeto de la diversidad de la herencia y la cultura de estas personas.

En 2011, en el marco del Año Internacional de los Afrodescendientes, el ya mencionado CERD aprobó la Recomendación General Nro. 34 “*Discriminación Racial contra Afrodescendientes*” que no solamente condena el racismo y la discriminación racial contra afrodescendientes, sino también reconoce una serie de derechos y emite recomendaciones para los Estados.

En 2013, la misma Asamblea General aprobó la resolución A/RES/68/237

“*Proclamación del Decenio Internacional de los Afrodescendientes*” del 1 de enero de 2015 al 31 de diciembre de 2024, bajo el tema “*Afrodescendientes: reconocimiento, justicia y desarrollo*”, con los siguientes objetivos específicos:

- Promover el respeto, la protección y la realización de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de los afrodescendientes, como se reconoce en la Declaración Universal de Derechos Humanos Universal;
- Promover un mayor conocimiento y respeto de la diversidad de la herencia y la cultura de los afrodescendientes y de su contribución al desarrollo de las sociedades;
- Aprobar y fortalecer marcos jurídicos nacionales, regionales e internacionales de conformidad con la Declaración y el Programa de Acción de Durban y la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial, y asegurar su aplicación plena y efectiva.

En conclusión, es evidente que en los últimos años, la Organización de las Naciones Unidas ha contribuido para

Roberto Rojas Dávila

Afrodescendientes: Una Mirada desde las Américas

el reconocimiento de las y los afrodescendientes como sujetos de derechos y en específico como sujetos de Derecho Internacional, así como para el impulso del compromiso que tienen los Estados y los organismos internacionales con este grupo vulnerable.

B. La Organización de los Estados Americanos y sus Esfuerzos para Combatir el Racismo y la Discriminación Racial

“Todo ser humano tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales consagrados en sus leyes nacionales y en el derecho internacional aplicables a los Estados Partes, tanto a nivel individual como colectivo”

Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia

El combate contra el racismo y toda forma de discriminación e intolerancia no es nuevo en la Organización. La Carta de la OEA establece en su artículo 3 inciso 1 que:

“Los Estados americanos proclaman los derechos fundamentales de la persona

humana sin hacer distinción de raza, nacionalidad, credo o sexo”.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en su artículo II establece que:

“Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los derechos y deberes consagrados en dicha declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”.

Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos en su artículo 1 establece que:

“Los Estados partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”.

En 1994 encontramos la primera referencia al tema de racismo y discriminación mediante la resolución AG/RES.1271 (XXIV-O/94) “No discriminación y tolerancia”, en la cual la Asamblea General de la OEA consideró que: “el racismo y la discriminación

en sus distintas formas atentan contra los principios y prácticas de la democracia como forma de vida y de gobierno y, en definitiva, persiguen su destrucción". Además, condenó enérgicamente toda forma de racismo, discriminación racial o religiosa, xenofobia e intolerancia y declaró que tales conductas violan los derechos humanos y en especial los referentes a la igualdad racial y a la libertad religiosa.

Ese mismo año, en la I Cumbre de las Américas, celebrada en Miami, Estados Unidos de América, los Jefes de Estado y de Gobierno de las Américas establecieron en la Declaración de Principios que: *"Todos deben tener acceso a los frutos de la estabilidad democrática y del crecimiento económico, sin discriminación por motivos, de raza, sexo, nacionalidad de origen o religión"*.

Además, en el Plan de Acción de la I Cumbre de las Américas, los Jefes de Estado y de Gobierno se comprometieron a revisar y fortalecer las leyes para la protección de los derechos de los grupos minoritarios y de las poblaciones y comunidades indígenas, a fin de asegurar que no sufran discriminación, garantizar que gocen de protección legal plena e igualitaria y facilitar su activa participación cívica.

En 1998, en la II Cumbre de las Américas, celebrada en Santiago de Chile, los Jefes de Estado y de Gobierno se comprometieron a combatir todas las formas de discriminación en el hemisferio. Asimismo, en el Plan de Acción de dicha Cumbre decidieron eliminar todas las formas de discriminación contra las mujeres, las comunidades indígenas, las minorías raciales y étnicas marginadas, y otros grupos vulnerables.

En 1999, mediante la resolución AG/RES. 1695 (XXIX-O/99) *"Conferencia Mundial para Combatir el Racismo, la Discriminación Racial, la Xenofobia y las Formas Conexas de Intolerancia"*, la Asamblea General instó a los Estados Miembros de la OEA a respaldar las actividades para organizar la mencionada Conferencia.

En el año 2000, mediante la resolución AG/RES.1712 (XXX-O/00) *"Elaboración de un Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia"*, la Asamblea General encomendó al Consejo Permanente de la Organización que estudie la necesidad de elaborar un *Proyecto de Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar el Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia*.

Roberto Rojas Dávila

Afrodescendientes: Una Mirada desde las Américas

En la III Cumbre de las Américas realizada en Quebec, Canadá en 2001, los Jefes de Estado y de Gobierno se comprometieron a erradicar todas las formas de discriminación, incluido racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia en las sociedades del Hemisferio. Es en ese sentido, que en el Plan de Acción de la III Cumbre, los Jefes de Estado y de Gobierno se comprometieron apoyar los esfuerzos que venía realizando la OEA, orientados a la consideración de la necesidad de elaborar un *Proyecto de Convención Interamericana contra el Racismo y Todas las Formas de Discriminación e Intolerancia*.

Ese mismo año, la Asamblea General de la OEA aprobó la Carta Democrática Interamericana, la cual señala en su artículo 9 lo siguiente:

“La eliminación de toda forma de discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y racial, y de las diversas formas de intolerancia, así como la promoción y protección de los derechos humanos de los pueblos indígenas y los migrantes y el respeto a la diversidad étnica, cultural y religiosa en las Américas, contribuyen al fortalecimiento de la democracia y la participación ciudadana”.

En 2005, mediante la resolución AG/RES.2126 (XXXV-O/05) “*Prevención del Racismo y Toda Forma de Discriminación e Intolerancia y Consideración de la Elaboración de un Proyecto de Convención Interamericana*”, la Asamblea General encomendó al Consejo Permanente que instituya un grupo de trabajo encargado de recibir contribuciones con vistas a la elaboración -por parte del mencionado grupo- del *Proyecto de Convención* anteriormente mencionado.

En 2013, después de varios años de arduas negociaciones, la Asamblea General de la OEA adoptó la *Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, y la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia*.

Finalmente, debemos mencionar que en los primeros dos años siguientes a su adopción, solamente 11 Estados Miembros de la OEA han suscrito la *Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia* (Antigua y Barbuda, Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Haití, Panamá y Uruguay), y 9 la *Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia* (Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Haití, Panamá y Uruguay).

“En los primeros dos años siguientes a su adopción, solamente 11 Estados Miembros de la OEA han suscrito la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia y 9 la Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia.”

Hasta el momento, ninguna de las convenciones se encuentra en vigor.

1. Afrodescendientes en la Agenda de la OEA

Existen aproximadamente 200 millones de afrodescendientes en las Américas, a pesar de ser más de un tercio de la población de la región, las y los afrodescendientes se encuentran entre los grupos más vulnerables del Hemisferio. Es en este contexto, que en la OEA se han generado algunas propuestas para promover el respeto de los derechos de las y los Afrodescendientes en las Américas.

En 2005, durante el 122º Período de Sesiones de Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), se crea la Relatoría sobre los Derechos de las Personas Afrodescendientes y contra la Discriminación Racial. Su mandato es estimular, sistematizar, reforzar y consolidar la acción de la CIDH respecto de los derechos de las personas afrodescendientes y contra la discriminación racial.

Cabe destacar que antes de la creación de la Relatoría —en el periodo comprendido de 1999 al 2004— la CIDH acogió un total de 18 audiencias sobre afrodescendiente; y después de 10 años de su existencia —desde 2005 al 2015— recibió un total de 43 audiencias. Además, en el marco del *Año Internacional de los Afrodescendientes* en 2011, publico el informe temático “*La Situación de las Personas Afrodescendientes en las Américas*”.

Por otro lado, en la IV Cumbre de las Américas realizada en 2005 en Mar del Plata, Argentina-, por primera vez se incluye en el Proceso de Cumbres de las Américas un artículo específico sobre la población afrodescendiente, estableciendo lo siguiente:

“Afirmamos nuestro compromiso de respetar los derechos de los afro-descendientes y asegurar su pleno acceso a las

Roberto Rojas Dávila

Afrodescendientes: Una Mirada desde las Américas

oportunidades de educación en todos los niveles y al trabajo decente que les ayudará a superar la pobreza y la exclusión social, y contribuirá a que se incremente su participación en todos los sectores de nuestras sociedades”.

En 2008, el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA, comenzó a implementar el “*Proyecto para la Incorporación de la Temática Afrodescendiente en las Políticas y Programas de la OEA*”. En general, dicho proyecto tenía principalmente como objetivos:

- Visibilizar la problemática de las y los afrodescendientes en la región y sensibilizar sobre la realidad de dicho colectivo.
- Promover y difundir los estándares de protección internacional y regional de afrodescendientes en el hemisferio
- Fomentar la participación e incidencia de las y los afrodescendientes en los procesos del Sistema Interamericano, en especial, en el ámbito de la OEA y el Proceso de Cumbres.

Durante los 4 años que duró el proyecto, el Departamento de Derecho

Internacional elaboró varias publicaciones y otros documentos de naturaleza jurídica con estudios y recomendaciones relativos a problemas que aquejan con especial intensidad a las personas afrodescendientes. También organizó y participó en varias actividades de capacitación y empoderamiento de la sociedad civil afrodescendiente.

De esta forma, pudo llegar a más de 2000 líderes(as) y representantes afrodescendientes de la región, con el objeto de promover y fomentar una participación más activa en los procesos de la OEA en los que pudieran tener interés, así como en el proceso de Cumbres de las Américas, foro en el que también se ha tomado en consideración a las personas afrodescendientes de la región.

Además, el Departamento incluyó temas relativos a la problemática que afrontan las personas afrodescendientes, desde la perspectiva del derecho internacional, en los cursos y encuentros de profesores que organiza periódicamente. Asimismo, otorgó becas a jóvenes abogados afrodescendientes y profesores de Derecho Internacional del caribe anglosajón.

En el 2010, el Departamento de Derecho Internacional prestó asesoramiento legal a la Misión de Colombia ante la OEA para la redacción del primer proyecto de resolución sobre afrodescendiente de la OEA. De esta forma, a través de la resolución AG/RES 2550 “*Reconocimiento del Año Internacional de los Afrodescendientes*”, la OEA hizo eco del Año Internacional de los Afrodescendientes proclamado por la ONU.

En respuesta a un mandato contenido en la resolución AG/RES 2550, el Consejo Permanente de la OEA celebró una *Sesión Extraordinaria para celebrar Año Internacional de los Afrodescendientes*, incorporándolo en la agenda de la Organización.

Cabe destacar que entre 2011 y 2012 el Departamento de Derecho Internacional implementó el proyecto “*Formación de Formadores/as de Líderes/Líderesas Afrodescendientes en las Américas*”, elaborando un Manual y organizando un Taller que generó 13 réplicas en distintos países de la región.

En 2011, la Asamblea General de la OEA adoptó la resolución AG/RES 2693 “*Reconocimiento y Promoción de los Derechos de las y los Afrodescendientes en las Américas*”, la cual entre otros, condena las prácticas de racismo,

discriminación e intolerancia de la que son víctimas las y los afrodescendientes en el Hemisferio, e instan a los Estados para que adopten las medidas necesarias para abordar y combatir dichas prácticas. También reafirma la importancia de la plena participación libre y en igualdad de condiciones de las y los afrodescendientes en todos los aspectos de la vida política, económica, social y cultural en los países de las Américas.

En 2012, la Asamblea General de la OEA adoptó la resolución AG/RES 2708 “*Reconocimiento y Promoción de los Derechos de las y los Afrodescendientes en las Américas*”, mediante la cual se encomienda a la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos del Consejo Permanente que incluya la temática afrodescendiente en su agenda. En ese mismo año, la Asamblea General de la OEA adoptó la Carta Social de las Américas, en la cual los Estados Miembros de la OEA reconocen las contribuciones de los afrodescendientes al proceso histórico continental e insular y señalan que promoverán su valoración. Además, reconocen la necesidad de adoptar políticas para promover la inclusión, prevenir, combatir y eliminar todo tipo de intolerancia y discriminación, especialmente la discriminación de género, étnica y

Roberto Rojas Dávila

Afrodescendientes: Una Mirada desde las Américas

racial para resguardar la igualdad de derechos y oportunidades y fortalecer los valores democráticos.

En 2013, la Asamblea General adoptó la resolución AG/RES 2784 “*Reconocimiento y Promoción de los Derechos de las y los Afrodescendientes en las Américas*”. En dicha resolución, la Asamblea resuelve facilitar la participación de las organizaciones que representan a las personas afrodescendientes y sus comunidades como uno de los actores sociales en el Proceso de Cumbres de las Américas, y encarga a la ya mencionada Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos que incluya en su agenda el tema de los Afrodescendientes en las Américas y promueva el intercambio de experiencias exitosas para la inclusión social de la población afrodescendiente.

En 2014, la Asamblea General aprobó la resolución AG/RES 2847 “*Reconocimiento y Promoción de los Derechos de las y los Afrodescendientes en las Américas*”. Entre otros, a través de la resolución la Asamblea alienta a los Estados Miembros a que en el diseño, ejecución y evaluación de sus normativas y políticas sobre población afrodescendiente, consideren la aplicación e implementación de los estándares de protección de afrodescendientes. Asimismo, exhorta

a los Estados Miembros que aún no lo hayan hecho a que consideren, según sea el caso, la firma, ratificación o adhesión de los instrumentos interamericanos en materia de protección de derechos humanos, incluida la Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia, y la Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia.

En ese mismo año, la Asamblea General adoptó la resolución AG/RES 2824 “*Reconocimiento del Decenio Internacional de los Afrodescendientes*”, encomendando al Consejo Permanente la realización de una sesión especial para celebrar el inicio del *Decenio Internacional de los Afrodescendientes*, con el objetivo de intercambiar ideas para la posible elaboración de un Plan de Acción de la OEA en el marco de dicho Decenio.

En 2015, después de una Sesión Especial del Consejo Permanente y tres Sesiones Especiales de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, ésta aprobó la creación de Grupo de Trabajo para la elaboración del Plan de Acción del Decenio de los Afrodescendientes de la OEA.

“En 2015, después de una Sesión Especial del Consejo Permanente y tres Sesiones Especiales de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, ésta aprobó la creación de Grupo de Trabajo para la elaboración del Plan de Acción del Decenio de los Afrodescendientes de la OEA.”

En conclusión, es evidente que en los últimos años la OEA ha contribuido a la visibilización y al desarrollo de la temática afrodescendiente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Estamos convencidos de que el *Plan de Acción del Decenio de los Afrodescendientes de la OEA* será muy importante para promover la plena participación libre y en igualdad de condiciones de las personas afrodescendientes en todos los aspectos de la vida política, económica, social y cultural en las Américas.

Además, creemos que es de vital importancia para el desarrollo de la temática afrodescendiente dentro del derecho internacional de los derechos

humanos y de la democracia en la región, que todos los Estados americanos firmen, ratifiquen e implementen la *Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia*, y la *Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia*, lo cual ayudará a promover la inclusión social de la población afrodescendiente en el hemisferio.

C. Algunos Organismos Subregionales y la Participación de los Afrodescendientes

“A people without the knowledge of their past history, origin, and culture is like a tree without roots.”

Marcus Garvey

La visibilización de la temática afrodescendiente no se ha limitado al ámbito universal o regional, sino también al subregional. Existen diversas iniciativas para población afrodescendiente en organismos subregionales como el Sistema de la Integración Centroamericana (SICA), la Comunidad Andina (CAN), el Mercado Común del Sur (MERCOSUR), la Secretaría General Iberoamericana (SEGIB) la Comunidad de Estados Latinoamericanos y Caribeños (CELAC) y la Unión de

Roberto Rojas Dávila

Afrodescendientes: Una Mirada desde las Américas

Naciones Suramericanas (UNASUR), y Comunidad del Caribe (CARICOM).

El SICA creó la Comisión de Pueblos Indígenas y Afrodescendientes del Parlamento Centroamericano (PARLACEN). Además cuenta con la Resolución AP/8-CLXXVIII-2006 “Defensa de la Propiedad Intelectual de los Pueblos Indígenas y Afrodescendientes”.

La CAN por su parte ha reconocido una serie de derechos y compromisos políticos con relación a las y los afrodescendientes a través de la *Carta Social Andina*, la *Carta Andina de Promoción y Protección de los Derechos Humanos*. En 2011, en el marco del *Año Internacional de los Afrodescendientes*, la CAN creó la *Mesa del Pueblo Afrodescendiente de la Comunidad Andina*, integrada por dos representantes de los Pueblos Afrodescendientes de cada País Miembro de la CAN, un delegado/a gubernamental y un delegado/a de la Defensoría del Pueblo de cada uno de los países andinos; y tiene entre sus funciones: emitir opinión ante los órganos competentes de la Comunidad Andina sobre aspectos relacionados con el Pueblo Afrodescendiente; promover el respeto y garantía de sus derechos; mantener vínculos de trabajo con los organismos e instancias del Sistema

Andino de Integración (SAI), a fin de desarrollar la agenda afrodescendiente de la región andina, y propiciar acciones conjuntas para la integración integral y el vivir bien de la Comunidad Andina; entre otras.

El MERCOSUR, a través del Consejo del Mercado Común (CMC), aprobó recientemente la creación de la *Reunión de Autoridades sobre los Derechos de los Afrodescendientes* (RAFRO). La RAFRO tiene como función coordinar discusiones políticas e iniciativas que benefician a las poblaciones afrodescendientes de los Estados Partes, así como promover su inclusión en los procesos de transformación económica, política, social y cultural como actores fundamentales para el desarrollo de la región.

La SEGIB, ha reconocido derechos y compromisos políticos con relación a las y los afrodescendientes a través de las declaraciones de las XV, XVI, XVII, XVIII, XIX, XX y Cumbres Iberoamericanas (Salamanca, Montevideo, Santiago, San Salvador, Estoril, Mar del Plata y Asunción, respectivamente) destacando la *Declaración de la Cumbre Iberoamericana de Alto Nivel para Conmemorar el Año Internacional de los Afrodescendientes*.

Debemos destacar que, en ocasión de la XXII Cumbre Iberoamericana celebrada en 2012 en Cádiz, España, los Jefes de Estado y de Gobierno de los países iberoamericanos proclamaron el *Decenio de los Afrodescendientes en Iberoamérica*, el cual correrá desde el 1 de enero de 2013 hasta el 31 de diciembre de 2022.

La CELAC declaró en 2013 el *Decenio de los Afrodescendientes Latinoamericanos y Caribeños* *Decenio de los Afrodescendientes Latinoamericanos y Caribeños*, vigente desde el 1 de enero de 2014 hasta el 31 de diciembre de 2023. Además, creó el *Grupo de Trabajo Encargado de Desarrollar un Plan de Acción Regional sobre Afrodescendientes*, el cual elaboró -en dos reuniones de trabajo- el *Plan de Acción para el Decenio de los Afrodescendientes Latinoamericanos y Caribeños*.

Por su parte, la UNASUR creó la *Mesa de Trabajo de Cultos Afrodescendientes del UNASUR* y la *Mesa Temática Pro Derechos de Afrodescendientes*.

La CARICOM creó la *Comisión de Reparaciones del Caribe*, la cual tiene como objetivo llevar a cabo su reclamo de reparaciones a media decena de países europeos por los siglos de esclavitud. Además, adoptó un plan de diez puntos para la búsqueda de reparaciones,

que incluye la exigencia de una disculpa pública, la cancelación de las deudas que mantienen algunos Estados con sus antiguos colonizadores y la inversión de Europa para el desarrollo del Caribe, entre otros.

Conclusiones

“The struggle to eliminate the evil of racial injustice constitutes one of the major struggles of our time”

Martin Luther King Jr.

Es importante destacar a la *Declaración de Santiago* como el primer instrumento de Derecho Internacional de los Derechos Humanos que define el concepto de afrodescendientes y reconoce a las personas afrodescendientes como sujetos de derecho y en específico como sujetos de Derecho Internacional. Además, la Declaración impulsó a algunos Estados de la región para aprobar leyes a favor de los pueblos, comunidades y poblaciones afrodescendientes, así como la creación de los denominados organismos públicos de promoción de equidad racial, como por ejemplo la Secretaría de Promoción de Equidad Racial en Brasil, la Unidad Étnica Racial del Ministerio de Relaciones Exteriores en Uruguay, el Comisionado Presidencial en Costa

Roberto Rojas Dávila

Afrodescendientes: Una Mirada desde las Américas

Rica, el Programa Presidencial en Colombia, la Secretaria Ejecutiva de la Etnia Negra en Panamá, entre otros. Asimismo, promovió la agenda afrodescendiente en los organismos internacionales, regionales y subregionales.

Sin embargo, no podemos pasar por alto que la mayoría de los Estados americanos y organismos internacionales no designan o no cuentan con suficientes recursos humanos y financieros para trabajar con la población afrodescendiente.

En este sentido, estoy convencido de que es necesario y posible generar mayores esfuerzos para lograr una verdadera inclusión de las y los afrodescendientes en las Américas, ya que se encuentran en una situación de vulnerabilidad por consecuencia de la esclavitud, el colonialismo, el racismo y la discriminación racial.

El desarrollo de la temática afrodescendiente en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos será de suma importancia para generar y consolidar los estándares de protección, las políticas públicas y los programas sociales para la población afrodescendiente.

“La inclusión de la población afrodescendiente no sólo es una cuestión de derechos humanos, justicia social, reparación histórica y democracia, también es una ganancia para nuestras sociedades americanas en su conjunto.”

Finalmente, considero que el *Decenio Internacional de Afrodescendientes* es la oportunidad perfecta para poder debatir seriamente sobre el racismo y la discriminación racial en las Américas, dándole prioridad a la importancia del combate al racismo y la discriminación racial en la región, y para promover el reconocimiento, la justicia y el desarrollo de millones de personas afrodescendientes en las Américas.

La inclusión de la población afrodescendiente no sólo es una cuestión de derechos humanos, justicia social, reparación histórica y democracia, también es una ganancia para nuestras sociedades americanas en su conjunto.

* Las opiniones expresadas en este trabajo son a título personal, y por tanto, no necesariamente coinciden con las de la Secretaría General de la OEA ni comprometen en modo alguno a ésta.

¹ Martínez Montiel, Luz María. Negros en las Américas, pág. 33

² Portocarrero Gonzalo. Racismo y Mestizaje. Lima, 1995; pág. 219

³ Javier Prado fue filósofo, abogado, Director del Ateneo de Lima, Presidente del Partido Civil, Rector de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Ministro de Relaciones Internacionales, Embajador, Senador por Lima y Vocal de la Corte Suprema Corte de Justicia del Perú.

⁴ Quiroz, Rubén. La razón racial: Clemente Palma y el racismo a fines del siglo XIX. Lima, 2010; pp. 29-30

⁵ Ibid.

⁶ Buvinic, Mayra. Inclusión social y desarrollo económico en América Latina: Desafíos y Respuestas. Washington DC, 2004; pág. 10

⁷ La opinión se giró sobre la decisión de clausurar todas las escuelas privadas por parte del gobierno de Albania, afectando a la minoría griega que vivía en el país.

Sobre el autor

Roberto Rojas Dávila



El doctor Roberto Rojas Dávila es Oficial Jurídico del Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de los Estados Americanos (OEA), en donde ha coordinado los Cursos de: Derecho Internacional, Refugiados, Apatridia, y sobre Sistema Interamericano; así como las publicaciones del Departamento de Derecho Internacional en material de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

El doctor Rojas cuenta con amplia experiencia en la promoción y difusión de las temáticas: adulto mayor, afrodescendiente, indígena, no discriminación e intolerancia, refugiados, apatridia y desplazados internos. Es miembro de la *Inter-American Bar Association*, y la *Association for the Study of the Worldwide Diaspora*.

Es egresado de la Pontificia Universidad Católica del Perú y obtuvo el grado de Maestro en Derechos Internacional Humanitario y Derechos Humanos en la American University Washington College of Law.

Sumario

- I.** *Introducción;*
 - II.** *Antecedentes de la Declaración Americana;*
 - III.** *Conclusión del Proceso en Torno a la Declaración Americana; 1 - El Grupo de Trabajo Encargado del Proyecto de Declaración; 2 - La Participación de los Pueblos Indígenas;*
 - IV.** *Contenido de la Declaración Americana;*
 - V.** *Conclusiones;*
- Anexo I**



La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas

Luis Toro Utillano*

I. Introducción

La Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA), reunida en su XLVI Período Ordinario de Sesiones, en Santo Domingo, República Dominicana, entre el 14 y 15 de junio de 2016, adoptó la *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*, en el marco de la resolución AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), que se incluye al final de este texto.

La adopción de esta Declaración culmina un proceso que surge de una iniciativa establecida por la propia Asamblea General en noviembre de 1989, por medio de un mandato en que solicitaba a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la CIDH) la preparación de un “*instrumento jurídico relativo a las poblaciones indígenas*” (ver al respecto el párrafo operativo 13 de la resolución AG/RES. 1022 (XIX-O/89)).

En abril de 1997, la CIDH presenta ante el Consejo Permanente de la OEA el documento titulado “*Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*”¹, (en adelante *Proyecto de Declaración*).

Dos años más tarde, en 1999, se inicia el seguimiento del *Proyecto de Declaración* en el seno de un “*Grupo de Trabajo Encargado de Elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*” (en adelante *Grupo de Trabajo*) creado por el Consejo Permanente dentro de su Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, cuyos mandatos fueron renovados anualmente por la Asamblea General hasta el último año.

En mayo de 2016, durante la Decimotava Reunión de Negociaciones para la Búsqueda de Consensos celebrada en Washington, D.C., el *Grupo de Trabajo* culmina la redacción del documento de referencia y éste es elevado a la Asamblea

General por el Consejo Permanente para su adopción en junio del mismo año.

A continuación se presentan los aspectos procedurales y sustantivos de las diversas etapas de la elaboración de la *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* (en adelante *Declaración Americana*), que, como se podrá apreciar, fue objeto de discusiones y debates en el seno de un Grupo de Trabajo. Se expone también el carácter novedoso de la presencia y participación de los pueblos indígenas en la elaboración del texto en las diferentes etapas del proceso.

Finalmente, se rinde cuenta de las características del texto adoptado, por medio de una ilustración de los aspectos sustantivos de las provisiones aprobadas, precisando ciertas disposiciones relevantes a la luz de otros instrumentos internacionales que refieren a los derechos de los pueblos indígenas, además de plantear los aspectos pertinentes de la jurisprudencia del sistema interamericano de promoción y protección de los derechos humanos.

II. Antecedentes de la Declaración Americana

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos cuenta con un variado número de normas generales que

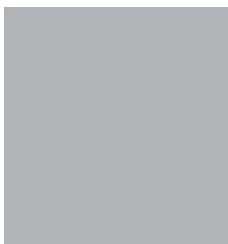
contemplan protecciones para los pueblos indígenas, de los cuales destacamos en primer lugar la Carta de la OEA, adoptada en junio 1948 (en vigencia desde 1951), este documento fundacional es aplicable a todos sus Estados Miembros y establece los objetivos, composición y funcionamiento de la Organización; previendo entre otros, el principio de la igualdad de los Estados, la promoción del estado de derecho, el respeto del derecho internacional, la soberanía y los derechos fundamentales de la persona.

En la esfera de los derechos humanos, remarcamos la *Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre*, adoptada en abril 1948, documento que reconoce el carácter progresivo de la protección internacional de los derechos humanos e identifica aquellos derechos considerados como *esenciales* para el ser humano y los deberes que participan en la búsqueda y respeto de la libertad. Es justo recordar, asimismo, que este instrumento se aplica a todos los Estados Miembros de la OEA.

Por su parte, la *Convención Americana sobre los Derechos Humanos*, adoptada en noviembre de 1969 (en vigencia desde 1978) establece las obligaciones de los Estados así como los derechos y deberes de las personas; reconoce derechos

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas



civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; se pronuncia sobre la suspensión de garantías, y regula los órganos competentes en materia de promoción y protección de los éstos derechos: la CIDH y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante *Corte Interamericana*).

Si bien no todos los Estados Miembros de la Organización son partes en esta Convención, resulta esencial referirse al aporte del Sistema Interamericano en materia de protección y promoción de los derechos humanos en general, y de los pueblos indígenas en particular, realizado principalmente por medio de los dos órganos mencionados anteriormente: la CIDH, creada en virtud de la Carta de la OEA, y la *Corte Interamericana* (establecida por la *Convención Americana sobre los Derechos Humanos*), cuyos desarrollos en defensa de los pueblos indígenas se remontan, en el caso de la CIDH, a la década de los 1960s; mientras que los desarrollos jurisprudenciales de la *Corte Interamericana*

se perciben en la década de 1990. De igual manera, destacamos que en el año 1990 la CIDH crea la *Relatoría sobre Derechos de los Pueblos Indígenas* con el objeto de impulsar, sistematizar, reforzar y consolidar la acción que venía desarrollando en la materia.

Amerita también una mención los esfuerzos realizados por el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la OEA para promover y fortalecer la participación de los pueblos indígenas en los distintos procesos internos e internacionales de toma de decisiones, y sensibilizar la sociedad en general sobre esta temática, capacitando y empoderando a un significativo número de líderes indígenas, funcionarios de gobiernos y miembros de la sociedad civil, en temas relativos a los derechos de los pueblos indígenas, la participación política, la formulación de proyectos y la institucionalidad dentro del sistema, en el ámbito del *Programa de Acción sobre los Pueblos Indígenas en las Américas*.

Cabe también anotar a dos instrumentos convencionales adoptados en el año 2013, que aún no entran en vigencia, la *Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia*, y la *Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia*. Ambos reconocen la dignidad inherente de las personas y la igualdad entre los seres humanos y buscan “prevenir, eliminar, prohibir y sancionar” los actos y manifestaciones de racismo, discriminación e intolerancia, tanto en el ámbito de la vida pública como privada. Para ello, dichas convenciones plantean un listado de motivos prohibidos que podrían dar lugar a discriminación, tales como

“La Declaración Americana es el primer instrumento del Sistema Interamericano que se pronuncia sobre los pueblos indígenas de manera específica y prevé disposiciones para la promoción y protección de los derechos de las personas que se consideren indígenas y que sean identificadas como tales entre sus pares.”

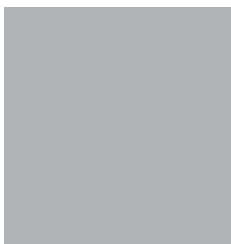
raza, color, linaje u origen nacional o étnico, nacionalidad, edad, sexo, orientación sexual, identidad y expresión de género, idioma, religión, identidad cultural, opiniones políticas o de cualquier otra naturaleza, origen social, posición socioeconómica, nivel de educación, condición migratoria, refugiado, repatriado, apátrida o desplazado interno, discapacidad, característica genética, condición de salud mental o física, incluyendo infectocontagiosa, psíquica incapacitante o cualquier otra.

Es innegable que todos estos antecedentes han contribuido a la discusión y al debate, e influido positivamente en la versión final de la *Declaración Americana*. No obstante lo anterior, la *Declaración Americana* es el primer instrumento del Sistema Interamericano que se pronuncia sobre los pueblos indígenas de manera *específica* y prevé disposiciones para la promoción y protección de los derechos de las personas que se consideren indígenas y que sean identificadas como tales entre sus pares.

El documento regional reconoce a dos instrumentos universales por sus “logros alcanzados internacionalmente en la protección de los derechos de los pueblos indígenas”, abriendo el camino a la *Declaración Americana*:

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas



el *Convenio 169* de la Organización Internacional del Trabajo (en adelante OIT) y la *Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*.

El *Convenio 169* de la OIT es un instrumento jurídico de carácter vinculante adoptado en 1989 y en vigor desde 1991. El documento describe los pueblos que pretende proteger, que son los pueblos tribales y los pueblos indígenas, identificados como tales “por el hecho de descender de poblaciones que habitaban en el país o en una región geográfica a la que pertenece el país en la época de la conquista o la colonización o del establecimiento de las actuales fronteras estatales y que, cualquiera que sea su situación jurídica, conserven todas sus propias instituciones sociales, económicas, culturales y políticas, o parte de ellas” (artículo 1.b del Convenio).

El instrumento comprende un variado número de ámbitos de protección,

optando por una acción coordinada y sistemática con miras a proteger los derechos de los pueblos indígenas y tribales. Se reconocen características específicas de los pueblos; se instaura la consulta y participación de los pueblos indígenas respecto al uso, administración y conservación de los territorios y recursos naturales y el control de su desarrollo, donde primen las prioridades propias de los pueblos. También se protegen y promueven los derechos humanos y libertades fundamentales, y los derechos generales de ciudadanía, sin obstáculos ni discriminación, incluyendo los derechos que se aplican a la colectividad así como la no discriminación en la esfera del bienestar social.² El Convenio propone como criterio para su implementación “tener en cuenta las condiciones propias de cada país” (artículo 34 del Convenio). Al presente, 15 Estados miembros de la OEA lo han ratificado.³

La *Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* es un instrumento no vinculante de derechos humanos, adoptado por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, el 17 de septiembre de 2007. Al presente, todos los Estados Miembros de la OEA la han firmado o han presentado declaraciones en el sentido de acompañarla. Esta *Declaración* está compuesta de 46 artículos y un preámbulo. Propone el criterio de autoidentificación y el derecho a determinar su condición política y desarrollo económico, social y cultural (Artículo 3). Se pronuncia sobre los derechos colectivos, los derechos a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han ocupado, y la participación de los indígenas en la vida nacional asumiendo la protección de la cultura, identidad y lengua. También establece el principio del consentimiento previo, libre e informado, y emite estándares en materia de educación, empleo, salud. La referida Declaración consagra además un espacio para acuerdos o convenios entre Estados y pueblos indígenas.⁴

III.- Conclusión del Proceso en Torno a la Declaración Americana

1. El Grupo de Trabajo Encargado del Proyecto de Declaración

Tal como lo destacáramos en la parte introductoria, en espacio de tres días, entre el 16 y 19 de mayo de 2016, el *Grupo de Trabajo* encargado de elaborar el *Proyecto de Declaración* concluyó sus labores luego de arribar a un acuerdo sobre el último grupo de disposiciones en torno al *Proyecto de Declaración Americana sobre los Pueblos Indígenas*.

En la OEA, los grupos de trabajo se crean para apoyar y facilitar las labores de las comisiones del Consejo Permanente,⁵ y por ende culminan al haber alcanzado la finalidad para la cual fueron creados. Corresponde su creación a la Asamblea General, el órgano supremo que decide la acción y la política generales de la Organización,⁶ y en consecuencia adopta los proyectos de resolución o declaración que le sean presentados, siguiendo las normas internas.

El *Grupo de Trabajo* conformado por la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos fue instalado en 1999 con el

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

objeto de analizar el *Proyecto de Declaración*, que había sido presentado en abril de 1997 por la CIDH. Este texto, compuesto de 6 secciones y 28 artículos más un preámbulo, fue la referencia principal de las discusiones iniciales durante las reuniones celebradas entre 1999 y febrero de 2003.

Con el paso de los años, el *Grupo de Trabajo* desarrolló dos propuestas alternativas:

- Texto Consolidado de la Presidencia: En el año 2003, el Presidente del *Grupo de Trabajo*, presentó una propuesta que incorporaba los comentarios de los Estados y de los representantes indígenas. Este documento, conocido como *Texto Consolidado de la Presidencia*,⁷ compuesto de treinta y cinco artículos, organizados en seis secciones, fue objeto de siete reuniones de negociación y culminó durante la *Séptima Reunión de Negociaciones* realizada en Brasilia, Brasil, en marzo de 2006. Valga hacer notar, que en esta etapa no se consideró la parte preambular, y para entonces el *Grupo de Trabajo* fue capaz de acordar un total de 9 provisiones completas, junto a párrafos particulares de algunas provisiones.⁸

- *Registro del Estado Actual*: Al finalizar la referida Séptima Reunión, las discusiones del *Grupo de Trabajo* se enfocaron en un texto conocido como “*Registro del Estado Actual del Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas*”, cuyo análisis inaugura la última etapa de las labores del *Grupo de Trabajo* que permitiera lograr acordar los restantes 37 artículos de la parte substantiva y el preámbulo a la largo de diez (10) reuniones las cuales tuvieron lugar entre 2007 y 2016.⁹

Estos textos contenían el documento central de las provisiones que eran objeto de negociación; mientras que las propuestas alternativas que no alcanzaban acuerdos presentadas por las delegaciones de pueblos indígenas o Estados eran organizadas en un compendio, tal como lo estableciera la metodología de trabajo.

Habiendo culminado el proceso en torno al análisis del *Proyecto de Declaración* por parte del *Grupo de Trabajo*, se puede constatar la celebración de un total de diecinueve (19) reuniones de negociación para la búsqueda de consenso, de las cuales la mayoría tuvieron lugar en la sede de la OEA en Washington, D.C., salvo las realizadas

en Guatemala en octubre de 2005, en Brasil en marzo de 2006, y en Bolivia en abril de 2007.

Asimismo, hubo seis (6) sesiones especiales, también celebradas en el seno del *Grupo de Trabajo*, que permitieron debatir sobre temas de interés para los Estados y los pueblos indígenas, denominadas *sesiones de reflexión*. A ello se debe agregar la realización de una reunión de expertos organizada por la Comisión de Asuntos Jurídicos y Políticos, que tuvo lugar en Washington, D. C., en febrero del año 1999.¹⁰

Cada una de estas reuniones obedecía a mandatos específicos establecidos por la Asamblea General a lo largo de los años por medio de resoluciones específicas, las cuales se pueden consultar en el siguiente enlace:

http://www.oas.org/es/sla/ddi/pueblos_indigenas_resoluciones_asamblea_general.asp.

Resulta significativo encontrar manifestaciones de apoyo a favor de la adopción del *Proyecto de Declaración* en las Cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno, encuentros de Jefes de Estado y de gobierno del Hemisferio que tienen lugar en los tiempos recientes desde el año 1994, en donde se

discuten temas de índole económico, social y político con especial énfasis en “*políticas comunes, búsqueda de soluciones y desarrollo de una visión compartida para el futuro de la región*”.

Por medio de sus declaraciones y planes de acción, estas Cumbres de Jefes de Estado y de Gobierno de los Estados Miembros de la OEA han reconocido, entre otros, el valor de las cosmovisiones, usos, costumbres y tradiciones de los pueblos indígenas. Adicionalmente, las Cumbres han promovido el acceso a la educación (para las mujeres, niños, niñas, y jóvenes indígenas), conforme a sus valores, costumbres, tradiciones y formas de organización.¹¹

Las Declaraciones adoptadas por los Jefes de Estado y de gobierno han principalmente aludido al proceso de negociación de la *Declaración Americana*, en particular la conclusión exitosa de dicha negociación. De igual manera, ha habido un llamado a respetar y promover los derechos de los pueblos indígenas, además de su plena participación en las actividades nacionales. En materia social, se han hecho exhortaciones para superar la pobreza, exclusión y desigualdad, incluyendo el acceso a los servicios sociales.

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

En el año 2005, por medio de la *Declaración de Mar del Plata*, los Jefes de Estado y de Gobierno reafirmaban el compromiso de respetar los derechos de los pueblos indígenas y se comprometían a concluir exitosamente las negociaciones de la *Declaración Americana*:¹²

“El ejercicio pleno de estos derechos es indispensable para la existencia, el bienestar y el desarrollo integral de los pueblos indígenas y para su plena participación en las realidades nacionales, por lo que debemos crear las condiciones necesarias para facilitar su acceso al trabajo decente y a condiciones de vida que permitan superar la pobreza, la exclusión y la desigualdad social”.

Por su parte, el *Plan de Acción* adoptado en Mar del Plata ha promovido acciones tendientes al establecimiento de un mayor diálogo para facilitar el desarrollo integral y sostenible.

La *Declaración de Quebec* en el año 2001¹³ expresaba su apoyo a “*los esfuerzos encaminados a la pronta y exitosa conclusión de las negociaciones del Proyecto de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, la cual promoverá y protegerá sus derechos y libertades fundamentales*”.

El *Plan de Acción de Quebec* por su parte, instaba a fortalecer la participación de los pueblos indígenas en el proceso de negociación, “*promover su desarrollo sostenible, cultural, económico y social, reconocer el valor de las cosmovisiones, los usos, las costumbres y las tradiciones de los pueblos indígenas así como influenciar en la formación de la identidad nacional y privilegiar un modelo intercultural de salud, entre otros*”.

Es significativo constatar que las referidas declaraciones y planes de acción son identificados en el preámbulo de la *Declaración Americana* como parte de los “*compromisos asumidos por los Estados miembros para garantizar, promover y proteger los derechos e instituciones de los pueblos indígenas*”; recordatorio de la mayor importancia considerando que refieren a decisiones tomadas por los Jefes de Estado y de Gobierno, las máximas autoridades al interior de los países.

2. La Participación de los Pueblos Indígenas

Una característica particular en la elaboración del texto logrado por el *Grupo de Trabajo* ha sido la participación y presencia de representantes de los pueblos indígenas en el seno del mismo.

El grado de participación plena alcanzado en la etapa de discusión y análisis

del *Proyecto de Declaración* es el producto de una evolución que se desarrolla a favor de una mayor presencia indígena a lo largo las diversas fases del proceso.

Durante la etapa de redacción del *Proyecto de Declaración*, es decir, en la etapa previa a la adopción de la propuesta de la CIDH, cuando se realizaron consultas en torno a la propuesta inicial, participaron miembros de organizaciones indígenas e intergubernamentales, junto con al menos once gobiernos,¹⁴ mientras que en el período de análisis y discusiones, la participación de representantes indígenas se fue incrementando gradualmente.¹⁵

En un comienzo, se acordó un espacio muy limitado de intervención durante los debates a los representantes indígenas, mismos que fueron financiados por sus organizaciones locales o internacionales. En cuanto a la modalidad de participación, se debe indicar que las primeras reuniones del *Grupo de Trabajo* permitían la participación de los representantes de los pueblos indígenas al comienzo de la discusión y al final de la consideración de cada capítulo.

A la luz de las decisiones de la Asamblea General y de los acuerdos alcanzados por los Estados respecto a la

metodología de trabajo podemos comprobar una evolución en tres etapas.

En un inicio, la Asamblea instaba a los Estados a “*contemplar una adecuada participación de los representantes de los pueblos indígenas en sus labores*”.¹⁶ Enseguida, en el año 2003, la Asamblea instruye al *Grupo de Trabajo* a “*asegurar la transparencia y la participación efectiva de representantes de los pueblos indígenas*”.¹⁷ Finalmente, a partir del año 2007, el *Grupo de Trabajo* por medio de la metodología consensuada entre los Estados,¹⁸ formaliza la participación plena y efectiva de los representantes de los pueblos indígenas en su seno con el objeto de alcanzar acuerdos, en un contexto de transparencia y buena fe.¹⁹

Los primeros esfuerzos para favorecer la participación de los representantes indígenas por parte del *Grupo de Trabajo* refieren a medidas concretas tomadas desde el año 2001, que incluían entre otros, la búsqueda de un “*diálogo franco y fluido entre los representantes de los gobiernos y de los pueblos indígenas*”; la creación de las “*Sesiones Especiales*” para discutir sobre el proceso en torno a la adopción del *Proyecto de Declaración*; la búsqueda de espacios que permitiera a los pueblos indígenas presentar propuestas verbales y escritas durante los debates;²⁰ la organización de consultas que

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

reconociera los acuerdos alcanzados por el “cónclave” o “caucus” indígena previo a las sesiones plenarias con los Estados.

“Durante la Primera Sesión Especial se celebró una Sesión Informal entre todas las delegaciones presentes cuyo objeto era abordar temas de interés general para todos los actores. En dicha sesión la mesa de la presidencia fue compartida por un representante de los pueblos indígenas, iniciando así una práctica que será mantenida durante cada inauguración en torno al análisis del Proyecto de Declaración Americana. Además se cambió la modalidad de la participación de los representantes indígenas en dos aspectos.

Por una parte, las propuestas presentadas por escrito de los representantes indígenas serían incluidas en el debate de los Estados; y por otra, los representantes indígenas podrían intervenir en la discusión de cada provisión, y no de los capítulos como había sido el caso, tanto al inicio como al fin de los debates.

Además, podrían solicitar aclaraciones específicas durante la discusión de los articulados. Si bien los nuevos procedimientos no permitían un diálogo directo entre todos los participantes, representaban avances notables en relación a las últimas dos reuniones. Según los registros de la

sesión, acudieron al evento alrededor de ochenta y tres representantes indígenas, lo cual representaba la más numerosa presencia alcanzada a la fecha”.²¹

En el año 2002, se crea un fondo de financiamiento destinado a facilitar la participación de los representantes de los pueblos indígenas, el cual obedecía a un mandato solicitado por la Asamblea General el año precedente.²²

Este *Fondo Específico* estaba constituido de contribuciones voluntarias de los Estados Miembros y los Estados Observadores Permanentes ante la Organización, así como de personas o entidades públicas y privadas, nacionales o internacionales, y tenía por objeto facilitar el financiamiento de la presencia de representantes indígenas en las reuniones de negociación o sesiones especiales del *Grupo de Trabajo*, “incluyendo gastos de pasajes, estadía, seguros de salud, y los directamente relacionados con la logística del Cónclave de los Pueblos Indígenas”.²³

En la práctica, las organizaciones indígenas de cada país que buscaban un financiamiento debían designar a un experto o líder indígena quien participaría en la discusión del *Grupo de Trabajo*. La selección final era avalada por la *Junta de Selección del Fondo*

Específico, encargada de designar a dicho representante. La *Junta de Selección* estaba compuesta de cuatro miembros indígenas, uno por cada región, elegidos entre sus pares, generalmente durante la sesión previa de negociación o reflexión, sin intervención de los Estados ni de la Secretaría General,²⁴ más el Presidente del *Grupo de Trabajo*.

La estadía incluía tanto los días de las sesiones plenarias como aquellos consagrados a las consultas entre los representantes indígenas. Es conveniente destacar que las reuniones de negociaciones eran *públicas* y toda persona que tenía la capacidad de financiar su estadía podía participar en ellas. De hecho, a partir del año 2002, la Asamblea General avala la participación y presencia de los pueblos indígenas.²⁵ Por su parte, la metodología del *Grupo de Trabajo* a partir del año 2007, declaraba formalmente las sesiones públicas y abiertas, y respaldaba la presencia indígena en las sesiones de negociación, invitando a las delegaciones de los pueblos indígenas representadas por el cónclave a referirse a los artículos bajo estudio al mismo tiempo que los representantes de los Estados Miembros. Se instaba a todos los actores a encontrar “soluciones de compromiso” que tuvieran en consideración “*las preocupaciones*

más urgentes de los pueblos indígenas” y “*las necesidades de todos los Estados Miembros*”. Se otorgaban prerrogativas a la Presidencia del *Grupo de Trabajo* para realizar consultas informales mediante grupos de redacción compuestos por representantes de los Estados y de los pueblos indígenas.²⁶

En las sesiones de negociación o de reflexión, los representantes indígenas se organizaban en un “cónclave” (o caucus), por medio del cual expresan sus opiniones ante el pleno. En la mesa de negociación, los representantes del cónclave se sentaban con los Estados y contaban con voz para proponer textos alternativos y negociar las propuestas presentadas, tanto en forma oral como escrita, pero sin voto. Sin embargo, las opiniones del cónclave presentadas en el pleno de la sala en presencia de los Estados tenían un carácter persuasivo, y en variados casos influenciaban las posiciones alcanzadas al finalizar las discusiones de temas o artículos.²⁷

Un hecho notable en la discusión del *Grupo de Trabajo* fue el carácter *novedoso* que adquirió la presencia y participación de los pueblos indígenas en la discusión en torno al *Proyecto de Declaración*.

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

En primer lugar, la elaboración de documentos o instrumentos en la OEA ha sido históricamente un proceso que le compete a los representantes de los Estados, y si bien miembros de la sociedad civil o de organizaciones no gubernamentales de instituciones nacionales o internacionales, incluyendo expertos o académicos, son invitados a compartir su opinión o sus conocimientos, sus representantes no se apersonan durante todo el proceso de discusión.

En segundo lugar, la sociedad civil dispone de espacios y tiempos regidos por un sistema que les permite participar en los órganos políticos de la Organización, en la medida que dichas organizaciones no gubernamentales sean registradas debidamente, y en la instancia, los representantes de los pueblos indígenas pudieron participar en el *Grupo de Trabajo* sin ser parte del registro de organizaciones de la sociedad civil, concesión que fue otorgada excepcionalmente para permitir la participación de un máximo número de representantes de pueblos indígenas. Recordemos que la OEA cuenta con unas Directrices para la Participación de las Organizaciones de la Sociedad Civil en las Actividades de la OEA,²⁸ las cuales regulan “*la participación de las organizaciones de la sociedad civil en*

las actividades de los órganos, organismos o entidades de la OEA”.²⁹ El artículo 2 de dichas Directrices define a la sociedad civil como “*toda institución, organización o entidad nacional o internacional integrada por personas naturales o jurídicas de carácter no gubernamental*”. Esta participación comprendería tanto la presencia en reuniones, como la posibilidad de hacer presentaciones o prestar asesoría especializada a órganos, organismos y entidades de la OEA.³⁰ Asimismo, las Organizaciones de la Sociedad Civil pueden solicitar y recibir informes y documentos.³¹

A partir del año 2010, la Asamblea General de la OEA se pronuncia a favor de fortalecer la presencia y participación de “*actores sociales*”, tanto en el Proceso de Cumbres de las Américas como en las actividades desarrolladas por la OEA, lo cual augura un futuro positivo para los pueblos indígenas en dichos foros. La resolución adoptada en junio de 2016,³² propone considerar “*las formas, usos y costumbres que tienen para organizarse*” al momento de fortalecer dicha participación.

Desde el año 2002, gracias al apoyo de sus Estados Miembros y de Observadores Permanentes la OEA pudo financiar a cerca de 400 representantes indígenas que participaron en las

“*Reuniones de Negociación para la Búsqueda de Consenso y en las Sesiones de Reflexión*”. A esto se debe incluir a aquellas entidades y organizaciones que asumían sus gastos para poder participar en dichos encuentros, teniendo en cuenta el carácter público de las mismas.

Se ha podido comprobar que durante el proceso han participado en el cónclave representantes elegidos siguiendo sus usos y costumbres - provenientes de diversos Estados Miembros de la OEA, así como miembros de organizaciones no gubernamentales que defienden los derechos humanos, antropólogos, sociólogos y juristas. En el año 2005, durante un encuentro del *Grupo de Trabajo* con líderes indígenas locales, previo a la *Sexta Reunión para la Búsqueda de Consenso* celebrada en Guatemala, hubo un rico intercambio con abuelos y abuelas del pueblo Maya.

“La naturaleza jurídica del instrumento adoptado por los Estados en el seno de la OEA se inscribe dentro de los actos declaratorios que constatan la existencia de hechos o derechos.”

Sin lugar a dudas, la adopción del Fondo Específico marcó un hito en el proceso, puesto que permitió la presencia de personas de diversos países que hasta entonces no habían tenido la ocasión de conocer la propuesta o participar en el Sistema Interamericano, toda vez que sin el financiamiento de la OEA, únicamente le era posible trasladarse a su sede en Washington, D.C., a quienes podían financiar el viaje. Por lo demás, y siguiendo las normas de la Organización, se hicieron esfuerzos para contar con una representatividad equitativa en género entre los representantes financiados por el Fondo Específico. En este contexto, es justo reconocer a los Estados Miembros así como a los Observadores Permanentes por las contribuciones financieras que hicieron posible la presencia y participación de representantes de pueblos indígenas.

IV. Contenido de la Declaración Americana

La naturaleza jurídica del instrumento adoptado por los Estados en el seno de la OEA se inscribe dentro de los actos *declaratorios* que constatan la existencia de hechos o derechos. En su informe adoptado en 1998, sobre la versión original del *Proyecto de Declaración* presentado por la CIDH, el Comité Jurídico

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

Interamericano aclara respecto a las declaraciones adoptadas por organismos internacionales, lo siguiente:

“Si bien en estricto derecho las declaraciones, como resoluciones que son, no tienen efecto obligatorio respecto de los Estados miembros, pueden generar efectos jurídicos obligatorios por dos vías diferentes: en primer lugar, por cuanto constituyen un reconocimiento de derechos o hechos preexistentes, pueden ser utilizadas por el juez internacional para la constatación de esos derechos o situaciones o para la interpretación de tratados u otros actos jurídicos que obligan a los Estados.

En segundo lugar, en la medida en que la conducta de los Estados se ajuste a las normas proclamadas en la declaración, éstas pueden transformarse en costumbre internacional. En este caso, la declaración misma puede servir de prueba de la opinio juris, es decir, de que los Estados actúan en el convencimiento de que actúan en cumplimiento de una norma jurídica obligatoria.”³³

La *Declaración Americana* está compuesta de cuarenta y seis (46) artículos organizados en seis secciones y un preámbulo. Este último reconoce, entre otros elementos, la existencia de derechos intrínsecos de los pueblos indígenas y la necesidad de protegerlos, y hace un

recordatorio sobre el carácter universal, indivisible e interdependiente de los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional.

La primera sección (artículos I – IV) refiere al ámbito de aplicación y alcances, propone el criterio de la auto identificación y se pronuncia a favor del carácter pluricultural y multilingüe de los pueblos indígenas. También reconoce el derecho a determinar su condición política y desarrollo económico, social y cultural.

La segunda sección, (artículos V - XII) relativa a los derechos humanos y colectivos, refiere a los derechos humanos y libertades fundamentales determinados tanto en la Carta de las Naciones Unidas como en la Carta de la OEA y en el derecho internacional. Se describen los derechos colectivos como *“indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos”*. (Artículo VI). De igual forma, se incorporan disposiciones respecto a la personalidad jurídica, el rechazo a la asimilación o destrucción de las culturas de los pueblos indígenas, la protección contra el genocidio y las garantías contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia.

En materia de igualdad de género, el instrumento regional contiene elementos similares al universal, de hecho ambos garantizan por igual a hombres y mujeres los derechos y libertades indígenas que reconocen (provisión que se encuentra en la sección final en ambos documentos).

Un elemento que difiere en la *Declaración Americana* es la presencia de una disposición que reconoce que “*la violencia contra los pueblos indígenas, particularmente las mujeres, impide o anula el goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales*”. En otro orden de ideas y conscientes de la situación de algunos pueblos indígenas de la región se incluyó una disposición sobre la pertenencia a uno o varios pueblos, en consonancia “*con la identidad, tradiciones, costumbres e identidad de cada pueblo*”.

La tercera sección (artículos XIII – XIX) alude a la identidad cultural, y en esta sección, la *Declaración Americana* dispone que los pueblos indígenas tienen derecho a su propia identidad e integridad cultural, incluyendo el patrimonio cultural, además prevé formas para preservar, usar y transmitir, entre otros, sus historias, lenguas, sistemas de conocimientos. Las medidas que se tomen deberán contar con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas.

Esta sección incorpora a su vez disposiciones sobre educación, espiritualidad, familia, salud, y protección del medio ambiente sano. En este último caso, la *Declaración Americana* reconoce como condición esencial para el goce del derecho a la vida, a la cosmovisión y al bienestar colectivo de los pueblos indígenas el “*derecho a vivir en armonía con la naturaleza*”.

Al igual que en la Declaración de la ONU, la *Declaración Americana* reconoce un “*derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos*”. Sin embargo, difieren en relación con el “*deposito de material peligroso*” en tierras, territorios y recursos”. Aunque en ambos casos el Estado asume una responsabilidad, el documento universal exige el consentimiento previo, libre e informado de los pueblos indígenas respecto a cualquier tentativa de almacenar o eliminar materiales peligrosos en las tierras o territorios de los pueblos indígenas.

En ausencia de dicha cláusula expresa la Declaración Americana impone a los Estados la celebración de consultas y la cooperación de buena fe “*con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten*” en virtud

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

del artículo XXIII párrafo 2, provision similar al artículo 19 de la Declaración de la ONU.

La sección cuarta (artículos XX – XXIV) está vinculada con los derechos organizativos y políticos y busca afianzar la participación de los indígenas en la vida nacional, en los asuntos que afecten sus derechos, junto con promover y desarrollar sus instituciones en función de sus prácticas. Existen pronunciamientos sobre el derecho a la autonomía o al autogobierno en ejercicio del derecho a la libre determinación, el respeto de sistemas jurídicos indígenas y la aplicación de tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

La quinta sección (artículos XXV – XXX) desarrolla el ámbito de los derechos sociales, económicos y de propiedad. Sus disposiciones consagran el relacionamiento espiritual, cultural y material de los pueblos indígenas con sus tierras, territorios y recursos, además de pronunciarse sobre los derechos respecto a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han ocupado. Esta sección emite estándares en materia de educación, empleo, salud, desarrollo, patrimonio cultural y propiedad industrial, así como la seguridad y protección de los pueblos

indígenas, incluyendo una disposición sobre pueblos en aislamiento voluntario o contacto inicial que impone el “*respeto a permanecer en dicha condición y vivir libremente y de acuerdo a sus culturas*”.

Finalmente, la sección sexta (artículos XXXI – XLI) sobre provisiones generales, especifica los derechos reconocidos, los recursos para la reparación en caso de violación de derechos, así como los temas ligados a la solución de controversias y la interpretación de la *Declaración Americana*. El instrumento regional prevé en su parte sustantiva el goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales de los pueblos indígenas (artículos XXXXI), reconocimiento que el instrumento universal realiza únicamente en la parte preambular.

Uno de los elementos que caracteriza la *Declaración Americana* es la similitud de ciertas disposiciones con el texto adoptado por las Naciones Unidas en el año 2007. Se debe comprender que hasta entonces ambos foros realizaban procesos paralelos de elaboración de una Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas, y con el paso de los años, provisiones comunes fueron sometidas a ambas instituciones, por representantes de gobiernos y pueblos indígenas.

De hecho, la adopción de la *Declaración de la ONU sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* fue objeto de discusiones en el seno del *Grupo de Trabajo* de la OEA, principalmente por el interés de algunos actores, tanto gubernamentales como no gubernamentales, de tomar como base y punto de referencia las provisiones del documento universal, en caso de no alcanzar consenso en el instrumento regional. Esto complicó la discusión en torno a temas complejos, puesto que al momento de adopción del documento de las Naciones Unidas, no todos los Estados Miembros de la OEA lo habían firmado apoyado expresamente.

En este contexto, de alguna manera, la adopción de un documento declaratorio en el plano universal impuso desafíos mayores e influenció en la extensión de los plazos para acordar disposiciones, particularmente, en el ámbito de los derechos laborales, espiritualidad indígena, medio ambiente, patrimonio cultural y propiedad intelectual, desarrollo, derechos colectivos, derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, y temas ligados a tierras, territorios y recursos.

La *Declaración Americana* incorpora referencias concretas a la Declaración de

la ONU en su Preámbulo y en la parte sustantiva. Por ejemplo, el derecho a la libre determinación (artículo III), el respeto a la integridad territorial, la unidad política, la soberanía y la independencia de los Estados (artículo IV), la garantía del reconocimiento de derechos para mujeres y hombres indígenas (artículo XXII) y varias disposiciones interpretativas (artículos XXXVI, XL y XLI). Se reproducen también aspectos ligados al Derecho a la protección del medio ambiente (artículo XIX), los aportes de los sistemas legales y organizativos indígenas (artículo XXIII), y el derecho al desarrollo en lo relativo a la obtención del consentimiento previo a la aprobación de proyectos (artículo XXIX).

Se prevé una disposición en el documento regional que reconoce los derechos establecidos en ambas declaraciones que las considera como “*las normas mínimas para la supervivencia, dignidad y bienestar de los pueblos indígenas de las Américas*” (artículo XLI de la *Declaración Americana*).

Existen también referencias en el texto regional a la Carta de la ONU en asuntos ligados a la interpretación de su contenido, artículos IV y V, respectivamente. Si bien en su Carta constitutiva la OEA declara que es un

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

órgano regional de Naciones Unidas, se impone el cumplimiento de “*obligaciones regionales de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas*”, e incluye una provisión de índole interpretativo que prevé que “*ninguna disposición de la Carta regional se interpretará en el sentido de menoscabar los derechos y obligaciones de los Estados miembros de acuerdo con la Carta de la ONU*”,³⁴ es poco común en instrumentos interamericanos recientes incluir reseñas concretas al respeto de la Carta de la ONU.

Otras provisiones de la *Declaración Americana* imponen el respeto de derechos humanos y libertades fundamentales, tanto en la parte preambular como ya lo hemos visto, como en la parte sustantiva en lo que respecta a la plena vigencia de los derechos humanos, la prohibición al reclutamiento de niños, niñas y adolescentes indígenas en las fuerzas armadas, la toma de medidas por los perjuicios o daños ocasionados por un conflicto armado, y una provisión interpretativa que autorice acciones que no estén de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos.

Debemos precisar que el instrumento de la OEA en el artículo XXV párrafo 5 impone el respeto “*del ordenamiento jurídico de cada Estado*” respecto al

“*reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de propiedad, posesión o dominio de sus tierras, territorios y recursos*”. Provisión que estaría en consonancia con el preámbulo que reconoce “*los progresos nacionales constitucionales, legislativos y jurisprudenciales alcanzados en las Américas para garantizar promover y proteger los derechos de los pueblos indígenas*”. Sin embargo, no existe una cláusula equivalente en el texto de Naciones Unidas, lo cual puede ser objeto de controversias, en particular cuando el ordenamiento jurídico interno entra en conflicto con “*los instrumentos internacionales pertinentes*” referidos en la misma disposición.

Adicionalmente, esta misma provisión deja en manos de los Estados el establecimiento de regímenes “*especiales apropiados para este reconocimiento y su efectiva demarcación o titulación*”. Al respecto, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos aclara que todo mecanismo de delimitación, demarcación y titulación de la propiedad de los miembros de comunidades indígenas debe ser “*acorde con el derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres de ésta*”.³⁵ El debido respeto de “*las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trató*” se encuentra contemplado por la *Declaración*

Americana en el párrafo 4 del artículo XXIV que exige de los Estados asegurar “*el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos*”.

La *Declaración Americana* contiene, al igual que la Declaración de la ONU, una provisión que alude al interés público como una forma de “*justificar actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas*”, en un contexto en que dichas actividades *a priori* no deben ser desarrolladas. Si bien el párrafo 5 del artículo XXX de la *Declaración Americana* es similar al párrafo 1 del artículo 30 de la Declaración de la ONU, en este último se impone la celebración de “consultas eficaces con los pueblos indígenas interesados, por los procedimientos apropiados y en particular por medio de sus instituciones representativas”. Amparo que, como lo sostuvieramos anteriormente, se puede encontrar en la *Declaración Americana* el artículo XXIII párrafo 2, que exige la celebración de consultas y la cooperación de buena fe “*con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten*”.

Sin lugar a dudas, el artículo XXVI que se pronuncia a favor del respeto de los pueblos en aislamiento voluntario

o en contacto inicial otorga un valor agregado a la *Declaración Americana*. No existe una disposición que reconozca dichos pueblos en la Declaración de la ONU. En concreto, el texto regional impone a los Estados la adopción de políticas y medidas de reconocimiento y protección de éstos:

“1. Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, tienen derecho a permanecer en dicha condición y de vivir libremente y de acuerdo a sus culturas.

2. Los Estados adoptarán políticas y medidas adecuadas, con conocimiento y participación de los pueblos y las organizaciones indígenas, para reconocer, respetar y proteger las tierras, territorios, medio ambiente y culturas de estos pueblos, así como su vida e integridad individual y colectiva”.

1. Provisiones particulares

Hemos dejado para el final una rendición de cuentas de algunas de las provisiones más complejas de la *Declaración Americana*, cuyo análisis tiene en consideración los desarrollos alcanzados por su contraparte en la ONU y la jurisprudencia del Sistema Interamericano de promoción y protección de los derechos humanos, en temas

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

relativos a libre determinación; consulta y consentimiento; derechos colectivos; y, recursos naturales, tierras y territorios.

Como ya se mencionó, la *Declaración Americana* fue adoptada por la Asamblea General de la OEA por consenso, mediante la resolución AG/RES. 2888 (XLVI-O/16), la cual fue objeto de declaraciones presentadas por las delegaciones de Canadá y Estados Unidos, incluidas como notas de pie de página en el cuerpo de la citada resolución.

La delegación de Canadá manifestó no estar “*en capacidad de adoptar una posición sobre el texto propuesto de esta declaración*” considerando que no ha participado de manera sustancial en los últimos años en las negociaciones de la *Declaración Americana*, y al mismo tiempo declaró su compromiso respecto a la Declaración de las Naciones Unidas.³⁶

La delegación de los Estados Unidos señaló, entre otros, que “*ha expresado de manera persistente sus objeciones al texto de esta Declaración Americana, que en sí mismo no es vinculante y, por lo tanto, no da lugar a una nueva legislación y tampoco constituye una declaración de obligaciones para los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos en virtud de un tratado o el derecho internacional consuetudinario*”. Igualmente, reiteró su compromiso

“*para atender los apremiantes problemas que atañen a los pueblos indígenas en el continente*”, y formuló su interés en “*promover la consecución de los objetivos de la Declaración de las Naciones Unidas y el cumplimiento de los compromisos contenidos en el documento final de la Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas*”.³⁷

Por su parte, la delegación de Colombia presentó notas de pie de página a provisiones particulares de la *Declaración Americana*, respecto a los artículos XXIII (numeral 2), XXIX (numeral 4) y XXX (numeral 5), las cuales reiteran la posición asumida por dicho país respecto a los artículos 19, 30 y 32 a la Declaración de Naciones Unidas.³⁸

Conjuntamente, la delegación de Colombia presentó tres notas de interpretación que fueron ubicadas como anexo a la *Declaración Americana*. La nota de interpretación correspondiente al artículo VIII explica que “*el derecho a pertenecer a uno o varios pueblos indígenas, se regirá por la autonomía de cada pueblo*”, asumiendo conceptos provistos por el Convenio 169 sobre la pertenencia de un individuo a determinado pueblo indígena. Por medio de la segunda nota de interpretación se revela “*que la definición de los lugares y objetos sagrados de los pueblos indígenas se regirá por los desarrollos alcanzados en el plano nacional*”, esto involucraría

lo estipulado por los artículos XIII (numeral 2), XVI (numeral 3), XX (numeral 2), y XXXI (numeral 1). Finalmente, la tercera nota de interpretación declara “*que el derecho de los pueblos indígenas a promover y desarrollar todos sus sistemas y medio de comunicación, está sujeto al cumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos en la normatividad interna vigente*”, esto implicaría el artículo XIV (numeral 3) de la *Declaración Americana*.³⁹

Cabe aclarar que en el Sistema Interamericano, los Estados pueden presentar declaraciones a las resoluciones adoptadas por la Asamblea General, y si bien el reglamento de la Asamblea impone su inclusión en las actas de la sesión que discute la resolución particular, en la práctica los Estados han solicitado adicionalmente se incluyan notas de pie de página en el texto resolutivo. Es válido confirmar que, en todos los casos, se respetaron los procedimientos relativos al momento de la presentación de dichas declaraciones.⁴⁰

a. Derechos colectivos

Los derechos colectivos son derechos reconocidos generalmente para ser ejercidos por la colectividad, pues afectan intereses de grupos de individuos; son también denominados como derechos de tercera generación.⁴¹

La Declaración de la OEA contiene provisiones que refieren expresamente al reconocimiento del carácter colectivo de los derechos de los pueblos indígenas en cuatro de sus seis secciones.

En la sección sobre derechos humanos, la disposición que lleva precisamente por título “*Derechos Humanos y Derechos Colectivos*” promueve el respecto a la organización social, política y económica, así como a sus sistemas jurídicos y culturas, incluyendo creencias espirituales, uso de lenguas. La *Declaración Americana* incorpora en la parte sustantiva que “*los derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos*”, y como consecuencia de ello se reconoce y respeta un derecho al “*actuar colectivo; a sus sistemas o instituciones jurídicos, sociales, políticos y económicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a usar sus propias lenguas e idiomas; y a sus tierras, territorios y recursos*”. Todo ello difiere de la Declaración de al ONU que incluye dicho reconocimiento en su parte preambular.

En la sección sobre identidad cultural, el artículo XIX se impone la protección de un medio ambiente sano y el derecho a vivir en armonía como condiciones para alcanzar el “*bienestar colectivo*” de los pueblos indígenas,

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

provisión que no tiene paralelo en la Declaración de la ONU.

Por su parte, la disposición sobre derechos laborales, en la sección de derechos sociales, económicos y de propiedad, tiene por finalidad proteger a los pueblos indígenas respecto de contratos coercitivos que hayan podido tener por original arreglos individuales o colectivos y negociar en forma colectiva u organizar actividades sindicales, en casos que la legislación laboral no contenga disposiciones al respecto. Estas cláusulas tienen su origen en el artículo 20 del Convenio 169 de la OIT, pero incorporan nuevos elementos:

- Al mejoramiento en la inspección del trabajo de la OIT, la Declaración Americana incorpora la aplicación de normas tanto a trabajadores como a empleados indígenas;
- Al derecho de asociación y organización sindicales de la OIT se añade la posibilidad de contar con autoridades tradicionales entre sus representantes;
- A la prohibición de sistemas de contratación coercitivos y todas formas de servidumbre por deuda

de la OIT, se añaden los trabajos forzados u obligatorios y también se consideran nulos y sin valor los arreglos laborales;

- Al derecho a no estar sometidos a condiciones de trabajo peligrosas para su salud de la OIT, se impone una protección relativa a las normas de salud ocupacional y de seguridad;
- Al derecho a una protección legal plena y efectiva para los trabajadores estacionales eventuales y migrantes de la OIT, se añade la no discriminación y el respeto de normas internacionales de derechos humanos;
- El derecho de acceso al empleo de la OIT ha sido formulado en términos de promoción del empleo de las personas indígenas.

Finalmente, en la sección sobre provisiones generales en el documento regional se estipulan recursos para la reparación de toda violación de sus derechos colectivos e individuales, recurso que también lo incorpora la Declaración de la ONU.⁴² La *Declaración Americana* refiere a “*recursos efectivos e idoneos, incluyendo recursos judiciales expeditos para la reparación de toda violación*”;

mientras que la ONU impondría una “reparación efectiva de toda lesión”.

Una ilustración de los derechos colectivos de los pueblos indígenas se vislumbra en el carácter *comunal*⁴³ o *comunitario*⁴⁴ de la propiedad colectiva de tierras, centrándose en el grupo y su comunidad y no en el individuo, y al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado varios pronunciamientos que buscan garantizar dichos derechos en Estados con situaciones demográficas diferentes, teniendo en común una presencia indígena:

“148. Mediante una interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, tomando en cuenta las normas de interpretación aplicables y, de conformidad con el artículo 29.b de la Convención - que prohíbe una interpretación restrictiva de los derechos -, esta Corte considera que el artículo 21 de la Convención protege el derecho a la propiedad en un sentido que comprende, entre otros, los derechos de los miembros de las comunidades indígenas en el marco de la propiedad comunal, la cual también está reconocida en la Constitución Política de Nicaragua.

149. Dadas las características del presente caso, es menester hacer algunas

precisiones respecto del concepto de propiedad en las comunidades indígenas. Entre los indígenas existe una tradición comunitaria sobre una forma comunal de la propiedad colectiva de la tierra, en el sentido de que la pertenencia de ésta no se centra en un individuo sino en el grupo y su comunidad. Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras”.

“154. La garantía del derecho a la propiedad comunitaria de los pueblos indígenas debe tomar en cuenta que la tierra está estrechamente relacionada con sus tradiciones y expresiones orales, sus costumbres y lenguas, sus artes y rituales, sus conocimientos y usos relacionados con la naturaleza, sus artes culinarias, el derecho consuetudinario, su vestimenta, filosofía y valores. En función de su entorno, su integración con

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

la naturaleza y su historia, los miembros de las comunidades indígenas transmiten de generación en generación este patrimonio cultural inmaterial, que es recreado constantemente por los miembros de las comunidades y grupos indígenas”.

*“La autodeterminación constitutiva haría referencia a los momentos concretos en los que se crean o modifican las instituciones de gobierno de una comunidad; la continua, a su forma y funcionamiento, estructurada en círculos”.*⁴⁶

b. Libre determinación

El derecho a la libre determinación refiere a la posibilidad que tiene un pueblo de elegir el marco político más favorable para su desarrollo económico, social y cultural,⁴⁵ bajo una concepción ligada a la vertiente interna de la definición.

En las relaciones internacionales, la Carta de las Naciones Unidas consagra el principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación como una forma de promover condiciones de estabilidad y bienestar entre sus Estados miembros; concepción ligada a la soberanía.

En el análisis del concepto bajo estudio, el Profesor James Anaya llama a evitar dicha dicotomía, la cual proviene de una visión occidental ligada a la cohesión etnográfica y soberanía territorial ejercida históricamente, y en su lugar propone tener en cuenta aspectos constitutivos y continuos que se aplicarían en *toda* asociación humana.

La Declaración Americana, siguiendo el camino establecido en la Declaración de la ONU se ha dotado de una provisión que acuerda a los pueblos indígenas el derecho a determinar libremente su condición política y perseguir el desarrollo económico, social y cultural.⁴⁷

“La Declaración Americana, siguiendo el camino establecido en la Declaración de la ONU se ha dotado de una provisión que acuerda a los pueblos indígenas el derecho a determinar libremente su condición política y perseguir el desarrollo económico, social y cultural.”

Asimismo, ambos textos proclaman un derecho al autogobierno o a la autonomía en cuestiones relacionadas con asuntos internos, e implacaría el “derecho a mantener sus instituciones propias de decisión, participar en decisiones que afecten a los pueblos indígenas por medio de representantes elegidos en función de sus propias normas, procedimientos y tradiciones, y todo ello sin afectar la participación en todas instituciones y foros nacionales”.⁴⁸

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en su decisión del caso del pueblo Saramaka vs. Surinam, avaló la posición del Comité sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la ONU que ha interpretado el artículo 1 en común de los pactos económicos, sociales y culturales como aplicable a los pueblos indígenas, y se pronunció a favor del derecho de los miembros de las comunidades indígenas y tribales a determinar libremente y disfrutar su propio desarrollo social, cultural y económico.⁴⁹

“Al respecto, en virtud del derecho a la autodeterminación de los pueblos indígenas conforme a dicho artículo 1, los pueblos podrán ‘proveer[r] a su desarrollo económico, social y cultural’ y pueden ‘disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales’ para que no se los prive de ‘sus propios medios de

subsistencia’. Conforme al artículo 29.b de la Convención Americana, esta Corte no puede interpretar las disposiciones del artículo 21 de dicho instrumento en el sentido que limite el goce y ejercicio de los derechos reconocidos por Surinam en dicho Pactos (...)”

El análisis anterior sustenta una interpretación del artículo 21 de la Convención Americana al grado de exigir el derecho de los integrantes de los pueblos indígenas y tribales a que determinen y gocen, libremente, de su propio desarrollo social, cultural y económico, el cual incluye el derecho a gozar de la particular relación espiritual con el territorio que han usado y ocupado tradicionalmente. Por ello, en el presente caso, el derecho a la propiedad protegido conforme al artículo 21 de la Convención Americana, es interpretado a la luz de los derechos reconocidos en los artículos 1 en común y 27 del PIDCP, los cuales no podrán ser restringidos al interpretar la Convención Americana en el presente caso, confiere a los integrantes del pueblo Saramaka el derecho al goce de su propiedad de conformidad con su tradición comunitaria.”

En materia de participación de los pueblos indígenas a la vida nacional, incluyendo cuerpos deliberantes, la Corte Interamericana de Derechos Humanos consagra en el Caso Yatama

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

Vs. Nicaragua ciertos principios que deben prevalecer para facilitar la participación de los pueblos indígenas en la esfera de lo público, respetando sus tradiciones y costumbres.⁵⁰

Debemos indicar al mismo tiempo que ambos documentos declaratorios, el regional y el de la ONU, incluyen dos provisiones similares que establecen como alcance de los derechos enunciados no menoscabar los derechos de los pueblos indígenas ni alentar o autorizar acciones que menoscaben la integridad territorial o la unidad política.

El tema de la integridad territorial está previsto en el artículo IV de la *Declaración Americana* y 46.1 de la *Declaración de la ONU*. Con la diferencia que el texto regional incluye una referencia a ambos instrumentos:

*“Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la **Carta de la Organización de los Estados Americanos** y a Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar*

o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.”(énfasis agregado)

El respeto de los derechos de los pueblos indígenas está previsto en los artículos XXXVI y XL de la *Declaración Americana* y 46.2 y 46.3 de la *Declaración de la ONU* que prevén referencia a la ley de cada Estado “*con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos*”:

Artículo XXXVI. *En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática.*

Artículo XL. *Ninguna disposición de la presente Declaración se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe los*

derechos que los pueblos indígenas gozan en la actualidad o que puedan adquirir en el futuro.

opinión del destinatario de la consulta para otorgarle elementos a quien debe tomar una decisión.⁵²

Las directrices de la ONU⁵¹ proponen la implementación de la libre determinación a través de acuerdos apropiados entre los Estados y los pueblos indígenas en que se establezcan mecanismos ligados, entre otros, a disposiciones de autonomía; autogobierno; autogestión; control o influencia sobre servicios básicos como la educación y la salud; reconocimiento y mantenimiento de los órganos tradicionales de toma de decisiones políticas y sistemas legales; y, plena y efectiva participación en la vida pública. Debido a las similitudes en los textos relativos a la libre determinación entre las declaraciones regional y universal, dichas directrices permitirán facilitar su implementación.

c. La Consulta

La consulta consiste en solicitar a un organismo, persona o grupo de personas una opinión respecto a una consideración de su competencia o calificación frente a la cual no existe obligación de cumplimiento, incluyendo aquellos casos en que se está obligado a solicitar esta opinión (casos de consulta obligatoria). En este sentido, la finalidad de la consulta es conocer la

Los mecanismos de participación y consulta ciudadana otorgan al Presidente, Congreso o Asamblea Legislativa la potestad de someter una ley, un proyecto de ley o de reforma constitucional para diversos fines. El referendo consultivo, que puede ser vinculante o no, es un mecanismo orientado a acudir a la ciudadanía en busca de conocer su opinión sobre un tema específico y de trascendencia para el país.⁵³ Las evaluaciones de impacto ambiental permiten la participación pública de los ciudadanos como uno de los ejes principales de validación de proyectos de desarrollo. En muchos casos las audiencias públicas son obligatorias, pero las decisiones de dichas audiencias públicas no son vinculantes necesariamente.⁵⁴

En el derecho indígena, los instrumentos jurídicos internacionales consagran un derecho a la consulta acerca de las decisiones que son susceptibles de afectarles, asignando un espacio privilegiado a la participación de los pueblos indígenas.

Tanto el Convenio 169 de la OIT como la Declaración de Naciones

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

Unidas establecen las pautas aplicables en materia de consulta. También han intervenido en la definición de dichos conceptos Relatores de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas. En su informe del año 2009, el ex Relator James Anaya constataba el incumplimiento de ciertos Estados que fueron objeto de observaciones por parte del Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas, del Comité de Derechos Humanos de ONU y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, respecto a la ausencia de consulta con los pueblos indígenas, e instaba a tomar en cuenta los instrumentos de protección y promoción de los Derechos Humanos en las decisiones que afecten a dichos pueblos.⁵⁵

La *Declaración Americana* propone en la mayoría de sus disposiciones el respeto del consentimiento previo, libre e informado, salvo en algunas provisiones que exige la celebración de consultas de buena fe, tal es el caso en materia de promoción y uso de sistemas o prácticas interculturales en los servicios médicos y sanitarios;⁵⁶ la adopción de medidas efectivas para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de derechos de asociación, reunión, organización, incluyendo el desarrollo

de relaciones y encuentros de pueblos divididos por fronteras nacionales.⁵⁷

Se debe poner de relieve que la *Declaración Americana* impone la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas en todos los asuntos que impliquen consulta o consentimiento, exigencia que no existe de manera expresa en la Declaración de Naciones Unidas.

En el Sistema Interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos vincula el derecho a la consulta con el artículo 23 de la *Convención Americana de Derechos Humanos* que refiere a la participación en los asuntos públicos⁵⁸ e impone una participación efectiva en “*relación con todo plan de desarrollo, inversión, exploración o extracción que se lleve a cabo dentro del territorio y no impliquen una denegación de su subsistencia como pueblo tribal*”.⁵⁹

En el caso *Saramaka*, la Corte establece un listado de medidas estatales en casos de exploración o extracción de recursos naturales.⁶⁰

“i) *efectuar un proceso adecuado y participativo que garantice su derecho a la consulta, en particular, entre otros supuestos, en casos de planes de desarrollo o de inversión a gran escala; ii) la realización de un estudio de impacto*

ambiental; y iii) en su caso, compartir razonablemente los beneficios que se produzcan de la explotación de los recursos naturales (como una forma de justa indemnización exigida por el artículo 21 de la Convención), según lo que la propia comunidad determine y resuelva respecto de quiénes serían los beneficiarios de tal compensación según sus costumbres y tradiciones.”

La Corte también ha exigido consultas previas en situaciones que involucren la “elección y entrega de tierras alternativas y el pago de una justa indemnización o ambos”.⁶¹ En el caso *Sarayaku*, la Corte enumera las características de la consulta que debe realizar el Estado respecto a planes de desarrollo o inversión dentro de su territorio, indicando que su incumplimiento podría involucrar la responsabilidad internacional de los Estados.⁶²

“el Estado tiene el deber de consultar, activamente y de manera informada, con dicha comunidad, según sus costumbres y tradiciones, en el marco de una comunicación constante entre las partes. Además, las consultas deben realizarse de buena fe, a través de procedimientos culturalmente adecuados y deben tener como fin llegar a un acuerdo. Asimismo, se debe consultar con el pueblo o la comunidad, de conformidad con sus propias

tradiciones, en las primeras etapas del plan de desarrollo o inversión y no únicamente cuando surja la necesidad de obtener la aprobación de la comunidad, si éste fuera el caso. Asimismo, el Estado debe asegurarse que los miembros del pueblo o de la comunidad tengan conocimiento de los posibles beneficios y riesgos, para que puedan evaluar si aceptan el plan de desarrollo o inversión propuesto. Por último, la consulta debe tener en cuenta los métodos tradicionales del pueblo o comunidad para la toma de decisiones”.

La CIDH considera que la consulta debe ser obligatoria en aquellos casos en que el reconocimiento de la tierra o territorio respectivo está en proceso de reivindicación.⁶³

“Los procedimientos de consulta previa deben efectuarse con respecto a los grupos que pueden resultar afectados, o bien porque poseen la tierra o territorio respectivo, o bien porque el reconocimiento de los mismos se encuentra en proceso de reivindicación”.

Por lo demás, la Corte deja en manos de los mismos miembros de la comunidad la determinación de las personas que participan en los procesos de consulta: “los Saramaka deben determinar, de conformidad con sus costumbres y tradiciones, cuáles miembros de la tribu

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

estarán involucrados en dichas consultas” (al momento de esta decisión *Suriname* no era parte del Convenio 169, por lo tanto, el análisis no tiene en cuenta los preceptos establecidos en dicho instrumento).⁶⁴

En lo que respecta a las costumbres y tradiciones, la Corte reconoció en el caso *Sarayaku*, el derecho a la identidad cultural como “*un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática*”. En la instancia se analizaron las obligaciones internacionales contraídas por el Estado en la causa *vis-a-vis* el Convenio 169 y la Declaración de la ONU, y se constataron las implicaciones de la consulta y el derecho a la identidad cultural:⁶⁵

“Dada la importancia que tienen los sitios de valor simbólico para la identidad cultural del Pueblo Sarayaku y su cosmovisión, como sujeto colectivo, varios de los testimonios y peritajes producidos durante el proceso indican el fuerte lazo que existen entre los elementos de la naturaleza y de la cultura, por un lado, y las dimensiones del ser de cada integrante del Pueblo, por otro... La Corte considera que la falta de consulta al Pueblo Sarayaku afectó su identidad cultural, por cuanto no cabe duda que

la intervención y destrucción de su patrimonio cultural implica una falta grave al respeto debido a su identidad social y cultural, a sus costumbres, tradiciones, cosmovisión y a su modo de vivir, produciendo naturalmente gran preocupación, tristeza y sufrimiento entre los mismos”.

d. El consentimiento

El término se refiere a la manifestación de voluntad (ya sea tácita o expresa) de dos o más personas de suscribir un acto jurídico. Respecto a un contrato, el consentimiento es la conformidad que las partes expresan sobre su contenido. También aparece como la autorización entregada por una persona a un acto que la otra no puede cumplir sin esta formalidad.⁶⁶

El concepto de *consentimiento* que exigen algunos instrumentos jurídicos internacionales relativos a los pueblos indígenas se refiere a su derecho de participar en el proceso de toma de decisiones y expresar su voluntad respecto de las políticas concertadas, antes de la ejecución de planes o proyectos que puedan afectarles. Ello implicaría un deber del Estado de buscar el consentimiento de los pueblos indígenas para asegurar que los actores privados - tal como las empresas - den pleno cumplimiento a esta exigencia.⁶⁷

“El concepto de consentimiento que exigen algunos instrumentos jurídicos internacionales relativos a los pueblos indígenas se refiere a su derecho de participar en el proceso de toma de decisiones y expresar su voluntad respecto de las políticas concertadas, antes de la ejecución de planes o proyectos que puedan afectarles.”

Varios órganos de la ONU, entre ellos la OIT, el *Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas* y el *Grupo de Naciones Unidas para el Desarrollo*, se han pronunciado sobre los requisitos que el consentimiento debe ser:⁶⁸

*“Libre”: implica la ausencia de coerción, intimidación o manipulación.*⁶⁹

*“Previo”: impone suficiente antelación antes de realizar la actividad relacionada con la decisión.*⁷⁰

“Informado”: requiere que los pueblos indígenas cuenten con una información clara y precisa sobre todos los hechos y

*cifras relevantes,⁷¹ que se presente en forma comprensible, en un idioma que los pueblos indígenas comprendan plenamente, teniendo en cuenta sus tradiciones orales.*⁷²

El *Mecanismo de Expertos sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* de la ONU impone el consentimiento de los pueblos indígenas en las cuestiones que revisten “una importancia fundamental para sus derechos, supervivencia, dignidad y bienestar” a la luz de los siguientes factores: “el punto de vista de esos pueblos indígenas, la naturaleza de la actividad propuesta y su repercusión, los efectos acumulativos de las injerencias o actividades anteriores y las desigualdades históricas sufridas por los pueblos indígenas en cuestión”.⁷³

Por su parte, el ex Relator Especial de la ONU, James Anaya, propone algunos criterios para determinar aquellos proyectos que puedan causar impactos mayores: “i) la pérdida de territorios y tierra tradicional, ii) el desalojo, iii) la migración y el posible reasentamiento, iv) el agotamiento de recursos necesarios para la subsistencia física y cultural, v) la destrucción y contaminación del ambiente tradicional, vi) la desorganización social y comunitaria, vii) impactos sanitarios y nutricionales negativos y de larga duración, o vii) abuso y violencia”.⁷⁴

En todos los casos, el “consentimiento” exige que los pueblos indígenas

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

comprendan cabalmente y razonablemente el significado y las consecuencias, y los acepten⁷⁵ manifestando su acuerdo explícitamente.⁷⁶ El *Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas de la ONU* precisa que el consentimiento libre, previo e informado es un principio evolutivo y su ulterior desarrollo debería adaptarse a diferentes realidades.⁷⁷ La violación de cualquiera de los requisitos metodológicos puede conducir a la revocación del consentimiento prestado.⁷⁸ Además, según la interpretación de la OIT, los pueblos indígenas pueden negarse a dar su consentimiento.⁷⁹

Se debe subrayar que en ningún caso las disposiciones del *Convenio 169* o de la *Declaración de la ONU* implican que las comunidades tengan un poder de veto.⁸⁰ Según la OIT cuando un Estado pruebe que ha cumplido con los requisitos para conseguir el consentimiento y que no lo obtiene, para proceder a la iniciativa deberá demostrar que los derechos de los pueblos indígenas interesados están adecuadamente protegidos y adoptar las medidas adecuadas para mitigar los impactos negativos del proyecto propuesto (pasos procedimientos, compensación, etc.).⁸¹ Por su parte, el ex Relator, Anaya, advierte sobre la necesidad de buscar acuerdos mutuos

aceptables y el momento en que se deben tomar las decisiones.

*“Esta provisión de la Declaración no debe ser considerada como acordando un derecho general de veto respecto a las decisiones que pueden afectarles pero el establecimiento del consentimiento debe ser el objetivo de las consultas con los pueblos indígenas. En este contexto, el Convenio de la OIT prevé que las consultas sean hechas “con el objetivo de llegar a un acuerdo o consentimiento respecto a la medida propuesta (art.6 par.2). La diferencia en el lenguaje sugiere un mayor énfasis respecto a la necesidad de consultar por medio de negociaciones hacia una acuerdo mutuo aceptable, previo a las decisiones respecto a las medidas propuestas, en lugar de consultas ligadas a mecanismos que provean los pueblos indígenas con información sobre decisiones que han sido tomadas o en el proceso de su toma, sin permitirles de manera genuina influenciar el proceso de toma de decisión”.*⁸²

Tres provisiones de la Declaración Americana exigen la consulta como una medida anterior a la obtención del consentimiento previo, libre e informado:

- previo a la adopción de medidas legislativas o administrativas que los afecten a los pueblos indígenas⁸³

- antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo⁸⁴
- al momento de adoptar medidas nacionales que busquen el reconocimiento y la protección adecuada del patrimonio cultural y la propiedad intelectual asociada al patrimonio de los pueblos indígenas, y ello al momento de adoptar acuerdos y regímenes nacionales e internacionales,⁸⁵ provisión que no se invoca en la *Declaración de la ONU*.

Los párrafos citados de los artículos XXIII y XXIX reproducen provisiones de la *Declaración de Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* que reconocen como objeto principal de la consulta la obtención del “consentimiento libre, previo e informado”, lo cual marca una diferencia con el texto de la OIT en donde se prevé que la consulta debería permitir la búsqueda de acuerdos o el consentimiento.

En relación a las decisiones legislativas o administrativas que les afecten ambos textos declaratorios exigen la

participación de “*instituciones representativas*” de los pueblos indígenas interesados y la cooperación de los Estados en donde impere la buena fe.⁸⁶

Desde el punto de vista temporal, la consulta establecida en el caso de los proyectos que afecten “*sus tierras, o territorios y otros recursos*” debe realizarse “*antes de aprobar cualquier proyecto*”⁸⁷ (énfasis agregado).

Específicamente, el consentimiento previo, libre e informado es exigido por la *Declaración Americana*, cuando se adopten medidas que involucren investigaciones, experimentaciones biológicas o médicas, incluyendo la esterilización,⁸⁸ situación que no contempla la Declaración de Naciones Unidas.

Sin embargo, el instrumento regional no introdujo disposiciones similares que exijan el consentimiento de los pueblos indígenas respecto a traslados de sus tierras y territorios⁸⁹ y al almacenamiento y la eliminación de materiales peligrosos en sus territorios,⁹⁰ ambos casos *a priori* no son permitidos, y por ello se exige el consentimiento de los pueblos indígenas interesados.

Por otra parte, ambos instrumentos imponen la reparación para los pueblos indígenas “*respecto de los bienes culturales*,

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

*intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados” en ausencia de su consentimiento libre, previo e informado, señalando la restitución como una forma de reparación y en un marco en que participen los pueblos indígenas”.*⁹¹

Es posible observar que algunos Estados Miembros de la OEA se han dotado de mecanismos de participación directa en el ámbito interno, tanto a nivel de sus constituciones (es el caso de Argentina, Bolivia, Colombia, Ecuador, México y Venezuela) como por medio de sus legislaciones internas en lo que respecta a: la gestión de sus recursos naturales,⁹² la elaboración y ejecución de planes municipales o nacionales de desarrollo,⁹³ la adopción de planes de prospección y explotación de recursos que se encuentren en sus tierras así como la participación de éstos en los beneficios que reporten tales proyectos,⁹⁴ la adopción de leyes que puedan afectar sus derechos colectivos,⁹⁵ entre otros.⁹⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha exigido el consentimiento libre e informado de los pueblos indígenas con carácter previo a la realización de proyectos que les puedan afectar, una vez realizada la consulta en el contexto de la extracción de recursos naturales.⁹⁷

“Asimismo, la Corte considera que, cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que tendrían un mayor impacto dentro del territorio Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramakas, sino también debe obtener el consentimiento libre, informado y previo de éstos, según sus costumbres y tradiciones. La Corte considera que la diferencia entre “consulta” y “consentimiento” en este contexto requiere de mayor análisis”.

La Corte Interamericana establece como una obligación la obtención del consentimiento en la sentencia interpretativa del caso mencionado en los siguientes términos:⁹⁸

“el Estado tiene el deber, desde el inicio de la actividad que se propone, de consultar activamente con el pueblo Saramaka, de buena fe, y con el objetivo de llegar a un acuerdo, lo cual a su vez requiere que el Estado acepte y brinde información al respecto en un formato entendible y públicamente accesible. Además, dependiendo del nivel de impacto que tendrá la actividad que se propone, el Estado podría ser requerido a obtener el consentimiento del pueblo Saramaka. El Tribunal enfatizó que cuando se trate de planes de desarrollo o de inversión a gran escala que podrían afectar la integridad de las tierras y recursos naturales del

pueblo Saramaka, el Estado tiene la obligación, no sólo de consultar a los Saramaka, sino también de obtener su consentimiento libre, informado y previo, según sus costumbres y tradiciones”.

e. Tierras, Territorios y Recursos

El concepto de territorio es definido como la porción del planeta que está sujeta a la soberanía de un Estado.⁹⁹ Sin un territorio, una persona legal no puede transformarse en un Estado.

La tierra es definida por la Organización Internacional de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO) como un “recurso natural esencial tanto para la sobrevivencia y la prosperidad de la humanidad como para el mantenimiento de todo el ecosistema terrestre (...) La tierra no debe ser considerada simplemente como el suelo y la superficie topográfica sino que abarca muchos otros elementos como los depósitos superficiales, los recursos de agua y clima y también las comunidades animales y vegetales que se han desarrollado como resultado de la interacción de esas condiciones físicas”. De hecho, la misma organización insta a la humanidad a trabajar como gestora en lugar de explotadora con el fin de “salvaguardar los derechos de las generaciones que aún no han nacido y de conservar la tierra como base del ecosistema global”.¹⁰⁰

Los recursos naturales refieren a “todo lo que el ser humano puede obtener y servirse de cualquier parte del universo, desde el punto de vista de la física, esto comprendería la energía solar y la energía proveniente de la gravedad, los yacimientos mineros y la misma lluvia. En el dominio biológico, se incluiría a la flora y la fauna, tanto salvaje como domesticada, incluyendo los recursos humanos. Existirían recursos importantes tanto en la superficie de la tierra como en el subsuelo rocoso y en el aire. Adicionalmente, el agua y la tierra son en sí dos recursos naturales esenciales para la vida. Los recursos naturales incluyen aquellos que se encuentran en estado bruto y pueden servir a satisfacer las necesidades del ser humano, y aquellos que este último es capaz de transformar. También, existen categorías respecto de los recursos renovables y los que no lo son”.¹⁰¹

La Declaración Americana consagra en un mismo grupo de artículos tanto a los recursos como a las tierras y territorios, en cuya redacción se puede percibir un reconocimiento de la cosmovisión de los pueblos indígenas y de las formas tradicionales de propiedad que tiene en consideración la especial relación que mantienen los pueblos indígenas con el medio ambiente, sus tierras, territorios y recursos. Todo ello teniendo en cuenta que la integridad territorial y la defensa de la soberanía son nociones consagradas tanto en la

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

Carta de la OEA (artículo 1) como en la Carta de la ONU (artículo 2 (4)).

El preámbulo de la *Declaración Americana*, establece como urgente la necesidad de respetar y promover los derechos a sus tierras, territorios y recursos, junto con atribuir la ordenación adecuada del medio ambiente y el desarrollo sostenible y equitativo “a la contribución de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas”.

En la parte sustantiva se contempla “la relación espiritual, cultural y material” de los pueblos indígenas con sus tierras, territorios y recursos, se fija un derecho de “posesión, uso, desarrollo y control”, se admite un reconocimiento de dichas tierras, territorios y recursos, mientras que los Estados deben “establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección”, de la misma manera que fuera fijado por la Declaración de la ONU.¹⁰²

De la relación de los pueblos indígenas con la naturaleza se desprenden responsabilidades respecto de la “conservación, restauración y protección del medio ambiente y el manejo sustentable de sus tierras, territorios y recursos” a la luz del reconocimiento que se hace en la parte preambular sobre “el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas” y su

“El preámbulo de la Declaración Americana, establece como urgente la necesidad de respetar y promover los derechos a sus tierras, territorios y recursos, junto con atribuir la ordenación adecuada del medio ambiente y el desarrollo sostenible y equitativo “a la contribución de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas.”

contribución “al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente”. Lo cual se vincula directamente con los párrafos 2 y 4 del artículo XIX y más directamente con el párrafo primero del artículo XXV que llama a mantener y fortalecer su relación espiritual, cultural y material con sus tierras territorios y recursos, junto con instar expresamente a asumir sus responsabilidades:

*Artículo XIX.2. Los pueblos indígenas tienen **derecho a conservar, restaurar y proteger el medio ambiente** y al manejo sustentable de sus tierras, territorios y recursos.*

Artículo XIX. 4. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

Artículo XXV.1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual, cultural y material con sus tierras, territorios y recursos, y a asumir sus responsabilidades para conservarlos para ellos mismos y para las generaciones venideras (énfasis agregado).

También, se respeta el carácter colectivo de las tierras, territorios y recursos en función de la garantía que resultan de las provisiones sobre los derechos colectivos, tal como lo explicáramos anteriormente.¹⁰³

Tal como lo anunciáramos, la *Declaración Americana* somete tanto al ordenamiento jurídico de cada Estado como a los instrumentos internacionales pertinentes del reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de propiedad, posesión o dominio de sus tierras, territorios y recursos, por medio del artículo XXV (5) que establece:¹⁰⁴

“Los pueblos indígenas tienen el derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de propiedad, posesión o dominio de sus tierras, territorios y recursos de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada Estado y los instrumentos internacionales pertinentes. Los Estados establecerán los regímenes especiales apropiados para este reconocimiento y su efectiva demarcación o titulación”.

Esta provisión fue objeto de muchos debates, y se impuso como una forma de rescatar el consenso en la etapa final de la negociación en el seno del *Grupo de Trabajo*.

Hubo una tentativa de atribuir espacios de participación a los pueblos indígenas respecto a la explotación de los recursos del suelo y del subsuelo, en casos en que la propiedad de los minerales perteneciera al Estado, posibilitando distribuir los beneficios que dichas actividades reportasen, ello a instancia de lo establecido por el artículo 15 del *Convenio 169* de la OIT. Sin embargo, la propuesta no prosperó.

También se propuso dotar a los pueblos indígenas de un derecho explícito a participar en la “*formulación, planeamiento, ordenamiento e implementación de políticas, normas, programas y medidas y*

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

cualquier otra actividad que pueda afectar al medio ambiente”.¹⁰⁵ Esta última provisión tampoco alcanzó acuerdo, por lo cual se mantuvo una referencia general que otorgaba a los pueblos indígenas un derecho a “*la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos*”.¹⁰⁶

En otro orden de ideas, la *Declaración Americana* se pronuncia en dos instancias respecto a la reparación en temas ligados a tierras, territorios y recursos:¹⁰⁷

Por una parte, propone “*medidas eficaces*” para mitigar impactos adversos ecológicos, económicos, sociales, culturales o espirituales en los casos de proyectos de desarrollo que afecten tierras o territorios y otros recursos, provisión que difiere en ciertos elementos de lo establecido por la Declaración de la ONU, que en su lugar prevé “*mecanismos eficaces*” destinados a reparar de manera justa y equitativa, y ello no solamente en casos de proyectos de desarrollo, considerando que la expresión “*cualquiera de esas actividades*” estaría refiriendo a “*cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos*”¹⁰⁸

Por otra parte, la *Declaración Americana* se pronuncia sobre un derecho a restitución en aquellos casos que los “*pueblos indígenas hayan sido desposeídos de sus propios medios de subsistencia y desarrollo*”, proponiendo la indemnización justa y equitativa, cuando ello no sea posible. Una propuesta similar existe en la Declaración de la ONU en caso de haber sido desposeídos de propios medios de subsistencia y desarrollo.¹⁰⁹ A ello, el documento universal incluye una provisión adicional que exige la restitución de manera prioritaria y alternativamente la indemnización monetaria u de otra naturaleza, respecto a “*tierras, los territorios y los recursos que tradicionalmente haya poseído u ocupado o utilizado y que hayan sido confiscados, tomados, ocupados, utilizados o dañados sin su consentimiento libre, previo e informado*”.¹¹⁰

Es importante indicar que el derecho a la compensación que alude la *Declaración Americana* incluiría perjuicios causados “*por la ejecución de planes, programas o proyectos del Estado, de organismos financieros internacionales o de empresas privadas*” (énfasis agregado).

Estos actores no han sido incorporados de manera expresa la Declaración de la ONU, aunque como lo hemos visto en la sección sobre el consentimiento, es algo que ha sido exigido

por el Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas.

En el Sistema Interamericano, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido los derechos de propiedad de los pueblos indígenas sobre los recursos naturales encontrados en sus territorios:

“El derecho a utilizar y gozar de las tierras que los miembros del pueblo (...) poseen tradicionalmente implica, necesariamente, gozar de un derecho similar respecto de los recursos naturales que son necesarios para su supervivencia”.¹¹¹

“En el caso de los pueblos indígenas el acceso a sus tierras ancestrales y al uso y disfrute de los recursos naturales que en ellas se encuentran están directamente vinculados con la obtención de alimento y el acceso a agua limpia. Al respecto, el citado Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha destacado la especial vulnerabilidad de muchos grupos de pueblos indígenas cuyo acceso a las tierras ancestrales puede verse amenazado y, por lo tanto, su posibilidad de acceder a medios para obtener alimento y agua limpia”.¹¹²

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido pionera respecto a la relación estrecha de los pueblos

indígenas con la tierra, incluyendo el derecho al goce de la tierra sin exigir un título formal de propiedad:

“Los indígenas por el hecho de su propia existencia tienen derecho a vivir libremente en sus propios territorios; la estrecha relación que los indígenas mantienen con la tierra debe de ser reconocida y comprendida como la base fundamental de sus culturas, su vida espiritual, su integridad y su supervivencia económica. Para las comunidades indígenas la relación con la tierra no es meramente una cuestión de posesión y producción sino un elemento material y espiritual del que deben gozar plenamente, inclusive para preservar su legado cultural y transmitirlo a las generaciones futuras. El derecho consuetudinario de los pueblos indígenas debe ser tenido especialmente en cuenta, para los efectos de que se trata. Como producto de la costumbre, la posesión de la tierra debería bastar para que las comunidades indígenas que carezcan de un título real sobre la propiedad de la tierra obtengan el reconocimiento oficial de dicha propiedad y el consiguiente registro.”¹¹³

En el contexto de las decisiones a favor de la propiedad de la tierra a los pueblos indígenas que no cuentan con título formal, la Corte se ha pronunciado a favor de medidas especiales

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

para garantizar el ejercicio de dicho derecho de propiedad, protección que busca garantizar su supervivencia física y cultural, tanto para pueblos tribales como indígenas:

*“Particularmente, en el caso Moiwana, la Corte determinó que otra de las comunidades maroon que viven en Surinam tampoco es indígena a la región pero que constituye una comunidad tribal que se asentó en Surinam en los siglos XVII y XVIII, y que esta comunidad tribal tenía “una relación profunda y abarcativa respecto de sus tierras ancestrales” que se centraba no “en el individuo, sino en la comunidad en su conjunto”.*¹¹⁴

el caso *Sarayaku*, la Corte señaló que la existencia de una relación de los pueblos y comunidades indígenas con sus tierras tradicionales puede expresarse de diversas maneras dependiendo del pueblo y las circunstancias. En la instancia, se determinó que efectivamente existía un *“profundo lazo cultural, inmaterial y espiritual que la comunidad mantiene con su territorio”*.¹¹⁵

“Algunas formas de expresión de esta relación podrían incluir el uso o presencia tradicional, a través de lazos espirituales o ceremoniales; asentamientos o cultivos esporádicos; formas tradicionales de subsistencia, como caza, pesca o recolección

estacional o nómada; uso de recursos naturales ligados a sus costumbres u otros elementos característicos de su cultura. El segundo elemento implica que los miembros de la Comunidad no se vean impedidos, por causas ajenas a su voluntad, de realizar aquellas actividades que revelan la persistencia de la relación con sus tierras tradicionales”.

La Corte ha determinado que el derecho a la propiedad establecido por el artículo 21 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* puede ser sujeto de restricciones por parte del Estado en los siguientes casos: *“a) hayan sido previamente establecidas por ley; b) sean necesarias; c) proporcionales y d) que tengan el fin de lograr un objetivo legítimo en una sociedad democrática”*.¹¹⁶

En la evolución de las reivindicaciones indígenas en el tema de las tierras y territorios en el hemisferio, el profesor José Aylwin explica que en un primer momento se ha buscado la protección jurídica de las tierras ancestrales y de los recursos naturales, mientras que el reconocimiento y protección de la territorialidad ha sido una demanda más reciente:

La demanda de los indígenas por territorio parece ser más compleja, puesto a que ella tiene componentes de carácter

*material, relacionados con los espacios físicos reivindicados y los recursos que hay en ellos, así como componentes inmateriales, de carácter político y simbólico.*¹¹⁷

Además, de las reformas necesarias para reconocer y proteger los derechos estipulados en los instrumentos jurídicos en la materia, el profesor Aylwin constata la necesidad de destinar mayores recursos a los programas de saneamiento, demarcación y titulación de las tierras y territorios indígenas, así como el respeto por las formas de tenencia comunal. También, considera esencial “*abrir espacios para hacer posible mayores grados de autonomía y/o participación en la gestión de los procesos económicos, sociales y políticos al interior de los espacios territoriales indígenas*”.¹¹⁸ En este ámbito, el profesor James Anaya, propone la adopción de las medidas adecuadas para identificar las tierras comunales, los recursos naturales y los mismos proyectos de inversión en territorios indígenas.¹¹⁹

Existen considerables esfuerzos realizados por las Naciones Unidas en materia de desarrollo sostenible con implicaciones respecto a la tierra, territorios y recursos por medio de la Agenda 21 (cuyo capítulo 26 busca reconocer y fortalecer el papel de las comunidades indígenas), la declaración

de Río de Janeiro sobre el medio ambiente y desarrollo, y la declaración de principios para la gestión sostenible de los bosques.

En todos los casos, el control y la posesión de la propiedad de las tierras, territorios y recursos aparece como un elemento esencial para la supervivencia y desarrollo de los pueblos indígenas.

*“... elementos únicos para los pueblos indígenas i) existe una profunda relación entre los pueblos indígenas y sus tierras, territorios y recursos; ii) esta relación entraña diversas dimensiones y responsabilidades sociales, culturales, espirituales, económicas y políticas; iii) la dimensión colectiva de esta relación es importante; y iv) el aspecto intergeneracional de dicha relación también es fundamental para la identidad, la supervivencia y la viabilidad cultural de los pueblos indígenas”.*¹²⁰

V. Conclusiones

Habría aproximadamente 60 millones de personas de origen indígena en el hemisferio.

El balance de la situación de los pueblos indígenas en las Américas ha evolucionado en ciertos aspectos a favor del bienestar de los indígenas,

teniendo en cuenta, entre otros elementos, el aumento en la escolarización de las nuevas generaciones, la emergencia de políticas indígenas tanto en foros internacionales como al interior de los países; y el interés en avanzar en diálogos y negociaciones entre gobiernos, organismos internacionales y representaciones indígenas, procesos en los cuales las mujeres indígenas han tenido un papel fundamental. No obstante lo señalado, perduran obstáculos que trascienden negativamente en la vida de los pueblos indígenas en nuestro siglo, quienes asisten a una pérdida de su lengua materna, son víctimas de brechas de desigualdad, y en determinados lugares viven relaciones conflictivas con los poderes nacionales que criminalizan las reivindicaciones indígenas a favor por sus recursos y son víctimas de violaciones de sus recursos humanos:¹²¹

La *Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* aparece entonces como un nuevo refuerzo por parte de una organización regional para fortalecer la protección y promoción efectiva de los derechos de los pueblos indígenas. Su interdependencia con la Declaración de la ONU será de utilidad, cuenta tenida que ambos textos aportan “*normas mínimas para*

“La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas aparece entonces como un nuevo refuerzo por parte de una organización regional para fortalecer la protección y promoción efectiva de los derechos de los pueblos indígenas.”

la supervivencia, dignidad y bienestar de los pueblos indígenas de las Américas”:

- La Declaración hace un llamado a Estados e indígenas a fomentar “las relaciones armoniosas y de cooperación (...) basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe”.
- Se reconoce la organización colectiva de los pueblos indígenas, su carácter pluricultural y multilingüe, el sistema propio de la familia indígena, además de pronunciarse sobre la autoidentificación de las personas que se consideran como indígenas.

- Se plantean mecanismos de consulta y consentimiento en que deben intervenir de manera plena y efectiva los pueblos interesados, junto con promover formas tradicionales de propiedad y garantías respecto a sus tierras, territorios y recursos.
- Busca proteger a los pueblos en aislamiento voluntario o en contacto inicial.
- Se establecen protecciones respecto de las tierras, territorios y recursos, a la luz de los usos, costumbres y cosmovisiones, incluyendo su organización colectiva, “*indispensable para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos*”.

Este aporte de la Organización de los Estados Americanos fue trabajado con una considerable presencia y participación de representantes de pueblos indígenas de toda la región, y persigue el mejor interés de dichos pueblos.

Es un documento *perfectible* que cuenta con el aval de los Estados miembros de la Organización que participaron del consenso. Asimismo, su implementación impone compromisos y acciones tanto a los Estados como a los pueblos indígenas.

Estamos conscientes que este instrumento jurídico será de la mayor relevancia para todos los ciudadanos de nuestro hemisferio, indígenas y no indígenas, y contribuirá en una mayor toma de consciencia de la presencia, diversidad y riqueza de los pueblos en cada uno de nuestros Estados.

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

Anexo I

AG/RES. 2888 (XLVI-O/16)

DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

(Aprobada en la tercera sesión plenaria, celebrada el 15 de junio de 2016)

LA ASAMBLEA GENERAL,

RECORDANDO el contenido de la resolución AG/RES. 2867 (XLIV-O/14), “Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas”, así como todas las resoluciones anteriores relativas a este tema;

RECORDANDO igualmente la “Declaración sobre los derechos de los pueblos indígenas en las Américas”, documento AG/DEC. 79 (XLIV-O/14), que reafirma como una prioridad de la Organización de los Estados Americanos avanzar en la promoción y protección efectiva de los derechos de los pueblos indígenas de las Américas;

RECONOCIENDO el valioso apoyo al proceso en el seno del “Grupo de Trabajo Encargado de Elaborar un Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” por parte de los Estados Miembros, los Estados Observadores, los órganos, organismos y entidades de la Organización de los Estados Americanos;

RECONOCIENDO también la importante participación de los pueblos indígenas de las Américas en el proceso de elaboración de esta Declaración

TENIENDO EN CUENTA el significativo aporte de los pueblos indígenas de las Américas para la humanidad,

RESUELVE:

Aprobar la siguiente Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas: ^{122/123}

DECLARACIÓN AMERICANA SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS

PREÁMBULO

Los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos (en adelante los Estados)

RECONOCIENDO:

Que los derechos de los pueblos indígenas constituyen un aspecto fundamental y de trascendencia histórica para el presente y el futuro de las Américas;

La importante presencia de pueblos indígenas en las Américas, y su inmensa contribución al desarrollo, pluralidad y diversidad cultural de nuestras sociedades y reiterando nuestro compromiso con su bienestar económico y social, así como la obligación a respetar sus derechos y su identidad cultural; y

La importancia que tiene para la humanidad la existencia de los pueblos y las culturas indígenas de las Américas;

REAFIRMANDO que los pueblos indígenas son sociedades originarias, diversas y con identidad propia que forman parte integral de las Américas;

PREOCUPADOS por el hecho de que los pueblos indígenas han sufrido injusticias históricas como resultado, entre otras cosas, de la colonización y de haber sido desposeídos de sus tierras, territorios y recursos, lo que les ha impedido ejercer, en particular, su derecho al desarrollo de conformidad con sus propias necesidades e intereses;

RECONOCIENDO la urgente necesidad de respetar y promover los derechos intrínsecos de los pueblos indígenas, que derivan de sus estructuras políticas, económicas y sociales y de sus culturas, de sus tradiciones espirituales, de su historia y de su filosofía, especialmente los derechos a sus tierras, territorios y recursos;

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

RECONOCIENDO ASIMISMO que el respeto de los conocimientos, las culturas y las prácticas tradicionales indígenas contribuye al desarrollo sostenible y equitativo y a la ordenación adecuada del medio ambiente;

TENIENDO PRESENTE los avances logrados en el ámbito internacional en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas, y en particular, el Convenio 169 de la OIT y la Declaración de la Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas;

TENIENDO PRESENTE TAMBIÉN los progresos nacionales constitucionales, legislativos y jurisprudenciales alcanzados en las Américas para garantizar, promover y proteger los derechos de los pueblos indígenas, así como la voluntad política de los Estados de seguir avanzando en el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas de las Américas;

RECORDANDO los compromisos asumidos por los Estados miembros para garantizar, promover y proteger los derechos e instituciones de los pueblos indígenas, incluyendo aquellos asumidos en la Tercera y Cuarta Cumbre de las Américas;

RECORDANDO ADEMÁS la universalidad, indivisibilidad e interdependencia de los derechos humanos reconocidos por el derecho internacional.

CONVENCIDOS que el reconocimiento de los derechos de los pueblos indígenas en la presente Declaración fomentará las relaciones armoniosas y de cooperación entre los Estados y los pueblos indígenas, basadas en los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la no discriminación y la buena fe;

CONSIDERANDO la importancia de eliminar todas las formas de discriminación que puedan afectar a los pueblos indígenas y teniendo en cuenta la responsabilidad de los Estados para combatirlas;

ALENTANDO a los Estados a que respeten y cumplan eficazmente todas sus obligaciones para con los pueblos indígenas dimanantes de los instrumentos internacionales, en particular las relativas a los derechos humanos, en consulta y cooperación con los pueblos interesados;

DECLARAN:

SECCIÓN PRIMERA: Pueblos Indígenas. Ámbito de aplicación y alcances

Artículo I.

1. La Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas se aplica a los pueblos indígenas de las Américas.
2. La autoidentificación como pueblos indígenas será un criterio fundamental para determinar a quienes se aplica la presente Declaración. Los Estados respetarán el derecho a dicha autoidentificación como indígena en forma individual o colectiva, conforme a las prácticas e instituciones propias de cada pueblo indígena.

Artículo II.

Los Estados reconocen y respetan el carácter pluricultural y multilingüe de los pueblos indígenas, quienes forman parte integral de sus sociedades.

Artículo III.

Los pueblos indígenas tienen derecho a la libre determinación. En virtud de ese derecho determinan libremente su condición política y persiguen libremente su desarrollo económico, social y cultural

Artículo IV.

Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido de que confiere a un Estado, pueblo, grupo o persona derecho alguno a participar en una actividad o realizar un acto contrarios a la Carta de la Organización de los Estados Americanos y a la Carta de las Naciones Unidas, ni se entenderá en el sentido de que autoriza o alienta acción alguna encaminada a quebrantar o menoscabar, total o parcialmente, la integridad territorial o la unidad política de Estados soberanos e independientes.

SECCIÓN SEGUNDA: Derechos Humanos y Derechos Colectivos

Artículo V. Plena vigencia de los derechos humanos

Los pueblos y las personas indígenas tienen derecho al goce pleno de todos los derechos humanos y libertades fundamentales, reconocidos en la Carta de las Naciones Unidas, la Carta de la Organización de los Estados Americanos y en el derecho internacional de los derechos humanos.

Artículo VI. Derechos colectivos

Los pueblos indígenas tienen derechos colectivos indispensables para su existencia, bienestar y desarrollo integral como pueblos. En este sentido, los Estados reconocen y respetan, el derecho de los pueblos indígenas a su actuar colectivo; a sus sistemas o instituciones jurídicos, sociales, políticos y económicos; a sus propias culturas; a profesar y practicar sus creencias espirituales; a usar sus propias lenguas e idiomas; y a sus tierras, territorios y recursos. Los Estados promoverán con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas la coexistencia armónica de los derechos y sistemas de los grupos poblacionales y culturas.

Artículo VII. Igualdad de género

1. Las mujeres indígenas tienen el derecho al reconocimiento, protección y goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales contenidos en el derecho internacional, libres de todas las formas de discriminación.
2. Los Estados reconocen que la violencia contra las personas y los pueblos indígenas, particularmente las mujeres, impide o anula el goce de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.
3. Los Estados adoptarán las medidas necesarias, en conjunto con los pueblos indígenas, para prevenir y erradicar todas las formas de violencia y discriminación, en particular contra las mujeres, las niñas y los niños indígenas.

Artículo VIII. Derecho a pertenecer a pueblos indígenas

Las personas y comunidades indígenas tienen el derecho de pertenecer a uno o varios pueblos indígenas, de acuerdo con la identidad, tradiciones, costumbres y

sistemas de pertenencia de cada pueblo. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo.

Artículo IX. Personalidad jurídica

Los Estados reconocerán plenamente la personalidad jurídica de los pueblos indígenas, respetando las formas de organización indígenas y promoviendo el ejercicio pleno de los derechos reconocidos en esta Declaración.

Artículo X. Rechazo a la asimilación

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener, expresar y desarrollar libremente su identidad cultural en todos sus aspectos, libre de todo intento externo de asimilación.
2. Los Estados no deberán desarrollar, adoptar, apoyar o favorecer política alguna de asimilación de los pueblos indígenas ni de destrucción de sus culturas.

Artículo XI. Protección contra el genocidio

Los pueblos indígenas tienen derecho a no ser objeto de forma alguna de genocidio o intento de exterminio.

Artículo XII. Garantías contra el racismo, la discriminación racial, la xenofobia y otras formas conexas de intolerancia

Los pueblos indígenas tienen derecho a no ser objeto de racismo, discriminación racial, xenofobia ni otras formas conexas de intolerancia. Los Estados adoptarán las medidas preventivas y correctivas necesarias para la plena y efectiva protección de este derecho.

SECCIÓN TERCERA: Identidad cultural

Artículo XIII. Derecho a la identidad e integridad cultural

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a su propia identidad e integridad cultural y a su patrimonio cultural, tangible e intangible, incluyendo el histórico y ancestral, así como a la protección, preservación, mantenimiento y desarrollo de dicho patrimonio cultural para su continuidad colectiva y la de sus miembros, y para transmitirlo a las generaciones futuras.

2. Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.
3. Los Pueblos Indígenas tienen derecho a que se reconozcan y respeten todas sus formas de vida, cosmovisiones, espiritualidad, usos y costumbres, normas y tradiciones, formas de organización social, económica y política, formas de transmisión del conocimiento, instituciones, prácticas, creencias, valores, indumentaria y lenguas, reconociendo su interrelación, tal como se establece en esta Declaración.

Artículo XIV. Sistemas de conocimientos, lenguaje y comunicación

1. Los pueblos indígenas tienen el derecho a preservar, usar, desarrollar, revitalizar y transmitir a generaciones futuras sus propias historias, lenguas, tradiciones orales, filosofías, sistemas de conocimientos, escritura y literatura; y a designar y mantener sus propios nombres para sus comunidades, individuos y lugares.
2. Los Estados deberán adoptar medidas adecuadas y eficaces para proteger el ejercicio de este derecho con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas.
3. Los pueblos indígenas, tienen derecho a promover y desarrollar todos sus sistemas y medios de comunicación, incluidos sus propios programas de radio y televisión, y acceder en pie de igualdad a todos los demás medios de comunicación e información. Los Estados tomarán medidas para promover la transmisión de programas de radio y televisión en lengua indígena, particularmente en regiones de presencia indígena. Los Estados apoyarán y facilitarán la creación de radioemisoras y televisoras indígenas, así como otros medios de información y comunicación.
4. Los Estados, en conjunto con los pueblos indígenas, realizarán esfuerzos para que dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en sus propias lenguas en procesos administrativos, políticos y judiciales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces.

Artículo XV. Educación

1. Los pueblos y personas indígenas, en particular los niños y niñas indígenas, tienen derecho a todos los niveles y formas de educación, sin discriminación.
2. Los Estados y los pueblos indígenas, en concordancia con el principio de igualdad de oportunidades, promoverán la reducción de las disparidades en la educación entre los pueblos indígenas y los no indígenas.
3. Los pueblos indígenas tienen derecho a establecer y controlar sus sistemas e instituciones docentes que impartan educación en sus propios idiomas, en consonancia con sus métodos culturales de enseñanza y aprendizaje
4. Los Estados, en conjunto con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para que las personas indígenas, en particular los niños y niñas, que viven fuera de sus comunidades puedan tener acceso a la educación en sus propias lenguas y culturas.
5. Los Estados promoverán relaciones interculturales armónicas, asegurando en los sistemas educativos estatales currícula con contenidos que reflejen la naturaleza pluricultural y multilingüe de sus sociedades y que impulsen el respeto y el conocimiento de las diversas culturas indígenas. Los Estados, en conjunto con los pueblos indígenas, impulsarán la educación intercultural que refleje las cosmovisiones, historias, lenguas, conocimientos, valores, culturas, prácticas y formas de vida de dichos pueblos.
6. Los Estados, conjuntamente con los pueblos indígenas, deberán tomar medidas necesarias y eficaces para el ejercicio y cumplimiento de estos derechos.

Artículo XVI. Espiritualidad indígena

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a ejercer libremente su propia espiritualidad y creencias y, en virtud de ello, a practicar, desarrollar, transmitir y enseñar sus tradiciones, costumbres y ceremonias, y a realizarlas tanto en público como en privado, individual y colectivamente.

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

2. Ningún pueblo o persona indígena deberá ser sujeto a presiones o imposiciones, o a cualquier otro tipo de medidas coercitivas que afecten o limiten su derecho a ejercer libremente su espiritualidad y creencias indígenas.
3. Los pueblos indígenas tienen derecho a preservar, proteger y acceder a sus sitios sagrados, incluidos sus lugares de sepultura, a usar y controlar sus reliquias y objetos sagrados y a recuperar sus restos humanos.
4. Los Estados, en conjunto con los pueblos indígenas, adoptarán medidas eficaces para promover el respeto a la espiritualidad y creencias indígenas y, proteger la integridad de los símbolos, prácticas, ceremonias, expresiones y formas espirituales de los pueblos indígenas, de conformidad con el derecho internacional.

Artículo XVII. Familia indígena

1. La familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad. Los pueblos indígenas tienen derecho a preservar, mantener y promover sus propios sistemas de familia. Los Estados reconocerán, respetarán y protegerán las distintas formas indígenas de familia, en particular la familia extensa, así como sus formas de unión matrimonial, de filiación, descendencia y de nombre familiar. En todos los casos, se reconocerá y respetará la equidad de género y generacional.
2. En asuntos relativos a la custodia, adopción, ruptura del vínculo familia, y en asuntos similares, el interés superior del niño deberá ser de consideración primaria. En la determinación del interés superior del niño, las cortes y otras instituciones relevantes deberán tener presente el derecho de todo niño indígena, en común con miembros de su pueblo, a disfrutar de su propia cultura, a profesar y a practicar su propia religión o a hablar su propia lengua, y en ese sentido, deberá considerarse el derecho indígena del pueblo correspondiente, y su punto de vista, derechos e intereses, incluyendo las posiciones de los individuos, la familia, y la comunidad.

Artículo XVIII. Salud

1. Los pueblos indígenas tienen derecho en forma colectiva e individual al disfrute del más alto nivel posible de salud física, mental y espiritual.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a sus propios sistemas y prácticas de salud, así como al uso y la protección de las plantas, animales, minerales de interés vital, y otros recursos naturales de uso medicinal en sus tierras y territorios ancestrales.
3. Los Estados tomarán medidas para prevenir y prohibir que los pueblos y las personas indígenas sean objeto de programas de investigación, experimentación biológica o médica, así como la esterilización sin su consentimiento previo libre e informado. Asimismo, los pueblos y las personas indígenas tienen derecho, según sea el caso, al acceso a sus propios datos, expedientes médicos y documentos de investigación conducidos por personas e instituciones públicas o privadas.
4. Los pueblos indígenas tienen derecho a utilizar, sin discriminación alguna, todas las instituciones y servicios de salud y atención médica accesibles a la población en general. Los Estados en consulta y coordinación con los pueblos indígenas promoverán sistemas o prácticas interculturales en los servicios médicos y sanitarios que se provean en las comunidades indígenas, incluyendo la formación de técnicos y profesionales indígenas de salud.
5. Los Estados garantizarán el ejercicio efectivo de los derechos contenidos en este artículo.

Artículo XIX. Derecho a la protección del medio ambiente sano

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a vivir en armonía con la naturaleza y a un ambiente sano, seguro y sustentable, condiciones esenciales para el pleno goce del derecho a la vida, a su espiritualidad, cosmovisión y al bienestar colectivo.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a conservar, restaurar y proteger el medio ambiente y al manejo sustentable de sus tierras, territorios y recursos.

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

3. Los pueblos indígenas tienen el derecho de ser protegidos contra la introducción, abandono, dispersión, tránsito, uso indiscriminado o depósito de cualquier material peligroso que pueda afectar negativamente a las comunidades, tierras, territorios y recursos indígenas.
4. Los pueblos indígenas tienen derecho a la conservación y protección del medio ambiente y de la capacidad productiva de sus tierras o territorios y recursos. Los Estados deberán establecer y ejecutar programas de asistencia a los pueblos indígenas para asegurar esa conservación y protección, sin discriminación.

SECCIÓN CUARTA: Derechos Organizativos y Políticos

Artículo XX. Derechos de asociación, reunión, libertad de expresión y pensamiento

1. Los pueblos indígenas tienen los derechos de asociación, reunión, organización y expresión, y a ejercerlos sin interferencias y de acuerdo a su cosmovisión, *inter alia*, sus valores, sus usos, sus costumbres, sus tradiciones ancestrales, sus creencias, su espiritualidad y otras prácticas culturales.
2. Los pueblos indígenas tienen el derecho a reunirse en sus sitios y espacios sagrados y ceremoniales. Para tal fin, tendrán libre acceso, y uso de los mismos.
3. Los pueblos indígenas, en particular aquellos que están divididos por fronteras internacionales, tienen derecho a transitar, mantener, desarrollar contactos, relaciones y cooperación directa, incluidas las actividades de carácter espiritual, cultural, político, económico y social, con sus miembros y con otros pueblos.
4. Los Estados adoptarán, en consulta y cooperación con los pueblos indígenas, medidas efectivas para facilitar el ejercicio y asegurar la aplicación de estos derechos.

Artículo XXI. Derecho a la autonomía o al autogobierno

1. Los pueblos indígenas, en ejercicio de su derecho a la libre determinación, tienen derecho a la autonomía o al autogobierno en las cuestiones relacionadas con sus asuntos internos y locales, así como a disponer de medios para financiar sus funciones autónomas.

2. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y desarrollar sus propias instituciones indígenas de decisión. También tienen el derecho de participar en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos. Pueden hacerlo directamente o a través de sus representantes, de acuerdo a sus propias normas, procedimientos y tradiciones. Asimismo, tienen el derecho a la igualdad de oportunidades para acceder y participar plena y efectivamente como pueblos en todas las instituciones y foros nacionales, incluyendo los cuerpos deliberantes.

Artículo XXII. Derecho y jurisdicción indígena

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a promover, desarrollar y mantener sus estructuras institucionales y sus propias costumbres, espiritualidad, tradiciones, procedimientos, prácticas y, cuando existan, costumbres o sistemas jurídicos, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.
2. El derecho y los sistemas jurídicos indígenas deben ser reconocidos y respetados por el orden jurídico nacional, regional e internacional.
3. Los asuntos referidos a personas indígenas o a sus derechos o intereses en la jurisdicción de cada Estado, serán conducidos de manera tal de proveer el derecho a los indígenas de plena representación con dignidad e igualdad ante la ley. En consecuencia, tienen derecho sin discriminación, a igual protección y beneficio de la ley, incluso, al uso de intérpretes lingüísticos y culturales.
4. Los Estados tomarán medidas eficaces, en conjunto con los pueblos indígenas, para asegurar la implementación de este artículo.

Artículo XXIII. Participación de los pueblos indígenas y aportes de los sistemas legales y organizativos indígenas

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a la participación plena y efectiva, por conducto de representantes elegidos por ellos de conformidad con sus propias instituciones, en la adopción de decisiones en las cuestiones que afecten sus derechos y que tengan relación con la elaboración y ejecución de leyes, políticas públicas, programas, planes y acciones relacionadas con los asuntos indígenas.

2. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por medio de sus instituciones representativas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado.¹²⁴

Artículo XXIV. Tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos

1. Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento, observancia y aplicación de los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos concertados con los Estados, y sus sucesores, de conformidad con su verdadero espíritu e intención, de buena fe y hacer que los mismos sean respetados y acatados por los Estados. Los Estados darán debida consideración al entendimiento que los pueblos indígenas han otorgado a los tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.
2. Cuando las controversias no puedan ser resueltas entre las partes en relación a dichos tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos, estas serán sometidas a los órganos competentes, incluidos los órganos regionales e internacionales, por los Estados o Pueblos Indígenas interesados.
3. Nada de lo contenido en la presente Declaración se interpretará en el sentido que menoscaba o suprime los derechos de los pueblos indígenas que figuren en tratados, acuerdos y otros arreglos constructivos.

SECCIÓN QUINTA: Derechos Sociales, Económicos y de Propiedad

**Artículo XXV. Formas tradicionales de propiedad y supervivencia cultural.
Derecho a tierras, territorios y recursos**

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y fortalecer su propia relación espiritual, cultural y material con sus tierras, territorios y recursos, y a asumir sus responsabilidades para conservarlos para ellos mismos y para las generaciones venideras.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho a las tierras, territorios y recursos que tradicionalmente han poseído, ocupado o utilizado o adquirido.

3. Los pueblos indígenas tienen derecho a poseer, utilizar, desarrollar y controlar las tierras, territorios y recursos que poseen en razón de la propiedad tradicional u otro tipo tradicional de ocupación o utilización, así como aquellos que hayan adquirido de otra forma.
4. Los Estados asegurarán el reconocimiento y protección jurídicos de esas tierras, territorios y recursos. Dicho reconocimiento respetará debidamente las costumbres, las tradiciones y los sistemas de tenencia de la tierra de los pueblos indígenas de que se trate.
5. Los pueblos indígenas tienen el derecho al reconocimiento legal de las modalidades y formas diversas y particulares de propiedad, posesión o dominio de sus tierras, territorios y recursos de acuerdo con el ordenamiento jurídico de cada Estado y los instrumentos internacionales pertinentes. Los Estados establecerán los regímenes especiales apropiados para este reconocimiento y su efectiva demarcación o titulación.

Artículo XXVI. Pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial

1. Los pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial, tienen derecho a permanecer en dicha condición y de vivir libremente y de acuerdo a sus culturas.
2. Los Estados adoptarán políticas y medidas adecuadas, con conocimiento y participación de los pueblos y las organizaciones indígenas, para reconocer, respetar y proteger las tierras, territorios, medio ambiente y culturas de estos pueblos, así como su vida e integridad individual y colectiva.

Artículo XXVII. Derechos laborales

1. Los pueblos y las personas indígenas tienen los derechos y las garantías reconocidas por la ley laboral nacional y la ley laboral internacional. Los Estados adoptarán todas las medidas especiales para prevenir, sancionar y reparar la discriminación de que sean objeto los pueblos y las personas indígenas.

2. Los Estados, en conjunto con los pueblos indígenas, deberán adoptar medidas inmediatas y eficaces para eliminar prácticas laborales de explotación con respecto a los pueblos indígenas, en particular, las niñas, los niños, las mujeres y los ancianos indígenas.
3. En caso que los pueblos indígenas no estén protegidos eficazmente por las leyes aplicables a los trabajadores en general, los Estados, en conjunto con los pueblos indígenas, tomarán todas las medidas que puedan ser necesarias a fin de:
 - a. proteger a trabajadores y empleados indígenas en materia de contratación bajo condiciones de empleo justas e igualitarias, tanto en los sistemas de trabajo formales como informales;
 - b. establecer, aplicar o mejorar la inspección del trabajo y la aplicación de normas con particular atención, *inter alia*, a regiones, empresas o actividades laborales en las que tomen parte trabajadores o empleados indígenas;
 - c. establecer, aplicar, o hacer cumplir las leyes de manera que tanto trabajadoras y trabajadores indígenas:
 - i. gocen de igualdad de oportunidades y de trato en todos los términos, condiciones y beneficios de empleo, incluyendo formación y capacitación, bajo la legislación nacional y el derecho internacional;
 - ii. gocen del derecho de asociación, del derecho a establecer organizaciones sindicales y a participar en actividades sindicales y el derecho a negociar en forma colectiva con empleadores a través de representantes de su elección u organizaciones de trabajadores, incluidas sus autoridades tradicionales;
 - iii. a que no estén sujetos a discriminación o acoso por razones de, *inter alia*, raza, sexo, origen o identidad indígena;
 - iv. a que no estén sujetos a sistemas de contratación coercitivos, incluidas la servidumbre por deudas o toda otra forma de trabajo forzado u obligatorio,

así tenga este arreglo laboral su origen en la ley, en la costumbre o en un arreglo individual o colectivo, en cuyo caso el arreglo laboral será absolutamente nulo y sin valor;

v. a que no estén forzados a condiciones de trabajo peligrosas para su salud y seguridad personal; y que estén protegidos de trabajos que no cumplen con las normas de salud ocupacional y de seguridad; y

vi. a que reciban protección legal plena y efectiva, sin discriminación, cuando presten sus servicios como trabajadores estacionales, eventuales o migrantes, así como cuando estén contratados por empleadores de manera que reciban los beneficios de la legislación y la práctica nacionales, los que deben ser acordes con el derecho y las normas internacionales de derechos humanos para esta categoría de trabajadores;

d. asegurar que los trabajadores indígenas y sus empleadores estén informados acerca de los derechos de los trabajadores indígenas según las normas nacionales y el derecho internacional y normas indígenas, y de los recursos y acciones de que dispongan para proteger esos derechos.

4. Los Estados adoptarán medidas para promover el empleo de las personas indígenas.

Artículo XXVIII. Protección del Patrimonio Cultural y de la Propiedad Intelectual

1. Los pueblos indígenas tienen derecho al pleno reconocimiento y respeto a la propiedad, dominio, posesión, control, desarrollo y protección de su patrimonio cultural material e inmaterial, y propiedad intelectual, incluyendo la naturaleza colectiva de los mismos, transmitido a través de los milenios, de generación en generación.
2. La propiedad intelectual colectiva de los pueblos indígenas comprende, *inter alia*, los conocimientos y expresiones culturales tradicionales entre los cuales se encuentran los conocimientos tradicionales asociados a los recursos genéticos, los diseños y procedimientos ancestrales, las manifestaciones culturales,

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

artísticas, espirituales, tecnológicas y científicas, el patrimonio cultural material e inmaterial, así como los conocimientos y desarrollos propios relacionados con la biodiversidad y la utilidad y cualidades de semillas, las plantas medicinales, la flora y la fauna.

3. Los Estados, con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, adoptarán las medidas necesarias para que los acuerdos y regímenes nacionales o internacionales provean el reconocimiento y la protección adecuada del patrimonio cultural y la propiedad intelectual asociada a dicho patrimonio de los pueblos indígenas. En la adopción de estas medidas, se realizarán consultas encaminadas a obtener el consentimiento libre, previo, e informado de los pueblos indígenas.

Artículo XXIX. Derecho al desarrollo

1. Los pueblos indígenas tienen derecho a mantener y determinar sus propias prioridades en lo relacionado con su desarrollo político, económico, social y cultural, de conformidad con su propia cosmovisión. Asimismo, tienen el derecho a que se les garantice el disfrute de sus propios medios de subsistencia y desarrollo y a dedicarse libremente a todas sus actividades económicas.
2. Este derecho incluye la elaboración de las políticas, planes, programas y estrategias para el ejercicio de su derecho al desarrollo y la implementación de acuerdo a su organización política y social, normas y procedimientos, sus propias cosmovisiones e instituciones.
3. Los pueblos indígenas tienen derecho a participar activamente en la elaboración y determinación de los programas de desarrollo que les conciernan y, en lo posible, administrar esos programas mediante sus propias instituciones.
4. Los Estados celebrarán consultas y cooperarán de buena fe con los pueblos indígenas interesados por conducto de sus propias instituciones representativas a fin de obtener su consentimiento libre e informado antes de aprobar cualquier proyecto que afecte a sus tierras o territorios y otros recursos, particularmente en relación con el desarrollo, la utilización o la explotación de recursos minerales, hídricos o de otro tipo.¹²⁵

5. Los pueblos indígenas tienen el derecho a medidas eficaces para mitigar los impactos adversos ecológicos, económicos, sociales, culturales o espirituales por la ejecución de los proyectos de desarrollo que afecten sus derechos. Los pueblos indígenas que han sido desposeídos de sus propios medios de subsistencia y desarrollo tienen derecho a la restitución y, cuando no sea posible, a la indemnización justa y equitativa. Esto incluye el derecho a la compensación por cualquier perjuicio que se les haya causado por la ejecución de planes, programas o proyectos del Estado, de organismos financieros internacionales o de empresas privadas.

Artículo XXX. Derecho a la paz, a la seguridad y a la protección

1. Los pueblos indígenas tienen el derecho a la paz y a la seguridad.
2. Los pueblos indígenas tienen derecho al reconocimiento y respeto de sus propias instituciones para el mantenimiento de su organización y control de sus comunidades y pueblos
3. Los pueblos indígenas tienen derecho a protección y seguridad en situaciones o períodos de conflicto armado interno o internacional conforme al derecho internacional humanitario.
4. Los Estados, en cumplimiento de los acuerdos internacionales de los cuales son parte, en particular el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos incluyendo el Cuarto Convenio de Ginebra de 1949 relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra, y el Protocolo II de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, en caso de conflictos armados tomarán medidas adecuadas para proteger los derechos humanos, instituciones, tierras, territorios y recursos de los pueblos indígenas y sus comunidades. Asimismo, los Estados:
 - a. No reclutarán a niños, niñas y adolescentes indígenas en las fuerzas armadas en ninguna circunstancia;

- b. Tomarán medidas de reparación efectiva y proporcionarán los recursos necesarios para las mismas, conjuntamente con los pueblos indígenas afectados, por los perjuicios o daños ocasionados por un conflicto armado.
 - c. Tomarán medidas especiales y efectivas En colaboración con los pueblos indígenas para garantizar que las mujeres, niños y niñas indígenas vivan libres de toda forma de violencia, especialmente sexual y garantizarán el derecho de acceso a la justicia, la protección y reparación efectiva de los daños causados a las víctimas.
5. No se desarrollarán actividades militares en las tierras o territorios de los pueblos indígenas, a menos que lo justifique una razón de interés público pertinente o que se haya acordado libremente con los pueblos indígenas interesados, o que éstos lo hayan solicitado.¹²⁶

SECCIÓN SEXTA: Provisiones generales

Artículo XXXI

1. Los Estados garantizarán el pleno goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales de los pueblos indígenas, así como su derecho a mantener su identidad cultural, espiritual y tradición religiosa, cosmovisión, valores y a la protección de sus lugares sagrados y de culto y de todos los derechos humanos contenidos en la presente Declaración.
2. Los Estados promoverán, con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, la adopción de las medidas legislativas y de otra índole, que fueran necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en esta Declaración.

Artículo XXXII

Todos los derechos y libertades reconocidos en la presente Declaración se garantizarán por igual a las mujeres y los hombres indígenas.

Artículo XXXIII

Los pueblos y personas indígenas tienen derecho a recursos efectivos e idóneos, incluyendo los recursos judiciales expeditos, para la reparación de toda violación

de sus derechos colectivos e individuales. Los Estados, con la participación plena y efectiva de los pueblos indígenas, proveerán los mecanismos necesarios para el ejercicio de este derecho.

Artículo XXXIV

En caso de conflictos y controversias con los pueblos indígenas, los Estados proveerán, con la participación plena y efectiva de dichos pueblos, mecanismos y procedimientos justos, equitativos y eficaces para la pronta resolución de los mismos. A estos fines, se dará la debida consideración y el reconocimiento a las costumbres, las tradiciones, las normas o los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas interesados.

Artículo XXXV

Nada en esta Declaración puede ser interpretado en el sentido de limitar, restringir o negar en manera alguna los derechos humanos, o en el sentido de autorizar acción alguna que no esté de acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos.

Artículo XXXVI

En el ejercicio de los derechos enunciados en la presente Declaración, se respetarán los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos. El ejercicio de los derechos establecidos en la presente Declaración estará sujeto exclusivamente a las limitaciones determinadas por la ley y con arreglo a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos. Esas limitaciones no serán discriminatorias y serán sólo las estrictamente necesarias para garantizar el reconocimiento y respeto debidos a los derechos y las libertades de los demás y para satisfacer las justas y más apremiantes necesidades de una sociedad democrática.

Las disposiciones enunciadas en la presente Declaración se interpretarán con arreglo a los principios de la justicia, la democracia, el respeto de los derechos humanos, la igualdad, la no discriminación, la buena gobernanza y la buena fe.

Artículo XXXVII

Los pueblos indígenas tienen derecho a recibir asistencia financiera y técnica de los Estados y por conducto de la cooperación internacional para el disfrute de los derechos enunciados en la presente declaración.

Artículo XXXVIII

La Organización de los Estados Americanos, sus órganos, organismos y entidades tomarán las medidas necesarias para promover el pleno respeto, la protección y la aplicación de las disposiciones contenidas en esta Declaración y velarán por su eficacia.

Artículo XXXIX

La naturaleza y el alcance de las medidas que deberán ser tomadas para dar cumplimiento a la presente Declaración, serán determinadas de acuerdo con el espíritu y propósito de la misma.

Artículo XL

Ninguna disposición de la presente Declaración se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe los derechos que los pueblos indígenas gozan en la actualidad o que puedan adquirir en el futuro.

Artículo XLI

Los derechos reconocidos en esta Declaración y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas constituyen las normas mínimas para la supervivencia, dignidad y bienestar de los pueblos indígenas de las Américas.

Nota de pie de página

1. ...el incremento de su participación en los procesos políticos nacionales, la falta de infraestructura y las malas condiciones de vida imperantes en sus comunidades, el combate a la violencia contra las mujeres y niñas indígenas, la promoción de la repatriación de restos ancestrales y objetos ceremoniales, así como la colaboración en áreas relativas a los derechos territoriales y gobierno autónomo, entre otros. Las muchas iniciativas en curso con respecto a estos temas constituyen posibles oportunidades para atender algunas de las consecuencias de acciones pasadas. No obstante, Estados Unidos ha expresado de manera persistente sus objeciones al texto de esta Declaración Americana, que en sí mismo no es vinculante y, por lo tanto, no da lugar a una nueva legislación y tampoco constituye una declaración de obligaciones para los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos en virtud de un tratado o el derecho internacional consuetudinario. Estados Unidos reitera su creencia, expresada ya desde hace mucho tiempo, de que la Organización de los Estados Americanos y sus Estados Miembros deberían seguir concentrándose en la implementación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Declaración de las Naciones Unidas). Los Estados Miembros de la OEA se unieron a los Estados Miembros de las Naciones Unidas al renovar sus compromisos políticos con respecto a la mencionada declaración en la Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas en septiembre de 2014. Las importantes y ambiciosas iniciativas en curso en el ámbito internacional para cumplir los correspondientes compromisos contenidos en la Declaración de las Naciones Unidas y en el documento final de la conferencia son en consecuencia el centro de atención y recursos de los Estados, los pueblos indígenas, la sociedad civil y las organizaciones internacionales, incluso de las Américas. En este sentido, Estados Unidos pretende seguir adelante con sus diligentes y proactivos esfuerzos, que ha emprendido en estrecha colaboración con pueblos indígenas en Estados Unidos y con muchos de los Estados Miembros de la OEA, para promover la consecución de los objetivos de la Declaración de las Naciones Unidas y el cumplimiento de los compromisos contenidos en el documento final de la Conferencia Mundial sobre los Pueblos Indígenas. Por último, cabe destacar que Estados Unidos reitera su solidaridad con los pueblos indígenas que han manifestado sus inquietudes con respecto a su falta de participación plena y efectiva en estas negociaciones.

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

2. ...totalmente comprometida –en plena alianza con los pueblos indígenas de Canadá– con la implementación de la Declaración de las Naciones Unidas sobre los derechos de los pueblos indígenas, de conformidad con su constitución. En virtud de que Canadá no ha participado de manera sustancial en los últimos años en las negociaciones de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, por ahora no está en capacidad de adoptar una posición sobre el texto propuesto de esta declaración. Canadá está empeñado en seguir colaborando con sus contrapartes en la OEA abogando en favor de la causa indígena en las Américas
3. ...para obtener el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas antes de adoptar y aplicar medidas legislativas o administrativas que los afecten, a fin de obtener su consentimiento libre, previo e informado. Lo anterior, considerando que el ordenamiento jurídico colombiano, define el derecho de consulta previa de estas comunidades, de acuerdo con el Convenio No. 169 de la OIT. Es así que, la Corte Constitucional Colombiana, establece que el proceso de consulta debe llevarse a cabo “con miras a alcanzar un acuerdo o lograr el consentimiento de las comunidades indígenas acerca de las medidas legislativas propuestas”. Es importante aclarar que lo dicho no se traduce en un poder de veto de las comunidades étnicas a las medidas que las afecten directamente según el cual no pueden adoptarse sin su consentimiento, significa que, ante el desacuerdo se deben presentar “fórmulas de concertación o acuerdo con la comunidad”. Asimismo, el Comité de Expertos de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ha establecido que la consulta previa, no implica un derecho a vetar decisiones estatales, sino que es un mecanismo idóneo para que los pueblos indígenas y tribales tengan el derecho a expresarse y a influenciar en el proceso de toma de decisiones.
4. ... el consentimiento previo, libre e informado de las comunidades indígenas antes de aprobar proyectos que afecten sus tierras o territorios y otros recursos. Lo anterior, considerando que a pesar de que el Estado colombiano ha incorporado a su ordenamiento jurídico una amplia gama de derechos dirigidos a reconocer, garantizar y hacer exigibles los derechos y principios constitucionales de pluralismo y diversidad étnica y cultural de la nación, bajo el marco de la Constitución Política, el reconocimiento de los derechos

colectivos de los pueblos indígenas, está regulado por disposiciones legales y administrativas, en armonía con los fines del Estado, y con principios como la función social y ecológica de la propiedad, y la propiedad estatal del subsuelo y los recursos naturales no renovables.

En este entendido, en estos territorios los pueblos indígenas ejercen su propia organización política, social y judicial. Por mandato constitucional, sus autoridades se reconocen como autoridades estatales públicas de carácter especial y, en materia judicial, se reconoce la jurisdicción especial indígena, avance notable en relación con otros países de la región.

En el contexto internacional, Colombia ha sido un país líder en la aplicación de las disposiciones sobre consulta previa del Convenio No. 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), del que es parte nuestro Estado.

Entendiendo que el enfoque de esta Declaración Americana, frente al consentimiento previo es distinto y podría equivaler a un posible veto en la explotación de recursos naturales que se encuentren en territorios indígenas, en ausencia de un acuerdo, lo que podría frenar procesos que son de interés general, el contenido de este artículo resulta inaceptable para Colombia.

Adicionalmente, es importante destacar que muchos Estados, incluido Colombia, consagran constitucionalmente que el subsuelo y los recursos naturales no renovables, son propiedad del Estado para conservar y garantizar su utilidad pública en beneficio de toda la nación. Por esta razón, las disposiciones contenidas en este artículo son contrarias al orden jurídico interno de Colombia, sustentado en el interés nacional.

5. ...en la Constitución Política de Colombia, la Fuerza Pública está en la obligación de hacer presencia en cualquier lugar del territorio nacional para brindar y garantizar a todos los habitantes la protección y respeto de su vida, honra y bienes, tanto individuales como colectivos. La protección de los derechos de las comunidades indígenas y su integridad dependen en gran medida de la seguridad de sus territorios.

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

Así las cosas, en Colombia se han expedido instrucciones a la Fuerza Pública para dar cumplimiento a la obligación de protección de los pueblos indígenas. En ese sentido, la citada disposición de la Declaración de los Pueblos indígenas de la OEA, contraría el principio de Necesidad y Eficacia de la Fuerza Pública, impidiendo el cumplimiento de su misión institucional, lo que hace que resulte inaceptable para Colombia.

Anexo I

NOTAS DE INTERPRETACIÓN DE LA DELEGACIÓN DE COLOMBIA NOTA DE INTERPRETACIÓN No. 1

DEL ESTADO DE COLOMBIA EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO VIII DE LA DECLARACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA OEA.

En relación con el Artículo VIII, sobre el Derecho a pertenecer a pueblos Indígenas, Colombia declara expresamente que el derecho a pertenecer a uno o varios pueblos indígenas, se regirá por la Autonomía de cada pueblo indígena.

Lo anterior en razón al Artículo 8, numeral 2 del Convenio 169 de la OIT: “Dichos pueblos deberán tener el derecho de conservar sus costumbres e instituciones propias, siempre que éstas no sean incompatibles con los derechos fundamentales definidos por el sistema jurídico nacional ni con los derechos humanos internacionalmente reconocidos. Siempre que sea necesario, deberán establecerse procedimientos para solucionar los conflictos que puedan surgir en la aplicación de este principio”.

Es importante precisar, que en la situación en que una persona comparta distintos orígenes indígenas, es decir, cuando su madre es perteneciente a una etnia y su padre a otra (por dar un ejemplo), solamente podrá definirse la pertenencia a uno u otro de los pueblos indígenas, dependiendo de las tradiciones en contacto. Es decir, para efectos de establecer la pertenencia de un individuo a determinado pueblo indígena, deberá examinarse de manera casuística los patrones culturales que definen las relaciones de parentesco, autoridad y adscripción étnica.

No es lo mismo un caso de contacto entre dos tradiciones matrilineales, que un contacto entre una tradición matrilineal y una patrilineal. De igual manera

debería establecerse la jurisdicción dentro de la cual habita el individuo, las obligaciones derivadas del régimen de derechos contenidos dentro del fuero propio, así como el contexto socio geográfico en el que específicamente desarrolla sus actividades cotidianas, culturales y políticas.

A continuación se transcribe el párrafo al que se refiere la anterior nota:

ARTÍCULO VIII

DERECHO A PERTENECER A PUEBLOS INDÍGENAS

Las personas y comunidades indígenas tienen el derecho de pertenecer a uno o varios pueblos indígenas, de acuerdo con la identidad, tradiciones, costumbres y sistemas de pertenencia de cada pueblo. Del ejercicio de ese derecho no puede resultar discriminación de ningún tipo.

NOTA DE INTERPRETACIÓN No. 2

DEL ESTADO DE COLOMBIA EN RELACIÓN CON LOS ARTÍCULOS XIII, NUMERAL 2; XVI, NUMERAL 3; XX, NUMERAL 2; Y XXXI, NUMERAL 1 DE LA DECLARACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍGENAS DE LA OEA.

En relación con la noción de lugares y objetos sagrados a los que se refieren los artículos XIII, numeral 2; XVI, numeral 3; XX, numeral 2; y, XXXI, numeral 1 de la Declaración de los Pueblos Indígenas de la OEA, el Estado Colombiano declara expresamente que la definición y regulación de los lugares y objetos sagrados de los pueblos indígenas, se regirá por los desarrollos alcanzados en el plano nacional. Dado que no existe una definición internacionalmente aceptada y que ni el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), ni la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, hacen referencia a dichos términos o los definen.

A este respecto, Colombia viene avanzando en una regulación sobre el particular que ha contado y continuará contando con la participación de los pueblos indígenas y avanzará en dicho propósito, de acuerdo con el ordenamiento jurídico colombiano y, cuando corresponda, conforme los instrumentos internacionales aplicables.

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

A continuación se transcriben los párrafos a los que se refiere la anterior nota:

ARTÍCULO XIII.

DERECHO A LA IDENTIDAD E INTEGRIDAD CULTURAL

2. “Los Estados proporcionarán reparación por medio de mecanismos eficaces, que podrán incluir la restitución, establecidos conjuntamente con los pueblos indígenas, respecto de los bienes culturales, intelectuales, religiosos y espirituales de que hayan sido privados sin su consentimiento libre, previo e informado o en violación de sus leyes, tradiciones y costumbres.”

ARTÍCULO XVI.

ESPIRITUALIDAD INDÍGENA

3. “Los pueblos indígenas tienen derecho a preservar, proteger y acceder a sus sitios sagrados, incluidos sus lugares de sepultura, a usar y controlar sus reliquias y objetos sagrados y a recuperar sus restos humanos.”

ARTÍCULO XX.

DERECHOS DE ASOCIACIÓN, REUNIÓN, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y PENSAMIENTO

2. “Los pueblos indígenas tienen el derecho a reunirse en sus sitios y espacios sagrados y ceremoniales. Para tal fin, tendrán libre acceso, y uso de los mismos.”

ARTÍCULO XXXI

1. “Los Estados garantizarán el pleno goce de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales, culturales de los pueblos indígenas, así como su derecho a mantener su identidad cultural, espiritual y tradición religiosa, cosmovisión, valores y a la protección de sus lugares sagrados y de culto y de todos los derechos humanos contenidos en la presente Declaración.”

NOTA DE INTERPRETACIÓN No. 3
DEL ESTADO DE COLOMBIA EN RELACION CON EL ARTÍCULO
XIV, NUMERAL 3 DE LA DECLARACIÓN DE LOS PUEBLOS INDÍ-
GENAS DE LA OEA.

El Estado de Colombia, declara expresamente que el derecho de los pueblos indígenas, a promover y desarrollar todos sus sistemas y medios de comunicación, está sujeto al cumplimiento de los requisitos y procedimientos establecidos en la normatividad interna vigente.

A continuación se transcriben los párrafos a los que se refiere la anterior nota:

ARTÍCULO XIV.

SISTEMAS DE CONOCIMIENTOS, LENGUAJE Y COMUNICACIÓN

3. “Los pueblos indígenas, tienen derecho a promover y desarrollar todos sus sistemas y medios de comunicación, incluidos sus propios programas de radio y televisión, y acceder en pie de igualdad a todos los demás medios de comunicación e información. Los Estados tomarán medidas para promover la transmisión de programas de radio y televisión en lengua indígena, particularmente en regiones de presencia indígena. Los Estados apoyarán y facilitarán la creación de radioemisoras y televisoras indígenas, así como otros medios de información y comunicación.”

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

* Los puntos de vista expresados en este documento son las opiniones personales de su autor, sin comprometer a la entidad para la cual trabaja y/o representa

¹ “Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas” documento OEA/Ser.G. CP/doc.2878/97 del 21 de marzo de 1997.

² Disponible en: <http://www.ilo.org/indigenous/Conventions/no169/lang-es/index.htm>.

³ Al mes de junio de 2016 los siguientes Estados han ratificado el Convenio 169 de la OIT: Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, y Venezuela. Para contar con una información al día, consultar el siguiente enlace: http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312314:NO

⁴ Una explicación detallada de los instrumentos citados, puede ser consultada en TORO UTILLANO, Luis. “La participación de los pueblos indígenas en la OEA”; en OEA, *Los Derechos de los Pueblos Indígenas en el Sistema Interamericano. Principios Básicos*, Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de la OEA, Washington, D.C., 2013, pp. 27-43.

⁵ Artículo 15 del Estatuto del Consejo Permanente de la Organización de los Estados Americanos, documento CP/doc. 112/71 rev. 4 corr. 1.

⁶ Artículo 54 de la Carta de la OEA.

⁷ Documento GT/DADIN/doc.139/03

⁸ Rechazo a la asimilación; Protección contra el genocidio; Reconocimiento de derechos y libertades por igual a mujeres y hombres; Pueblos indígenas en aislamiento voluntario o en contacto inicial; Aplicación de la declaración y el principio de la auto identificación; Igualdad de género; Personalidad jurídica; Artículos sobre la interpretación de la Declaración, correspondientes a XXXVIII y XL de la versión final.

⁹ Una síntesis de cada una de las reuniones, puede ser consultada en la página web: http://www.oas.org/es/sla/ddi/pueblos_indigenas_negociacion.asp.

¹⁰ Un resumen de cada reunión de negociación, puede ser consultada en la página web: http://www.oas.org/dil/esp/indigenas_Elaboracion_del_Proyecto_de_Declaracion.htm.

¹¹ La Secretaría de Cumbres de las Américas ha organizado los mandatos en el tema indígena, en la página: http://www.summit-americas.org/sisca/ip_sp.html.

¹² Se puede consultar mayor información sobre la *Declaración de Mar del Plata* (2004) en: http://www.summit-americas.org/iv_summit_sp.html.

¹³ Información la Declaración de Quebec (2001), puede consultarse en: http://www.summit-americas.org/iii_summit_sp.html.

¹⁴ Cfr. TORO UTILLANO, Luis. “El Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos Indígenas: el proceso de negociación”, XXXIV Curso de Derecho Internacional, Comité Jurídico Interamericano y el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Secretaría de la OEA, Vol. 27, 2008, Washington D.C., pp. 351-374.

¹⁵ Consulte los detalles en la evolución de esta participación y su integración en el seno del Grupo de trabajo en TORO UTILLANO, Luis. “La participación de los pueblos indígenas en la OEA”; *op cit.*, nota 6 pp. 28-35.

¹⁶ Durante dicha sesión, los representantes indígenas presentes leyeron una declaración en donde se opusieron al procedimiento y solicitaron su revisión con el fin de permitir una parti-

cipación más adecuada a los representantes indígenas. Instaron igualmente a conseguir recursos financieros para poder continuar la consideración del Proyecto de Declaración Americana. A continuación se enumeran sus reivindicaciones: “a) Participación en el debate: solicitaron un derecho de voz amplio y sin restricciones, así como la posibilidad de opinar sobre las intervenciones de las delegaciones gubernamentales. b) Adopción del consenso: solicitaron que las delegaciones gubernamentales tomaran en cuenta las realidades de las poblaciones indígenas antes de adoptar una decisión. c) Registro de las intervenciones: solicitaron que se registren las intervenciones de los representantes de las poblaciones indígenas y que éstas, así como los resultados de la reunión, se hagan llegar a los respectivos gobiernos”. Véase, Informe del Presidente, Grupo de Trabajo encargado de elaborar el Proyecto de Declaración sobre los Derechos de las Poblaciones Indígenas, OEA/Ser.K/XVI GT/DADIN/doc.5/99.

¹⁷ Documento [AG/RES. 1919 (XXXIII-O/03)]

¹⁸ Documento GT/DADIN/doc.246/06 rev. 7

¹⁹ Metodología para la pronta conclusión de las negociaciones para la búsqueda de consensos del grupo de trabajo encargado de elaborar el proyecto de declaración americana sobre los derechos de los pueblos indígenas.

²⁰ Véase Informe de la Sesión Especial del Grupo de Trabajo encargado de elaborar el Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, documento OEA/Ser.K/XVI,GT/DADIN/doc.23/01 rev.1.

²¹ Cfr. TORO UTILLANO, Luis. “El Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los pueblos Indígenas: el proceso de negociación”, *op. cit.*, nota 15, p. 371.

²² Resolución AG/RES. 1780 (XXXI-O/01).

²³ Párrafo 1 de la Resolución Fondo específico para apoyar la elaboración de la declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas, documento [CP/RES. 951 (1691/09)].

²⁴ La resolución [CP/RES.817 (1319/02)] del 8 de mayo de 2002 que crea el Fondo Específico fue enmendada en el año 2004 con el fin de incluir ciertos gastos de administración relacionados directamente con la participación de los Representantes de los Pueblos Indígenas que no estaban previstos en el proyecto original. También se precisó el procedimiento de selección, así como la duración del mandato de los tres miembros indígenas y la composición de la Junta de Selección. Véase la resolución del Consejo Permanente [CP/RES. 873 (1459/04)] del 16 de diciembre de 2004. Esta resolución fue también objeto de nueva enmienda, adoptada en el año 2009, que buscaba permitir participar en la Junta de selección a un representante del Caribe. A partir de entonces, la Junta de Selección estaba compuesta por 5 miembros: el Presidente del Grupo de Trabajo en ejercicio y, en su capacidad personal, cuatro representantes indígenas: uno de Sudamérica, uno de Centroamérica, uno del Caribe y uno de Norteamérica, los cuales desempeñaban sus funciones *ad-honorem*. Véase el documento CP/RES. 951 del 13 de mayo de 2009.

²⁵ Ver al respecto la resolución de la Asamblea General [AG/RES. 1851 (XXXII-O/02)].

²⁶ Cfr. TORO UTILLANO, Luis. “La participación de los pueblos indígenas en la OEA”, *op. cit.*, nota 6, pp. 34-35.

²⁷ Un resumen de cada reunión de negociación puede ser consultado en: http://www.oas.org/dil/esp/indigenas_Elaboracion_del_Proyecto_de_Declaracion.htm.

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

²⁸ Adoptadas por el Consejo Permanente el 15 de diciembre de 1999 [CP/RES.759 (1217/99)], y por la Asamblea General en junio de 2000 [(AG/RES.1707 (XXX-0/00)]. Presentadas por dicha Comisión al Consejo Permanente.

²⁹ Artículo 1, Directrices. OAS. Ser.G/CP/RES. 759 (1217/99); 15 diciembre 1999.

³⁰ Artículo 3, Directrices, *Ibidem*.

³¹ OEA. Manual para la participación de la sociedad civil en la Organización de los Estados Americanos y en las cumbres de las Américas, Departamento de Asuntos Internacionales, Secretaría de Relaciones Externas, Organización de los Estados Americanos, Washington, D.C., 2009, p. 19.

³² Documento AG/RES. 2893 (XLVI-O/16)

³³ CJI. Observaciones y recomendaciones a la Proyecto de Declaración Americana sobre los derechos de los pueblos indígenas [(CP/doc.2878/97 corr.1)], documento RECIDIN/INF.1/99 del 4 de mayo de 1998, p. 3.

³⁴ Artículos 1,2 y 131 de la Carta de la OEA. Cabe señalar igualmente que las provisiones sobre solución pacífica de controversias de la Carta de la OEA imponen el respeto de los artículos 34 y 35 de la Carta de la ONU; mientras que los instrumentos vinculantes adoptados en el seno de la OEA al entrar en vigencia son depositados en las Naciones Unidas.

³⁵ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 31 de agosto de 2001. Serie C No. 172, párr. 138.

³⁶ Nota de pie de página 2 de la resolución de la Asamblea General.

³⁷ Nota de pie de página 1 de la resolución de la Asamblea General.

³⁸ Notas de pie de página 3, 4 y 5 de la resolución de la Asamblea General.

³⁹ Notas interpretativas presentadas por Colombia, Anexo I a la Declaración Americana.

⁴⁰ Artículo 81 del Reglamento de la Asamblea General.

⁴¹ *Parry and Grant Encyclopedic Dictionary of International Law* (3rd edition) **edited by John P. Grant and J. Craig Barker**, p. 105.

⁴² Artículos VI, XIX, XVII y XXXIII de la Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

⁴³ *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*,... *cit.*, nota 32, párrs. 148-149.

⁴⁴ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 17 de junio de 2005. Serie C No. 125, párr. 154.

⁴⁵ LEGER, Marie. El reconocimiento del derecho a la libre determinación de los pueblos indígenas, ¿Amenaza o ventaja?, *Seminario Derecho a la Libre Determinación de los Pueblos Indígenas*, 2002, pp. 3 y 8.

⁴⁶ ANAYA, James. *Los pueblos indígenas en el derecho internacional*, 2ª Edición, New York, Oxford U. Press, 2004, pp. 143-144.

⁴⁷ En ambos casos se trata del artículo tercero, y tiene por fuente el artículo primero común de los Pactos de Derechos humanos.

⁴⁸ Los conceptos del artículo XXI de la Declaración Americana se encuentran reflejados en los artículos 4, 5, 18, 19, 33 y 34 de la Declaración de la ONU.

⁴⁹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172, párrs. 93-95.

- ⁵⁰ Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de junio de 2005. Serie C No. 127.
- ⁵¹ ONU. UNDG, *Directrices sobre los asuntos de los pueblos indígenas*, New York, 2008, p. 16. Disponible en: http://www2.ohchr.org/english/issues/indigenous/docs/UNDG-Directrices_pueblos_indigenas.pdf.
- ⁵² Vocabulaire juridique Sous la direction de Gérard Cornu, 9e édition Editeur: Presses Universitaires de France - P.U.
- ⁵³ OEA. Informe del Comité Jurídico Interamericano sobre mecanismos de participación directa y fortalecimiento de la democracia representativa, CJI/doc.383/11 rev.1, agosto de 2011, p. 7.
- ⁵⁴ LEVASSEUR, Pierre. «L'évaluation des impacts sur l'environnement et la prise en compte de l'expression des citoyens: le cas de la rue Notre-Dame à Montréal», disponible en el enlace: http://www.usherbrooke.ca/environnement/fileadmin/sites/environnement/documents/Essais2009/essai_PLevasseur.pdf.
- ⁵⁵ ONU. Consejo de Derechos Humanos, Informe del ex Relator Especial sobre los derechos humanos de los pueblos indígenas, James Anaya, A/HRC/12/34, septiembre de 2011, párr. 40.
- ⁵⁶ Artículo XVIII de la Declaración Americana.
- ⁵⁷ Artículo XX de la Declaración Americana.
- ⁵⁸ Corte IDH. *Caso Yatama Vs. Nicaragua*, ... *cit.*, nota 47, párr. 225.
- ⁵⁹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*... *cit.*, nota. 46, párrs. 129 y 130.
- ⁶⁰ *Ibidem*, párr. 194.
- ⁶¹ Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakye Axa Vs. Paraguay*,...*cit.*, nota 41, párr. 151. Cfr. Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Samboyamaya Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de marzo de 2006. Serie C No. 146, párr. 135.
- ⁶² Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*. Fondo y reparaciones, sentencia del 27 de junio de 2012, párr. 177.
- ⁶³ CIDH. *Derechos de los Pueblos Indígenas y Tribales sobre sus tierras ancestrales y recursos naturales. Normas y jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, Doc. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 56/09 30 diciembre 2009), párr. 293. Disponible en: <http://cidh.org/countryrep/TierrasIndigenas2009/Tierras-Ancestrales.ESP.pdf>.
- ⁶⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*,. *cit.*, nota 46, párrs. 15, 18 y 19.
- ⁶⁵ Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*,...*cit.*, nota 59, párrs. 217, 219 y 220.
- ⁶⁶ *Dictionnaire de droit privé el Lexiques bilingues*, Deuxième édition, Éditions Yvon Blais Inc., 1991, p. 123.
- ⁶⁷ ONU. UNDG *Directrices*..., *op. cit.*, nota 48, p. 21.
- ⁶⁸ ONU. Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, *Estudio sobre los pueblos indígenas y el derecho a participar en la adopción de decisión*, Doc. ONU A/HRC/EMRIP/2011/2, 2011, párr. 26; UNPFII. Desarrollo económico y social, medio ambiente y consentimiento libre, previo e informado, Análisis preparado por la secretaría del Foro Permanente para las Cuestiones Indígenas, Doc. ONU E/C.19/2011/13, Consejo Económico y Social, 2011, párr. 30; ONU. UNDG *Directrices*..., ... *op. cit.*, nota 48, p. 13.

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

⁶⁹ UNPFII. Informe del Seminario internacional sobre metodologías relativas al consentimiento libre, previo e informado y los pueblos indígenas, Consejo Económico y Social, Doc. ONU E/C.19/2005/3, 2005 y ONU. UNDG *Directrices...*, *op. cit.*, nota 48, p. 21.

⁷⁰ *Ibidem.*

⁷¹ OIT. “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica”. Una Guía sobre el Convenio Núm. 169 de la OIT. Programa para Promover el Convenio NÚM. 169 de la OIT (PRO 169) Departamento de Normas Internacionales del Trabajo, 2009, p. 98. OIT. ILO convention on indigenous and tribal peoples, 1989 (No. 169). A manual. Geneva, International Labour Office, 2003, p. 44. Disponible en: http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2003/103B09_345_engl.pdf.

⁷² UNPFII. *op. cit.*, nota 66, párr. 48; ONU. Consejo de Derechos Humanos, *Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*, Informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y las libertades fundamentales de los indígenas, Sr. Rodolfo Stavenhagen, párr. 23.

⁷³ ONU. Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, *op. cit.*, nota 65, párr. 23.

⁷⁴ “Estos criterios fueron (inicialmente) mencionados en el informe del Relator Especial sobre la situación de los derechos humanos y libertades fundamental de los indígenas, Rodolfo Stavenhagen y retomados por la Corte Interamericana en el Caso del Pueblo Saramaka”, María Clara Galvis Patiño, “Consulta, Consentimiento y Veto”, APORTES DPLF, Revista de la Fundación para el Debido Proceso Legal (DPLF), p. 11.

⁷⁵ OIT. “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica”. Una Guía..., *op. cit.*, nota 68, p. 98; OIT. ILO convention on indigenous and tribal peoples. A Manual..., *op. cit.*, nota 68, p. 44; UNPFII, Doc. E/C.19/2005/3, *op. cit.*, nota 64, párr. 48.

⁷⁶ ONU. Consejo de Derechos Humanos, *La situación de los pueblos indígenas afectados por el proyecto hidroeléctrico El Diquís en Costa Rica*, Informe del Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, *op. cit.* nota 52, párr. 15.

⁷⁷ UNPFII, *op. cit.*, nota 66 párr. 42.

⁷⁸ UNPFII, *Id.*; ONU. Consejo de Derechos Humanos, Mecanismo de expertos sobre los derechos de los pueblos indígenas, *op. cit.*, nota 65, párr.25.

⁷⁹ OIT. “Los derechos de los pueblos indígenas y tribales en la práctica”. Una Guía..., *op. cit.*, nota 68, p. 98.

⁸⁰ ONU. Consejo de Derechos Humanos, Doc. ONU A/HRC/12/34, *op.cit.*, nota 52, párr. 46.

⁸¹ OIT. ILO convention on indigenous and tribal peoples. A Manual..., *op. cit.*, nota 68, p. 53; AGNU, Droits des peuples autochtones, Rapport du Rapporteur spécial sur les droits des peuples autochtones, Doc. ONU A/66/288, 2011, p. 19, párr. 86.

⁸² ONU. Consejo de Derechos Humanos, Informe del ex Relator Especial sobre los derechos de los pueblos indígenas, James Anaya, *op. cit.* nota 52, párr. 44.

⁸³ Párrafo 1 del artículo XXIII de la Declaración Americana, y artículo 19 de la Declaración de la ONU.

⁸⁴ Párrafo 4 del artículo XXIX de la Declaración Americana, y artículo 32.2 de la Declaración de la ONU.

⁸⁵ Artículo XXVIII de la Declaración Americana.

⁸⁶ Artículo XXIII de la Declaración de la OEA, y 32.2 de la Declaración de Naciones Unidas.

⁸⁷ Párrafo 4 del artículo XXIX de la Declaración Americana, y artículo 32.2 de la Declaración de la ONU.

⁸⁸ Artículo XVIII.3 de la Declaración Americana.

⁸⁹ Artículo 10 de la Declaración de Naciones Unidas.

⁹⁰ Artículo 29.2 de la Declaración de Naciones Unidas.

⁹¹ Artículo XIII.2 de la Declaración Americana y 11.2 de la Declaración de Naciones Unidas.

⁹² Artículo 75, inciso 17 de la Constitución Nacional de la República Argentina de 1994. Asimismo, el artículo 57, inciso 6 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 revela que los pueblos indígenas participan en el uso, usufructo, administración y conservación de los recursos renovables que se hallen en sus tierras. Véase también el Artículo 30, inciso II, numeral 15 de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009.

⁹³ Artículo 2, inciso IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917. Aquí se establece además la necesidad de incorporar en los referidos planes sus recomendaciones y propuestas, de ser el caso, así como la obligación de la Cámara de Diputados del Congreso, los legisladores de las entidades federativas y los ayuntamientos de establecer las partidas pertinentes así como las formas y procedimientos para garantizar esta participación. El Artículo 57, inciso 16 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008 por su parte, establece el derecho de las comunidades y pueblos indígenas de participar en los organismos oficiales que definen las políticas públicas que les conciernan así como en el diseño de planes y programas que les compete.

⁹⁴ Artículo 57, inciso 7 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008. Esta dispone la consulta previa, obligatoria, libre e informada a las comunidades indígenas sobre planes y programas de prospección, explotación y comercialización de recursos no renovables que se encuentren en sus tierras, participar en los beneficios que estas reporten y recibir indemnizaciones por los daños que se les ocasione. También, el Artículo 120 de la Constitución Bolivariana de Venezuela de 1999 y el Artículo 330 de la Constitución Política de la República de Colombia de 1991, que disponen la participación de las comunidades indígenas en las decisiones sobre la explotación de recursos naturales que se encuentren en sus tierras. Véase también el Artículo 30, inciso II, numeral 15 de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009.

⁹⁵ Artículo 57, inciso 17 de la Constitución de la República del Ecuador de 2008. Artículo 30, inciso II, numeral 15 de la Constitución del Estado Plurinacional de Bolivia de 2009.

⁹⁶ OEA. *op. cit.*, nota 50, Informe del Comité Jurídico Interamericano, pp. 16-17.

⁹⁷ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka V.s. Surinam*, ... *cit.*, nota 46, párr. 134.

⁹⁸ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka V.s. Surinam*. Interpretación de la Sentencia de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 12 de agosto de 2008. Serie C No. 185, párr. 17. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_185_esp.pdf.

⁹⁹ *Parry and Grant Encyclopedic Dictionary of International Law* (3rd edition) edited by John P. Grant and J. Craig Barker, 599.

¹⁰⁰ FAO. El futuro de nuestra tierra: enfrentando el desafío... Los recursos de la tierra y la población: dependencia e interacción <http://www.fao.org/docrep/004/x3810s/x3810s04.htm>.

Luis Toro Utillano

Derechos de los Pueblos Indígenas

¹⁰¹ ONU. Conférence sur l'organisation de la recherche et la formation du personnel en Afrique en ce qui concerne l'étude, la conservation et l'utilisation des ressources naturelles, UNESCO/CORPSA/4.A, 31 de enero de 1964.

¹⁰² Artículos XIX y XXV de la Declaración Americana y artículos 25, 26 y 29 de la Declaración de la ONU.

¹⁰³ Artículo VI de la Declaración Americana.

¹⁰⁴ Párrafo 5 del artículo XXV de la Declaración Americana.

¹⁰⁵ Ubicada en párrafo 4 del artículo XVIII. Derecho a la protección del medio ambiente sano, del documento GT/DADIN/doc.334/08 rev. 11 corr. 1.

¹⁰⁶ Párrafo 4 del artículo XIX de la Declaración Americana y párrafo 1 del artículo 29 de la Declaración de la ONU.

¹⁰⁷ Párrafo 5 del artículo XXIX de la Declaración Americana.

¹⁰⁸ Ver en particular los párrafos 2 y 3 del artículo 8 de la Declaración de la ONU.

¹⁰⁹ Artículo 20 de la Declaración de Naciones Unidas.

¹¹⁰ Artículo 28 de la Declaración de Naciones Unidas.

¹¹¹ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*.... *cit.*, nota 46, párr. 141.

¹¹² Corte IDH. *Caso Comunidad Indígena Yakey Axa Vs. Paraguay*.... *cit.*, nota 41, párr. 167.

¹¹³ Corte IDH. *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*.... *cit.*, nota 32, párrs. 149 y 151.

¹¹⁴ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*.... *cit.*, nota 46, párr. 72 y 85. Véase los siguientes casos: *Caso de la Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*.... *cit.*, nota 32, párrs. 148-149, y 151; *Caso Comunidad Indígena Samboyamaya Vs. Paraguay*, ... *cit.*, nota 58, párrs. 118-121, y 131, y *Caso de la Comunidad Indígena Yakey Axa Vs. Paraguay*.... *cit.*, nota 41, párrs. 124, 131, 135-137 y 154.

¹¹⁵ Corte IDH. *Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*.... *cit.*, nota 59, párrs. 148 y 149. Véase también, *Caso Comunidad Indígena Samboyamaya Vs. Paraguay*.... *cit.*, nota 58, párr. 73.61 a 73.74, y *Caso Xákmoké Kásek Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de agosto de 2010. Serie C No 214, párrs. 113, 205, 207 y 208; *Caso Comunidad Indígena Yakey Axa Vs. Paraguay*.... *cit.*, nota 41, párr. 154.

¹¹⁶ Corte IDH. *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*.... *cit.*, nota 46, párr. 127; Cfr. *Caso de la Comunidad Indígena Yakey Axa*.... *cit.*, nota 41, párrs. 144-145, citando (*mutatis mutandi*); *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111, párr. 96; *Caso Herrera Ulloa Vs. Costa Rica*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de julio de 2004. Serie C No. 107, párr. 127, y *Caso Ivcher Bronstein Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de febrero de 2001. Serie C No. 74, párr. 155; *Caso Comunidad Indígena Samboyamaya Vs. Paraguay*.... *cit.*, nota 58, párr. 137.

¹¹⁷ AYLWIN, José, *El Derecho de los Pueblos Indígenas a la Tierra y al Territorio en América Latina: Antecedentes Históricos y Tendencias Actuales*, 2002, pp. 7 y 8.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 26.

¹¹⁹ Citado por AYLWIN, José. "El concepto de tierras, territorios y recursos naturales de los pueblos indígenas en el Derecho internacional", p. 10; disponible en: www.utexas.edu/law/centers/humanrights/events/.../tierrasterritorios.doc.

¹²⁰ UN. Economic and Social Council, Report on the working paper prepared by Mrs. Erica-Irene Daes, Special Rapporteur, E/CN.4/Sub.2/2001/21, p. 9 (par.20).

¹²¹ Observaciones de la ethnohistoriadora y socióloga rural, doctora Paloma Bonfil S.

¹²² . Estados Unidos desea reiterar su compromiso para atender los apremiantes problemas que atañen a los pueblos indígenas en el continente, incluido el combate a la discriminación social de que son objeto,...

¹²³ . Canadá reitera su compromiso con una renovada relación con sus pueblos indígenas fundamentada en el reconocimiento de derechos, el respeto, la cooperación y la colaboración. Canadá está ahora ...

¹²⁴ . El Estado de Colombia se aparta del consenso respecto del artículo XXIII, numeral 2, de la Declaración de los Pueblos indígenas de la OEA, que se refiere a las consultas

¹²⁵ . El Estado de Colombia se aparta del consenso respecto del artículo XXIX, numeral 4 de la Declaración de los Pueblos indígenas de la OEA, que se refiere a las consultas para obtener ...

¹²⁶ . El Estado de Colombia se aparta del consenso respecto del artículo XXX, numeral 5 de la Declaración de los Pueblos indígenas de la OEA, considerando que conforme al mandato contenido...

Sobre el autor

Luis Toro Utillano



Luis Toro Utillano es abogado en el Departamento de Derecho Internacional. Provee servicios de consejería legal en materia de derecho internacional a los Estados miembros de la OEA y ha servido como asesor jurídico del Grupo de Trabajo encargado de elaborar el *Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas* desde su creación.

Graduado en Derecho, LL.B. (*Université de Montréal*), es miembro del Colegio de Abogados de Québec en Canadá (*Barreau du Québec*). Igualmente ostenta una maestría en derecho internacional LL. M. en el *Washington College of Law* (*American University*) y un Bachillerato en Ciencias Políticas, B. Sc. (*Université de Montréal*).

Sumario

Introducción;

I. *Breve Introducción al Derecho Internacional Humanitario;*

II. *La obligación de los Estados de perseguir judicialmente las infracciones graves del DIH; a) Los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I aplicables en los conflictos armados internacionales; b) Violaciones del Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional II aplicables en los conflictos armados sin carácter internacional; c) El Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998 que crea la Corte Penal Internacional; d) Otros tratados de DIH o con sus contenidos que exigen adoptar legislación penal;*

III. *Responsabilidad de los superiores;*

IV. *Jurisdicción Universal;*

V. *Derecho internacional humanitario y prescripción;*

VI. *El CICR como promotor y guardián del DIH;*

VII. *Las infracciones graves del derecho internacional humanitario y su tipificación en las legislaciones nacionales de América Latina; la contribución del CICR.*



Emprendimientos Legislativos sobre Infracciones Graves del Derecho Inter- nacional Humanitario en América Latina; La Contribución del CICR

Gabriel Pablo Valladares*

Introducción

El tema abordado en el presente texto ha sido parte de la exposición denominada “*Introducción al Derecho Internacional Humanitario y las medidas nacionales para su aplicación con especial referencia a América Latina*” presentada por el autor durante el espacio cedido al Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) en el XLII Curso de Derecho Internacional: “*La actual agenda jurídica Interamericana*” organizado por el Comité Jurídico Interamericano y el Departamento de Derecho Internacional de la Secretaría de Asuntos Jurídicos de la Organización de Estados Americanos.

Este trabajo comienza con una sucinta introducción al derecho internacional humanitario (DIH), para facilitar la comprensión del ordenamiento en el que reposa la obligación jurídica que

nos ocupa, haciéndose referencia a los instrumentos internacionales que la contienen y los institutos jurídicos que deben conocer aquellas personas que en los Estados han de legislar para poder cumplir eficazmente con dicha obligación.

A continuación, se aborda el deber de los Estados para legislar con el propósito de incorporar en su derecho interno las normas que permiten juzgar a los sospechosos de haber cometido o haber dado órdenes de cometer infracciones graves del DIH. Sigue una corta explicación sobre el CICR y su condición de promotor y guardián del DIH para entender mejor por qué una organización humanitaria apoya en América Latina, como en el resto del mundo, los procesos legislativos que emprenden para tipificar en sus ordenamientos internos las infracciones graves del DIH.

I - Breve Introducción al Derecho Internacional Humanitario

El DIH es parte del derecho internacional público. Se trata de un cuerpo de normas jurídicas internacionales, de origen convencional o consuetudinario, destinado específicamente a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, que limita el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en los conflictos armados, o que protege a las personas y los bienes afectados, o que pueden estar afectados por el conflicto.¹

Sus orígenes se remontan a las normas dictadas por las antiguas civilizaciones y religiones. La guerra siempre ha estado sujeta a ciertas leyes y costumbres. Este derecho no tiene la pretensión de prohibir la guerra, ni la ambición de definir su legalidad o su legitimidad, sino de aplicarse cuando el recurso a la fuerza se ha infelizmente impuesto y lo que queda es limitar los sufrimientos de las personas que no participan o que han dejado de participar en las hostilidades. De allí su calificación de *ius in bello* o de derecho aplicable en la guerra; se trata de un derecho de orientación típicamente humanitaria, diferente del *ius ad bellum*, o derecho de hacer la guerra.

La codificación de este derecho en el ámbito universal comenzó en el siglo XIX y desde entonces, los Estados han aceptado un conjunto de normas basadas en la experiencia surgida de los conflictos armados que intenta mantener un cuidadoso equilibrio entre las preocupaciones de carácter humanitario y las exigencias militares.

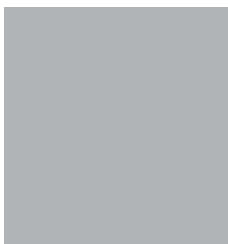
El DIH *sólo es aplicable en caso de conflicto armado* y se aplica por igual a todas las partes involucradas sin tener en cuenta quien dio inició a las hostilidades. El DIH entonces, no es aplicable a las situaciones de tensiones internas ni de disturbios interiores, como son ciertos actos aislados de violencia que ocurren en un Estado sin constituir un conflicto armado sin carácter internacional.

La mayoría de las normas fundamentales de este ordenamiento han adquirido el carácter de imperativas *ius cogens* en razón de su aceptación y reconocimiento por los Estados, porque son reglas fundamentales de carácter humanitario cuya derogación no es posible sin negarse las consideraciones básicas de humanidad que se pretende proteger.

En los conflictos armados internacionales se enfrentan dos o más Estados. También entran dentro de esta categoría los casos de ocupación total o parcial

Gabriel Pablo Valladares

Infracciones Graves del Derecho Internacional Humanitario



de un territorio (aún sin encontrar resistencia armada), y los conflictos armados en que los pueblos luchan contra la dominación colonial y la ocupación extranjera y contra los regímenes racistas en el ejercicio del derecho de los pueblos a la libre determinación, consagrada en la Carta de la Organización de las Naciones Unidas y en la Declaración sobre los Principios del Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con dicha Carta mencionada precedentemente.

Durante esta clase de conflictos deben observarse las normas de los cuatro *Convenios de Ginebra* del 12 de agosto de 1949 (*Convenios de Ginebra*), el *Protocolo Adicional I* del 8 de junio de 1977 (*Protocolo Adicional I*), el *Protocolo Adicional III* de 2005 y otros tratados de DIH sobre restricciones o prohibiciones de armas o métodos de combate, protección de bienes culturales, el derecho consuetudinario y los principios generales del DIH.²

En los conflictos armados sin carácter internacional se enfrentan partes en conflicto en el territorio de *un mismo* Estado, por ejemplo, las fuerzas armadas regulares y grupos armados disidentes o grupos armados organizados entre sí. En todos los conflictos armados sin carácter internacional, se aplican las disposiciones del artículo 3 común a los cuatro Convenios. Si el Estado, además de ser Parte en los *Convenios de Ginebra* es también Estado Parte del *Protocolo Adicional II* del 8 de junio de 1977 y en el conflicto se dan los supuestos que describe su artículo 1º, entonces, este tratado internacional también deberá ser observado, y debe respetarse el *Protocolo III* Adicional de 2005, el derecho consuetudinario y los principios generales del DIH.

En los conflictos armados sin carácter internacional también resultan de aplicación algunos otros tratados de DIH tales como, por ejemplo, el *Protocolo II* enmendado el 3 de mayo de 1996 a la *Convención Sobre Restricciones*

y *Prohibiciones de Ciertas Armas Convencionales que Causan Daños Excesivos* de 1980, y aquellos Estados que han aceptado la enmienda al artículo 1º de la citada Convención, observarán la aplicación en todos sus protocolos.

Las normas del DIH protegen a las personas que no toman parte en las hostilidades, como son los civiles y el personal médico y religioso. Protege asimismo a las personas que ya no participan en los combates, por ejemplo, los combatientes heridos o enfermos, los náufragos y los prisioneros de guerra, entre otros. Las personas que integran estas categorías de “*personas protegidas*” tienen el derecho a que se respete su vida, su integridad física y su dignidad y a que, en caso de ser llevadas ante los tribunales de justicia, puedan beneficiarse de las garantías fundamentales del debido proceso. Serán, en todas las circunstancias, protegidas y tratadas con humanidad, sin distinción alguna de índole desfavorable.

En particular, está prohibido matar o herir a un adversario que haya depuesto las armas o que esté fuera de combate. Los heridos y los enfermos deben ser recogidos y asistidos por la parte beligerante que los tenga. Se deben respetar al personal y el material médico, los hospitales y las ambulancias. Asimismo, hay normas específicas que regulan las

condiciones de detención de los prisioneros de guerra y el trato debido a los civiles que se hallan bajo la autoridad de la parte adversa, lo que incluye, en particular, su mantenimiento, atención médica y el derecho a mantener correspondencia con sus familiares.

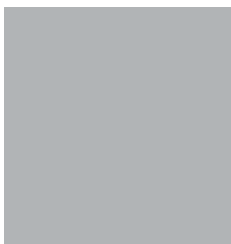
El DIH prevé, asimismo, algunos signos distintivos que se pueden emplear para identificar a las personas, los bienes y los lugares protegidos. Se trata principalmente de los emblemas de la Cruz Roja, la Media Luna Roja y el emblema adoptado por el *Protocolo Adicional III a los Convenios de Ginebra* de 1949, conocido como “*cristal rojo*”, así como los signos distintivos específicos de los bienes culturales, de la protección civil y de las instalaciones u obras que contienen fuerzas peligrosas.

El DIH prohíbe, entre otras cosas, las armas y las tácticas militares que no distinguen entre las personas que participan en los combates y aquellas que no toman parte en las hostilidades, a fin de respetar la vida de la población civil y sus bienes; también prohíbe las armas o métodos de combate que causan daños superfluos o sufrimientos innecesarios o las que causan daños graves, extensos y duraderos al medio ambiente.

Este derecho ha prohibido, pues, el uso de muchas armas, incluidas las

Gabriel Pablo Valladares

Infracciones Graves del Derecho Internacional Humanitario



balas explosivas, las armas químicas y biológicas, las armas láser que causan específicamente ceguera, las minas antipersonal y ciertas municiones de racimo, entre otras.

Hay varios medios para garantizar la aplicación del DIH. Existen medios que podemos denominar *preventivos*, cuyo objeto es hacer cumplir a los Estados la obligación contraída al ratificar o adherir a los tratados de DIH para respetar y hacer respetar esta rama del derecho internacional público. Ejemplos de estos medios preventivos son la difusión y la integración del DIH en los planes de estudios, el entrenamiento, la logística, la doctrina militar y la sanción o mecanismos de control militares; la formación de personal calificado con miras a facilitar su aplicación y el nombramiento de asesores jurídicos en las fuerzas armadas; la adopción en tiempo de paz de medidas legislativas y reglamentarias que permitan garantizar el respeto de sus normas y la traducción de los textos

convencionales a las lenguas vernáculas para su mejor comprensión.

Entre los ámbitos donde se requiere la adopción de medidas de aplicación, se cuentan, entre otras, la protección de los emblemas de la Cruz Roja, de la Media Luna Roja y el “Cristal Rojo”, la protección de ciertos bienes sustanciales para la supervivencia de la población civil, la protección de los bienes culturales, así como de obras e instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, la prohibición o restricción del empleo, uso o transferencia o fabricación de ciertas armas, como así también su destrucción, la protección de los civiles y zonas neutralizadas, sanitarias u otras.

Algunas medidas requieren la aprobación de leyes o reglamentos. Otras, el desarrollo de programas educativos, la selección y/o capacitación de personal, la producción de tarjetas de identidad y de otros documentos, la instalación de estructuras especiales

y la introducción de procedimientos administrativos y de planificación.

Por otra parte, existen medios de control que están previstos para toda la duración de los conflictos con el objeto de velar por la observancia del DIH. Por ejemplo, la designación de potencias protectoras o la presencia de una organización independiente e imparcial, tal como el CICR que puedan cumplir con el cometido de aquellas. También podemos incluir en este rubro a la Comisión Internacional de Encuesta o ciertas medidas que puede tomar el Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) si determina que las violaciones del DIH configuran una amenaza a la paz o la seguridad internacionales en el marco de su Carta fundadora en una situación determinada que le hubiera sido sometida.

Por último, es fundamental que los Estados persigan judicialmente y lleven ante los tribunales de justicia a todos los sospechosos de haber cometido o dado orden de cometer una infracción grave del DIH.

El DIH tiene convergencias y también diferencias con otras ramas del derecho internacional público, tales como el derecho del desarme, el derecho de refugiados y en especial con el derecho

internacional de los derechos humanos. La finalidad tanto del DIH como del derecho internacional de los derechos humanos es proteger la vida, la salud y la dignidad de las personas, pero desde puntos de vista propios y diferentes.

II. La obligación de los Estados de perseguir judicialmente las infracciones graves del DIH

a) Los Convenios de Ginebra de 1949 y su Protocolo Adicional I aplicables en los conflictos armados internacionales

Cuando un Estado trabaja en un proyecto de ley sobre tipificación de las infracciones graves del DIH en la legislación penal interna, debe primero tener cabal conocimiento de cuáles son los instrumentos internacionales que deberán considerarse en esta materia. Para ello se debe verificar cuáles son los tratados de DIH, o con contenidos de este derecho, en los que dicho Estado es parte.

En un segundo paso, es necesario conocer cuáles de esos tratados contienen exigencias para que se adopte la legislación penal pertinente que permita juzgar sus violaciones. Es obvio que si la materia a tratar es el DIH, los principales tratados que deben ser

tomados en cuenta son los *Convenios de Ginebra* y el *Protocolo Adicional I y II*.

Nos ocuparemos primero de los tratados aplicables en caso de *conflicto armado internacional*.

Desde el momento de la recepción en el derecho nacional de los cuatro Convenios de Ginebra y el Protocolo Adicional I, pesa sobre el Estado Parte la obligación *incondicional*, convencionalmente asumida en su artículo 1 común, de respetar y hacer respetar dichos instrumentos internacionales en todas las circunstancias, confirmando y reforzando, respecto a ellos, la virtualidad del principio general *pacta sunt servanda* contenido en el artículo 26 de la *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados* de 1969.

Dicha obligación comporta, entre otros extremos, que sobre cada Estado Parte recaiga el deber de hacer cuanto sea posible para que las disposiciones convencionales sean rigurosamente observadas por sus órganos judiciales y administrativos y por las personas que se encuentren bajo su jurisdicción.

Cuando un Estado expresa su consentimiento en obligarse por aquellos tratados internacionales, pesará sobre éste la obligación imperativa contenida en los respectivos párrafos primeros

de los artículos 49 (I), 50 (II) 129 (III) 146 (IV) “*tomar todas las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan, o den orden de cometer, cualquiera de las infracciones graves?*”.

Las infracciones graves del DIH son enunciadas en el 50 (I), 51 (II) 130 (III) y 147 (IV) imponiendo por su parte el *Protocolo Adicional I* en su artículo 86.1, como deber de los Estados Partes en este y en los *Convenios*, el de reprimir las infracciones graves de unos y de otros, que son anunciadas en los artículos 11.4 y 85.2, 3 y 4 respecto de las que, en su artículo 85.5 se establece que se considerarán “crímenes de guerra”. Se trata de las siguientes conductas, a saber:

- A) homicidio intencional;
- B) tortura o tratos inhumanos;
- C) experimentos biológicos;
- D) causar deliberadamente grandes sufrimientos;
- E) atentados graves contra la integridad física o la salud;
- F) destrucción y apropiación de bienes no justificadas, por necesidades militares y

G) efectuadas a gran escala, ilícita y arbitrariamente;

H) forzar a un prisionero de guerra o a una persona protegida por el Cuarto Convenio de Ginebra a servir en las fuerzas armadas de la Potencia enemiga;

I) privar intencionalmente a un prisionero de guerra o a una persona protegida de su derecho a ser juzgado legítima e imparcialmente según las prescripciones de los Convenios;

J) deportación o el traslado ilegal; la detención ilegal de una persona protegida; la toma de rehenes; y

K) poner gravemente en peligro, mediante una acción u omisión deliberada, la salud o la integridad física o mental de las personas en poder de la parte adversa o que estén internadas, detenidas o privadas de cualquier otra forma de libertad a causa de un conflicto armado, en particular las mutilaciones físicas, los experimentos médicos o científicos, las extracciones de tejidos u órganos para trasplantes que no estén indicados por su estado de salud o que no estén de acuerdo con las normas médicas generalmente reconocidas que se aplicarían en análogas circunstancias médicas a los

ciudadanos no privados de libertad de la parte que realiza el acto.

Se incluyen también los siguientes actos, cuando se cometan intencionalmente y si causan la muerte o atentan gravemente a la integridad física o a la salud:

A) hacer objeto de ataque a la población civil o a personas civiles;

B) lanzar un ataque indiscriminado que afecte a la población civil o bienes de carácter civil, a sabiendas de que tal ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que sean excesivos;

C) lanzar un ataque contra obras o instalaciones que contengan fuerzas peligrosas, a sabiendas de que ese ataque causará muertos o heridos entre la población civil o daños a bienes de carácter civil que sean excesivos;

D) hacer objeto de ataque a localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas;

E) hacer objeto de ataque a una persona a sabiendas de que está fuera de combate; y

F) hacer uso péfido del signo distintivo de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja o de otros signos protectores.

Los siguientes actos serán asimismo clasificados, cuando se cometan intencionalmente y en violación de los *Convenios de Ginebra* o del *Protocolo Adicional I*:

A) el traslado por la Potencia ocupante de partes de su propia población civil al territorio que ocupa, o la deportación o el traslado en el interior o fuera del territorio ocupado de la totalidad o parte de la población de ese territorio;

B) la demora injustificable en la repatriación de prisioneros de guerra o de personas civiles;

C) las prácticas del apartheid y demás prácticas inhumanas y degradantes, basadas en la discriminación racial, que entrañen un ultraje contra la dignidad personal;

D) el hecho de dirigir un ataque a monumentos históricos, obras de arte o lugares de culto claramente reconocidos que constituyen el patrimonio cultural o espiritual de los pueblos y a los que se les haya conferido protección especial, causando como consecuencia extensas destrucciones de los mismos, cuando tales bienes no estén situados en la inmediata proximidad de objetivos militares o utilizados por la parte adversa en apoyo de su esfuerzo militar; y

E) privar a una persona protegida por los Convenios y el Protocolo I de su derecho a ser juzgada regular e imparcialmente.

b) Violaciones del Artículo 3 común de los Convenios de Ginebra y del Protocolo adicional II aplicables en los conflictos armados sin carácter internacional

La obligación de castigar las violaciones del artículo 3 común a los cuatro *Convenios de Ginebra de 1949* y del *Protocolo Adicional II* no está prevista explícitamente en los tratados. Pero aún así, es claro que cuando los *Convenios* disponen en sus artículos 49 (I), 50 (II), 129 (III) y 146(IV) que cada “*Parte Contratante tomará las oportunas medidas para que cesen, aparte de las infracciones graves definidas en el artículo siguiente, los actos contrarios a las disposiciones del presente Convenio*”, exigen una sanción, la cual no puede ser otra que una de tipo penal que abarca, inclusive, el caso de violaciones graves del artículo 3 común.³

A ello hay que sumar que existe un derecho reconocido de carácter *consuetudinario* por el cual los Estados pueden perseguir penalmente a los autores de dichas violaciones invocando el principio de jurisdicción universal.⁴ Dichas

violaciones se incluyen en la definición de *crímenes de guerra* contenida en el artículo 8 del *Estatuto de Roma* del 17 de julio de 1998, que crea la Corte Penal Internacional, y se observa una tendencia creciente a incorporar sanciones al respecto en las legislaciones nacionales.

c) El Estatuto de Roma del 17 de julio de 1998

El *Estatuto de Roma*, como ya señalamos, establece una Corte Penal Internacional que tiene competencia respecto de los crímenes de guerra, entre otros. Es importante recordar que dicha Corte

no sustituye a las jurisdicciones nacionales, pues son ante todo los Estados a quienes incumbe la obligación y la responsabilidad de enjuiciar a los presuntos criminales de guerra.

Cabe notar que el Estatuto de Roma no obliga explícitamente a los Estados Partes a castigar los crímenes de la competencia de la Corte. Pero sí lo supone, puesto que el mecanismo de complementariedad que prevé depende de la posibilidad de los Estados de reprimir dichos crímenes en el ámbito nacional.

Ello conlleva obligaciones en materia legislativa respecto a la *tipificación* de los crímenes e inclusive por lo que atañe a las reglas generales que rigen la improcedencia del cargo oficial, la responsabilidad de los superiores, la imprescriptibilidad o las circunstancias eximentes de responsabilidad penal.

La adecuación del derecho penal al *Estatuto de Roma* no debe menoscabar las obligaciones que emanan de los *Convenios de Ginebra* y su *Protocolo Adicional I*. Se trata, por el contrario, de armonizar el régimen establecido en estos dos últimos con aquel estipulado por el *Estatuto*. Significa cerciorarse que la legislación penal permite, como mínimo indispensable y obligatorio, castigar los crímenes de guerra definidos por los

“El Estatuto de Roma, establece una Corte Penal Internacional que tiene competencia respecto de los crímenes de guerra, entre otros. Es importante recordar que dicha Corte no sustituye a las jurisdicciones nacionales, pues son ante todo los Estados a quienes incumbe la obligación y la responsabilidad de enjuiciar a los presuntos criminales de guerra.”

Convenios de Ginebra y su *Protocolo Adicional I* de acuerdo al sistema impuesto por dichos tratados. Las reglas del *Estatuto* pueden fortalecer, pero no deben debilitar la arquitectura erigida en relación a la definición de los crímenes de guerra, ni a las reglas sobre la responsabilidad penal y el ejercicio de la acción penal.

El *Estatuto de Roma* codifica también una serie de crímenes de guerra que no siempre corresponden con una infracción grave en el sentido de los *Convenios de Ginebra* o del *Protocolo Adicional I*.

En efecto, el artículo 8 del *Estatuto de Roma* define cincuenta crímenes de guerra repartidos en cuatro categorías, o sea: 1) infracciones graves de los *Convenios*; 2) otras violaciones graves de las leyes y usos aplicables en los conflictos armados internacionales; 3) violaciones graves del artículo 3 común de los *Convenios*; y 4) otras violaciones graves de las leyes y los usos aplicables en los conflictos armados internos.

Al comparar los *Convenios de Ginebra* y su *Protocolo Adicional I* con el *Estatuto de Roma*, resulta que éste identifica una serie de crímenes de guerra que no figuran en la lista de las infracciones graves de los tratados mencionados. El *Protocolo Adicional I* por su parte, enumera algunos crímenes que no aparecen

en el Estatuto de Roma. Se trata, en particular, de los ataques contra obras e instalaciones que contienen fuerzas peligrosas, de los ataques contra localidades no defendidas y zonas desmilitarizadas, y de la demora injustificable en la repatriación de los prisioneros de guerra o de personas civiles, definidos por los artículos 85(3) (c), 85(3) (d) y 85(4) (b) del *Protocolo Adicional I*, respectivamente.

d) Otros tratados de DIH o sus contenidos que exigen adoptar legislación penal

Los tratados de DIH, o sus contenidos deben tener un correlato de normas penales en el ordenamiento jurídico interno de los Estados para perseguir judicialmente a sus infractores, tales como:

1- Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado (La Haya, 1954)

Con frecuencia, las operaciones militares han causado la destrucción de bienes culturales irremplazables, ocasionando una pérdida no sólo para el país de origen sino también para el patrimonio cultural de los pueblos. Tras reconocer la importancia de esa riqueza cultural, la comunidad internacional aprobó la *Convención de La Haya*

de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado, así como un *Protocolo Relativo a los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado*, y un segundo *Protocolo a la Convención* de 1954. Además de estos instrumentos, los *Protocolos de 1977 Adicionales a los Convenios de Ginebra*, contienen disposiciones que protegen los bienes culturales (*Protocolo I*, arts. 38, 53 y 85; y *Protocolo II*, art. 16).

En la *Convención* citada se obliga a los Estados Partes a adoptar en el marco de su sistema de derecho penal, todas las medidas necesarias para perseguir e imponer sanciones penales o disciplinarias a aquellas personas que, con independencia de su nacionalidad, hayan cometido u ordenado cometer actos tipificados como infracción a dicha *Convención*.

2- Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado (1999)

Los Estados Partes en la *Convención de 1954* y en el *Segundo Protocolo* tienen la obligación, en caso de conflicto armado internacional o no internacional, de establecer sanciones penales para, en particular, castigar a aquellas personas que:

hagan objeto de un ataque a un bien cultural bajo protección reforzada;

utilicen los bienes culturales bajo protección reforzada o sus alrededores inmediatos en apoyo de acciones militares;

causen destrucciones importantes en los bienes culturales protegidos por la *Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado* (La Haya, 1954) y el *Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado* (1999) o apropiárselos a gran escala;

hagan objeto de un ataque a un bien cultural protegido por la *Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado* (La Haya, 1954) y el *Segundo Protocolo de la Convención de La Haya de 1954 para la Protección de los Bienes Culturales en caso de Conflicto Armado* (1999); y

roben, saqueen o hagan un uso indebido de los bienes culturales protegidos por la *Convención para la Protección de los Bienes Culturales en Caso de Conflicto Armado* (La Haya, 1954), y perpetrar actos de vandalismo contra ellos.

3- Convención sobre la Prohibición de Desarrollo, Producción y Almacenamiento de Armas Bacteriológicas (Biológicas) y Tóxicas y sobre su Destrucción (1972)

El objetivo último de este instrumento, definido en su Preámbulo, es excluir completamente la posibilidad de que los agentes bacteriológicos (biológicos) y las toxinas se utilicen como armas. La prohibición del empleo de las armas bacteriológicas se estipula en el *Protocolo de Ginebra de 1925*. La Convención es complementaria del *Protocolo*, puesto que prohíbe el desarrollo, la producción, el almacenamiento, la adquisición, la retención y la transferencia de las armas bacteriológicas, además de exigir su destrucción.

Los Estados Partes tienen la obligación de adoptar las medidas necesarias para prohibir y prevenir, sobre su territorio o en cualquier otro lugar bajo su jurisdicción o control, el desarrollo, la fabricación, el almacenamiento, la adquisición o la conservación de agentes, toxinas y armas biológicas, así como de equipos y vectores destinados a su empleo (art. 4). Esta prohibición se observa en cualquier circunstancia (art. 1).

4- Convención sobre la Prohibición de Utilizar Técnicas de Modificación Ambiental con Fines Militares u otros Fines Hostiles (1976)

Este instrumento de derecho internacional del desarme relacionado específicamente con la protección del medio ambiente en caso de hostilidades, prohíbe el empleo del medio ambiente como medio de combate. El complemento esencial de las disposiciones de dicha Convención son las disposiciones del *Protocolo Adicional I*, que prohíben los ataques directos contra el medio ambiente en caso de conflicto armado.

Los Estados Partes tienen la obligación de tomar las medidas que consideren necesarias para prohibir y prevenir toda actividad contraria a las disposiciones de la Convención en cualquier lugar bajo su jurisdicción o control (art. 4); y a no utilizar técnicas de modificación ambiental con fines militares u otros fines hostiles, que tengan efectos vastos, duraderos o graves, como medios para causar destrucciones, daños o perjuicios a otro Estado Parte (art. 1).

5- Protocolo sobre Prohibiciones o Restricciones del Empleo de Minas, Armas Trampa y Otros Artefactos según fue enmendado el 3 de mayo de 1996 (Protocolo II según fue enmendado el 3 de mayo de 1996) y otros protocolos de la Convención de Ciertas Armas Convencionales que causan daños excesivos de 1980 (CCAC 1980)

La CCAC 1980 es uno de los principales tratados de derecho internacional humanitario. Su objetivo es proteger a la población civil contra los efectos de las armas y proteger a los combatientes contra sufrimientos excesivos. Una de sus características importantes es que su ámbito de aplicación puede ampliarse en respuesta al desarrollo de nuevas armas o cambios en la conducción de la guerra.

En el caso del *Protocolo II*, los Estados Partes deben adoptar todas las medidas pertinentes, en particular las de carácter legislativo, para prevenir y reprimir las violaciones de las disposiciones del *Protocolo* cometidas por personas o en territorios sujetos a su jurisdicción o control (art. 14, párr. 1). Los Estados Partes tienen, además, que imponer sanciones penales a las personas que, de forma deliberada, causen la muerte o heridas a civiles en

el marco de un conflicto armado, en contravención de las disposiciones del *Protocolo II* (art. 14, párr. 2). Esta obligación es aplicable en los supuestos de personas o territorios colocados bajo la jurisdicción o el control del Estado en cuestión, se cometa el acto constitutivo de violación durante un conflicto armado internacional o no internacional (art. 1, párr. 2).

6- Convención sobre la Prohibición del Desarrollo, la Producción, el Almacenamiento y el Empleo de Armas Químicas y sobre su Destrucción (1993)

Este instrumento forma parte de la categoría de instrumentos de derecho internacional que prohíben el uso de armas cuyos efectos son particularmente abominables. Una de sus finalidades es excluir completamente la posibilidad de que se empleen armas *químicas*. Del mismo modo que la *Convención de 1972 sobre las Armas Biológicas y Toxinas*, complementa y refuerza en varios aspectos el *Protocolo de Ginebra de 1925*.

Los Estados Partes deben adoptar medidas pertinentes para cumplir las obligaciones derivadas de esta Convención; en particular, promulgar legislación penal por la que se sancione

las violaciones a la misma, hayan sido cometidas éstas por personas físicas o jurídicas que se encontraran en su territorio o en cualquier lugar bajo su jurisdicción o control o por nacionales, con independencia del lugar de los hechos (art. 7, párr. 1).

Los Estados deben igualmente cooperar con los demás Estados Partes: brindarse ayuda judicial mutua para facilitar, en particular, el cumplimiento de las obligaciones en materia de represión (art.7, párr. 2). La prohibición, contenida en esta Convención, de desarrollar, fabricar, adquirir por otro medio, almacenar, transferir y emplear armas químicas, y de iniciar preparativos militares para el empleo de dichas armas, se mantiene en cualquier circunstancia (art. I).

7- Convención sobre la prohibición del empleo, almacenamiento, producción y transferencia de minas antipersonal y sobre su destrucción (1997)

Los Estados Partes tienen la obligación de adoptar todas las medidas legislativas, reglamentarias y de otra índole que procedan, incluso la imposición de sanciones penales, para prevenir y reprimir cualquier actividad

prohibida por esta Convención, llevada a cabo por personas o en territorio bajo su jurisdicción o control (art. 9). La prohibición de emplear, desarrollar, producir, adquirir de un modo u otro, almacenar, conservar o transferir minas antipersonal se observa en cualquier circunstancia (art. 1).

8- Protocolo Facultativo a la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados, (2000)

Este *Protocolo Facultativo* refuerza la protección debida a los niños en caso de conflicto armado. En este instrumento, los Estados Partes se comprometen a tomar todas las medidas posibles para que los miembros de las fuerzas armadas menores de 18 años no participen directamente en las hostilidades (art.1°); se prohíbe el reclutamiento obligatorio de los niños de menos de 18 años en las fuerzas armadas (art.2°); se obliga a los Estados a elevar la edad del mínima de reclutamiento voluntario de 15 años; los grupos armados que no sean fuerzas armadas nacionales no deberían reclutar nunca, de modo obligatorio o voluntario, a menores de 18 años, ni hacer que participen en las hostilidades (art. 4°).

9- Convención sobre las Municiones de Racimo, Dublín (2008)

La Convención establece una prohibición general de las municiones en racimo; su empleo, producción, almacenamiento y transferencia. Además, prohíbe a los Estados Partes asistir, alentar o inducir a terceros a realizar cualquiera de las actividades prohibidas por las disposiciones del tratado. Por otro lado, los Estados que poseen o que están afectados por las municiones en racimo tienen la obligación específica de destruir las reservas, eliminar los restos de municiones en racimo y prestar asistencia a las víctimas. Cada Estado Parte tiene además la obligación de adoptar todas las medidas legales, administrativas y de otra índole que procedan para aplicar la Convención, incluida la imposición de sanciones penales para prevenir y reprimir las violaciones que hayan sido cometidas por personas o en el territorio bajo la jurisdicción o control de ese Estado.

10- Tratado sobre el Comercio de Armas (2013)

Este Tratado, llamado también ATT por sus siglas en inglés, regula la transferencia internacional de armas convencionales y de sus municiones, partes y componentes, con el objetivo

de reducir el sufrimiento humano. El ATT condiciona las decisiones de transferencia de armas a consideraciones humanitarias prohibiendo transferencias cuando existe un cierto nivel de riesgo de que tales armas podrían emplearse para cometer crímenes de guerra o violaciones graves al derecho internacional de los derechos humanos.

III. Responsabilidad de los superiores

El derecho internacional humanitario establece una responsabilidad penal a las personas que ejercen una autoridad superior sobre subordinados que hubieren cometido crímenes de guerra. Los superiores jerárquicos pueden ser responsables por haber ordenado los crímenes, pero también por haber omitido tomar las medidas para prevenir que los crímenes se cometan. Se trata de una responsabilidad por falta de control y supervisión bien arraigada en el derecho internacional.⁵

Así, el sistema para perseguir penalmente las infracciones graves establecido por los *Convenios de Ginebra* incluye a las “*personas que hayan cometido, u ordenado cometer*”, una cualquiera de esas infracciones. Normalmente, no se presentan mayores problemas para establecer la

responsabilidad penal de un superior que ordenó la comisión de un crimen de guerra por un subordinado, puesto que los ordenamientos jurídicos nacionales regularmente prevén diferentes formas de participación.

Otro caso se presenta cuando el superior no haya contribuido *activamente* a la comisión del crimen. Al respecto, el *Protocolo Adicional I* estipula en su artículo 86, párrafo 2, una responsabilidad del superior por omisión: “El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción”.

El artículo 86.2 del *Protocolo Adicional I* contiene varios elementos que el derecho penal nacional tiene que considerar. La jurisprudencia del Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia ha aclarado dichos elementos a la luz del artículo 7.3 de su Estatuto que establece la responsabilidad del superior en términos diferentes, pero aplicando los mismos conceptos que el

Protocolo Adicional I.⁶ Dichos elementos se refieren a la relación entre los responsables, la *mens rea* del superior y la falta de actuar.⁷

Así pues, para poder establecer la responsabilidad penal del superior en el sentido del artículo 86.2, el derecho penal tiene que contemplar, en primer lugar, una relación de superior a subordinado entre los responsables del crimen. Al respecto, el *Comentario del Protocolo Adicional I* enfatiza que:

“No se trata de una noción puramente teórica que cubra a cualquier superior en la cadena de mando; se alude solamente a un superior que tenga una responsabilidad personal con respecto al autor de las actuaciones en cuestión, porque este último, al ser su subordinado, está bajo su control. La relación directa que debe existir entre el superior y el subordinado se desprende claramente del “deber de actuar” estipulado en el párrafo 1. Además, sólo ese superior está normalmente en situación de disponer de la información que le permita concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado ha cometido o va a cometer una infracción. Sin embargo, no hay que concluir de esto que la presente disposición sólo se refiere al jefe a cuyas órdenes directas está el subordinado. [...] La noción de superior es más amplia y ha

*de tomarse en una perspectiva jerárquica que engloba la noción de control”.*⁸

El Tribunal para la Antigua Yugoslavia sostuvo que el concepto del *control efectivo* sobre un subordinado significa tener la capacidad *material* para prevenir o castigar los delitos, sin importar de qué manera se ejerce el control. En este sentido el concepto de control define el umbral a partir del cual existe la relación entre el superior y el subordinado.⁹

Cabe puntualizar que dicha relación puede existir tanto entre superiores y subordinados militares como entre civiles. Lo que es últimamente decisivo es el poder que permite al superior de efectivamente prevenir o reprimir el crimen.¹⁰

IV. Jurisdicción Universal

Los *Convenios de Ginebra de 1949* imponen la obligación a los Estados de garantizar que sus leyes penales contengan las disposiciones necesarias para buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer infracciones graves del DIH o crímenes de guerra, y de ser el caso, hacerlas comparecer ante sus propios tribunales o entregarlas a otro Estado interesado en juzgarlas. Además,

los tratados no se satisfacen con la adopción de dichas leyes, sino que exigen expresamente a los Estados, buscar activamente a los sospechosos y juzgarlos efectivamente.¹¹ Esto hace claramente que los legisladores en materia de infracciones graves del DIH deban conocer profundamente los alcances y el significado del principio de la jurisdicción universal.

Estas reglas no toleran ningún límite en cuanto a la nacionalidad de los autores o de las víctimas, ni con respecto al lugar donde se cometieron los crímenes. Por lo tanto difieren de la jurisdicción basada en la territorialidad, la personalidad activa o pasiva, o el interés nacional del Estado.

Los *Convenios de Ginebra* establecen, entonces, una jurisdicción universal la cual está reforzada por el hecho de que 194 Estados son parte en dichos convenios y se comprometieron por consiguiente a aplicar sus disposiciones, lo que significa que no debería ser posible evitar el castigo a quien viole tales tratados.

El motivo por el cual los Estados se comprometieron a ejercer una jurisdicción tan amplia en materia de crímenes de guerra proviene de la convicción que dichos crímenes atentan contra la *conciencia* del mundo civilizado y amenazan el orden jurídico internacional.

Es decir que se considera al criminal de guerra como *hostis humani*.

Por lo tanto, la represión de sus crímenes responde a un interés de todos los Estados y no únicamente de aquellos directamente afectados. Para citar un ejemplo, la Corte Suprema de Canadá explicó al respecto que en cuanto a los crímenes de guerra, la persecución extraterritorial es una necesidad *práctica* porque a menudo el Estado donde se cometió el crimen se abstiene de enjuiciarlo. Además, existiría una tendencia de los culpables de huir a lugares incluso muy alejados. Entonces, sería fácil para ellos evitar el castigo porque pudiesen trasladarse afuera de la jurisdicción territorial del Estado del crimen. La Corte concluyó que tal posibilidad era precisamente rechazada por la comunidad internacional.¹²

V. Derecho Internacional Humanitario y Prescripción

En derecho internacional no se conoce, por lo general, la prescripción. Los *Convenios de Ginebra* y sus *Protocolos Adicionales* no abordan el tema, pero sí lo hace el *Estatuto de Roma* del 17 de julio de 1998 que crea la Corte Penal Internacional, por lo que al trabajar en la incorporación de las infracciones graves del DIH en la legislación penal

interna de un país, debe tenerse en cuenta este instituto jurídico también.

Por lo que respecta a los crímenes de guerra y a los crímenes contra la humanidad, la imprescriptibilidad se afirmó también mediante la *Convención de las Naciones Unidas de 26 de noviembre de 1968 relativa a la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad*.

Esta Convención abarca tanto la prescripción de la acción pública como la prescripción de las sanciones. Los crímenes contemplados son los crímenes de guerra, incluidas expresamente las infracciones graves de los *Convenios de Ginebra*, los crímenes de *lesa humanidad*, cometidos en tiempo de guerra o en tiempo de paz, incluidos el apartheid y el genocidio. Esta Convención tiene efectos retroactivos en la medida en que tiende a abolir cualquier prescripción que intervenga en virtud de una ley o de cualquier otra norma.¹³

VI - El CICR como Promotor y Guardián del DIH

El CICR nació del gesto solidario y de las ideas de un hombre con un claro sentir humanitario inclinó su obra en favor de las víctimas sufrientes de las guerras. A través de los años, el CICR

ha sido consecuente con la acción inicial de su mentor, quien durante la Batalla de Solferino, ayudó a las víctimas sin hacer ningún tipo de distinción de índole desfavorable.

El CICR es una organización imparcial, neutral e independiente que tiene la misión exclusivamente humanitaria de proteger la vida y la dignidad de las víctimas de los conflictos armados y de ciertas situaciones de violencia, así como de prestarles asistencia. Asimismo, procura prevenir el sufrimiento mediante la promoción y el fortalecimiento del DIH y de sus principios universales. En las situaciones de conflicto, dirige y coordina las actividades internacionales de socorro del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, que integran también la Federación Internacional de Sociedades Nacionales de Cruz Roja y Media Luna Roja, y las propias Sociedades Nacionales.

El CICR tiene su sede en Ginebra, Suiza y posee delegaciones en más de 80 Estados, trabajando en muchos más. Por lo general, estas delegaciones celebran un acuerdo de sede con las autoridades nacionales, similar al que poseen las organizaciones intergubernamentales acreditadas ante el

gobierno de un Estado, por el que se le conceden las inmunidades básicas para el desempeño de su cometido.

Conforme a los Estatutos del CICR, la Institución está constituida como asociación regida por el artículo 60 y concordantes del *Código Civil Suízo*. Sin embargo, la especificidad del CICR, que la diferencia de las organizaciones de carácter no gubernamental, radica en que la comunidad internacional le ha reconocido en los *Convenios de Ginebra* del 12 de agosto de 1949 (*en adelante Convenios de Ginebra*) y en sus *Protocolos Adicionales I y II* de 1977 (*en adelante Protocolos I y II*), un derecho de iniciativa humanitaria en favor de las víctimas de los conflictos armados y también la posibilidad de desempeñar actividades como intermediario neutral entre los beligerantes en favor de las víctimas, además de poder conducir tareas humanitarias propias de las que realizarían las Potencias Protectoras, en calidad de sustituto de estas, para velar por el respeto de las normas y principios del DIH.

El CICR es un sujeto de derecho internacional, es decir que, se trata de un ente susceptible de adquirir derechos y obligaciones en forma directa en el ámbito internacional, según las

disposiciones de los instrumentos internacionales que refrendan su mandato y misión.

El CICR cuenta desde el año 1990 con el estatuto de *Observador* ante la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas, lo que permite a la Institución expresar su opinión en todos aquellos temas concernientes al ámbito humanitario, tanto ante este foro como ante sus comisiones de trabajo. Entre las actividades del CICR relacionadas con la diplomacia humanitaria, por ejemplo, el Jefe de la delegación del CICR con asiento en la ciudad de Nueva York, mantiene reuniones periódicas con el Presidente del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas para dar tratamiento a los temas que son de común interés.

En el plano de las organizaciones regionales, el CICR ha adquirido un estatuto similar en la mayor parte de ellas, por ejemplo, tiene banca de observador ante la Organización de la Unión Africana (OUA) y su Comisión de Derechos Humanos y de los Pueblos y posee un estatuto especial en el seno del Consejo de Europa, de la OSCE y de sus respectivas comisiones parlamentarias. A nivel de las

Américas, el CICR tiene una relación muy estrecha con la Organización de Estados Americanos (OEA) con quien desarrolla múltiples actividades para la promoción y difusión del DIH.

El CICR sufraga sus operaciones con las contribuciones que proceden de las donaciones voluntarias de los gobiernos de los Estados Parte en los *Convenios de Ginebra*, de las Sociedades Nacionales de Cruz Roja y Media Luna Roja, de organizaciones supranacionales y de donaciones privadas. Todas las contribuciones son voluntarias y pueden realizarse en dinero, en especie o en servicios.

El CICR trabaja en variada gama de actividades que surgen del cometido antes mencionado y de su condición de intermediario neutral entre los beligerantes, que se materializan, para citar solo unas pocas, en visitas a prisioneros de guerra y detenidos de seguridad; en la búsqueda de personas dadas por desaparecidas; en los intercambios de mensajes entre familiares separados por un conflicto o en la reunión de las familias dispersas; en proporcionar alimentos, agua y asistencia médica a las personas; en dar a conocer el DIH y velar por su aplicación, como así también en llamar la atención sobre

las violaciones de este derecho y contribuir a su desarrollo en su condición de promotor y guardián del DIH.

Este papel que el CICR desempeña en un plano de apoyo y asesoramiento a los Estados, quizás no es tan conocido como sus actividades de asistencia o protección en el marco de los conflictos armados. Los Estados le han confiado de manera formal esta responsabilidad en los *Convenios de Ginebra* del 12 de agosto de 1949 y en sus *Protocolos Adicionales I y II* de 1977.¹⁴

Yves Sandoz, ex jefe de la División Jurídica del CICR consideraba que no era fácil identificar y presentar de manera cartesiana y en una secuencia lógica los diferentes aspectos del cometido del CICR como promotor y guardián del DIH, tanto más cuanto que hay superposiciones de algunas de sus funciones.¹⁵

Mediante su presencia en los teatros de operaciones bélicas, el CICR ha procurado siempre adaptar su acción a las nuevas realidades de los conflictos armados, identificando problemas y formulando propuestas concretas con miras a mejorar la aplicación del DIH. A su vez, ha contribuido con el proceso de codificación para examinar las ideas que oportunamente los grupos de

expertos gubernamentales e independientes consensuan en sus reuniones. A través de su Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario, colabora con los Estados para que puedan implementar a nivel nacional las medidas necesarias para la aplicación de los tratados de DIH.

Todo ese trabajo, desarrollado en tantos frentes al mismo tiempo, asegura la eficacia en el cumplimiento de su misión que es realizada con un único interés: mejorar la asistencia y la protección de las víctimas de los conflictos armados y de otras situaciones de violencia.

El respeto al DIH implica la adopción de diversas medidas jurídicas, como, por ejemplo, la ratificación de los instrumentos internacionales pertinentes y la aprobación de una legislación y una reglamentación adecuada. Sin embargo, sería erróneo pensar que se trata de un simple trabajo jurídico, pues para hacer respetar el DIH es imprescindible también darle vida, difundir su contenido y garantizar el respeto de sus principios y normas, estableciendo en especial la normativa penal y los mecanismos para juzgar sus violaciones.

En otras palabras, hay siempre que recordar que para que los tratados de DIH puedan ser aplicados por las partes

en los conflictos armados, se requiere adoptar las medidas que pongan sus disposiciones en práctica. Las medidas que los Estados se comprometieron a adoptar son de naturaleza diversa: abarcan tanto ajustes legislativos y reglamentarios, como medidas de índole administrativa, práctica y educativa.

VII. Las infracciones graves del derecho internacional humanitario y su tipificación en las legislaciones nacionales de América Latina; la contribución del CICR

En la XXVI Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, celebrada en Ginebra en el año 1995, se recordó la importancia de la aplicación a nivel nacional del DIH. Mediante la aprobación de las recomendaciones del grupo intergubernamental de expertos para la protección de las víctimas de la guerra, la Conferencia puso de relieve la imperiosa necesidad de que los Estados adopten medidas legislativas y reglamentos de aplicación a nivel nacional que permitan garantizar el respeto de los tratados de DIH, y para ello se instó a la creación de comisiones nacionales de aplicación de este derecho.

Por su lado el CICR instituyó, desde entonces el Servicio de Asesoramiento

en Derecho Internacional Humanitario, a fin de reforzar su apoyo a los Estados comprometidos en la aplicación de este derecho a nivel nacional. Con una red global de asesores jurídicos del CICR, este Servicio ofrece asesoramiento a las autoridades nacionales sobre medidas específicas de implementación nacional que son necesarias para cumplir sus obligaciones en materia de DIH. Además, presta apoyo al trabajo de los organismos nacionales de DIH creados para facilitar la implementación del DIH a nivel nacional. Por otro lado, el Servicio fomenta el intercambio de información sobre medidas de implementación a nivel nacional. Para el año de 1995, algunos países de América Latina ya contaban con comisiones que incipientemente realizaron algunos emprendimientos de carácter legislativo para incorporar los crímenes de guerra en las legislaciones penales internas.

En toda América, y en especial en los países latinoamericanos, se ha trabajado mucho por la aplicación del DIH, pero no en todos los ámbitos exigidos por los tratados. Por un lado es la región del mundo que en la última década ha ratificado la mayor cantidad de tratados internacionales y también, aunque en forma menor y más lenta, se ha esforzado por adoptar medidas nacionales.

Los países de América latina han incluido el DIH en su debate en las agendas de los foros regionales tales como la OEA, el Parlamento Latinoamericano (PARLATINO) y el Mercado Común del Sur (MERCOSUR) entre otros. En dichos foros el DIH está presente a través del debate político y humanitario lo que puede verificarse con la profusa adopción de declaraciones y resoluciones, como así también la organización de seminarios y cursos.

A ello debe sumarse que en los últimos años las declaraciones finales de las reuniones de ministros de defensa de la región americana se han hecho eco de la importancia de la integración del DIH en las fuerzas armadas tanto en la doctrina, la enseñanza, el entrenamiento y también en la sanción.

Por otra parte, el DIH es objeto de estudio sistemático en la mayoría de las universidades que forman la dirigencia política y los líderes de opinión de los Estados de América y también en las escuelas y academias militares.

Hasta el año de 1996, solo dos Estados de América tenían una legislación penal sistematizada sobre infracciones graves del DIH: Estados Unidos de Norte América y Canadá. Otros países

de la región poseían algunas normas dispersas en códigos penales militares o de justicia militar que básicamente incriminaban conductas ilícitas relacionadas con el estatuto del prisionero de guerra. Podemos deducir entonces, que en la década del noventa, la intención de los Estados de la región en materia de redacción de proyectos de ley para punir las infracciones graves del DIH era, al menos, precaria.

El primer informe del Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario del CICR, da cuenta sobre el punto referido, al mencionar que en 1996 la Consejería Presidencial para los Derechos Humanos de Colombia estaba trabajando en un proyecto de ley para incorporar en la legislación penal nacional la represión de las violaciones al DIH.¹⁶

También comenta que, Costa Rica, en el marco del proceso de revisión del Código Penal, del código de procedimiento penal y de la ley de justicia para menores, estudiaba la posibilidad de incorporar los crímenes de guerra. El Ministro de Justicia instauró un grupo de trabajo e invitó al CICR para colaborar y asesorar a los redactores del proyecto.

Por otra parte, Guatemala al igual que Costa Rica, aprovechaba un proceso de revisión del Código Penal y recibía

con beneplácito la sugerencia del Servicio de Asesoramiento en Derecho Internacional Humanitario del CICR para incorporar las infracciones graves del DIH. Para ello el Colegio de Abogados estuvo encargado de preparar un proyecto de revisión de la legislación penal, con asesoría del CICR.

En el Cono Sur, por entonces, a instancia de la Auditoría General de las Fuerzas Armadas de Argentina, se trabajó en un proyecto de reforma del Código de Justicia Militar que incluía un capítulo completo sobre las infracciones graves del DIH. El CICR fue invitado a revisar el proyecto de mención y pudo hacer sugerencias. Sin embargo, ese proyecto no fue tratado por el Parlamento y las infracciones graves del DIH fueron recién incorporadas a la legislación nacional a partir de la ley penal sobre la implementación del *Estatuto de Roma* promulgada en 2006 bajo el número 26.200.

Siguiendo las informaciones contenidas en el *Informe de Participación de los Tratados de Relevancia para el Derecho Internacional Humanitario y su Aplicación a Nivel Nacional* presentado por el CICR a la OEA, para el bienio 2008/2009, diez años después del primer informe *ut supra* mencionado, ya se contaba con ocho Estados de la región que habían incorporado en su derecho penal normas que le permitían

sancionar la mayoría o la totalidad de las infracciones graves del DIH y otras violaciones: Argentina, Canadá, Colombia, Chile, Estados Unidos de Norte América, Nicaragua, Panamá y la República Oriental del Uruguay. El CICR prestó asesoramiento en todos los Estados mencionados. En ese sentido, el *Informe Bianual de Participación de los Tratados de Relevancia para el Derecho Internacional Humanitario y su Aplicación a Nivel Nacional* presentado por el CICR a la OEA, para el bienio 2014/2015, da cuenta que los Estados de América Latina siguen trabajando arduamente en el tema.

Así en 2015, Colombia aprobó en su Congreso Nacional, el *Acto Legislativo No. 01 de 25 de junio de 2015*, por el cual se reforma el artículo 221 de la Constitución Política de Colombia, que se refiere a la regulación del fuero penal militar y policial. Asimismo, el Congreso aprobó la *Ley 1719 de 18 de junio de 2014*, por la cual se modifica el Código Penal y de Procedimiento Penal y se adoptan medidas para garantizar el acceso a la justicia de las víctimas de violencia sexual, en especial la violencia sexual suscitada con motivo del conflicto armado.

En Ecuador, la Asamblea Nacional aprobó el Código Orgánico Integral Penal, publicado en el Suplemento del Registro Oficial 180 28 de enero

de 2014; el Código entró en vigencia el 10 de agosto de 2014 e incorporó definitivamente en el Capítulo Primero del Título IV las “*graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario*”.

Por su parte, el Congreso Nacional de la República Dominicana adoptó la Ley 550-14 que establece el Código Penal de la República Dominicana, que tipifica el genocidio; la desaparición forzada de personas; los crímenes de lesa humanidad; y los crímenes de guerra; la vigencia de dicho instrumento legislativo comenzó el 26 de diciembre de 2015. Asimismo, el mismo órgano incluyó la imprescriptibilidad del genocidio, los crímenes de guerra, de agresión y contra la humanidad en la *Ley No. 10-15* que introduce modificaciones a la *Ley No. 76-02 del 19 de julio de 2002*, que establece el Código Procesal Penal de la República Dominicana; sus disposiciones entraron en vigor el 10 de febrero de 2016.

Pero el trabajo para evitar la impunidad de los uno de los crímenes más abominables para toda la humanidad, tal como son los crímenes de guerra, continúa. La gran mayoría de los países de América latina tienen proyectos de ley que procuran incorporar en la legislación penal interna las infracciones

graves del DIH, ya sea como parte de una reforma integral del Código Penal o a través de una ley penal especial.

En ese sentido, podemos mencionar el trabajo de la Comisión Nacional de Aplicación del DIH de Argentina que entre 2011 y 2013 redactó un proyecto de ley para incorporar las enmiendas al artículo 8 del *Estatuto de Roma* adoptadas en la *Conferencia de Kampala de 2010*. Luego del análisis hecho por los ministerios concernidos, para finales de 2015 el proyecto había sido remitido a la Secretaría Legal y Técnica de la Presidencia de la Nación para llevar a cabo los trámites de rigor antes de remitirlo al Congreso de la Nación.

En Bolivia, durante el bienio 2014/2015, el Ministerio de Justicia estudiaba un anteproyecto de ley de implementación del *Estatuto de Roma*.

En Brasil, un grupo de trabajo de expertos redactó el texto de un proyecto de ley sobre la implementación de los crímenes del multicitado *Estatuto* que se encuentra a estudio de la Cámara de Diputados, bajo el nro. 4038/2007, anexo a otro proyecto número 301/2006. El anteproyecto de ley 4038 tipifica los crímenes de guerra tal como están definidos en los *Convenios de Ginebra de 1949*, el *Protocolo Adicional I* y el artículo 8 del

Estatuto de Roma. La Comisión Nacional de Aplicación del DIH de Brasil ha realizado gestiones en 2015 ante el Congreso Federal para acelerar el tratamiento del mencionado anteproyecto de ley. Por otra parte en el Congreso Federal se han presentado otros anteproyectos de ley que se ocupan del mismo tema, entre ellos un anteproyecto de reforma integral del Código Penal Brasileño que incorpora un capítulo completo sobre las infracciones graves del DIH, siguiendo lineamientos similares a los del ante proyecto de ley mencionado en primer término.

En Chile, las enmiendas al artículo 8 del Estatuto de Roma adoptadas en 2010, fueron aprobadas por el Congreso Nacional el 1 de abril de 2015; el Gobierno de Chile asumió el compromiso político de impulsar, con anterioridad a la entrada en vigor de las referidas enmiendas, una modificación a la *Ley No. 20.357, de 2009, que Tipifica Crímenes de Lesa Humanidad y Genocidio y Crímenes y Delitos de Guerra*, a fin de extender los crímenes de guerra indicados en las enmiendas a conflictos no internacionales e incorporar el crimen de agresión, como tal, en la legislación penal chilena. Para finales de 2015, el Ministerio de Relaciones Exteriores se encontraba trabajando en el anteproyecto de ley respectivo, en

conjunto con el Ministerio de Justicia y la Secretaría General de la Presidencia.

En Costa Rica, la Asamblea Legislativa tiene en trámite legislativo el Proyecto de Ley No. 16272 que incluye la represión penal de los crímenes de guerra.

En El Salvador, la Asamblea Legislativa ratificó en noviembre de 2015 la adhesión de dicho Estado al *Estatuto de la Corte Penal Internacional*. Respecto a las enmiendas al *Estatuto de Roma*, se superó la etapa de consulta y se remitió el proyecto para su ratificación a la Asamblea Legislativa en mayo de 2014.

En Honduras, en marzo de 2013, la Comisión Nacional de DIH creó un grupo de trabajo encabezado por el Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Congreso, el cual, para finales de 2015, estaba elaborando un proyecto de ley que incorpora los crímenes de guerra previstos en el *Estatuto de Roma* y otros tratados de DIH, que se pretende sea propuesto al Congreso.

En Paraguay existe un anteproyecto de *Ley de Implementación del Estatuto de Roma* que contempla los crímenes de guerra definidos por dicho tratado más los crímenes enumerados en los *Convenios de Ginebra de 1949* y su *Protocolo Adicional I* que no son mencionados en el *Estatuto*,

realizado por una comisión de expertos pendiente de tratamiento ante el Congreso Nacional.

En Perú hay varios proyectos de ley con modificaciones al Código Penal que fueron reunidos e incluidos en el Proyecto de Ley que presenta un Nuevo Código Penal. La Comisión de Justicia y Derechos Humanos del Congreso de la República aprobó el dictamen del Nuevo Código Penal el 9 de diciembre de 2014, de manera que para finales de 2015 éste se encontraba en agenda de debate ante el pleno del Congreso. El Nuevo Código Penal incluye también el anterior Proyecto de Ley N° 1615/2012-CR, relativo a la implementación del *Estatuto de Roma*.

Estos avances demuestran claramente que los países latinoamericanos asumen el compromiso adquirido al momento de dar su consentimiento

en obligarse ante la comunidad internacional por los tratados de DIH.

El CICR ha apoyado a las autoridades de los Estados de la región en los proyectos mencionados precedentemente en alguna de las etapas del proceso de redacción a través del Servicio de Asesoramiento en DIH. Cabe recordar aquí que las sugerencias y asesorías que el CICR da a los Estados cuando inician sus procesos legislativos en estas materias tienen por propósito ayudar a conformar el derecho penal interno con las exigencias del DIH de una forma adecuada y eficaz.

Contar con este tipo de legislación es una forma eficaz de contribuir a la importante tarea de disuadir y evitar violaciones en los conflictos armados y con ello a reducir las víctimas de esas situaciones.

* El texto y las opiniones vertidas por el autor son de su exclusiva responsabilidad y no del Comité internacional de la Cruz Roja (CICR).

¹ Conf. Gutiérrez Posse, Hortensia D.T., “Moderno derecho internacional y seguridad colectiva”, Zavalía editor, 1995, Buenos Aires, pag. 347.

² El derecho internacional humanitario consuetudinario reviste una importancia fundamental en los conflictos armados contemporáneos, porque cubre ciertas carencias del derecho convencional y fortalece así la protección de las víctimas. El CICR publicó en el 2005 un estudio que identifica, en particular, un núcleo de normas comunes del DIH vinculantes para todas las partes en todo tipo de conflicto armado. La base de datos, sobre el derecho internacional humanitario consuetudinario es actualizada cada año y puede ser consultada en: <http://www.icrc.org/customary-ihl/eng/docs/home>.

³ Ver ICTY, Prosecutor v. Delalic, IT-96-21-A, par. 163 y 167.

⁴ Véase, por ejemplo, ICTY, Prosecutor v. Tadic, Decision on the Defence Motion for Interlocutory Appeal on Jurisdiction, 2 October 1995, par. 134: También: Jean-Marie Henckaerts / Luis Doswald Beck, Customary International Humanitarian Law, Volume I, Cambridge University Press, 2005, p. 551 ss.

⁵ Ver ICTY, Prosecutor v. Delalic, IT-96-21-T, par. 343: Confirmado por la Cámara de Apelaciones en IT-96-21-A, par. 182 ss. Véase también el caso Yamashita, 4 Law Reports of Trials of War Criminals 1 (1946).

⁶ El artículo 7(3) del Estatuto del Tribunal Penal Internacional para la antigua Yugoslavia dispone: “El hecho de que cualquiera de los actos contemplados en los artículos 2 a 5 del presente Estatuto haya sido cometido por un subordinado, no libera su superior de su responsabilidad penal si sabía o tenía razones para saber que el subordinado se aprestaba a cometer ese acto o ya lo hizo, y que el superior no tomó las medidas necesarias y razonables para impedir que dicho acto no fuera cometido, o para castigar a los autores.”

⁷ Comentario del Protocolo I, par. 3543: “Según los términos de la presente disposición, han de cumplirse tres condiciones para que los superiores sean responsables por omisión de un delito cometido o a punto de ser cometido por un subordinado:

- a) se trata de los superiores de ese subordinado [...];
- b) sabían o poseían información que les permitía concluir que se había cometido o que se iba a cometer una infracción;
- c) no tomaron las medidas a su alcance para impedirlo.”

⁸ Comentario del Protocolo I, par. 3545.

⁹ Ver ICTY, Prosecutor v. Delalic, IT-96-21-A, par. 256.

¹⁰ Ver ficha técnica del Servicio de Asesoramiento en DIH del CICR sobre responsabilidad de los superiores.

¹¹ Artículos 49, 50, 129 y 146 de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949,

¹² Ver Supreme Court of Canada (R. v. Finta, [1994] 1 S.C.R. 701). Ver ficha técnica del Servicio de Asesoramiento en DIH del CICR sobre Jurisdicción Universal.

¹³ Ver ficha técnica del Servicio de Asesoramiento en DIH del CICR sobre prescripción.

¹⁴ Vgr. Este cometido particular del CICR está hoy formalmente reconocido también en los Estatutos del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, que son

aprobados por los componentes del Movimiento Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y por los Estados Partes en los Convenios de Ginebra en el marco de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja. El artículo 5 de estos Estatutos, referente al CICR, asigna, en efecto, a éste el cometido de “asumir las tareas que se le reconocen en los Convenios de Ginebra, trabajar por la fiel aplicación del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y recibir las quejas relativas a las violaciones alegadas contra dicho derecho” (inciso 2, letra c); así como el de “trabajar por la comprensión y la difusión del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos armados y preparar el eventual desarrollo del mismo” (inciso 2, letra g)

¹⁵ Ver «El CICR: guardián del derecho Internacional Humanitario», CICR, Ginebra 1998, pag. 4. A mayor abundamiento, Sandoz consideraba que se podía distinguir seis funciones: 1) la función de «vigía», o sea, el examen constante de la adecuación de las normas humanitarias a las realidades de las situaciones de conflicto, a fin de preparar su adaptación y su desarrollo; 2) la función de «animación», es decir, la de instar, en particular en el marco de grupos de expertos, gubernamentales o no, a la reflexión sobre los problemas encontrados y sobre las soluciones que hay que darles, sean éstas o no de índole normativa; 3) la función de «promoción», o sea, la de abogar por este derecho, ayudar a su difusión y a su enseñanza, y alentar a los Estados a tomar, a nivel nacional, las medidas necesarias para su puesta en práctica; 4) la función de «ángel custodio», es decir, la defensa del DIH frente a los desarrollos normativos que ignoraran su existencia o tiendan a debilitarlo; 5) la función de «actor», es decir, la contribución directa y concreta a la aplicación de ese derecho en las situaciones de conflicto armado y 6) la función de «perro guardián», que importa alertar en caso de violaciones graves al DIH a los Estados y también a las demás partes directamente concernidas en un conflicto armado.

¹⁶ Aplicación a nivel nacional del derecho internacional humanitario, Informe Anual 1996, CICR Ginebra, 1997.

Sobre el autor

Gabriel Pablo Valladares



Gabriel Pablo Valladares es Asesor Jurídico de la Delegación Regional del CICR para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay. Hasta 1997 fue profesor adjunto interino de derecho internacional público y de derecho internacional humanitario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Facultad de Derecho de la Universidad de Flores, Argentina.

Entre 2005 y 2007 fue profesor invitado del Posgrado lato sensu em direito dos conflitos armados de la Universidad de Brasilia, Brasil; del módulo de derecho internacional humanitario

del Postgrado en jurisdicción penal internacional y derechos humanos de la Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina y del Postgrado sobre Ser Humano y Conflicto Armado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina.

Entre 2004 y 2009 fue profesor de derecho internacional humanitario de la Maestría en derechos humanos de la Universidad Nacional de La Plata, Argentina. Desde 1997 es corresponsal del Asser Instituut de Holanda para su *Yearbook of International Humanitarian Law*. Es autor de obras y artículos de Derecho Internacional.

Sumario

A) *Los Mecanismos de Protección en el Sistema Universal; 1. Antecedentes; 2. El Sistema de las Naciones Unidas y los Derechos Humanos; a) La Comisión de Derechos Humanos; b) El Consejo de Derechos Humanos; c) El Alto Comisionado para los Derechos Humanos; d) Otros Órganos; e) Mecanismos de Protección;*

B) *Los Mecanismos de Protección en el Sistema Interamericano; 1. Antecedentes; 2. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH); 3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos; a) Antecedentes; b) Normativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos;*

C) *Conclusión.*



**Ana Elizabeth Villalta
Vizcarra**

Los Mecanismos de Protección de los Derechos Humanos

A) Los Mecanismos de Protección en el Sistema Universal;

1. Antecedentes

Los derechos humanos son todos aquellos derechos que tiene una persona por el simple hecho de serlo, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión, origen nacional, extracción social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además de ser facultades inherentes a las personas, estos derechos son irrevocables, inalienables, intransmisibles e irrenunciables.

Teniendo en cuenta que no nacen del hecho de ser nacionales de un Estado, los derechos humanos cuentan con una protección internacional que complementa la que ofrece el derecho interno de los Estados. Por ello, fueron reafirmados y desarrollados en instrumentos internacionales tanto en el ámbito universal como en el regional.

Sus principales antecedentes los podemos encontrar en la Carta de Derechos de la Revolución Inglesa de 1689 (siglo XVII) conocida como el *Bill of Rights*, que fue fundamentalmente una declaración de derechos, pero no propiamente de derechos humanos. Posteriormente, diversos filósofos como John Locke y Voltaire empiezan a entender a los derechos humanos como herederos de la noción de derechos *naturales*.

En el siglo XVIII se desarrollan dos importantes revoluciones. En primer lugar, la Revolución Norteamericana (4 de julio de 1776) en la que se emite la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América, la primera declaración de este tipo en la época moderna, basada en la Carta de Derechos del Pueblo de Virginia. Posteriormente, de la Revolución Francesa (14 de julio de 1789) surge la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, la cual consideraba que estos derechos eran inalienables e inherentes a la persona humana.

Durante el siglo XIX, las Constituciones de México de 1917 y de la República de Weimar de 1919, incorporan los derechos sociales.

El siglo XX se caracterizó por la incorporación de los derechos humanos al derecho internacional. Las experiencias vividas durante la Segunda Guerra Mundial, así como la acción de la sociedad civil y de los pueblos para limitar los poderes del Estado, provocan la creación de instancias internacionales de protección de los derechos humanos, tanto a nivel regional como mundial.

La creación de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en 1945, a través de la Carta de San Francisco, universaliza el concepto de derechos humanos y le permite alcanzar la gran importancia que tiene actualmente en la cultura jurídica internacional.

Mención especial merece en este sentido la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada el 10 de diciembre de 1948 como respuesta a los horrores de la Segunda Guerra Mundial, en un intento de sentar las bases de un nuevo orden internacional.

Esta Declaración contiene un catálogo de derechos civiles y políticos,

económicos, sociales y culturales que mediante su adopción adquirieron el carácter de derecho internacional; no obstante, carecía de órganos y mecanismos para proteger estos derechos.

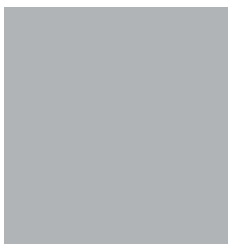
Por esta razón, la ONU dedicó sus esfuerzos a la elaboración de instrumentos que estuvieran dotados de mecanismos de protección eficaces frente a situaciones de violaciones de derechos humanos. Es así como el 16 de diciembre de 1966 nacen el Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, y el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

El Pacto de los Derechos Civiles y Políticos contiene sus propios mecanismos de protección, como lo son: un sistema de informes, un sistema de denuncias interestatales y un sistema de denuncias individuales y un órgano de protección llamado Comité de Derechos Humanos.

Por otra parte, el Pacto de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales contempla un sistema de informes que deben ser presentados periódicamente para ser estudiados por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, creado a esos efectos por el Consejo Económico y Social en el año de 1985.

**Ana Elizabeth Villalta
Vizcarra**

Los Mecanismos de Protección de los Derechos Humanos



En su conjunto, la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y sus dos Protocolos Facultativos, constituyen la Carta Internacional de los Derechos Humanos.

Desde que se adoptó la Declaración Universal de Derechos Humanos en 1948, todos los Estados Miembros de la ONU han ratificado al menos uno de los principales tratados internacionales de derechos humanos, mientras que el ochenta por ciento de ellos ha ratificado cuatro o más.

2. El Sistema de las Naciones Unidas y los Derechos Humanos

La Asamblea General es el principal órgano deliberativo de la ONU y entre sus facultades está la de examinar y pronunciarse sobre las cuestiones relativas a los derechos humanos planteadas por la Tercera Comisión

y por el Consejo Económico y Social (ECOSOC).

El ECOSOC es uno de los órganos constituyentes de las Naciones Unidas que figuran en la Carta de la ONU y se ocupa de los problemas económicos, sociales y ambientales en el mundo. En materia de derechos humanos, una de sus tareas es enviar recomendaciones a la Asamblea General; para coadyuvar con esta labor, se constituyó la Comisión de Derechos Humanos, reemplazada en el 2006 por el Consejo de Derechos Humanos.

a. La Comisión de Derechos Humanos:

En 1946, con la finalidad de convertirse en la estructura jurídica internacional para la protección de los derechos y libertades fundamentales, se estableció la Comisión de Derechos Humanos. Considerada como el foro más importante del mundo en materia de derechos humanos, la

Comisión fue ampliando su mandato inicial hasta llegar a ocuparse de toda la problemática mundial de los derechos humanos, fijando las normas conforme a la cuales los Estados deben regir su conducta en materia de derechos humanos, actuando además como foro de expresión para todos los países, las organizaciones no gubernamentales y los defensores de derechos humanos.

La Comisión de Derechos Humanos estaba integrada por 53 Estados Miembros y se reunía cada año en Ginebra, Suiza durante su período ordinario de sesiones de seis semanas, aprobaba alrededor de un centenar de resoluciones, decisiones y declaraciones sobre cuestiones que atañen a las personas en cualquier región y circunstancia. La Comisión contaba con la asistencia de la Subcomisión de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, varios grupos de trabajo y una red de expertos, representantes y relatores que le presentaban informes sobre cuestiones concretas.

Una de las tareas más importantes asignadas a esta Comisión fue el establecimiento sobre normas de derechos humanos, por lo que una vez finalizado el proyecto de la histórica Declaración Universal de Derechos Humanos, vino formulando normas relativas al derecho

al desarrollo, a los derechos civiles y políticos, a los derechos económicos, sociales y culturales, a la eliminación de la discriminación racial, la tortura, los derechos del niño, y la discriminación de la mujer, entre otros, hasta su disolución el 16 de junio del 2006.

b. El Consejo de Derechos Humanos:

El Consejo de Derechos Humanos es el principal órgano de las Naciones Unidas en la promoción y la protección de estos derechos. Fue creado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 15 de marzo de 2006 para reemplazar a la Comisión de Derechos Humanos.

El Consejo está formado por 47 Estados Miembros elegidos por la mayoría absoluta en la Asamblea General, con un mandato de tres años, reelegibles hasta por dos mandatos consecutivos. Los asientos se distribuyen entre los grupos regionales de las Naciones Unidas de la manera siguiente: 13 para África, 13 para Asia, 8 para América Latina y el Caribe, 7 para Europa Occidental y otros Grupos y 6 para Europa Oriental.

Los Estados elegidos deben aplicar las normas más estrictas sobre la promoción y protección de los derechos humanos, cooperar plenamente con el

**Ana Elizabeth Villalta
Vizcarra**

Los Mecanismos de Protección de los Derechos Humanos



Consejo y someterse al procedimiento del examen periódico universal (EPU) durante su mandato.

Asimismo, podrán ser suspendidos por mayoría de dos tercios de los miembros presentes y votantes si una vez electos cometen abusos sistemáticos a los derechos humanos.

El Consejo de Derechos Humanos tiene su sede en Ginebra, Suiza y celebra al menos tres sesiones al año (de las cuales una es la principal), que duran en total un mínimo de 10 semanas, pudiendo también celebrar sesiones extraordinarias cuando uno de sus miembros lo solicite y se apoyado por un tercio de los miembros del Consejo.

Entre sus principales funciones, el Consejo de Derechos Humanos analiza violaciones graves y sistemáticas de estos derechos, proporciona orientación sobre políticas para prevenir y atender los problemas que surgen en este ámbito, elabora normas

internacionales y vela por su cumplimiento en todo el mundo. Además, el Consejo puede evaluar la situación de los derechos humanos en cualquier parte del planeta y estudiar los datos presentados por los Estados, las ONGs y otras fuentes, ofreciéndoles una tribuna o foro para expresar sus preocupaciones sobre el tema de los derechos humanos.

El mandato más reciente del Consejo de Derechos Humanos es el ya mencionado Examen Periódico Universal (EPU), creado en marzo del 2006, como un procedimiento novedoso que implica la revisión cada cuatro años del cumplimiento de las obligaciones y compromisos en derechos humanos de cada uno de los Estados Miembros de las Naciones Unidas. Se trata de un mecanismo de cooperación basado en el diálogo con el Estado examinado.

A diferencia de la Comisión de Derechos Humanos, el Consejo de Derechos Humanos es un órgano

subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas, y como tal, debe rendir cuentas de sus actividades al conjunto de los Estados Miembros de la ONU.

El Consejo es una entidad distinta del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, que tiene sus propios mandatos pero brinda apoyo a la organización de las reuniones del Consejo de Derechos Humanos y al seguimiento de sus deliberaciones, incluso asumiendo las funciones de Secretaría del Consejo, así como de otros órganos creados por tratados (como lo son los comités de expertos encargados de velar por el respeto de los tratados) y otros órganos de las Naciones Unidas que trabajan en el ámbito de los derechos humanos.

El Consejo también asumió varios de los mandatos de la antigua Comisión de Derechos Humanos, especialmente las funciones y atribuciones del régimen de procedimientos especiales y de los grupos de trabajo temáticos, de la Subcomisión de la Promoción y Protección de los Derechos Humanos y del mecanismo formal de denuncia, que permite que individuos y organizaciones presenten denuncias sobre violaciones de los derechos humanos a la decisión del Consejo.

Procedimientos especiales es el nombre genérico de los mecanismos creados por la Comisión y retomados por el Consejo de Derechos Humanos para ocuparse de la situación particular de un país o de cuestiones temáticas en todas las regiones del mundo y están representados bien por una persona (un relator, un representante especial o un experto independiente) o por un grupo de trabajo.

El Consejo de Derechos Humanos tiene además el mandato de examinar, supervisar, asesorar e informar públicamente acerca de situaciones de derechos humanos en países o territorios específicos, conocidos como Mandatos por País o sobre los principales temas y violaciones de derechos humanos en todo el mundo, denominados Mandatos Temáticos.

c. El Alto Comisionado para los Derechos Humanos

El Alto Comisionado para los Derechos Humanos es un organismo especializado de las Naciones Unidas que tiene como objetivo promover y proteger los derechos humanos en el mundo. Centraliza todas las actividades dirigidas por el Sistema de las Naciones Unidas en este ámbito, ofreciendo también servicios de asesoramiento y asistencia técnica.

Está a cargo del Alto Comisionado, que es el máximo funcionario de la ONU responsable de los derechos humanos y responde ante el Secretario General. Su sede está en el Palacio Wilson de Ginebra, Suiza (aunque también cuenta con una oficina en la Sede de las Naciones Unidas en Nueva York).

d. Otros Órganos:

Existen además nueve órganos creados en virtud de los tratados internacionales sobre derechos humanos que supervisan la aplicación de los mismos en la temática de su competencia:

- Comité de Derechos Humanos;
- Comité de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales;
- Comité para la Eliminación de las Discriminación Racial;
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer;
- Comité contra la Tortura; El Comité de los Derechos del Niño;
- Comité para la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y de sus Familiares;

- Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; y
- Comité sobre la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

También los Estados y las Organizaciones No Gubernamentales pueden exponer al Consejo de Derechos Humanos sus puntos de vista sobre las situaciones que consideran preocupantes, mientras que los gobiernos correspondientes ejercen a menudo su derecho de respuesta.

Otra de las facultades del Consejo es ordenar que se inicie una investigación si se considera que la gravedad de la situación lo justifica, de la cual se encarga un grupo de expertos independientes (grupo de trabajo) o un especialista (relator o representante especial). El Consejo se basa en las conclusiones de los expertos y se dirige al gobierno correspondiente para instarle a realizar cambios.

e. Mecanismos de Protección:

Los mecanismos de protección de los derechos humanos en el sistema de las Naciones Unidas, son órganos que vigilan y cooperan con el cumplimiento de las obligaciones y compromisos

aceptados por los Estados Miembros de la Organización, derivados de tratados y otros instrumentos internacionales, y son desarrollados principalmente por:

- La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos: es la oficina de las Naciones Unidas más importante en esta temática y trabaja para asegurar que los estándares de derechos humanos se apliquen en todas las actividades de la ONU, colaborando además con los Estados para fortalecer sus competencias en materia de derechos humanos proporcionando asesoramiento y asistencia técnica.
- El Consejo de Derechos Humanos: principal órgano encargado de monitorear y evaluar la situación de los derechos humanos en todos los países e identificar sus áreas de preocupación.
- Procedimientos Especiales: el Consejo de Derechos Humanos trabaja por medio de una serie de grupos de trabajo y procedimientos especiales. Existen los procedimientos especiales con mandatos específicos, como los Relatores Especiales sobre la

Vivienda Adecuada, el Derecho a la Educación, la Cuestión de los Derechos Humanos y la Pobreza Extrema, el Derecho al Alimento y el Derecho a la Salud, quienes pueden recibir información sobre denuncias concretas de violaciones de derechos humanos y enviar llamados urgentes o cartas de denuncia a los gobiernos solicitando explicaciones, además de preparar informes sobre visitas e investigaciones.

Los ya mencionados nueve órganos creados en virtud de los tratados internacionales de derechos humanos, están constituidos por comités de expertos independientes encargados de supervisar la aplicación de estos tratados. Para ello, se encargan de revisar informes que los Estados remiten periódicamente sobre medidas que se hayan tomado para implementar las disposiciones del tratado de que se trate. Este trabajo es una manera eficaz de que los gobiernos y la sociedad civil contribuyan a la implementación de los derechos humanos y a la elaboración de medidas concretas que sean necesarias.

De tal manera que los mecanismos que garantizan la promoción, la protección y el cumplimiento de los derechos humanos en el Sistema Universal son:

Mecanismos basados en la Carta de las Naciones Unidas:

- El Consejo de Derecho Humanos;
- El Examen Periódico Universal (EPU);
- Procedimientos Especiales.

Órganos creados en virtud de los principales tratados internacionales de derechos humanos.

En cuanto a los mecanismos de protección de los derechos humanos en el ámbito regional que nos corresponde, es el de la Organización de los Estados Americanos (OEA), conocido como el Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos.

B) Los Mecanismos de Protección en el Sistema Interamericano

1. Antecedentes

En las reuniones preparatorias en las que se constituyó la Carta de la Organización de los Estados Americanos (OEA), se venía tratando el tema de los derechos humanos, vinculándolo con los efectos de las guerras, principalmente de la Segunda Guerra Mundial. Es así

que en la Conferencia de Chapultepec, sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, celebrada en la Ciudad de México en 1945, se trató por primera vez la necesidad de establecer un sistema internacional de protección de los derechos humanos, encomendándose al Comité Jurídico Interamericano (CJI) la elaboración de un Anteproyecto de Declaración de Derechos y Deberes Internacionales del Hombre.

En la IX Conferencia Internacional Americana, celebrada en Bogotá, Colombia el 30 de abril de 1948, se adoptó la resolución XXXI denominada “Corte Interamericana para Proteger los Derechos del Hombre”, en la que se determinaba que para la debida protección de los derechos humanos era necesaria la creación de un órgano jurídico que los garantizara, puesto que para que el derecho sea debidamente asegurado, necesita estar bajo el amparo de un tribunal competente. En este orden de ideas, se encomendó nuevamente al CJI la elaboración de un proyecto de Estatuto para la Creación de una Corte Interamericana destinada a garantizar los Derechos del Hombre.

En ese mismo año se aprobó el primer documento internacional de derechos humanos de carácter general: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

En su informe de 26 de Septiembre de 1949, el CJI consideró que la “falta de derecho sustantivo sobre la materia” constituía “un gran obstáculo en la elaboración del Estatuto de la Corte”, y que lo recomendable era elaborar previamente una Convención que contuviera normas de esta naturaleza y que precediera al Estatuto, debiendo esta recomendación ser propuesta a la X Conferencia Internacional Americana, la cual se celebró en Caracas, Venezuela en 1954. Si bien los Estados Miembros consideraron que: “... que es deseo permanente de los Estados Americanos la vigencia plena de los derechos y deberes humanos fundamentales y que ésta solo se puede alcanzar dentro de un régimen de Democracia Representativa...” no resolvieron nada en concreto sino que se difirió el tema de la creación de la Corte hasta la XI Conferencia Internacional Americana, la cual nunca llegó a realizarse.

En 1959, la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile, adoptó dos trascendentales decisiones sobre la protección de los derechos humanos en las Américas, siendo éstas:

- La creación de una Comisión Interamericana de Derechos Humanos,

con la finalidad de promover el respeto de tales derechos; y

- Convocar al CJI a efecto de encomendarle la elaboración de un proyecto sobre la creación de una Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH)

Como se explicó anteriormente, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) fue creada en 1959 por la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile. La Declaración de Santiago proclama que:

... la armonía entre las Repúblicas Americanas sólo puede ser efectiva en tanto el respeto de los derechos humanos y de las libertades fundamentales y el ejercicio de la democracia representativa sean una realidad en el ámbito interno de cada una de ellas...

y declara además que:

... los gobiernos de los Estados Americanos deben mantener un régimen de libertad individual y de justicia social fundado en el respeto de los derechos fundamentales de la persona humana.

**Ana Elizabeth Villalta
Vizcarra**

Los Mecanismos de Protección de los Derechos Humanos

La Resolución III de dicha Reunión de Consulta encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos el estudio de la posible relación jurídica entre el respeto a los derechos humanos y el efectivo ejercicio de la democracia representativa.

Una de las resoluciones más importantes de esta Reunión, relativa a los derechos humanos, reconoció el progreso alcanzados en América en esta materia a once años de proclamada la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, así como la existencia de un ambiente propicio para celebrar una Convención sobre Derechos Humanos, instruyendo al CJI la elaboración de un proyecto de Convención. Es así como mediante dicha resolución, la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores dispuso:

Crear una Comisión Interamericana de Derechos Humanos que se compondrá de siete miembros, elegidos a título personal de ternas presentadas por los gobiernos, por el Consejo de la Organización de los Estados Americanos, encargada de promover el respeto de tales derechos, la cual será organizada por el mismo Consejo y tendrá las atribuciones específicas que éste le señale.

El Consejo Permanente de la Organización aprobó el Estatuto de la CIDH el 25 de mayo de 1960 y eligió a sus primeros miembros el 29 de junio de ese mismo año, reuniéndose por primera vez en 1960. El Estatuto de la Comisión se reformó por primera vez en 1965, en Río de Janeiro, Brasil, durante la Segunda Conferencia Interamericana Extraordinaria, con el fin de ampliar las funciones y facultades de la Comisión, principalmente para examinar las peticiones individuales y formular recomendaciones específicas de los Estados Miembros, en el marco de dichas peticiones.

El Protocolo de Buenos Aires de 1967 que reformó la Carta de la OEA, le dio a la CIDH el carácter de órgano principal de la OEA.

“El Consejo Permanente de la Organización aprobó el Estatuto de la CIDH el 25 de mayo de 1960 y eligió a sus primeros miembros el 29 de junio de ese mismo año, reuniéndose por primera vez en 1960.”

El Estatuto actual de la Comisión (CIDH) fue aprobado por la Asamblea General de la OEA, en su 9º Período Ordinario de Sesiones, celebrado en La Paz, Bolivia en 1979, y refleja las importantes innovaciones introducidas por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La función principal de la CIDH es promover el ejercicio de los derechos humanos y velar por su defensa. También es competente para actuar respecto a denuncias o quejas por violaciones a la Convención Americana sobre Derechos Humanos por algunos de los Estados partes. Cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental puede presentar peticiones ante la Comisión, denunciar violaciones colectivas o individuales de los derechos humanos, y exponer situaciones generales que ilustren violaciones sistemáticas de dichos derechos en una determinada región o contra un determinado sector social.

Para que la CIDH admita una petición de denuncia o queja sobre violación de los derechos humanos se requiere que el asunto sometido a litigio no esté pendiente de otro procedimiento de arreglo internacional y que los peticionarios hayan agotado previamente los recursos judiciales internos

del respectivo Estado que pretende demandar, salvo que se presente cualquiera de las causales de excepción previstas en el numeral 2º del artículo 46 de la Convención. También es necesario que la petición contenga los datos de identificación de quien la suscribe, tales como nombre, nacionalidad, profesión, domicilio y firma.

Cuando la Comisión recibe una queja por la violación de los derechos contenidos en la Convención, y encuentra que es procedente o admisible, puede poner en marcha un procedimiento de solución amistosa entre las partes en conflicto. Si resulta imposible llegar a un arreglo, la CIDH está facultada para someter el caso, a través de una demanda, a la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Una de las funciones especiales de la CIDH son las visitas *in loco*, pues puede visitar los Estados, previa invitación, ya sea para investigar casos individuales, como para hacer una investigación de la situación de los derechos humanos.

La CIDH se reúne en períodos ordinarios y extraordinarios de sesiones varias veces por año. Su Secretaría Ejecutiva sirve de apoyo para la preparación legal y administrativa de sus tareas.

3. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

a) Antecedentes

Como se estableció anteriormente, el proyecto de Convención Americana sobre Derechos Humanos preparado por el CJI, que preveía la creación y funcionamiento de una Corte y de una Comisión Interamericana de Derechos Humanos como medios de protección estos derechos, fue presentado en septiembre de 1959, y sometido a consideración de la II Conferencia Interamericana Extraordinaria, celebrada en Río de Janeiro en 1965; ésta lo remitió al Consejo Permanente de la Organización para su complementación y actualización.

El Consejo convocó a una Conferencia Especializada Interamericana que se realizaría en noviembre de 1969, en la que se adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, en cuyo capítulo VII se crea la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

La Convención entra en vigencia el 18 de Julio de 1978, al haber sido depositado el undécimo instrumento de ratificación. Es obligatoria para sus Estados Partes y como se ha hecho referencia, representa la culminación de un proceso que se

inició a finales de la Segunda Guerra Mundial, cuando las naciones de América se reunieron en México.

La Asamblea General de la OEA, reunida en la Paz, Bolivia en 1979, en su Resolución 448 aprobó el Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y el 22 de Mayo de 1979 los Estados Partes de la Convención eligieron a 7 juristas que a título personal, serían los primeros integrantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El 1º de Julio de 1978, la Asamblea General aceptó el ofrecimiento formal del Gobierno de Costa Rica para que la sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se estableciera en ese país. La ceremonia de instalación de la Corte se realizó el 3 de Septiembre de 1979, en la ciudad de San José, mientras que la primera sesión oficial de la Corte se celebró los días 29 y 30 de Junio de 1979.

El Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana suscribieron el 10 de Septiembre de 1981 un convenio de sede que incluye el régimen de inmunidades y privilegios, y en Noviembre de 1993 el mismo gobierno le dona a la Corte la casa que hoy ocupa la sede del Tribunal.

Cabe señalar que el 30 de Julio de 1980 la Corte y el Gobierno de Costa Rica

suscribieron otro importante convenio por el cual se creó el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, como una entidad internacional autónoma de naturaleza académica, dedicado a la enseñanza, integración y promoción de los derechos humanos, con sede también en San José, Costa Rica.

b) Normativa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

El Artículo 1° del Estatuto de la Corte la define como “una institución judicial autónoma” que tiene por objeto la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En consecuencia, es un tribunal establecido en la mencionada Convención, con el propósito primordial de resolver casos sobre supuestas violaciones de los derechos protegidos y normados por ella.

“El Artículo 1° del Estatuto de la Corte la define como “una institución judicial autónoma” que tiene por objeto la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.”

La Corte está integrada por siete magistrados elegidos a título personal entre ciudadanos originarios de los países miembros de la OEA. El período es de seis años y son reelegibles por una sola vez.

En su tercer período de sesiones, celebrado del 30 de julio al 9 de agosto de 1980, la Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptó su propio Reglamento, y lo reformó en 1991 con la finalidad de agilizar sus procedimientos y nuevamente en 1996, constituyendo la principal modificación el que los representantes de las víctimas o de sus familiares tuvieran la facultad de presentar en forma autónoma, sus propios argumentos y pruebas en la etapa de reparaciones del proceso.

Finalmente, el Reglamento fue reformado el 24 de Noviembre de 2000, introduciendo una serie de medidas destinadas a otorgar a las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes, la participación directa en todas las etapas del proceso.

La Corte tiene dos tipos de funciones:

- Jurisdiccional o contenciosa: por medio de la cual la Corte determina si un Estado ha incurrido en responsabilidad internacional

por haber violado alguno de los derechos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y

- Consultiva: por la cual la Corte responde aquellas consultas que le formulan los Estados Miembros de la OEA (aunque no sean Estados Partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos) o los órganos de la misma, sobre temas relacionados a la interpretación y alcance de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en las Américas. También puede emitir, a solicitud de un Estado Miembro de la OEA, opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos u otros Tratados de Derechos Humanos.

Para que un caso contra un Estado Parte se pueda presentar ante la Corte, éste debe reconocer su competencia, ya sea mediante una declaración presentada ante la Secretaría General de la OEA, o bien a través de una manifestación formal aceptando la competencia al recibir la notificación de la otra parte.

“En un principio, la CIDH conocerá acerca de la admisibilidad de la denuncia, buscará una solución amistosa; de no lograrse ésta, la CIDH redactará un informe que contendrá los hechos y sus conclusiones, el cual se enviará a todos los Estados interesados. Concluido el caso, éste podrá ser sometido a consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.”

La Corte solamente puede conocer casos que sean presentados por un Estado Parte o por la CIDH; el individuo no está facultado para llevar casos ante la Corte, pero cualquier persona, grupo de personas, ONG legalmente reconocida en uno o más Estados Miembros de la OEA, puede presentar peticiones ante la CIDH que contengan denuncias o quejas de violación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos por un Estado Parte.

En un principio, la CIDH conocerá acerca de la admisibilidad de la denuncia, buscará una solución amistosa; de

no lograrse ésta, la CIDH redactará un informe que contendrá los hechos y sus conclusiones, el cual se enviará a todos los Estados interesados. Concluido el caso, éste podrá ser sometido a consideración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario evitar daños irreparables a la persona, la Corte puede adoptar medidas provisionales en los asuntos que está conociendo¹ y también podrá actuar, a solicitud de la CIDH, en aquellos que aún no estén sometidos a su conocimiento.

Conclusión

El Sistema Interamericano ha contribuido de forma decisiva a la formación y expansión del derecho internacional de los derechos humanos y de manera especial en la protección internacional de los derechos de la persona humana. Así, tenemos que la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de abril de 1948, precedió por ocho meses a la Declaración Universal de Derechos Humanos de diciembre de 1948.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, producto

de la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos de ese mismo año, es el instrumento rector en el Sistema Interamericano que se encarga de velar por el respeto de los derechos esenciales de la persona humana, lo que justifica una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados Americanos, para lo cual ha establecido mecanismos de protección internacional de los derechos humanos.

La Corte es la instancia judicial de protección internacional de los derechos humanos en todo el continente, siendo junto con la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, los órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados Partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En ese sentido, la extensa jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos acorde a la realidad actual, constituye un verdadero patrimonio jurídico para el hemisferio y una doctrina de avanzada en la protección internacional de los derechos humanos.

¹ Artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

Bibliografía

1. Conferencias de Chapultepec, sobre Problemas de la Guerra y la Paz de 1945.
2. Novena Conferencia Internacional Americana de 1948.
3. Documentos del Comité Jurídico Interamericano.
4. Convención Americana sobre Derechos Humanos.
5. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.
6. Declaración Universal de Derechos Humanos.
7. Documentos de la Organización de las Naciones Unidas.

Sobre la autora

Elizabeth Villalta Vizcarra



Elizabeth Villalta Vizcarra es miembro del Comité Jurídico Interamericano. Su destacada trayectoria en el Ministerio de Relaciones Exteriores de El Salvador incluye los cargos de Asesor Jurídico de la Dirección General de Límites; Asesor de Alta Dirección como Asesor del Despacho Ministerial, y Directora General de Asuntos Jurídicos y Derechos Humanos.

Como Embajadora, ha representado a su país en diferentes Conferencias Internacionales y profesora de derecho internacional en El Salvador.

Como docente, ha impartido clases

de derecho en la Universidad de Alcalá, Alcalá de Henares, España; la Universidad de León, Nicaragua; y la Universidad Dr. José Matías Delgado, El Salvador.

Obtuvo su título de Bachiller en Ciencias, Letras y Matemáticas en el Colegio Guadalupano de la República de El Salvador, continuando sus estudios en la Universidad de El Salvador graduándose en 1980 como Licenciada en Ciencias Jurídicas, obteniendo posteriormente el título de Notario de la República de El Salvador. Es también egresada de la Licenciatura en Relaciones Internacionales de la Universidad de El Salvador.

Anexo I

Programa del Curso

XLII Curso de Derecho Internacional “La Actual Agenda Jurídica Interamericana”

Primera semana

Lunes 3

9:30 – 10:00 **Registro de participantes**

10:00 – 12:00 **Inauguración**

Carlos Mata, Vice Presidente del Comité Jurídico Interamericano

Luis Almagro, Secretario General de la Organización de los Estados Americanos (OEA)

Antonio Paulo Cachapuz de Medeiros, Consultor Jurídico del Ministerio de Relaciones Exteriores del Brasil

Jean Michel Arrighi, Secretario de Asuntos Jurídicos de la OEA

Martes 4

11:10 – 1:30

Julissa Reynoso/ Marc Suskin, Lawyers at Chadbourne & Parke LLP

International Development, Investment and Arbitration in Latin America and the Caribbean

3:00 – 5:00

Carlos Mata, Miembro del Comité Jurídico Interamericano

La Contribución del Comité Jurídico Interamericano al Desarrollo del Derecho Internacional en sus 110 Años de Existencia

Miércoles 5

8:30 – 10:50

Julissa Reynoso/ Marc Suskin

11:10 – 1:00

Pierre-Olivier Sur, Bâtonnier de l'Ordre des Avocats de Paris

Terrorism, the Laws of Exception and the Professional Secrecy

2:30 – 4:30

Joel Hernández, Miembro del Comité Jurídico Interamericano

Régimen Jurídico para Combatir la Trata de Personas y el Tráfico Ilícito de Migrantes

Jueves 6

9:00 – 10:50

Edison Lanza, Relator Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos

El Alcance de la Libertad de Expresión en Internet

11:10 – 1:00

Eduardo Vio Grossi, Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿Tribunal Internacional o Supranacional?

2:30 – 4:30

David Stewart Miembro del Comité Jurídico Interamericano

Privacy and Personal Data Protection – The New OAS Principles

Viernes 7

9:00 – 10:50

Edison Lanza

El Alcance de la Libertad de Expresión y la Vigilancia de las Comunicaciones Digitales

11:10 – 1:00

Eduardo Vio Grossi

2:30 – 4:30

Hernán Salinas, Miembro del Comité Jurídico Interamericano

Fortalecimiento de la Democracia en las Américas

Segunda semana

Lunes 10

9:00 – 10:50

Jean-Michel Arrighi, Secretario de Asuntos Jurídicos de la OEA

Introducción al Sistema Interamericano

11:10 – 1:00

Maria del Pilar Bonilla, Profesora de la Universidad Francisco Marroquín y la Universidad Rafael Landívar

Principios Rectores del Régimen de Garantías Mobiliarias

2:30 – 4:30

Antônio Augusto Cançado Trindade, Juez de la Corte Internacional de Justicia

La Responsabilidad del Estado bajo la Convención contra el Genocidio

Martes 11

9:00 – 10:50

Elizabeth Villalta, Miembro del Comité Jurídico Interamericano

Los Mecanismos de Protección de Derechos Humanos

11:10 – 1:00

Maria del Pilar Bonilla

Las Garantías Mobiliarias en América Latina (Análisis Comparativo)

2:30 – 4:30

Antônio Augusto Cançado Trindade

Miércoles 12

9:00 – 10:50

Verónica Ruiz, Profesora de la Universidad de Edimburgo

Orígenes, Fundamentos y Evolución del Fórum Non Conveniens

11:10 – 1:00

Maria del Pilar Bonilla,

Análisis Práctico del Régimen de Garantías Mobiliarias, Algunos Casos de Interés

2:30 – 4:30

Luis Toro, Oficial Jurídico Principal del Departamento de Derecho Internacional de la OEA

La Negociación en Torno al Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: Proceso y Aspectos Sustantivos

Jueves 13

9:00 – 10:50

Verónica Ruiz

Análisis Comparativo de la Aplicación del Fórum Non Conveniens, Recepción e Implicancias en los Países de Tradición Jurídica Civilista

11:10 – 1:00

Verónica Ruiz

Forum Arresti y Fórum Non Conveniens con Relación al Arresto de Buques

2:30 – 4:30

Juan Carlos Murillo, Asesor Jurídico Regional, ACNUR, Costa Rica

La Protección Internacional de los Refugiados en el Continente Americano al Conmemorarse el 30 Aniversario de la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados y la Declaración

Viernes 14

9:00 – 10:50

Juan Ignacio Mondelli, Oficial Regional de Protección de Apatridia, ACNUR, Costa Rica

El Derecho Humano a una Nacionalidad y el Problema Humanitario de la Apatridia

11:10 – 1:00

Juan Carlos Murillo

Plan de Acción de Brasil para Fortalecer la Protección y Promover Soluciones Duraderas Sostenibles para las Personas Refugiadas, Desplazadas y Apátridas en América Latina y el Caribe dentro de un Marco de Cooperación y Solidaridad

2:30 – 4:30

Encuentro Latinoamericano de Derecho Internacional (organizado por la Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional – SLADI)

Tercera Semana

Lunes 17

9:00 – 10:50

Patricio Rubio, Profesor de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Tendencias Recientes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos: La Corte Interamericana de Derechos Humanos.

11:10 – 1:00

Roberto Rojas, Oficial Jurídico del Departamento de Derecho Internacional de la OEA

Afrodescendientes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Una Mirada desde las Américas

2:30 – 4:30

Roberto Rojas

La Convención Interamericana para la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores: Un Aporte Jurídico de las Américas al Mundo

Martes 18

9:00 – 10:50

Patricio Rubio

11:10 – 1:00

Patricio Rubio

2:30 – 4:30

Dante Negro, Director del Departamento de Derecho Internacional de la OEA
Los Avances más Recientes en la Protección de los Derechos Humanos del Grupo LGBTI en el Ámbito Interamericano

Miércoles 19

9:00 – 10:50

Mónica Pinto, Decana de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

*El Tratamiento de las Violaciones Sistemáticas de Derechos Humanos del Pasado Reciente.
El Derecho y la Experiencia de América Latina.*

11:10 – 1:00

Gabriel Pablo Valladares, Asesor Jurídico de la Delegación Regional del CICR para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay
Introducción al Derecho Internacional Humanitario

2:30 – 4:30

Gabriel Pablo Valladares

Las Medidas Nacionales de Aplicación de Derecho Internacional Humanitario, con Especial Referencia a América Latina

Jueves 20

9:00 – 10:50

Mónica Pinto

11:10 – 1:00

Paulo Borba Casella, Head of the International and Comparative Law Department of the University of Sao Paulo Law School
BRICS - Present Status and Perspectives for the Future

2:30 – 4:30

Paulo Borba Casella

Viernes 21

10:00 **Clausura y entrega de certificados**

Roberto Rojas, Oficial Jurídico del Departamento de Derecho Internacional de la OEA

Christian Perrone, Secretaría Técnica del Comité Jurídico Interamericano

Anexo II

Lista de Participantes

I. Becarios/as

	Apellidos	Nombres	Ciudad/ País
1	Giaquinto	María Benedicta	Buenos Aires, Argentina
2	Parra Pinilla	Claudia Ester	Santiago, Chile
3	Roig Monge	Eduardo Javier	Atacama, Chile
4	Mena Mosquera	Audrey Karina	Bogotá, Colombia
5	Pérez Espitia	Carlos Andrés	Chia, Colombia
6	Marecos Rodríguez	Mabel	Asunción, Paraguay
7	Gallardo Rivas	María Belén	Lima, Perú
8	Jaimes Blanco	Kelly Elizabeth	Lima, Perú
9	Barboza López	Miguel Ángel Abdiel	Arequipa, Peru
10	Dotta Salgueiro	Marcos Sebastián	Montevideo, Uruguay
11	Piedra Trejos	Diego Eduardo	Cartago, Costa Rica
12	Aguilar Fratty	Sara Rebeca	Mixco, Guatemala
13	Perusina Mérida	Jorge Fernando	Guatemala, Guatemala
14	Barreto Sigala	Bertha Guillermina	Guadalajara, México
15	Sierra Gutiérrez	Omar	Ciudad de México, México
16	Hayle Hernández	Harold Randy	Ciudad de Panamá, Panamá
17	Acevedo de Jesús	Yissel Misiotti	Santo Domingo, Rep Dominicana
18	De Jesús Checo	Glenys	Ciudadana dominicana residente en Madrid, España
19	Peralta Guzmán	Rocio Elizabeth	Santo Domingo, Rep Dominicana

II. No becarios/as

	Apellidos	Nombres	Ciudad/ País
20	Vanzillota	Ornela	Buenos Aires, Argentina
21	Zambelli	Nicolás Agustín	Buenos Aires, Argentina
22	Magallanes Collado	Catalina Andrea	Ciudadana argentina y española residente en Barcelona, España
23	Pinto Moreira	Eliane Cristina	Belém do Pará, Brasil
24	France	Guilherme de Jesus	Rio de Janeiro, Brasil
25	De Paula Cruz	Isabela	Rio de Janeiro, Brasil
26	Leite Dos Santos	Jessica	Rio de Janeiro, Brasil
27	Medrado Tangari	Juliana	Rio de Janeiro, Brasil
28	Back	Charloth	Rio de Janeiro, Brasil
29	Marques Martin	Aline	Rio de Janeiro, Brasil
30	Carillho	Marcos	Salvador de Bahia, Brasil
31	Moutinho Cordeiro	Felipe	Sao Paulo, Brasil
32	Do Nascimento Carvalho	Rogério	Sao Paulo, Brasil
33	Lopes	Sibele Walkiria	Sao Paulo, Brasil
34	Espinoza Astudillo	Bolívar	Quito, Ecuador
35	Basanta Rodríguez	Eduardo	Ciudadano español residente en Nueva York, E.E.U.U
36	Pérez	Julio César	Ciudadano panameño residente en Madrid, España

Anexo III

Índice Temático

Apatridia

- Hacia la Erradicación de la Apatridia en América: La Declaración y Plan de Acción de Brasil
Juan Ignacio Mondelli, *Oficial Regional de Protección de Apatridia, ACNUR, Costa Rica*

Arbitraje Comercial Internacional

- International Development, Investment and Arbitration in Latin America and the Caribbean
Julissa Reynoso, Marc Suskin and Sofia Klot, *Chadbourne & Parke LLP*

Arbitraje de Inversiones

- International Development, Investment and Arbitration in Latin America and the Caribbean
Julissa Reynoso, Marc Suskin and Sofia Klot, *Chadbourne & Parke LLP*

Comisión Interamericana de Derechos Humanos

- Los Mecanismos de Protección de Derechos Humanos
Elizabeth Villalta, *Miembro del Comité Jurídico Interamericano*
- Los Avances más Recientes en la Protección de los Derechos Humanos del Grupo LGBTI en el Ámbito Interamericano
Dante Negro, *Director del Departamento de Derecho Internacional de la OEA*

Comité Internacional de la Cruz Roja

- Emprendimientos Legislativos sobre Infracciones Graves del Derecho Internacional Humanitario en América Latina; La Contribución del Comité Internacional de la Cruz Roja
Gabriel Pablo Valladares, *Asesor Jurídico de la Delegación Regional del CICR para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay*

Convención Americana sobre Derechos Humanos

- Los Mecanismos de Protección de Derechos Humanos
Elizabeth Villalta, *Miembro del Comité Jurídico Interamericano*
- Afrodescendientes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Una Mirada desde las Américas
Roberto Rojas, *Oficial Jurídico del Departamento de Derecho Internacional de la OEA*

Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia

- Afrodescendientes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Una Mirada desde las Américas
Roberto Rojas, *Oficial Jurídico del Departamento de Derecho Internacional de la OEA*

Convención Interamericana contra Toda Forma de Discriminación e Intolerancia

- Los Avances más Recientes en la Protección de los Derechos Humanos del Grupo LGBTI en el Ámbito Interamericano
Dante Negro, *Director del Departamento de Derecho Internacional de la OEA*
- Afrodescendientes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Una Mirada desde las Américas
Roberto Rojas, *Oficial Jurídico del Departamento de Derecho Internacional de la OEA*

Corte Interamericana de Derechos Humanos

- Los Mecanismos de Protección de Derechos Humanos
Elizabeth Villalta, *Miembro del Comité Jurídico Interamericano*

Los Avances más Recientes en la Protección de los Derechos Humanos del Grupo LGBTI en el Ámbito Interamericano

Dante Negro, *Director del Departamento de Derecho Internacional de la OEA*

El Tratamiento de las Violaciones Sistemáticas de Derechos Humanos del Pasado Reciente: El Derecho y la Experiencia de América Latina

Mónica Pinto, *Decana de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires*

Corte Penal Internacional

- Emprendimientos Legislativos sobre Infracciones Graves del Derecho Internacional Humanitario en América Latina; La Contribución del Comité Internacional de la Cruz Roja
Gabriel Pablo Valladares, *Asesor Jurídico de la Delegación Regional del CICR para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay*

Cooperación Internacional

- BRICS - Present Status and Perspectives for the Future
Paulo Borba Casella, *Head of the International and Comparative Law Department of the University of Sao Paulo Law School*

Crímenes de Guerra

- La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide: Plaidoyer en Défense de La Dignité Humaine
Antônio Augusto Cançado Trindade, *Juez de la Corte Internacional de Justicia*

Datos Personales

- Privacy and Personal Data Protection – The New OAS Principles
David Stewart *Miembro del Comité Jurídico Interamericano*

Derecho a la Identidad

- Hacia la Erradicación de la Apatridia en América: La Declaración y Plan de Acción de Brasil
Juan Ignacio Mondelli, *Oficial Regional de Protección de Apatridia, ACNUR, Costa Rica*

Derechos del Colectivo LGBTI

- Los Avances más Recientes en la Protección de los Derechos Humanos del Grupo LGBTI en el Ámbito Interamericano
Dante Negro, *Director del Departamento de Derecho Internacional de la OEA*

Derecho Internacional Humanitario

- Emprendimientos Legislativos sobre Infracciones Graves del Derecho Internacional Humanitario en América Latina; La Contribución del Comité Internacional de la Cruz Roja
Gabriel Pablo Valladares, *Asesor Jurídico de la Delegación Regional del CICR para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay*
- La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide: Plaidoyer en Défense de La Dignité Humaine
Antônio Augusto Cançado Trindade, *Juez de la Corte Internacional de Justicia*

Desaparición Forzada de Personas

- La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide: Plaidoyer en Défense de La Dignité Humaine
Antônio Augusto Cançado Trindade, *Juez de la Corte Internacional de Justicia*

- El Tratamiento de las Violaciones Sistemáticas de Derechos Humanos del Pasado Reciente: El Derecho y la Experiencia de América Latina
Mónica Pinto, *Decana de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires*

Desarrollo Económico

- International Development, Investment and Arbitration in Latin America and the Caribbean
Julissa Reynoso, Marc Suskin and Sofia Klot, *Chadbourne & Parke LLP*

Discriminación

- Los Avances más Recientes en la Protección de los Derechos Humanos del Grupo LGBTI en el Ámbito Interamericano
Dante Negro, *Director del Departamento de Derecho Internacional de la OEA*
- Afrodescendientes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Una Mirada desde las Américas
Roberto Rojas, *Oficial Jurídico, Departamento de Derecho Internacional de la OEA*
- La Negociación en Torno al Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: Proceso y Aspectos Sustantivos
Luis Toro, *Oficial Jurídico Principal, Departamento de Derecho Internacional de la OEA*

Esclavitud y Trata de Personas

- Afrodescendientes en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Una Mirada desde las Américas
Roberto Rojas, *Oficial Jurídico del Departamento de Derecho Internacional de la OEA*

Expresión de Género

- Los Avances más Recientes en la Protección de los Derechos Humanos del Grupo LGBTI en el Ámbito Interamericano
Dante Negro, *Director del Departamento de Derecho Internacional de la OEA*

Genocidio

- La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide: Plaidoyer en Défense de La Dignité Humaine
Antônio Augusto Cançado Trindade, *Juez de la Corte Internacional de Justicia*

Identidad de Género

- Los Avances más Recientes en la Protección de los Derechos Humanos del Grupo LGBTI en el Ámbito Interamericano
Dante Negro, *Director del Departamento de Derecho Internacional de la OEA*

Litigio Comercial

- International Development, Investment and Arbitration in Latin America and the Caribbean
Julissa Reynoso, Marc Suskin and Sofia Klot, *Chadbourne & Parke LLP*

Protección de Bienes Culturales en Caso de Conflicto

- Emprendimientos Legislativos sobre Infracciones Graves del Derecho Internacional Humanitario en América Latina; La Contribución del Comité Internacional de la Cruz Roja
Gabriel Pablo Valladares, *Asesor Jurídico de la Delegación Regional del CICR para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay*

Pueblos Indígenas

- La Negociación en Torno al Proyecto de Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas: Proceso y Aspectos Sustantivos
Luis Toro, *Oficial Jurídico Principal del Departamento de Derecho Internacional de la OEA*

Relaciones Internacionales

- BRICS - Present Status and Perspectives for the Future
Paulo Borba Casella, *Head of the International and Comparative Law Department of the University of Sao Paulo Law School*

Responsabilidad de los Estados por Violaciones al Derecho Internacional Humanitario

- La Responsabilité de L'État Sous la Convention contre le Génocide: Plaidoyer en Défense de La Dignité Humaine
Antônio Augusto Cançado Trindade, *Juez de la Corte Internacional de Justicia*
- Emprendimientos Legislativos sobre Infracciones Graves del Derecho Internacional Humanitario en América Latina; La Contribución del Comité Internacional de la Cruz Roja
Gabriel Pablo Valladares, *Asesor Jurídico de la Delegación Regional del CICR para Argentina, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay*

La Organización de los Estados Americanos

La Organización de los Estados Americanos (OEA) es la organización regional más antigua del mundo, ya que se remonta a la Primera Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Washington D.C., de octubre de 1889 a abril de 1890. En esta reunión se aprobó la creación de la Unión Internacional de Repúblicas Americanas. La Carta de la OEA se suscribió en Bogotá en 1948 y entró en vigencia en diciembre de 1951. Posteriormente la Carta fue enmendada por el Protocolo de Buenos Aires, suscrito en 1967, el cual entró en vigencia en febrero de 1970; por el Protocolo de Cartagena de Indias, suscrito en 1985, el cual entró en vigencia en noviembre de 1988; por el Protocolo de Managua, suscrito en 1993, el cual entró en vigencia el 29 de enero de 1996; y por el Protocolo de Washington, suscrito en 1992, el cual entró en vigor el 25 de septiembre de 1997. En la actualidad la OEA tiene 35 Estados miembros. Además, la Organización ha otorgado categoría de Observador Permanente a varios Estados, así como a la Unión Europea.

Los propósitos esenciales de la OEA son los siguientes: afianzar la paz y la seguridad del Continente; promover y consolidar la democracia representativa dentro del respeto al principio de no intervención; prevenir las posibles causas de dificultades y asegurar la solución pacífica de las controversias que surjan entre los Estados Miembros; organizar la acción solidaria de éstos en caso de agresión; procurar la solución de los problemas políticos, jurídicos y económicos que se susciten entre ellos; promover, por medio de la acción cooperativa, su desarrollo económico, social y cultural, y alcanzar una efectiva limitación de armamentos convencionales que permita dedicar el mayor número de recursos al desarrollo económico y social de los Estados miembros.

La OEA realiza sus fines por medio de los siguientes órganos: la Asamblea General; la Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores; los Consejos (el Consejo Permanente y el Consejo Interamericano para el Desarrollo Integral); el Comité Jurídico Interamericano; la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; la Secretaría General; las Conferencias Especializadas; los Organismos Especializados, y otras entidades establecidas por la Asamblea General.

La Asamblea General celebra períodos ordinarios de sesiones una vez por año. En circunstancias especiales se reúne en períodos extraordinarios de sesiones. La Reunión de Consulta se convoca con el fin de considerar asuntos de carácter urgente y de interés común, y para servir de Órgano de Consulta en la aplicación del Tratado Interamericano de Asistencia Recíproca (TIAR), que es el principal instrumento para la acción solidaria en caso de agresión. El Consejo Permanente conoce de los asuntos que le encomienda la Asamblea General o la Reunión de Consulta y ejecuta las decisiones de ambas cuando su cumplimiento no haya sido encomendado a otra entidad; vela por el mantenimiento de las relaciones de amistad entre los Estados miembros así como por la observancia de las normas que regulan el funcionamiento de la Secretaría General, y además, actúa provisionalmente como Órgano de Consulta para la aplicación del TIAR. La Secretaría General es el órgano central y permanente de la OEA. La Sede tanto del Consejo Permanente como de la Secretaría General está ubicada en Washington, D.C.

Estados Miembros: **Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas** (*Commonwealth de las*), **Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Dominica** (*Commonwealth de*), **Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Grenada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Suriname, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.**

ISBN 978-0-8270-6582-6

