

PRÓLOGO

Roberto Cuéllar M.
Director Ejecutivo
IIDH

Constituye un honor para el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH) compartir la edición de este libro, que se publica en el marco del aniversario de nuestras dos instituciones, cincuenta años del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) y veinte años del IIDH, tiempo en el cual han venido realizando amplias labores conjuntas de promoción, protección, investigación, educación y capacitación en derechos humanos y derecho internacional de refugiados, demostrando en la práctica la compatibilidad de ambos sistemas de protección de los derechos de la persona humana.

Desde su inicio en 1980 hasta la fecha, el IIDH ha venido abordando el refugio y las migraciones con especial interés: Sonia Picado, Antônio Cançado Trindade, Juan Méndez, Robert K. Goldman, Diego García-Sayán, Héctor Gros Espiell, Cristina Zeledón y el suscrito, antiguos directores, miembros y funcionarios del Consejo Directi-

vo, hicieron suyo estos temas no solo en aspectos conceptuales y doctrinales sino también en la práctica de organismos del sistema interamericano como son la Corte y la Comisión Interamericanas de Derechos Humanos o en distintas instancias de las Naciones Unidas.

El Instituto también tuvo también la oportunidad de acompañar al ACNUR en el desarrollo del importante proceso que constituyó la Conferencia Internacional sobre Refugiados, Repatriados y Desplazados en Centroamérica – CIREFCA –, así como también en el establecimiento de la Consulta Permanente sobre Desplazamiento Interno en las Américas – CPDIA –, que por varios años desarrolló misiones de investigación, capacitación y buenos oficios a favor de los derechos de los desplazados internos y colaboró con iniciativas de la Comisión Interamericana y del Representante del Secretario General de Naciones Unidas para los Desplazados In-

ternos. Asimismo, ambas instituciones tuvieron a su cargo la organización de dos importantes reuniones, el Coloquio internacional conmemorativo de los 10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados, realizado en San José, Costa Rica, del 5 al 7 de diciembre de 1994 y del que emanó la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas, y el Foro Regional sobre Derechos Humanos, Refugiados y Migraciones en América Central, con el coauspicio del Consejo Centroamericano de Procuradores de Derechos Humanos, realizado en San José del 28 al 30 de octubre, 1996.

Cincuenta y veinte años después de haber sido establecidas, nuestras organizaciones enfrentan nuevos desafíos en el marco de sus respectivos mandatos. A continuación presento algunas reflexiones sobre el tema, derivadas de mi experiencia de trabajo.

Los hechos

En todas las regiones de América, los trabajadores de las poblaciones pobres y marginadas y sus familias se mueven de sus domicilios, cambian sus hábitat habituales y rápidamente traspasan las

fronteras internacionales cuando son expulsados por la violencia y cuando son afectados por graves depresiones económicas.

Estos flujos de personas desplazadas, silenciosos e intermitentes, son víctimas de las guerras y del autoritarismo, y aquellas masas de población migrante, son víctimas de la exclusión social. Su situación, ni voluntaria ni deseada, los coloca en condiciones de vulnerabilidad, especialmente en lo que respecta a sus derechos fundamentales. En los dos casos, el fenómeno supone una desafiante tarea para la democracia y para los derechos humanos: la protección y promoción de los derechos de las poblaciones desplazadas, con especial énfasis en el drama de la región Andina hoy; y de los trabajadores migrantes y sus familias, en todas las fronteras del hemisferio americano.

En América Central los que dejan sus pueblos son una buena parte de los 18 millones de personas relegadas de los beneficios sociales y humanitarios en esas entidades democráticas. Quién sabe cuál es el futuro y qué nos deparan las migraciones en países donde el salario mínimo es de 30 dólares mensuales y en donde la delin-

cuencia es la forma más natural de capear el desempleo creciente. América Latina está fracasando ante la persistencia de los flujos migratorios y las malogradas políticas están aumentando el déficit de derechos, el déficit de justicia y el déficit de protección social que deben asegurar los Estados en la región.

Si hay un espacio neutral - y despolitizado - en que tendría que generarse mayor cooperación y entendimiento entre el Estado y las entidades de la sociedad civil - ONGs- es en la atención política y humanitaria de miles de personas y de sus familias que cruzan las fronteras andinas, las fronteras del MERCOSUR y las de México, Estados Unidos y Canadá, olvidados y marginados de los beneficios de nuestras democracias. Utilizar la cuestión migratoria como política nacionalista o como arma de reproches y censuras entre gobiernos y ONGs es un desatino social y contradictorio con la globalización de los mercados.

Las normas internacionales

En las últimas tres décadas, los problemas del desplazamiento interno y del derecho de las poblaciones refugiadas desafiaron las

bases mismas de la normativa internacional de los derechos humanos. Sin embargo, en las conferencias de Cartagena de Indias, en la CIREFCA de Guatemala y, finalmente, en las Declaraciones de San José y de Tlatelolco, se dieron respuestas a muchas situaciones no previstas por las leyes internacionales de derechos humanos. Hoy se suma el fenómeno in crescendo de los flujos de migraciones forzadas, que se ha ensanchado paralelamente al establecimiento de regímenes formalmente democráticos en las Américas, cuyas causas no son esencialmente diferentes a las del refugio y de las del desplazamiento interno.

Para hacer frente a la fenomenología de las migraciones forzadas, las Naciones Unidas aprobó en diciembre de 1990 la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, la que ha recibido muy pocas ratificaciones. El núcleo de aplicación principal que subyace a la Convención es que todos los trabajadores migratorios deben disfrutar de sus derechos humanos independientemente de su situación jurídica regular o irregular. La comprensión de los derechos de los trabajadores migratorios abar-

ca, en la Convención, una visión integral de los derechos humanos: civiles, políticos, económicos, sociales y culturales. Al esfuerzo de la Convención se agregan los del establecimiento de las relatorías especiales de las Naciones Unidas y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que, sin duda, amplían el horizonte para el examen de las políticas migratorias y de las consecuencias que tienen para el disfrute de los derechos humanos en el mundo y en las Américas.

El sistema interamericano

Ante la problemática imperante y las graves violaciones a los derechos humanos que sufren los y las migrantes, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha establecido dos relatorías en dicho ámbito migratorio, una sobre desplazados internos y otra sobre los trabajadores migratorios y sus familiares. En su capacidad de realizar estudios en los países que sufren graves violaciones a los derechos humanos así como de llevar a cabo visitas in loco, la Comisión ha elaborado documentos con recomendaciones a los Estados, a fin de fortalecer la protección y vigencia de los derechos fundamentales, con apartados

específicos relacionados con los derechos de las poblaciones migrantes. Asimismo, la Comisión ha interpuesto medidas cautelares para la protección de los derechos humanos de la población migratoria que lo requiere, a fin de evitar daños irreparables a las personas que se encuentran en situaciones de peligro comprobado. En algunos casos, la Comisión ha solicitado a la Corte Interamericana ordenar dichas medidas para su efectivo cumplimiento por parte de los Estados.

La Comisión ha conocido y se ha pronunciado sobre temas migratorios como en el caso Riebe y otros contra México, el de los haitianos en tránsito a Estados Unidos, los cubanos que salieron de Cuba en el Mariel y la situación de los haitianos en República Dominicana. Asimismo, realizó una visita in loco a Texas y California. Por su parte, la Corte Interamericana, en su función consultiva, ha emitido dictámenes sobre normas que afectan a los migrantes, entre otras la opinión consultiva a solicitud del Gobierno de México sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal y la resolución de medidas provisionales para la protección de haitianos y dominicanos

de origen haitiano en la República Dominicana, solicitada por la Comisión Interamericana, que han constituido importantes avances en la materia dentro del sistema.

Sin embargo, no debe perderse de vista la importancia de trabajar en la transformación de las leyes y el marco normativo, especialmente el constitucional, porque la justicia interamericana es subsidiaria. Esto significa que se pone en marcha únicamente cuando los recursos nacionales de los juzgados locales y las garantías constitucionales han sido utilizados previamente. Por tanto, la Comisión y la Corte Interamericanas, en su labor de protección y el IIDH, en su labor de promoción, constituyen instituciones de índole subsidiaria que apoyan la transformación de la conducta y los parámetros normativos.

El rol de las organizaciones de derechos humanos

El fenómeno de las migraciones forzadas y de los flujos crecientes de miles de personas que cruzan las fronteras en búsqueda de seguridad humana y de seguridad social, requiere de un acuerdo regional en las Américas. Un papel relevante lo tienen las organiza-

ciones no gubernamentales y las entidades de la sociedad civil: la asistencia jurídica y la protección humanitaria, la denuncia de las violaciones a los derechos humanos de migrantes, el respaldo al fortalecimiento de políticas poblacionales, y la educación en derechos humanos a modo de menguar la xenofobia y la discriminación, son tareas impostergables.

Desde hace muchos años el Instituto Interamericano de Derechos Humanos desarrolla actividades tendientes a la comprensión del fenómeno y al desarrollo de mecanismos de protección de refugiados, repatriados y desplazados. Hoy en día considera además de manera especial la situación de los migrantes y sus familias en el marco del tratamiento de la problemática de la discriminación, el racismo y la xenofobia, con miras a la Conferencia Mundial convocada por Naciones Unidas sobre estos temas.

Mujeres migrantes y derechos humanos

El IIDH cuenta con muchos años de trabajo en género y derechos de las mujeres, que se ha visto reflejado en su abordaje de la

problemática de las mujeres migrantes. Desde inicios de los años noventa con talleres especializados para las mujeres refugiadas en los campamentos del sudeste de México, pasando por investigaciones con el ACNUR sobre la situación de las mujeres desarraigadas en Guatemala, Nicaragua y Costa Rica a mediados de la década de los noventa, incluyendo publicaciones diversas como tesis, artículos especializados y otros materiales divulgativos, las mujeres han estado muy presentes en el quehacer y propuestas institucionales. Asimismo, ambas instituciones colaboraron ampliamente para llevar a cabo el I Foro regional "Enfoque de género en el trabajo con las mujeres refugiadas, repatriadas y desplazadas", realizado en Guatemala en 1992, que puso de relieve la necesidad de prestar protección y asistencia particularizada a los derechos de las mujeres migrantes en la región, reconociendo las diferencias y desigualdades entre mujeres y hombres y, por tanto, sus necesidades e intereses específicos.

A manera de conclusión

La vigencia de los derechos humanos de las poblaciones migrantes pasa necesariamente por el forta-

lecimiento del conocimiento de las personas de sus derechos, independientemente del sector social de que se trate, enfatizando los esfuerzos en aquellas que – por su naturaleza – no pueden gozar de ellos muchas veces de manera inmediata, como la población migrante y refugiada.

Paralelamente, es de suma importancia mejorar los sistemas de acceso a la justicia, el tratamiento y asistencia humanitaria y la atención. Es fundamental promover en los gobiernos esta preocupación por la extensión de los derechos humanos de las poblaciones migrantes.

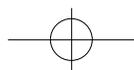
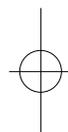
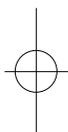
Es también imperativo fortalecer los mecanismos de prevención y atención de los migrantes y refugiados y en esto juegan un papel trascendental las Defensorías y Procuradurías de Derechos Humanos, por medio de la prevención de situaciones que pongan en peligro los derechos humanos. Sobre este aspecto debemos aspirar también a la creación de un sistema de alerta temprana de flujos masivos y fenómenos de violencia, discriminación, inseguridad y exclusión social, que son precisamente las causas que ponen en jaque las democracias.

Dentro de sus compromisos, en primer lugar el IIDH continuará predicando el valor supremo de la dignidad humana y sus derechos. En segundo lugar, insistirá en afirmar que el núcleo de los derechos de la ciudadanía no es solamente civil y político, sino un conjunto de derechos que incluye los derechos económicos, sociales y culturales sin distinción de la población. En este sentido reafirmará que el acceso a los sistemas para afirmación y reclamación de los derechos humanos, en este caso de migrantes y refugiados, es fundamental para el adecuado desarrollo de la democracia.

Durante veinte años el IIDH ha trabajado intensamente y continuará promoviendo alianzas locales, pero especialmente continuará fortaleciendo las ventajosas y muy privilegiadas colaboraciones internacionales, en la esperanza de que se vuelvan realidad los deseos del ACNUR de racionalizar y

articular propuestas para unificar esfuerzos en alianzas estratégicas.

El libro que hoy presentamos constituye un esfuerzo de puesta en común de experiencias diversas y propuestas conceptuales y doctrinales en el ámbito de la protección y la promoción de los derechos humanos de las personas migrantes, por medio de artículos preparados por destacadas personalidades en el campo, con la esperanza de que sirvan de base de reflexión y de propuestas futuras para la elaboración y ejecución de políticas, legislación y acciones diversas – tanto en los países de salida como de tránsito y recepción - tendientes a asegurar un mejor futuro a los habitantes de nuestra América, y que el derecho a migrar o a la permanencia cuenten con todas las garantías de vida, seguridad y libertad, sin verse privados de sus derechos más fundamentales ni expuestos al racismo, la discriminación racial o la xenofobia.



PRÓLOGO

Alfredo del Río Court
Director del Bureau para las Américas, ACNUR Ginebra

La Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) se complace en coauspiciar la publicación de este libro conmemorativo en ocasión del 20 Aniversario del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, el 50 Aniversario de la creación de la Oficina del ACNUR, y el 50 Aniversario de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951.

Socios en la acción

Desde su fundación, el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, siempre a la vanguardia en la promoción y difusión de los derechos humanos en las Américas, se ha convertido en un socio fundamental del ACNUR para brindar protección y buscar soluciones duraderas a los refugiados, repatriados, desplazados internos y otras personas que requieren protección en las Américas. Iniciativas regionales tales como, la Conferencia Internacional sobre Refugiados, Repatriados y Desplazados en Centroamérica (CIREF-

CA), EL Foro Centroamericano de Mujeres Refugiadas (FOREFEM), la Consulta Permanente sobre desplazamiento interno en las Américas (CPDIA), el Foro Regional sobre Derechos Humanos, Refugiados y Migraciones en América Central, la Declaración de San José sobre refugiados y personas desplazadas, la Declaración de Tlatelolco sobre acciones prácticas en el Derecho Internacional de los Refugiados en América Latina, y la organización de los Encuentros Regionales de Movilidad Humana: "Migrante y Refugiado", han contado con el compromiso, trabajo y apoyo decididos del Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

Estas y otras iniciativas comunes, enmarcadas dentro del interés mutuo por promover el respeto y vigencia de los derechos humanos, han permitido avanzar e innovar el Derecho Internacional de Refugiados, a través de enfoques regionales, garantizando protección y soluciones duraderas a las víctimas de persecución, intolerancia,

xenofobia, conflictos armados internos, violaciones masivas de derechos humanos, violencia generalizada, y otras circunstancias que perturban el orden público.

50 Años protegiendo a las víctimas de la persecución

El libro conmemorativo que hoy les presentamos, igualmente rinde tributo al 50 Aniversario de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951; instrumento internacional de carácter fundamental para la protección de los refugiados, cuya relevancia y vigencia, han sido reafirmadas a través de los años, garantizando protección a las víctimas de la persecución en todo el mundo, que se han visto forzados a abandonar sus países de origen o de residencia.

Con motivo del 50 Aniversario de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, la Oficina del ACNUR inició un proceso de Consultas Globales con los Estados, con la participación de expertos en protección de refugiados, y organismos no gubernamentales, para revitalizar el régimen de protección internacional, reafirmando la vigencia e importancia de la Convención sobre el Estatuto de

los Refugiados, como el instrumento fundamental para la protección de los refugiados. Dichas Consultas Globales tienen por propósito promover el cumplimiento e implementación plenos y eficaces de las disposiciones de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como elaborar nuevos enfoques y parámetros que fortalezcan la protección en áreas que no están adecuadamente cubiertas por el régimen de la Convención. Las Consultas Globales proporcionan una oportunidad única para fortalecer el sistema internacional de gobernabilidad, basado en el carácter duradero de la Convención de Ginebra de 1951, a la cual tienen derecho de recurrir los refugiados y la cual constituye el marco internacional de su protección.

Dentro de este contexto, es motivo de satisfacción para nuestra Oficina que una de las reuniones regionales de las Consultas Globales sobre la responsabilidad de supervisión del ACNUR bajo el artículo 35 de la Convención de 1951, que se celebra en San José, Costa Rica, sea igualmente coauspiciada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Comisión

Interamericana de Derechos Humanos.

El fortalecimiento del régimen legal para la protección de los refugiados

Al conmemorarse el 50 Aniversario de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, vemos con beneplácito el hecho que, fieles a una larga y generosa tradición de asilo, las Américas se vislumbra como el primer continente donde la inmensa mayoría de sus países ha ratificado los instrumentos internacionales en materia de refugiados. Igualmente, hacemos votos para que en el menor tiempo posible, aquellos países que aún no lo han hecho, adopten procedimientos y mecanismos nacionales para la ejecución de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, es decir, establezcan normas, procedimientos y órganos nacionales para la determinación de la condición de refugiado en sus territorios.

También se requiere renovar los esfuerzos para que los países que aún no lo han hecho, se adhieran a los instrumentos internacionales sobre apátridas, propiamente la Convención sobre el Estatuto de

los Apátridas de 1954 y la Convención para reducir los casos de Apatridia de 1961.

La importancia de la ratificación de los instrumentos internacionales en materia de refugiados y apátridas, así como la necesidad de contar con mecanismos nacionales para la ejecución de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967 han sido subrayadas por la Organización de los Estados Americanos (OEA), a través de resoluciones específicas de la Asamblea General en materia de refugiados, repatriados y desplazados internos, y el seguimiento proporcionado por la Secretaría General.

La protección internacional en las Américas: experiencias y retos futuros

En distintas épocas de su historia, las Américas han experimentado directamente los efectos del desplazamiento forzado de personas. En efecto, es necesario destacar los esfuerzos regionales desplegados, a través de los años, para brindar protección y asistencia humanitaria a los refugiados del Cono Sur, a los refugiados centroamericanos, y del Caribe. Miles de personas en el Continente se han beneficiado de la protección

que brindan los gobiernos a través del reconocimiento de la condición de refugiado. Igualmente, se ha brindado protección a un número creciente de personas provenientes de otras partes del mundo, particularmente de Africa y Asia.

Temas como la concertación internacional para la búsqueda de soluciones duraderas, y el apoyo a los procesos políticos de pacificación y democratización a través de enfoques regionales como los vividos en Centroamérica son iniciativas que merecen ser emuladas en otras partes del mundo. Asimismo, los avances alcanzados en materia de integración local de refugiados a través del cambio de estatus migratorio y/o la naturalización, así como la reintegración socioeconómica de los repatriados a través de proyectos de impacto rápido (PIRs), y la importancia de la documentación personal para la reintegración legal y el ejercicio de los derechos humanos fundamentales, han sido subrayados en Centroamérica y México, como aportes significativos. Igual importancia se ha otorgado a las necesidades diferenciadas de protección de hombres y mujeres refugiados, brindando sensibilización y capacitación a las mujeres refugiadas y

repatriadas como agentes de desarrollo, incluyendo su acceso pleno en igualdad de condiciones a la propiedad de la tierra.

Sin embargo, hoy, es necesario considerar los nuevos retos que representan, en un mundo globalizado, las crecientes barreras para la víctimas de la persecución en aras del control migratorio, la xenofobia y la intolerancia, así como la riesgosa percepción que los asuntos humanitarios puedan afectar intereses nacionales.

En este sentido, observamos el creciente interés de los Estados por regular la migración de personas a través de foros multilaterales de carácter regional, y la adopción de políticas migratorias restrictivas. Somos conscientes que la definición de las políticas migratorias es un acto soberano de los Estados, pero igualmente reconocemos y enfatizamos que existen límites y garantías dados por los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos y refugiados, para salvaguardar los espacios humanitarios. El ACNUR aboga por que se adopten mecanismos con las debidas garantías para salvaguardar el acceso a la protección de las víctimas que huyen de la persecución.

Respecto de los retos actuales para la protección internacional en las Américas, es necesario tener presente el agravamiento de la compleja situación que se vive en la región andina, y las dimensiones interna y externa del desplazamiento forzado en Colombia, y sus efectos para los países fronterizos y otros países de la región, y fuera de ella. Confiamos que las lecciones aprendidas y el bagaje de experiencias acumuladas en otras partes del Continente permitan continuar atendiendo las necesidades humanitarias de los ciudadanos colombianos que requieren protección, con un espíritu de solidaridad, humanismo y flexibilidad, haciendo un debido balance entre los principios y las necesidades humanitarias, y los legítimos intereses nacionales.

El ACNUR en las Américas

Aunado al fortalecimiento de los marcos legales para la protección de los refugiados a través de la ratificación de los instrumentos internacionales y la adopción de mecanismos y estructuras para ponerlos en práctica, se requiere de un esfuerzo conjunto, que presupone la voluntad política de los gobiernos, la participación de las agencias y organismos internacio-

nales, los organismos gubernamentales y no gubernamentales, la Iglesia y de los demás actores de la sociedad civil, así como la participación efectiva de los refugiados y otras personas que requieren protección. Se trata de establecer alianzas estratégicas con distintas instituciones y organizaciones, respetando la especificidad de sus mandatos, con un objetivo común: garantizar protección a todos aquellos que la necesitan.

Si bien es cierto, la solución de las crisis humanitarias en la región se ha visto reflejada en la disminución de la presencia de las Oficinas del ACNUR y de su personal en el continente, también lo es, que progresivamente las sociedades nacionales han ido asumiendo una mayor responsabilidad respecto de la protección y asistencia a refugiados y otras personas que requieren protección. En este sentido, es necesario apoyar y consolidar los esfuerzos de las sociedades nacionales tanto a través de la formulación de políticas públicas, como la adopción de mecanismos y estructuras nacionales para la atención de los refugiados y otras personas que requieren protección. La calidad del asilo es directamente proporcional el ejercicio pleno

por parte de los refugiados de los derechos fundamentales consagrados en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, y otros instrumentos internacionales de derechos humanos. Precisamente por ello, se requiere de mecanismos y estructuras nacionales que posibiliten la vigencia y respeto de los derechos básicos de los refugiados y otras personas que requieren protección.

En la medida que las sociedades nacionales asuman un papel más activo en la protección y asistencia a refugiados y otras personas que requieren de protección, esto permitirá al ACNUR continuar brindando asesoría técnica a los Estados y otros organismos de la sociedad civil para el tratamiento y la protección de las víctimas de la persecución, y a la vez fortalecer su responsabilidad de supervisión de las disposiciones de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967.

En la protección de refugiados y otras personas que requieren protección también juegan un papel trascendental las organizaciones de la sociedad civil. Por ello, se requiere articular y consolidar redes

nacionales de protección, entendidas como mecanismos informales de coordinación, interlocución e intercambio de información, que aglutinen a organismos no gubernamentales, Iglesias, y académicos, para garantizar una respuesta humanitaria a las necesidades de protección y asistencia de los solicitantes de asilo, refugiados, y desplazados internos en las Américas.

Igualmente, se requiere aunar esfuerzos con otros organismos internacionales presentes en la región, sobre la base de la complementariedad de mandatos, para potenciar el impacto en temas ligados a la capacitación, promoción y difusión del Derecho Internacional de Refugiados, pero también la investigación y publicación de estudios conjuntos, y la sensibilización de la opinión pública. Esto permitirá no duplicar esfuerzos, y utilizar los recursos limitados de la mejor manera posible.

Importancia del Sistema Interamericano de protección de derechos humanos.

La debida interrelación que existe entre refugiados y derechos humanos ha sido puesto de manifiesto en sus varios ámbitos: causas, sujetos y soluciones. En efecto, muchos

de los desplazamiento forzados se deben a la persistencia de violaciones de derechos humanos. Los refugiados son sujetos titulares de derechos humanos fundamentales, consagrados tanto en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, como en los distintos instrumentos internacionales de derechos humanos. Por otra parte, el respeto a los derechos humanos tanto el país de origen o residencia, como en el país de acogida favorece la búsqueda de soluciones para las víctimas de la migración forzada. En consecuencia, los derechos humanos nutren, complementan y fortalecen el régimen de protección de refugiados.

Igualmente, los mecanismos internacionales y regionales de protección de derechos humanos complementan y fortalecen el régimen legal de protección a refugiados. Sobre la base de esta complementariedad, estamos seguros que los órganos del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos, al igual que el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en el ámbito de la educación y promoción de derechos humanos, están llamados a cumplir un papel fundamental en la defensa de los derechos de los refugiados y otras personas que requieren protección en las Amé-

ricas, a través de sus distintos mecanismos.

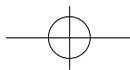
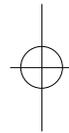
Dentro de este contexto, el fortalecimiento de los lazos de cooperación con los órganos del Sistema Interamericano de protección de Derechos Humanos continuará siendo una prioridad para el ACNUR en las Américas.

Perspectivas futuras

Finalmente, permitanme agradecer a los distinguidos autores que nos han honrado con sus contribuciones para este libro, por la calidad y la variedad de sus artículos. La gama de temas tratados refleja no sólo el interés constante en las Américas por los temas ligados a derechos humanos y refugiados, sino la diversidad de su problemática.

Estamos seguros que la presentación de este libro conmemorativo conjunto refleja nuestro interés por fortalecer los lazos de cooperación en favor de las poblaciones desarraigadas en las Américas, y constituye un tributo simbólico a las víctimas de la persecución.

La defensa de los derechos humanos, al igual que la protección internacional de los refugiados es un asunto de todos.



REFLEXIONES SOBRE EL DESARRAIGO COMO PROBLEMA DE DERECHOS HUMANOS FRENTE A LA CONCIENCIA JURÍDICA UNIVERSAL¹

de

Antônio Augusto CANÇADO TRINDADE

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

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

¹. El presente estudio sirvió de base a la conferencia dictada por el Autor, el día 28 de noviembre de 2000, a las 19:30 horas, en el Seminario de San Carlos y San Ambrosio, en La Habana, Cuba, copatrocinada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), la Conferencia de los Obispos Católicos de Cuba (la Conferencia Episcopal), y la Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC).

I. Introducción.

Por una serie de razones, no podría haber ocasión más adecuada para desarrollar algunas reflexiones sobre el drama contemporáneo de los desarraigados como gran desafío a la protección de los derechos humanos frente a la conciencia jurídica universal. Primero, por poder, en esta noche del 28 de noviembre de 2000, compartir mis reflexiones con todos los presentes en este acogedor Seminario de San Carlos y San Ambrosio, en las cercanías de la bella Catedral de La Habana, en el corazón del país de un pueblo sensible y culto, que, a lo largo de toda su historia, ha sufrido, y ha sabido enfrentar, los efectos de la intolerancia y la injusticia.

Segundo, por estar aquí acompañado, en esta ceremonia, por el Cardenal de La Habana, Monseñor Jaime Ortega, el Secretario de la Conferencia Episcopal, Monseñor José Félix Pérez, y el Director Ejecutivo del Instituto Interamericano de Derechos Humanos (IIDH), Don Roberto Cuellar, en cuya fiel compañía tuve el privilegio de organizar y realizar, en el Capitolio de esta misma ciudad histórica de La Habana, en mayo/junio de 1996, el primer Seminario sobre Derechos Humanos realizado en Cuba, copatrocinado por el IIDH y la Unión Nacional de Juristas de Cuba (UNJC)². Tercero, por ser el presente evento el primer del género a ser copatrocinado por el IIDH y la Conferencia de los Obispos Católicos de Cuba (la Conferencia Episcopal), además de la UNJC.

Y cuarto, por realizarse esta ceremonia a poco más de un mes del ingreso en el siglo XXI (y en un nuevo milenio), en una época marcada por fechas significativas: el año pasado, por el vigésimo aniversario de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los 30 años de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los 40 años de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y los 50 años de las Convenciones de Ginebra sobre Derecho Internacional Humanitario; y, este año, por el vigésimo aniversario del IIDH, los 50 años del Alto-Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), y los 50 años de la Convención Europea de

². Para el tomo de actas, cf. *Seminario sobre Derechos Humanos - La Habana*, (Mayo/Junio de 1996), San José de Costa Rica/La Habana, IIDH/UNJC, 1997, pp. 7-211.

Derechos Humanos. Trátase, pues, de una ocasión de las más propicias para examinar, teniendo presentes los logros alcanzados en este último medio-siglo en la protección internacional de los derechos de la persona humana, los grandes desafíos a dicha protección en este umbral del nuevo siglo, y en particular, el desarraigo como grave problema de los derechos humanos.

No es mi propósito limitarme a una exposición didáctica de nociones elementales encontradas en los libros especializados, sino más bien desarrollar algunas reflexiones personales acerca del tema, alimentadas por mi experiencia, profundizándolas y compartiéndolas con todos los presentes, con el fin de fomentar una mayor conscientización de la importancia del cultivo de *valores* superiores para enfrentar la tragedia contemporánea de los desarraigados. Con este fin, abordaré, de inicio, las convergencias entre el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos.

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

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

A mediados de los años noventa, me permití avanzar la tesis de las convergencias - en los planos normativo, hermenéutico, y operativo, - entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario³.

³. A.A. Cançado Trindade, "Derecho Internacional de los

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

En América Latina, la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados (1984) enmarcó, como se sabe, la protección de los refugiados en el universo conceptual de los derechos humanos. La Declaración de 1984 estableció un vínculo clarísimo entre los dominios del Derecho Internacional de los Refugiados y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Una década después, la Declaración de San José sobre los Refugiados y Personas Desplazadas (1994), - de cuya redacción tuve ocasión de participar, - profundizó las relaciones entre el Derecho de los Refugiados y Desplazados y los derechos humanos, dando nuevo énfasis en cuestiones centrales de la actualidad, no tan elaboradas en la Declaración anterior de Cartagena, como, *inter alia*, las del desplazamiento forzado⁴, y del derecho de refugio en su amplia dimensión, - examinadas bajo la óptica de las necesidades de protección del ser humano en cualesquiera circunstancias, en el

Derechos Humanos, Derecho Internacional de los Refugiados y Derecho Internacional Humanitario: Aproximaciones y Convergencias", *Diez Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados - Memoria del Coloquio Internacional* (San José de Costa Rica, diciembre de 1994), San José, IIDH/ACNUR/Gob. Costa Rica, 1995, pp. 77-168; A.A. Cançado Trindade, "Aproximaciones o Convergencias entre el Derecho Internacional Humanitario y la Protección Internacional de los Derechos Humanos", *Seminario Interamericano sobre la Protección de la Persona en Situaciones de Emergencia - Memoria* (Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, junio de 1995), San José, CICR/ACNUR/Gob. Suiza, 1996, pp. 33-88.

⁴. Conclusión novena. Como bien advirtió la Declaración de San José, tanto los refugiados como las personas que emigran por otras razones, "incluyendo causas económicas, son titulares de derechos humanos que deben ser respetados en todo momento, circunstancia y lugar" (conclusión décima).

universo conceptual de los derechos humanos⁵.

La Declaración de San José reconoció expresamente las convergencias entre los sistemas de protección de la persona humana consagrados en el Derecho Internacional de los Refugiados, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y en el Derecho Internacional Humanitario, dado su carácter complementario⁶. La nueva Declaración, además, reconoció que la violación de los derechos humanos es una de las causas de los desplazamientos y que, por lo tanto, la protección de tales derechos y el fortalecimiento del sistema democrático constituyen la mejor medida para la búsqueda de soluciones duraderas, así como para la prevención de los conflictos, de los éxodos de refugiados y de las graves crisis humanitarias⁷.

El documento de la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA) titulado "Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina" (1989), a su vez, interpretó como configurado el elemento de "violación masiva de los derechos humanos" cuando se producen "violaciones en gran escala que afectan los derechos humanos" consagrados en la Declaración Universal de 1948 y otros elementos relevantes⁸. El referido documento de CIREFCA reconoció expresamente la existencia de

⁵. Para el texto de la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994 y los trabajos del Coloquio Internacional en el cual fue adoptada, cf. el tomo de actas *Diez Años de la Declaración...*, *op. cit. supra* n. (3), pp. 5-477.

⁶. Preámbulo y conclusiones tercera y décima-sexta (a).

⁷. Cf. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 328-331.

⁸. En particular, agregó, "pueden considerarse como violaciones masivas de derechos humanos, la negación de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales en una forma grave y sistemática, así como aquellas que son objeto de la resolución 1503" (XLVIII), de 1970, del ECOSOC; párr. 34 del documento "Principios y Criterios", de CIREFCA.

"(...) una relación estrecha y múltiple entre la observancia de las normas relativas a los derechos humanos, los movimientos de refugiados y los problemas de protección. Las violaciones graves de derechos humanos provocan movimientos de refugiados, algunas veces en escala masiva, y dificultan el logro de soluciones durables para estas personas. Al mismo tiempo, los principios y prácticas relativas a los derechos humanos proporcionan reglas a los Estados y a las organizaciones internacionales para el tratamiento de refugiados, repatriados y personas desplazadas"⁹.

El documento de *evaluación* de la puesta en práctica de las disposiciones del documento "Principios y Criterios", de 1994, fue aún más allá. Contuvo una sección enteramente dedicada a la observancia de los derechos humanos¹⁰, en la cual se refirió al fortalecimiento de las instituciones nacionales democráticas y de defensa de los derechos humanos. En otro pasaje dedicado a la materia, advirtió que "la problemática de los refugiados sólo puede abordarse correctamente si se tiene una visión integrada de los derechos humanos, que incluya el derecho de los refugiados y el derecho humanitario"¹¹. La protección efectiva de los refugiados, agregó, "requiere que se consideren y apliquen derechos humanos fundamentales"¹².

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

⁹. Párr. 72 del documento "Principios y Criterios", de CIREFCA. En fin, el documento "Principios y Criterios", de 1989, defendió el uso de los órganos de supervisión del sistema interamericano de protección de los derechos humanos - y una cooperación más estrecha de estos con el ACNUR - con miras a complementar la protección internacional de los refugiados en la región; *ibid.*, párr. 73.

¹⁰. Párrs. 80-85 del documento de evaluación de la puesta en práctica de "Principios y Criterios", doc. CIREFCA/REF/94/1.

¹¹. *Ibid.*, párr. 16, y cf. párrs. 13-18.

¹². *Ibid.*, párr. 17; el documento recordó la indivisibilidad y universalidad de los derechos humanos, y se refirió a los resultados pertinentes de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos de junio de 1993 (párrs. 13-14).

CIREFCA¹³, señaló que

"CIREFCA favoreció e impulsó la convergencia entre el derecho de los refugiados, los derechos humanos, y el derecho humanitario, sosteniendo siempre un enfoque integrado de las tres grandes vertientes de protección de la persona humana"¹⁴.

Aún así, acrecentó, hay que profundizar en el examen de determinados elementos (como, v.g., la violencia generalizada, los conflictos internos y las violaciones masivas de derechos humanos) y dar mayor precisión a las "normas mínimas de tratamiento" (tomando en cuenta desarrollos recientes paralelos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y el Derecho Internacional Humanitario)¹⁵.

III. "Globalización" de la Economía y Exclusión Social.

Las respuestas humanitarias a los graves problemas contemporáneos afectando crecientes segmentos de la población en numerosos países han buscado curar tan sólo los síntomas de los conflictos, pero se han mostrado incapaces de remover, por sí mismas, sus causas y raíces. Es que lo ha advertido la Alta-Comisionada de las Naciones Unidas para los Refugiados (Sra. Sadako Ogata), en dos recientes conferencias, dictadas en la Ciudad de México, el 29.07.1999, y en esta misma ciudad de La Habana, el 11.05.2000, respectivamente, las cuales, por su importancia, ameritan ser aquí resumidas. El argumento básico de la Alta-Comisionada es que, la rapidez con que los capitales de inversión entran y salen de determinadas regiones, en búsqueda de ganancias

¹³. Párrs. 89-106 del documento de evaluación de la puesta en práctica de "Principios y Criterios", doc. CIREFCA/REF/94/1. Este documento incorporó las aportaciones de los tres integrantes de la Comisión de Consultores Jurídicos del ACNUR para la evaluación final del proceso CIREFCA, a saber, los Drs. Antônio Augusto Cançado Trindade, Reinaldo Galindo-Pohl y César Sepúlveda; cf. *ibid.*, p. 3, párr. 5.

¹⁴. *Ibid.*, párr. 91.

¹⁵. *Ibid.*, párr. 100.

fáciles e inmediatas, ha seguramente contribuído, junto con otros factores, a algunas de las más graves crisis financieras de la última década, generando movimientos poblacionales en medio a un fuerte sentimiento de inseguridad humana¹⁶.

Paralelamente a la "globalización" de la economía, la desestabilización social ha generado una pauperización mayor de los estratos pobres de la sociedad (y con ésto, la marginalización y exclusión sociales), al mismo tiempo en que se verifica el debilitamiento del control del Estado sobre los flujos de capital y bienes y su incapacidad de proteger los miembros más débiles o vulnerables de la sociedad (v.g., los inmigrantes, los trabajadores extranjeros, los refugiados y desplazados)¹⁷. Los desprovistos de la protección del poder público a menudo salen o huyen; de ese modo, la propia "globalización" económica genera un sentimiento de inseguridad humana, además de la xenofobia y los nacionalismos, reforzando los controles fronterizos y amenazando potencialmente a todos aquellos que buscan la entrada en otro país¹⁸.

Paradójicamente, a la expansión de la "globalización" ha correspondido la erosión de la capacidad de los Estados de proteger los derechos económicos, sociales y culturales de la población; de ahí las necesidades crecientes de protección de los refugiados, los desplazados y los migrantes, en pleno umbral del siglo XXI, lo que exige una solidaridad en escala mundial¹⁹. Esta gran paradoja no deja de ser trágica, considerándose los extraordinarios avances en la ciencia y tecnología en las

¹⁶. S. Ogata, *Los Retos de la Protección de los Refugiados* (Conferencia en la Secretaría de Relaciones Exteriores de México, 29.07.1999), Ciudad de México, ACNUR, 1999, pp. 2-3 y 9 (mecanografiado, circulación limitada); S. Ogata, *Challenges of Refugee Protection* (Statement at the University of Havana, 11.05.2000), Havana/Cuba, UNHCR, 2000, pp. 4, 6 y 8 (mecanografiado, circulación limitada).

¹⁷. S. Ogata, *Los Retos...*, *op. cit. supra* n. (16), pp. 3-4; S. Ogata, *Challenges...*, *op. cit. supra* n. (16), p. 6.

¹⁸. S. Ogata, *Los Retos...*, *op. cit. supra* n. (16), pp. 4-6; S. Ogata, *Challenges...*, *op. cit. supra* n. (16), pp. 7-10.

¹⁹. S. Ogata, *Challenges...*, *op. cit. supra* n. (16), pp. 7-9; S. Ogata, *Los Retos...*, *op. cit. supra* n. (16), p. 11.

últimas décadas, los cuales, sin embargo, no han sido capaces de reducir o erradicar el egoísmo humano. Más que cualquier técnica jurídica, se impone hoy día, para intentar resolver los problemas de los flujos poblacionales en razón de la globalización de la miseria, el despertar de una verdadera solidaridad a nivel global.

Por el momento, lo que se puede constatar es un aumento considerable - estadísticamente comprobado - de los marginalizados y excluidos en todo el mundo, - como revelado por la cifras crecientes de refugiados, desplazados y migrantes en búsqueda de trabajo para sobrevivir. Las crecientes disparidades en escala global dan muestra de un mundo en el cual un número cada vez más reducido de "globalizadores" toman decisiones que condicionan las políticas *públicas* de los Estados casi siempre en beneficio de intereses *privados*, - con consecuencias nefastas para la mayoría aplastante de los "globalizados".

En medio al egoísmo exacerbado y a la sociedad materialista de la actualidad, urge buscar la "revalorización de lo humano y de lo humanitario"²⁰. El aumento de la competitividad económica se ha hecho acompañar del crecimiento de la pobreza y del endeudamiento; la apertura de las fronteras a los capitales (en búsqueda de intereses inmediatos) se ha hecho acompañar del cierre de las fronteras a millones de seres humanos, que huyen del hambre, las enfermedades y la miseria; la globalización de la economía, en medio al endiosamiento del llamado mercado "libre", se ha hecho acompañar de la irrupción de numerosos y desagregadores conflictos internos en diversas partes del mundo.

Las migraciones y los desplazamientos forzados, intensificados en la década de noventa²¹,

²⁰. J.A. Carrillo Salcedo, "El Derecho Internacional ante un Nuevo Siglo", 48 *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra* (1999-2000) p. 257, y cf. p. 260.

²¹. Los desplazamientos forzados en los años noventa (después del fin de la guerra fría) abarcaron cerca de nueve millones de personas; UNHCR, *The State of the World's Refugees - Fifty Years of Humanitarian Action*, Oxford, UNHCR/Oxford University Press, 2000, p. 9.

se han caracterizado particularmente por las disparidades en las condiciones de vida entre el lugar de origen y el de destino de los migrantes. Sus causas son múltiples: colapso económico y desempleo, colapso en los servicios públicos (educación, salud, entre otros), desastres naturales, conflictos armados generando flujos de refugiados y desplazados, represión y persecución, violaciones sistemáticas de los derechos humanos, rivalidades étnicas y xenofobia, violencia de distintas formas²². En los últimos años, la llamada "flexibilidad" en las relaciones laborales, en medio a la "globalización" de la economía, también ha generado movilidad, acompañada de inseguridad personal y de un creciente miedo del desempleo²³.

Las migraciones y los desplazamientos forzados, con el consecuente desarraigo de tantos seres humanos, acarrear traumas. Testimonios de migrantes dan cuenta del sufrimiento del abandono del hogar, a veces con separación o desagregación familiar, de la pérdida de bienes personales, de arbitrariedades y humillaciones por parte de autoridades fronterizas y oficiales de seguridad, generando un sentimiento permanente de injusticia²⁴. Como advertía Simone Weil ya a mediados del siglo XX, "estar arraigado es tal vez la necesidad más importante y menos reconocida del alma humana. Es una de las más difíciles de definir"²⁵.

En las mismas época y línea de pensamiento, Hannah Arendt alertaba para los

²². N. Van Hear, *New Diasporas - The Mass Exodus, Dispersal and Regrouping of Migrant Communities*, London, UCL Press, 1998, pp. 19-20, 29, 109-110, 141, 143 y 151; F.M. Deng, *Protecting the Dispossessed - A Challenge for the International Community*, Washington D.C., Brookings Institution, 1993, pp. 3-20.

²³. N. Van Hear, *op. cit. supra* n. (22), pp. 251-252. Como bien se ha resaltado, "the ubiquity of migration is a result of the success of capitalism in fostering the penetration of commoditization into far-flung peripheral societies and undermining the capacity of these societies to sustain themselves. Insofar as this 'success' will continue, so too will migrants continue to wash up on the shores of capitalism's core"; *ibid.*, p. 260.

²⁴. *Ibid.*, p. 152.

²⁵. Simone Weil, *The Need for Roots*, London/N.Y., Routledge, 1952 (reprint 1995), p. 41.

padecimientos de los desarraigados (la pérdida del hogar y de la familiaridad del cotidiano, la pérdida de la profesión y del sentimiento de utilidad a los demás, la pérdida del idioma materno como expresión espontánea de los sentimientos), así como para la ilusión de intentar olvidarse del pasado (dada la influencia que ejercen sobre cada uno sus antepasados, las generaciones predecesoras)²⁶. También en esta línea de razonamiento, en notable libro publicado en 1967, titulado *Le retour du tragique*, J.-M. Domenach observó que no hay cómo negar las raíces del propio espíritu humano, por cuanto la propia forma de adquisición de conocimientos, por parte de cada ser humano, - y consecuentemente de su manera de ver el mundo, - está en gran parte condicionada por factores como el lugar de nacimiento, el idioma materno, los cultos, la familia y la cultura²⁷.

Como bien ha señalado, en artículo reciente, Jaime Ruiz de Santiago, el drama de los refugiados y los migrantes, - de los desarraigados en general, - sólo podrá ser eficazmente tratado en medio a un espíritu de verdadera solidaridad humana hacia los victimados²⁸. En definitiva, sólo la firme determinación de reconstrucción de la comunidad internacional sobre la base de la solidaridad humana podrá llevar a la superación de las trágicas paradojas anteriormente mencionadas.

IV. El Reconocimiento del Derecho de *Permanecer* en el Propio Hogar.

El desarraigo como problema de los derechos humanos no pasó desapercibido en el ciclo de Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas de la década de noventa. Ya en la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (Viena, 1993), el propio ACNUR reconoció

²⁶. Hannah Arendt, *La tradition cachée*, Paris, Ch. Bourgois Éd., 1987 (ed. orig. 1946), pp. 58-59 y 125-127.

²⁷. J.-M. Domenach, *Le retour du tragique*, Paris, Éd. Seuil, 1967, p. 285.

²⁸. Jaime Ruiz de Santiago, "Derechos Humanos, Migraciones y Refugiados: Desafíos en los Inicios del Nuevo Milenio", *Actas del III Encuentro sobre Movilidad Humana: Migrantes y Refugiados*, San José de Costa Rica, ACNUR/IIDH, 2001 (en prensa).

la necesidad de dedicar mayor atención al alcance del derecho de permanecer con seguridad en el propio hogar (de no ser forzado al exilio) y del derecho de retornar con seguridad al hogar. El ACNUR se manifestó expresamente en este sentido en los debates de la referida Conferencia Mundial de Viena de 1993.

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

"(...) implícito en el derecho de salir del propio país y de retornar a él. En su forma más simple se podría decir que incluye el derecho a la libertad de movimiento y residencia dentro del propio país. Es inherente al artículo 9 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que nadie será sometido a exilio arbitrario. Está vinculado también a otros derechos humanos fundamentales porque, cuando las personas son forzadas a abandonar sus hogares, toda una serie de otros derechos es amenazada, inclusive el derecho a la vida, libertad y seguridad de la persona, la no-discriminación, el derecho a no ser sometido a tortura o tratamiento degradante, el derecho a la privacidad y a la vida familiar"²⁹.

El derecho a no ser forzado al exilio, en esta perspectiva, "implica el deber concomitante del Estado de proteger las personas contra el desplazamiento bajo coerción"³⁰; el objetivo fundamental del ACNUR es, pues, "asegurar que las personas en necesidad de protección reciban tal protección"³¹. Para esto hay que examinar las causas de los problemas de los refugiados y desplazados, lo que sólo es posible dentro del marco de la plena vigencia de los derechos humanos. Dicho examen, además, es de la esencia de la prevención, dirigida al mejoramiento de las condiciones de vida de la población, así como al perfeccionamiento de las instituciones nacionales que protegen los derechos humanos.

²⁹. UNHCR, *Statement by the United Nations High Commissioner for Refugees (Mrs. Sadako Ogata) to the XLIX Session of the Commission on Human Rights*, Ginebra, 03.03.1993, p. 10 (mecanografiado, circulación interna).

³⁰. *Ibid.*, p. 11.

³¹. *Ibid.*, p. 12.

El Programa de Acción adoptado por la Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo (Cairo, 05-13.09.1994), a su vez, advirtió que, en el período de 1985-1993, el número de refugiados más que duplicó (de 8 y medio millones a 19 millones), en consecuencia de factores múltiples y complejos, inclusive "violaciones masivas de derechos humanos"³², instó los Estados a "respetar el principio del *non-refoulement*" (cf. *infra*) y a salvaguardar el derecho de las personas de "permanecer en seguridad en sus hogares", absteniéndose de políticas y prácticas que las fuerzen a huir³³. Significativamente, el documento final de la Conferencia del Cairo insistió en el "pleno respeto por los varios valores éticos y religiosos y *backgrounds* culturales del pueblo de cada país"³⁴.

En su Informe sobre "Derechos Humanos y Éxodos en Masa" (1997), el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos recordó la importancia atribuida por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre los Asentamientos Humanos (Istanbul, Habitat-II, 1996) a los asentamientos humanos en la realización de los derechos humanos. Recordó, además, las recomendaciones de la Conferencia Mundial de Istanbul sobre "la prevención de las expulsiones, el fomento de los centros de refugio y el apoyo prestado a los servicios básicos y las instalaciones de educación y salud en favor de las personas desplazadas, entre otros grupos vulnerables"³⁵.

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

³². U.N., *Population and Development - Programme of Action Adopted at the International Conference on Population and Development* (Cairo, 05-13 September 1994), doc. ST/ESA/Ser.A/149, N.Y., U.N., 1995, p. 55, párr. 10/21.

³³. *Ibid.*, p. 56, párrs. 10/27 y 10/23.

³⁴. *Ibid.*, p. 74, párr. 14/3(f); p. 79, párr. 15/13; y cf. p. 27, párr. 6/22, para el llamado al respeto de la cultura, de la espiritualidad y de los modos de vida de los pueblos indígenas.

³⁵. Naciones Unidas, documento E/CN.4/1997/42, de 14.01.1997, p. 21, párr. 61.

Habitat-II de Istanbul de 1996 fueron los que mejor articularon las dimensiones cultural y espiritual de la protección de los desplazados y los migrantes. Así, después de advertir que más de un billón de personas viven hoy en "pobreza absoluta", la referida Declaración de Istanbul destacó el valor cultural y espiritual de los estándares de asentamiento humano y su conservación y rehabilitación³⁶.

En la misma línea de pensamiento, la Agenda Habitat, al detenerse en la protección de los refugiados, desplazados y migrantes (en relación con la falta de abrigo adecuado), identificó en la pobreza y las violaciones de los derechos humanos factores que conllevan a migraciones³⁷. Además, destacó la importancia de la preservación de la identidad cultural de los migrantes, y de la igualdad de oportunidades para el desarrollo personal, cultural, social y espiritual de todos³⁸. La Agenda Habitat enfatizó la importancia del cultivo, por las nuevas generaciones, de su herencia histórica, - cultural y espiritual, - indispensable para una vida comunitaria estable³⁹. En fin, desde esta óptica, la Agenda Habitat propugnó por la construcción de un mundo de paz y estabilidad, sobre la base de una "visión ética y espiritual"⁴⁰.

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

³⁶. U.N., *Habitat Agenda and Istanbul Declaration* (II U.N. Conference on Human Settlements, Istanbul, June 1996), N.Y., U.N., 1996, pp. 7-8.

³⁷. *Ibid.*, pp. 78-79 y 158-159.

³⁸. *Ibid.*, pp. 15, 23 y 34.

³⁹. *Ibid.*, pp. 98 y 121-122.

⁴⁰. *Ibid.*, p. 12.

agravamiento) de las disparidades nacionales; se puede, v.g., constatar un contraste marcante entre la pobreza de los países de origen de las migraciones (a veces clandestinas) y los recursos incomparablemente mayores de los países receptores de migrantes⁴¹.

Los migrantes (particularmente los indocumentados o ilegales) se encuentran frecuentemente en una situación de gran vulnerabilidad (mayor que la de los nacionales), ante el riesgo del empleo precario (en la llamada "economía informal"), el propio desempleo y la pobreza (también en el país receptor)⁴². A esto se suma el choque o la distancia cultural, que hace con que los migrantes busquen cultivar nuevos lazos de solidaridad, con referencias colectivas, y el cultivo de sus raíces y prácticas culturales originales, y de sus valores espirituales (como, de modo especial, los atinentes a los ritos fúnebres, al respeto a sus muertos y su memoria)⁴³.

V. Los Derechos Humanos de los Desarraigados.

Desafortunadamente, la práctica revela que no siempre ha prevalecido el derecho de *permanecer* en el hogar; pero siempre que ocurre el desplazamiento, hay que salvaguardar los derechos humanos de los desarraigados. A pesar de la persistencia del problema del desplazamiento interno a lo largo sobre todo de las dos últimas décadas, solamente en el primer trimestre de 1998, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, teniendo presentes los informes del Representante del Secretario-General de las Naciones Unidas sobre Desplazados Internos (Sr. F.M. Deng)⁴⁴, logró en fin adoptar los llamados *Principios Básicos sobre Desplazamiento Interno* de

⁴¹. H. Domenach y M. Picouet, *Les migrations*, Paris, PUF, 1995, pp. 58-61 y 111.

⁴². *Ibid.*, p. 66.

⁴³. *Ibid.*, pp. 48 y 82-83, y cf. pp. 84-85.

⁴⁴. Dichos informes enfatizaron la importancia de la prevención. Según Deng, cualquier estrategia para proteger los desplazados internos debe tener por primer objetivo la prevención de conflictos, la remoción de las causas subyacentes del desplazamiento, vinculando las cuestiones humanitarias con las de derechos humanos. F.M. Deng, *Internally Displaced Persons* (Interim Report), N.Y., RPG/DHA, 1994, p. 21.

1998 (*Guiding Principles on Internal Displacement*), con miras a reforzar y fortalecer las vías de protección ya existentes⁴⁵; en este espíritu, los nuevos principios propuestos se aplican tanto a gobiernos como a grupos insurgentes, en todas las etapas del desplazamiento. El principio básico de la *no-discriminación* ocupa una posición central en el mencionado documento de 1998⁴⁶, el cual cuida de enumerar los mismos derechos, de los desplazados internos, de que disfrutaran las demás personas en su país⁴⁷.

Los referidos *Principios Básicos* de 1998 determinan que el desplazamiento no puede efectuarse de modo a violar los derechos a la vida, a la dignidad, a la libertad y a la seguridad de los afectados (Principios 8 y siguientes). El documento también afirma otros derechos, como el derecho al respeto a la vida familiar (Principio 17), el derecho a un patrón adecuado de vida (Principio 18), el derecho a la igualdad ante la ley (Principio 20), el derecho a la educación (Principio 23)⁴⁸. La idea básica subyacente a todo el documento es en el sentido de que los desplazados internos no pierden sus derechos inherentes, en razón del desplazamiento, y pueden invocar la normativa internacional pertinente de protección para salvaguardar sus derechos⁴⁹.

Una corriente de la doctrina europea contemporánea ha invocado el derecho de la responsabilidad internacional del Estado para declarar la práctica estatal generadora de refugiados -

⁴⁵. Sobre todo mediante las convergencias entre el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y el Derecho Internacional de los Refugiados; cf. Roberta Cohen y Francis Deng, *Masses in Flight: The Global Crisis of Internal Displacement*, Washington D.C., Brookings Institution, 1998, cap. III, pp. 75 y 78-85.

⁴⁶. Principios 1(1), 4(1), 22, 24(1)).

⁴⁷. Afirma, además, la prohibición del "desplazamiento arbitrario" (Principio 6).

⁴⁸. El documento se refiere, en fin, al retorno, reasentamiento y reintegración de los desplazados (Principios 28-30). Para la adopción del documento, cf. ONU, doc. E/CN.4/1998/L.98, de 14.04.1998, p. 5.

⁴⁹. R. Cohen y F. Deng, *op. cit. supra* n. (45), p. 74.

y desplazados - como constituyendo un acto internacionalmente ilícito (sobre todo ante la presencia del elemento de *culpa lata*)⁵⁰. Una justificativa para esta elaboración doctrinal reside en el hecho de que los instrumentos internacionales de protección de los refugiados han limitado la previsión de obligaciones solamente a los Estados de recepción, pero no en relación con los Estados de origen, de refugiados; a partir de esta constatación, se invoca una norma consuetudinaria de derecho humanitario prohibidora de la provocación de flujos de refugiados⁵¹. Y a partir de ahí, se establecen las consecuencias del acto internacionalmente ilícito de generar flujos de refugiados - que se aplicarían *a fortiori* a flujos migratorios súbitos, - inclusive para efectos de reparaciones.

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

⁵⁰. P. Akhavan y M. Bergsmo, "The Application of the Doctrine of State Responsibility to Refugee Creating States", 58 *Nordic Journal of International Law - Acta Scandinavica Juris Gentium* (1989) pp. 243-256; y cf. R. Hofmann, "Refugee-Generating Policies and the Law of State Responsibility", 45 *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht* (1985) pp. 694-713.

⁵¹. W. Czaplinski y P. Sturma, "La responsabilité des États pour les flux de réfugiés provoqués par eux", 40 *Annuaire français de Droit international* (1994) pp. 156-169.

Tal como señalé en obra reciente⁵², no me parece ser este el camino a seguir. El mal es de la propia condición humana; la cuestión de los flujos poblacionales forzados - directamente ligada a las precarias condiciones de vida de los victimados - debe ser tratada como verdadero *tema global* que es (a la par de la responsabilidad estatal), teniendo presentes las obligaciones *erga omnes* de protección del ser humano. El desarrollo conceptual de tales obligaciones constituye una alta prioridad de la ciencia jurídica contemporánea⁵³, con énfasis especial en la prevención.

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

En cuanto a la prevención del desarraigo, recuérdese que el antecedente, en el plano de las Naciones Unidas, del sistema de "alerta inmediata" (*early warning*), emanó de una propuesta, al inicio de los años ochenta, del *rapporteur* especial sobre la cuestión de los derechos humanos y éxodos en masa. Posteriormente, se relacionó este tema con la cuestión de los desplazados internos⁵⁴. Todo ésto revela, en última instancia, la importancia de la prevalencia del derecho al

⁵². A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 272-276.

⁵³. Cf., en ese sentido, mis Votos Razonados en los siguientes casos ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos: caso *Blake versus Guatemala* (Sentencia sobre el fondo, 1998, Serie C, n. 36, párrs. 26-30); caso *Blake versus Guatemala* (Sentencia sobre reparaciones, 1999, Serie C, n. 48, párrs. 39-40 y 45); caso *Las Palmeras*, relativo a Colombia (Sentencia sobre excepciones preliminares, 2000, Serie C, s/n., párrs. 1-15 - todavía no-publicado).

⁵⁴. Cf. ONU, documento E/CN.4/1995/CRP.1, de 30.01.1995, pp. 1-

desarrollo como un derecho humano, así como la *dimensión preventiva* de las interrelaciones del desarrollo con los derechos humanos⁵⁵. La materia ha atraído considerable atención en las ya citadas Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas de la década de noventa, que han proveído importantes elementos para su consideración⁵⁶ (cf. *supra*).

VI. La Prohibición de Expulsión Masiva.

En 1986, la *International Law Association* adoptó (en su 62a. sesión, en Seoul), por consenso, la Declaración de Principios del Derecho Internacional sobre Expulsión Masiva, en la cual, *inter alia*, expresó su "profunda preocupación" con "la vulnerabilidad y posición precaria de muchas minorías", inclusive los trabajadores migrantes (preámbulo). La referida Declaración vinculó la expulsión masiva en determinadas circunstancias con el concepto de "crimen internacional" (principio 9). Sostuvo que el principio del *non-refoulement*, como "piedra angular de la protección de los refugiados", se aplica aunque no hayan éstos sido admitidos legalmente en el Estado receptor, e independientemente de haber llegado individual o masivamente (principio 12). E instó los Estados a poner fin a toda expulsión de carácter masivo y a establecer sistemas de "alerta inmediato" (*early warning* - principio 19).

Transcurridos dos años desde la adopción de esta Declaración, fue élla citada en los argumentos ante el Tribunal de Reclamaciones Iran/Estados Unidos, en el caso *Leach versus Iran* (en 08.12.1988), como "evidencia de limitaciones procesales" de la prerrogativa estatal de

119.

⁵⁵. Cf., recientemente, v.g., PNUD, *Informe sobre Desarrollo Humano 2000*, Madrid, Ed. Mundi-Prensa, 2000, pp. 1-290.

⁵⁶. Para un estudio reciente, cf. A.A. Cançado Trindade, "Sustainable Human Development and Conditions of Life as a Matter of Legitimate International Concern: The Legacy of the U.N. World Conferences", *in Japan and International Law - Past, Present and Future* (International Symposium to Mark the Centennial of the Japanese Association of International Law), The Hague, Kluwer, 1999, pp. 285-309.

expulsión⁵⁷. El Protocolo n. 4 (de 1963) a la Convención Europea de Derechos Humanos prohíbe efectivamente la expulsión colectiva de extranjeros (artículo 4). Y aún en casos individuales, si la expulsión de un extranjero genera una separación de los miembros de la unidad familiar, acarrea una violación del artículo 8 de la Convención Europea de Derechos Humanos; por consiguiente, los Estados Partes en esta última ya no tienen discrecionalidad total de expulsar de su territorio extranjeros que ya hayan establecido un "vínculo genuino" con ellos⁵⁸.

Los límites de la discrecionalidad estatal en cuanto al trato de cualesquiera personas bajo la jurisdicción de los Estados Partes en tratados de derechos humanos fueron resaltados, v.g., en los casos célebres de los *East African Asians*. En aquellos casos, la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos concluyó que 25 de los demandantes (que habían retenido su status de ciudadanos británicos después de la independencia de Kenia y Uganda para verse libres de controles inmigratorios) habían sido victimados por una nueva ley británica⁵⁹ que ponía término al derecho de entrada de ciudadanos británicos que no tenían vínculos ancestrales con el Reino Unido. En el entender de la Comisión Europea (Informe de 1973), esta ley constituía un acto de discriminación racial que caracterizaba un "trato degradante" en los términos del artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos⁶⁰. Años después, la misma Comisión Europea confirmó su posición

⁵⁷. *Cit. in* Luke T. Lee, "Progressive Development of Refugee Law and Its Codification", *International Law in Transition - Essays in Memory of Judge Nagendra Singh* (eds. R.S. Pathak y R.P. Dhokalia), New Delhi/Dordrecht, Lancers/Nijhoff, 1992, pp. 114-115.

⁵⁸. H.G. Schermers, "The Bond between Man and State", *Recht zwischen Umbruch und Bewahrung - Festschrift für R. Bernhardt* (eds. U. Beyerlin et alii), Berlin, Springer-Verlag, 1995, pp. 192-194.

⁵⁹. Promulgada poco después de la política de "africanización" adoptada por los gobiernos de Kenia y Uganda.

⁶⁰. A pesar de que el caso jamás llegó a la Corte Europea de Derechos Humanos, y de que el Comité de Ministros no se pronunció sobre tal violación de la Convención Europea, aguardó hasta que todos los demandantes fueran admitidos al Reino Unido para concluir que ya no era necesario tomar cualquier otra providencia. D.J. Harris, M. O'Boyle y C. Warbrick, *Law of the European Convention on Human Rights*, London, Butterworths, 1995, pp. 81-82

al respecto, en el caso *Abdulaziz, Cabales y Balkandali versus Reino Unido* (1985), en el cual advirtió que la discrecionalidad estatal en materia de inmigración tiene límites, por cuanto un Estado no puede, v.g., implementar políticas basadas en la discriminación racial⁶¹.

A pesar de que la Convención Europea no contiene el derecho a no ser expulsado de uno de los Estados Partes, muy temprano en la operación de la Convención se aceptó que había límites a la facultad de los Estados Partes de controlar la entrada y salida de extranjeros, en razón de las obligaciones contraídas bajo la misma Convención, como ilustrado, v.g., por las referentes al artículo 8 (sobre el derecho al respeto por la vida privada y familiar). Así, aunque no exista una definición general de "vida familiar", muy pronto se desarrolló una jurisprudencia protectora al respecto, a la luz de las circunstancias de cada caso concreto. Dicha jurisprudencia, teniendo presente, *inter alia*, el principio de la proporcionalidad, ha estipulado restrictivamente las condiciones de expulsión bajo el artículo 8 de la Convención Europea⁶².

VII. El Fenómeno del Desarraigo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

y 695.

⁶¹. *Cit. in ibid.*, p. 82. - La antigua Comisión Europea cuidó de caracterizar la "expulsión colectiva de extranjeros", para el fin de la aplicación de la prohibición contenida en el artículo 4 del Protocolo n. 4 a la Convención Europea, tal como ilustrado, v.g., por sus consideraciones en el caso *A. et alii versus Holanda* (1988), interpuesto por 23 personas de nacionalidad surinamesa; cf. European Commission of Human Rights, application n. 14209/88 (decision of 16.12.1988), in *Decisions and Reports*, vol. 59. Strasbourg, C.E., 1989, pp. 274-280.

⁶². M.E. Villiger, "Expulsion and the Right to Respect for Private and Family Life (Article 8 of the Convention) - An Introduction to the Commission's Case-Law", *Protecting Human Rights: The European Dimension - Studies in Honour of G.J. Wiarda / Protection des droits de l'homme: La dimension européenne - Mélanges en l'honneur de G.J. Wiarda* (eds. F. Matscher y H. Petzold), Köln/Berlin, C. Heymanns Verlag, 1988, pp. 657-658 y 662.

El fenómeno del desarraigo como problema de los derechos humanos, que en los últimos años empieza a atraer atención de la bibliografía especializada⁶³, ha sido tratado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su jurisprudencia reciente tanto en materia de Medidas Provisionales de Protección como en el ejercicio de su función consultiva. La referida cuestión ha en fin sido sometida a la consideración de la Corte Interamericana en el caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiana en la República Dominicana*; la Corte adoptó Medidas Provisionales de Protección en Resolución adoptada el día 18 de agosto de 2000. Dichas medidas tuvieron por objeto, *inter alia*, proteger la vida e integridad personal de cinco individuos, evitar la deportación o expulsión de dos de ellos, permitir el retorno inmediato a la República Dominicana de otros dos, y la reunificación familiar de dos de ellos con sus hijos menores, además de la investigación de los hechos.

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

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

⁶³. Cf., v.g., Virginia Trimarco, "Reflexiones sobre la Protección Internacional en los '90", *Derecho Internacional de los Refugiados* (ed. J. Irigoien Barrenne), Santiago, Ed. Universidad de Chile, 1993, pp. 88-113; Diego García-Sayán, "El Refugio en Situación de Violencia Política", *in ibid.*, pp. 114-125; Cristina Zeledón, "Derechos Humanos y Políticas Frente a la Mundialización de los Flujos Migratorios y del Exilio", *Migrações Contemporâneas: Desafio à Vida, à Cultura e à Fé*, Brasília, CSEM, 2000, pp. 97-111.

sentido histórico" (párrs. 2-3).

Proseguí ponderando que este es, para mí, un cuadro revelador de que, en este umbral del siglo XXI,

"(...) el ser humano ha sido por sí mismo situado en escala de prioridad inferior a la atribuída a los capitales y bienes, - a pesar de todas las luchas del pasado, y de todos los sacrificios de las generaciones anteriores. (...) Como consecuencia de esta tragedia contemporánea - causada esencialmente por el propio hombre, - perfectamente evitable si la solidaridad humana primase sobre el egoísmo, surge el nuevo fenómeno del desarraigo, sobre todo de aquellos que buscan escapar del hambre, de las enfermedades y de la miseria, - con graves consecuencias e implicaciones para la propia normativa internacional de la protección del ser humano" (párr. 4)⁶⁴.

Con el desarraigo, - proseguí, - uno pierde sus medios espontáneos de expresión y de comunicación con el mundo exterior, así como la posibilidad de desarrollar un *proyecto de vida*: "es, pues, un problema que concierne a todo el género humano, que involucra la totalidad de los derechos humanos, y, sobre todo, que tiene una dimensión espiritual que no puede ser olvidada, aún más en el mundo deshumanizado de nuestros días" (párr. 6).

Y, sobre este primer aspecto del problema, concluí que "el problema del desarraigo debe ser

⁶⁴. En el párrafo siguiente, observé que "ya en 1948, en un ensayo luminoso, el historiador Arnold Toynbee, cuestionando [en su libro *Civilization on Trial*] las propias bases de lo que se entiende por *civilización*, - o sea, avances bastante modestos en los planos social y moral, - lamentó que el dominio alcanzado por el hombre sobre la naturaleza no-humana desafortunadamente no se extendió al plano espiritual" (párr. 5). - Ya a mediados del siglo XX, corrientes distintas del pensamiento filosófico de entonces se rebelaban contra la deshumanización de las relaciones sociales y la despersonalización del ser humano, generadas por la sociedad tecnocrática, que trata el individuo como simple agente de producción material; cf., v.g., *inter alia*, Roger Garaudy, *Perspectivas do Homem*, 3a. ed., Rio de Janeiro, Ed. Civilizaçãõ Brasileira, 1968, pp. 141-143 y 163-165.

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

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

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

Y acrecenté: - "La normativa de protección atinente a los derechos humanos sigue siendo insuficiente, ante la falta de acuerdo en cuanto a las bases de una verdadera cooperación internacional referente a la protección de todos los desarraigados. No hay normas jurídicas eficaces sin los valores correspondientes, a ellas subyacentes⁶⁵. En relación con el problema en cuestión,

⁶⁵. Obsérvese que la propia doctrina jurídica contemporánea ha sido simplemente omisa en relación con la Convención de Naciones Unidas sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares (1990), - a pesar de la gran significación de que ésta se reviste. La idea básica subyacente en esta Convención es que todos los migrantes - inclusive los *indocumentados* e *ilegales* - deben disfrutar de sus derechos humanos independientemente de su situación jurídica. De

algunas normas de protección ya existen, pero faltan el reconocimiento de los valores, y la voluntad de aplicarlas; no es mera casualidad, por ejemplo, que la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de Sus Familiares⁶⁶, una década después de aprobada, aún no haya entrado en vigor" (párr. 9).

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

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

Por último, en mi Voto Concurrente supracitado, insistí en el énfasis a ser dado a la *prevención* del desarraigo (párr. 13), inclusive mediante las Medidas Provisionales de Protección

ahí la posición central ocupada, también en este contexto, por el principio de la *no-discriminación* (artículo 7). No sorprendentemente, el elenco de los derechos protegidos sigue una visión necesariamente holística o integral de los derechos humanos (abarcando derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales).

⁶⁶. Que prohíbe medidas de expulsión colectiva, y determina que cada caso de expulsión deberá ser "examinado y decidido individualmente", conforme a la ley (artículo 22).

adoptadas por la Corte en el presente caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiana en la República Dominicana* (2000).

La indivisibilidad de todos los derechos humanos, - proseguí, - "se manifiesta tanto en el fenómeno del desarraigo (cf. *supra*) como en la aplicación de las medidas provisionales de protección. Siendo así, no hay, jurídica y epistemológicamente, impedimento alguno a que dichas medidas, que hasta el presente han sido aplicadas por la Corte Interamericana en relación con los derechos fundamentales a la vida y a la integridad personal (artículos 4 y 5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), sean aplicadas también en relación con otros derechos protegidos por la Convención Americana. Siendo todos estos derechos interrelacionados, se puede perfectamente, en mi entender, dictar medidas provisionales de protección de cada uno de ellos, siempre y cuando se reúnan los dos requisitos de la 'extrema gravedad y urgencia' y de la 'prevención de daños irreparables a las personas', consagrados en el artículo 63(2) de la Convención" (párr. 14).

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

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

- "Al Derecho está reservado un papel de fundamental importancia para atender a las nuevas necesidades de protección del ser humano, particularmente en el mundo deshumanizado en que vivimos. Al inicio del siglo XXI, urge, en definitiva, situar el ser humano en el lugar que le corresponde, a

saber, en el centro de las políticas públicas de los Estados (como las poblacionales) y de todo proceso de desarrollo, y ciertamente por encima de los capitales, inversiones, bienes y servicios. Urge, además, desarrollar conceptualmente el derecho de la responsabilidad internacional, de modo a abarcar, a la par de la estatal, también la responsabilidad de actores no-estatales. Es éste uno de los mayores desafíos del poder público y de la ciencia jurídica en el mundo 'globalizado' en que vivimos, desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos" (párr. 25).

Más recientemente, en el caso de la *Comunidad de Paz de San José de Apartadó*, se planteó la cuestión de la protección de los miembros de una "Comunidad de Paz" en Colombia, ordenada por una Resolución, sobre Medidas Urgentes, dictada por el Presidente de la Corte Interamericana, el 09 de octubre de 2000. Dichas Medidas fueron ratificadas por la Corte en pleno, la cual, en su Resolución sobre Medidas Provisionales de 24 de noviembre de 2000, al extenderlas a todos los miembros de la Comunidad, requirió al Estado, *inter alia*, que asegurase las condiciones necesarias para que las personas de la mencionada Comunidad "que se hayan forzadas a desplazarse a otras zonas del país, regresen a sus hogares"⁶⁷.

En cuanto al ejercicio de su función consultiva, la Corte Interamericana emitió recientemente su 16a. Opinión Consultiva, de considerable importancia, sobre *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal* (1999), la cual tiene incidencia en la cuestión de la protección de los desarraigados. La referida Opinión Consultiva sostuvo que el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares (1963) concierne a la protección de los derechos del detenido extranjero, a quien reconoce el derecho individual a la pronta información sobre la asistencia consular⁶⁸. Agregó que este derecho confiere eficacia, en los casos concretos, al derecho al debido proceso legal, susceptible de expansión; y que debe, así, ser respetado por todos los Estados Partes,

⁶⁷. Punto resolutivo n. 6 de la citada Resolución; y cf. el Voto Razonado Concurrente de los Jueces A. Abreu Burelli y S. García Ramírez.

⁶⁸. OC-16/99, de 01.10.1999, puntos resolutivos 1-3.

independientemente de su estructura federal o unitaria⁶⁹.

La inobservancia de tal derecho, acrecentó la Opinión Consultiva n. 16, afecta, por consiguiente, las garantías del debido proceso legal, y, en estas circunstancias, la imposición de la pena de muerte constituye una violación del derecho a no ser privado de la vida "arbitrariamente"⁷⁰, "con las consecuencias jurídicas inherentes a una violación de esta naturaleza, es decir, las atinentes a la responsabilidad internacional del Estado y al deber de reparación"⁷¹. Esta trascendental Opinión Consultiva de la Corte Interamericana tiene relevancia directa para toda persona privada de su libertad en el exterior, - inclusive, naturalmente, los migrantes.

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

- "La acción de protección, en el ámbito del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, no busca regir las relaciones entre iguales, sino proteger los ostensiblemente más débiles y vulnerables. Tal acción de protección asume importancia creciente en un mundo dilacerado por distinciones entre nacionales y extranjeros (inclusive discriminaciones *de jure*, notadamente *vis-à-vis* los migrantes), en un mundo 'globalizado' en que las fronteras se abren a los capitales, inversiones y servicios pero no necesariamente a los seres humanos. Los extranjeros detenidos, en un medio social y jurídico y en un idioma diferentes de los suyos y que no conocen suficientemente, experimentan muchas veces una condición de particular vulnerabilidad, que el derecho a la información sobre la asistencia consular, enmarcado en el universo conceptual de los derechos humanos, busca remediar" (párr. 23).

⁶⁹. *Ibid.*, puntos resolutivos 6 y 8.

⁷⁰. En los términos del artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y del artículo 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁷¹. OC-16/99, de 01.10.1999, punto resolutivo n. 7.

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

VIII. El Principio del *Non-Refoulement* como *Jus Cogens*.

El próximo punto a considerar concierne al principio del *non-refoulement*. Las primeras referencias al *non-refoulement* surgieron en la práctica internacional en el período del entre-guerras, sobre todo a partir de mediados de los años treinta⁷²; pero fue en el período posterior a la II guerra mundial que el *non-refoulement* se configuró como un *principio básico* del Derecho Internacional de los Refugiados, consagrado en el artículo 33 de la Convención Relativa al Status de los Refugiados de 1951, y, años después, también en el artículo II(3) de la Convención de la OUA Regiendo Aspectos Específicos de Problemas de Refugiados en África de 1969⁷³.

El contenido normativo del principio del *non-refoulement* también encontró expresión en tratados de derechos humanos, tales como la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950 (artículo 3), la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (artículo 22(8)), y, más recientemente, y de manera categórica, en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura de

⁷². Cf., v.g., el artículo 3 de la Convención Relativa al Status Internacional de los Refugiados (de 1933), la cual, sin embargo, sólo alcanzó ratificaciones de ocho Estados.

⁷³. Cf. G.S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 117-124, y cf. pp. 135 y 167.

1984 (artículo 3)⁷⁴. Así, apesar de su desarrollo histórico relativamente reciente, puédesse decir que ya en los años siguientes al fin de la guerra del Vietnam (fines de los años setenta e inicio de los ochenta) el *non-refoulement* pasaba a ser considerado como un principio del propio derecho internacional consuetudinario más allá de la aplicación de los tratados de derecho de los refugiados y de derechos humanos.

El próximo paso fue dado por la Declaración de Cartagena sobre Refugiados de 1984, que pasó a referir el principio del *non-refoulement* al dominio del propio *jus cogens*⁷⁵. Esta caracterización ha encontrado respaldo también en la doctrina contemporánea al respecto⁷⁶, - la cual necesita, sin embargo, un mayor desarrollo conceptual al respecto (cf. *infra*). Nunca es demasiado reiterar la importancia capital del principio del *non-refoulement*, verdadera piedra angular de toda la protección internacional de los refugiados.

Quizás sea, incluso, necesario, recordar en nuestros días el carácter imperativo del *non-refoulement*, en relación con la normativa tanto del Derecho Internacional de los Refugiados como del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, - como oportunamente señala la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas de 1994⁷⁷. La ya citada Convención de Naciones Unidas contra la Tortura (1984) consagra el principio del *non-refoulement* esencialmente

⁷⁴. A su vez, la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 prefiere centrarse más bien en el instituto del asilo (artículo 12(3)).

⁷⁵. Conclusión quinta.

⁷⁶. Cf., v.g., Jaime Ruiz de Santiago, "Derechos Humanos y Protección Internacional de los Refugiados", *XV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano* (1988), Washington D.C., Secretaría-General de la OEA, 1989, pp. 250 y 243; Roberto Garretón, "Principio de No-Devolución: Fuerza Normativa, Alcances, Aplicación en los Países No Partes en la Convención", *10 Años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados - Memoria del Coloquio Internacional* (San José, diciembre de 1994), San José de Costa Rica, ACNUR/IIDH, 1995, pp. 229-230.

⁷⁷. Conclusión decimosexta, letra (a).

para prevenir la tortura, en un contexto eminentemente de derechos humanos.

Así, se debe tener precaución en relación con ciertos neologismos *en vogue*, que pueden, cuando mal utilizados, sugerir una indebida relativización del principio de la no-devolución. Ya en 1980, por ejemplo, en su resolución n. 19(XXXI) sobre el llamado "refugio provisional", el Comité Ejecutivo del ACNUR consideró necesario advertir que se debería observar "escrupulosamente" el principio de no-devolución "en todas las situaciones de gran afluencia de refugiados" (item (a)).

Más recientemente, en su resolución n. 82(XLVIII) de 1997, el Comité Ejecutivo del ACNUR volvió a subrayar la importancia fundamental del *non-refoulement*, inclusive a la luz de la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura de 1984 (item (d)(i)). Sería lamentable que el uso corriente, en nuestros días, de expresiones como "protección temporaria", vinieran a rebajar los estándares de protección consolidados a lo largo de años de lucha en pro de los derechos de los refugiados y desplazados. La nueva expresión "desplazados internos en tránsito", a veces utilizada en nuestro continente, además de peligrosa, es de difícil comprensión.

Y la expresión "refugiados en órbita", un tanto surrealista, apesar de parecer relativizar el propio concepto clásico de "refugiado", ha sido, sin embargo, incorporada al vocabulario de la bibliografía especializada contemporánea sobre la materia, sin mayor espíritu crítico. La metáfora parece haberse avanzado teniendo presente el imagen de astronautas... Pero si uno está "en órbita", es decir, es expulsado de un país a otro, difícilmente se caracterizaría como refugiado *stricto sensu*; aunque se pretenda más bien ampliar la protección de los refugiados al mayor número de personas en situaciones congéneres de vulnerabilidad - lo que me parece acertado, - se debería evitar el uso de palabras o expresiones inadecuadas, quizás vacías.

Con razón señaló la antigua Comisión Europea de Derechos Humanos, sobre el problema de los llamados "refugiados en órbita", que en determinadas circunstancias la "expulsión repetida de un extranjero" puede plantear un problema bajo el artículo 3 de la Convención Europea, que prohíbe el

trato inhumano o degradante⁷⁸. Se evita, así, el uso de una expresión un tanto rara, tratando el asunto en términos más precisos y con clara base jurídica convencional⁷⁹.

Las ya mencionadas *convergencias* entre el Derecho Internacional de los Refugiados y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (cf. *supra*) han tenido el efecto de ampliar el contenido normativo del principio del *non-refoulement*⁸⁰. Identificado, el *non-refoulement*, en el marco del primero como la prohibición del rechazo en la frontera, pasó a también asociarse, en el marco del segundo, con la prohibición absoluta de la tortura y los tratos crueles, inhumanos o degradantes, como evidenciado por su previsión en el artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (1984)⁸¹.

⁷⁸. Application n. 8100/77, *X versus República Federal de Alemania* (no publicado), cit. in: N. Mole, *Problems Raised by Certain Aspects of the Present Situation of Refugees...*, op. cit. infra n. (83), p. 26; e in: N. Mole, *Asylum and the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe/Directorate of Human Rights, doc. H/INF(2000)/8 prov., de mayo de 2000, p. 28.

⁷⁹. Para otras críticas que me permití formular al uso de expresiones inadecuadas, en el contexto del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, cf. A.A. Cançado Trindade, "Reflexiones sobre el Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos", in *El Futuro del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos* (eds. J.E. Méndez y F. Cox), San José de Costa Rica, IIDH, 1998, pp. 573-603.

⁸⁰. A su vez, la Convención de la OUA que Regula los Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en África, de 1969, dedica particular atención, v.g., a las condiciones de la repatriación voluntaria (artículo 5, párrs. 1-5), y es categórica al afirmar que "ningún refugiado será repatriado en contra de su voluntad" (párr. 1). En la disposición sobre el derecho de asilo (artículo 2), prohíbe igualmente el rechazo en la frontera, la devolución o la expulsión (párr. 3).

⁸¹. W. Suntinger, "The Principle of Non-Refoulement: Looking Rather to Geneva than to Strasbourg?", 49 *Austrian Journal of Public and International Law* (1995) pp. 203-208; G.S. Goodwin-Gill, "The International Protection of Refugees: What Future?", 12 *International Journal of Refugee Law* (2000) pp. 2-3.

El principio del *non-refoulement* revela una dimensión preventiva, buscando evitar el simple *riesgo* de ser sometido a tortura o a tratos crueles, inhumanos o degradantes (resultante de una extradición, deportación o expulsión). Es lo que se desprende de la jurisprudencia internacional reciente, a niveles tanto regional como global. Lo ilustra, v.g., en materia extradicional, la célebre sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso *Soering versus Reino Unido* (1989), en el cual se infiere el *non-refoulement* bajo el artículo 3 de la Convención Europea de Derechos Humanos⁸².

El mismo principio enunciado por la Corte Europea en el caso *Soering*, oponiéndose a la extradición con base en el artículo 3 de la Convención Europea, fue reafirmado por la misma Corte en el caso *Vilvarajah versus Reino Unido* (1991), en el cual sostuvo que la prohibición de malos tratos bajo el artículo 3 de la Convención Europea era absoluta y se aplicaba igualmente en casos de expulsión⁸³. La referida inferencia del *non-refoulement* se da, pues, en materia tanto de extradición como de expulsión, bajo el artículo 3 de la Convención Europea.

Se puede proceder del mismo modo bajo disposiciones sobre otros derechos protegidos, como, v.g., el derecho a la vida privada y familiar bajo el artículo 8 de la Convención Europea. Cuestiones planteadas en algunos casos recientes bajo la Convención Europea revelan que el artículo 8 puede efectivamente ser invocado para proteger migrantes de segunda generación, por ejemplo, contra la deportación o la expulsión, con base en sus vínculos familiares y sociales y en sus raíces firmemente establecidas en el país de residencia⁸⁴.

⁸². También el Comité de Derechos Humanos, bajo el Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, además de haber afirmado el principio del *non-refoulement* en sus "comentarios generales" n. 7/16 (de 1982) y 20/44 (1992), ha, en su práctica, tratado la materia en casos relativos a extradición (de personas corriendo el riesgo de la pena de muerte); *cit. in* W. Suntinger, *op. cit. supra* n. (81), pp. 205, 208 y 214.

⁸³. Cf. N. Mole, *Problems Raised by Certain Aspects of the Present Situation of Refugees from the Standpoint of the European Convention on Human Rights*, Strasbourg, Council of Europe (Human Rights Files n. 9 rev.), 1997, pp. 10, 16 y 18.

⁸⁴. Cf., v.g., los casos *Moustaquim versus Bélgica* (1991),

También ejemplifica la dimensión preventiva del principio del *non-refoulement*, en materia de expulsión, v.g., el caso *Mutombo versus Suiza* (1994): el Comité de las Naciones Unidas contra la Tortura⁸⁵ concluyó que la expulsión (o retorno forzado) por Suiza del peticionario a Zaire constituiría una violación del artículo 3 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura, por cuanto existía en aquel país un "patrón consistente" de violaciones graves y masivas de los derechos humanos⁸⁶. Ciertos principios básicos, como el del *non-refoulement*, forman, pues, un mínimo irreductible de la protección de los derechos de la persona humana. Al contrario de Monsieur Jourdain, célebre personaje de Molière, que hablaba prosa sin saberlo⁸⁷, los órganos internacionales de salvaguardia de los derechos humanos saben perfectamente lo que hacen, aplicando el principio del *non-refoulement* sin decirlo...

En efecto, el ámbito de aplicación del principio del *non-refoulement* se ha ampliado, tanto *ratione personae* cuanto *ratione materiae*, sobre todo a partir de los años ochenta, bajo los tratados de derechos humanos, en beneficio, además de los refugiados, a los extranjeros en general, y, en última instancia, a todo y cualquier individuo, en casos de extradición, expulsión, deportación o devolución, hacia un Estado en que pueda estar en riesgo de ser sometido a tortura o trato cruel, inhumano o degradante (la dimensión preventiva)⁸⁸.

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

⁸⁵. Bajo la supracitada Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura (1984).

⁸⁶. Cit. in W. Suntinger, *op. cit. supra* n. (81), pp. 210, 217 y 221-222.

⁸⁷. Molière, "Le bourgeois gentilhomme" (acto II, escena IV, y acto III, escena III), in *Oeuvres complètes*, Paris, Éd. Seuil, 1962, pp. 514-515 y 518.

⁸⁸. Henri Fourteau, *L'application de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme dans le droit interne*

Considerando que ya se ha conformado en nuestros días un verdadero régimen internacional contra la tortura, las desapariciones forzadas de personas, y las ejecuciones sumarias, extra-legales y arbitrarias⁸⁹, y que el principio del *non-refoulement*, con el aporte que le ha sido dado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, pretende precisamente evitar el simple *riesgo* de someter a alguien a tortura (y a tratos crueles, deshumanos o degradantes), cuya prohibición es *absoluta*, - ya no hay cómo dudar, en mi entender, que el principio del *non-refoulement* recae en el dominio del *jus cogens*.

La consagración de este principio fundamental del Derecho Internacional de los Refugiados, ampliado por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como siendo de *jus cogens*, acarrea, indudablemente, una limitación a la soberanía estatal (en materia de extradición, deportación, y expulsión), en favor de la integridad y del bien estar de la persona humana. Corresponde, además, a mi modo de ver, a una inequívoca manifestación de la visión crecientemente antropocéntrica del derecho internacional contemporáneo.

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

Lo anteriormente expuesto caracteriza el desarraigo como un problema contemporáneo de los derechos humanos particularmente grave, revelando las nuevas necesidades de protección del ser humano en este umbral del siglo XXI. En realidad, por un lado, a pesar de todos los logros alcanzados en el campo de la salvaguardia internacional de los derechos humanos en las últimas décadas, persisten violaciones y surgen nuevos desafíos a la labor de protección⁹⁰. Por otro lado, las

des États membres, Paris, LGDJ, 1996, pp. 211-212, 214, 219-220 y 227.

⁸⁹. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 345-358.

⁹⁰. Cf., al respecto, v.g., A.A. Cançado Trindade, "L'interdépendance de tous les droits de l'homme et leur mise en

reacciones a dichas violaciones de los derechos humanos y la movilización para enfrentar los nuevos desafíos son hoy día inmediatos. Esto se debe, en mi entender, al despertar de la conciencia jurídica universal (a la cual me he referido en mis Votos supracitados en la Corte Interamericana de Derechos Humanos) para la necesidad de asegurar la protección eficaz del ser humano en todas y cualesquiera circunstancias.

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

Recordé, en efecto, que el derecho internacional tradicional, vigente en el inicio del siglo pasado, caracterizábase por el voluntarismo estatal ilimitado, que se reflejaba en la permisividad del recurso a la guerra, de la celebración de tratados desiguales, de la diplomacia secreta, del mantenimiento de colonias y protectorados y de zonas de influencia. Contra este orden oligárquico e injusto se insurgieron principios como los de la prohibición del uso y amenaza de la fuerza y de la guerra de agresión (y del no-reconocimiento de situaciones por estas generadas), de la igualdad jurídica de los Estados, de la solución pacífica de las controversias internacionales. Se dió, además, inicio al combate a las desigualdades (con la abolición de las capitulaciones, el establecimiento del sistema de protección de minorías bajo la Sociedad de las Naciones, y las primeras convenciones internacionales del trabajo de la OIT)⁹¹.

oeuvre: obstacles et enjeux", 158 *Revue internationale des sciences sociales* - Paris/UNESCO (1998) pp. 571-582.

⁹¹. A.A. Cançado Trindade, "Introdução à Edição em Língua Portuguesa", do livro de Ian Brownlie, *Princípios de Direito Internacional Público*, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, pp. IX-XX.

A mediados del siglo XX se reconoció la necesidad de la reconstrucción del derecho internacional con atención a los derechos inherentes a todo ser humano, de lo que dió elocuente testimonio la adopción de la Declaración Universal de 1948, seguida, a lo largo de cinco décadas, por más de 70 tratados de protección hoy vigentes en los planos global y regional⁹². El derecho internacional pasó a experimentar, en la segunda mitad del siglo XX, una extraordinaria expansión, fomentada en gran parte por la actuación de las Naciones Unidas y agencias especializadas, además de las organizaciones regionales.

La emergencia de los nuevos Estados, en medio al proceso histórico de descolonización, vino a marcar profundamente su evolución en las décadas de cincuenta y sesenta, en medio al gran impacto en el seno de las Naciones Unidas del derecho emergente de autodeterminación de los pueblos. Se desencadenó el proceso de *democratización* del derecho internacional⁹³. Al trascender los antiguos parámetros del derecho clásico de la paz y de la guerra, se equipó el derecho internacional para responder a las nuevas demandas y desafíos de la vida internacional, con mayor énfasis en la cooperación internacional⁹⁴. En las décadas de sesenta hasta ochenta, los foros multilaterales se involucraron en un intenso proceso de elaboración y adopción de sucesivos tratados y resoluciones de reglamentación de los espacios⁹⁵.

⁹². En la era de las Naciones Unidas se consolidó, paralelamente, el sistema de seguridad colectiva, el cual, sin embargo, dejó de operar satisfactoriamente en consecuencia de los impasses generados por la guerra fría.

⁹³. A.A. Cançado Trindade, "Introdução à Edição...", *op. cit. supra* n. (91), pp. IX-XX.

⁹⁴. Las Naciones Unidas gradualmente volvieron su atención también al dominio económico y social, a la par del comercio internacional, sin perjuicio de su preocupación inicial y continuada con la preservación de la paz y seguridad internacionales.

⁹⁵. En áreas distintas como las del espacio exterior e del derecho del mar.

Se comprendió, en el desarrollo del derecho internacional a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, que *la razón de Estado tiene límites*, en el atendimento de las necesidades y aspiraciones de la población, y en el tratamiento ecuánime de las cuestiones que afectan toda la humanidad⁹⁶. El ordenamiento internacional tradicional, marcado por el predominio de las soberanías estatales y la exclusión de los individuos, no fue capaz de evitar la intensificación de la producción y uso de armamentos de destrucción en masa, y tampoco las violaciones masivas de los derechos humanos en todas las regiones del mundo, y las sucesivas atrocidades del siglo XX, inclusive las contemporáneas⁹⁷.

Las notables transformaciones en el escenario mundial desencadenadas a partir de 1989, por el fin de la guerra fría y la irrupción de numerosos conflictos internos, caracterizaron los años noventa como un momento en la historia contemporánea marcado por una profunda reflexión, en escala universal, sobre las propias bases de la sociedad internacional y la formación gradual de la agenda internacional del siglo XXI. El ciclo de las Conferencias Mundiales de las Naciones Unidas del final del siglo XX⁹⁸ ha procedido a una reevaluación global de muchos conceptos a la luz de la consideración de temas que afectan la humanidad como un todo.

⁹⁶. A.A. Cançado Trindade, "A Emancipação do Ser Humano como Sujeito do Direito Internacional e os Limites da Razão de Estado", in *Quem Está Escrivendo o Futuro? 25 Textos para o Século XXI* (ed. W. Araújo), Brasília, Ed. Letraviva, 2000, pp. 99-112.

⁹⁷. Como el holocausto, el *gulag*, seguidos de nuevos actos de genocidio, v.g., en el sudeste asiático, en Europa Central (ex-Yugoslavia) e en África (Ruanda), además de las violaciones masivas de los derechos humanos en América Latina, en el Medio Oriente y el Extremo Oriente.

⁹⁸. Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, Río de Janeiro, 1992; II Conferencia Mundial sobre Derechos Humanos, Viena, 1993; Conferencia Internacional sobre Población y Desarrollo, Cairo, 1994; Cumbre Mundial para el Desarrollo Social, Copenhague, 1995; IV Conferencia Mundial sobre la Mujer, Beijing, 1995; II Conferencia de las Naciones Unidas sobre Asentamientos Humanos, Habitat-II, Istanbul, 1996. A estas se siguió, más recientemente, la Conferencia de Roma sobre el Estatuto del Tribunal Penal Internacional, 1998.

Su denominador común ha sido la atención especial a las *condiciones de vida* de la población (particularmente de los grupos vulnerables, en necesidad especial de protección), de ahí resultando el reconocimiento universal de la necesidad de situar los seres humanos, en definitiva, en el centro de todo proceso de desarrollo⁹⁹. En efecto, los grandes desafíos de nuestros tiempos - la protección del ser humano y del medio ambiente, la superación de las disparidades alarmantes entre los países y dentro de ellos así como de la exclusión social y del desarraigo generados por la llamada "globalización" de la economía, la erradicación de la pobreza crónica y el fomento del desarrollo humano, el desarme, - han incitado a la revitalización de los propios fundamentos y principios del Derecho Internacional contemporáneo, tendiendo a hacer abstracción de soluciones jurisdiccionales y espaciales (territoriales) clásicas y desplazando el énfasis para la noción de solidaridad.

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

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

En seguida, en el referido Voto Concurrente, dejé constancia del reconocimiento, en nuestros días, de la necesidad de restituir al ser humano "la posición central - como *sujeto del*

⁹⁹. A.A. Cançado Trindade, "Introdução à Edição...", *op. cit. supra* n. (91), pp. IX-XX.

derecho tanto interno como internacional - de dónde fué indebidamente desplazado, con consecuencias desastrosas, evidenciadas en las sucesivas atrocidades conmetidas en su contra en las tres últimas décadas. Todo ésto ocurrió con la complacencia del positivismo jurídico, en su subserviencia típica al autoritarismo estatal" (párr. 12). Y acrecenté:

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

En efecto, las atrocidades y abusos que han victimado en las últimas décadas millones de seres humanos en todas partes, aumentando los contingentes de refugiados, desplazados y migrantes en búsqueda de la sobrevivencia, han en definitiva despertado la *conciencia jurídica universal* para la apremiante necesidad de reconceptualizar las propias bases del ordenamiento jurídico internacional. Pero urge, en nuestros días, que se estimule este despertar de la *conciencia jurídica universal* para intensificar el proceso de humanización del derecho internacional contemporáneo, - tal como enfatizé en mi ya citado Voto Concurrente en el caso de los *Haitianos y Dominicanos de Origen Haitiana en la República Dominicana* (Medidas Provisionales de Protección, 2000) ante la Corte Interamericana (párr. 12).

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

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

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

Los desafíos del siglo XXI no más admiten tanta reserva mental, y tampoco la actitud, tan generalizada y cómoda, de eximirse de examinar la cuestión muchísimo más difícil de la fuente *material* del derecho internacional contemporáneo. Esta cuestión no puede ser abordada adecuadamente desde una perspectiva positivista, y haciendo abstracción de los valores, y del propio fin del Derecho, - en el presente contexto, la protección del ser humano. El derecho internacional no se reduce, en absoluto, a un instrumental a servicio del poder; su destinatario final es el ser humano, debiendo atender a sus necesidades, entre las cuales la realización de la justicia.

A contrario de lo afirmado, v.g., por Hans Kelsen, de que no era posible reconciliar el orden legal con el orden moral¹⁰⁰, pienso que la experiencia humana a lo largo del siglo XX, marcado por tantos avances en el dominio científico-tecnológico acompañados por atrocidades sin precedentes,

¹⁰⁰. H. Kelsen, "The Basis of Obligation in International Law", in *Estudios de Derecho Internacional - Homenaje al Profesor C. Barcía Trelles*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1958, p. 110.

demuestra que no es posible concibir el orden legal haciendo abstracción del orden moral. La afirmación de Kelsen se dió en su evaluación de un estudio clásico de J.L. Brierly, quien, como él, buscó examinar la base de la validez de las normas del derecho internacional. Brierly llegó a afirmar, en su estudio, que la conexión entre el derecho y la moral es "mucho más fundamental" que su distinción, y que la base última de una obligación internacional reside en la moral¹⁰¹; sin embargo, más adelante el propio Brierly confesó no saber cómo conciliar la convicción individual de actuar de acuerdo con el derecho con el carácter "imperativo" de este último¹⁰². Y, en su *Law of Nations*, Brierly se limitó, de manera insatisfactoria, a decir, *tout court*, que la respuesta a esta cuestión debe ser encontrada fuera del orden legal, debiendo la filosofía del derecho proveerla¹⁰³. Se detuvo, pues, en el medio del camino...

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

En cuanto a la *jurisprudencia internacional*, el ejemplo más inmediato reside en la jurisprudencia de los dos tribunales internacionales de derechos humanos hoy existentes, las Cortes Europea e Interamericana de Derechos Humanos¹⁰⁴. A ésta se puede agregar la jurisprudencia

¹⁰¹. J.L. Brierly, *The Basis of Obligation in International Law*, Oxford, Clarendon Press, 1958, p. 65.

¹⁰². Cf. *ibid.*, pp. 66-67, y cf. también pp. 68-80.

¹⁰³. J.L. Brierly, *The Law of Nations*, 6a. ed., Oxford, Clarendon Press, 1963, p. 54.

¹⁰⁴. El primer Protocolo (de 1998) a la Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos dispone sobre la creación, - cuando entre en vigor el Protocolo de Burkina Faso, - de una Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la cual todavía no

emergente de los dos Tribunales Penales Internacionales *ad hoc*, para la ex-Yugoslavia y Ruanda. Y la propia jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia contiene elementos desarrollados a partir, v.g., de consideraciones básicas de humanidad¹⁰⁵.

En cuanto a la *práctica internacional*¹⁰⁶, la idea de una conciencia jurídica universal ha marcado presencia en muchos debates de las Naciones Unidas (sobre todo de la Sexta Comisión de la Asamblea General), en los trabajos de las Conferencias de codificación del derecho internacional (el llamado "derecho de Viena") y los respectivos *travaux préparatoires* de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas¹⁰⁷. Más recientemente, ha ocupado un espacio importante en el ciclo de Conferencias Mundiales de las Nacionales Unidas de la década de los noventa (*supra*).

A la par de los trechos anteriormente citados de algunos de los documentos finales de dichas Conferencias, me limitaré a recordar un aspecto de los difíciles trabajos del Comité de Redacción de la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos (Viena, 1993), en los cuales tuve el privilegio de participar. En mi relato de aquellos trabajos, me referí a la iniciativa de insertar, en la Declaración y Programa de Acción de Viena (principal documento resultante de aquella Conferencia), una invocación al "espíritu de nuestra época" y a las "realidades de nuestro tiempo", a requerir que los Estados miembros de las Naciones Unidas y todos los pueblos del mundo se dedicasen a la tarea

ha sido establecida.

¹⁰⁵. Cf., v.g., A.A. Cançado Trindade, "La jurisprudence de la Cour Internationale de Justice sur les droits intangibles / The Case-Law of the International Court of Justice on Non-Derogable Rights", *Droits intangibles et états d'exception / Non-Derogable Rights and States of Emergency* (eds. D. Prémont, C. Stenersen y I. Oseredczuk), Bruxelles, Bruylant, 1996, pp. 73-89.

¹⁰⁶. Entendida ésta ya no más como la simple "práctica de los Estados", inspirada por sus llamados "intereses vitales", como en las sistematizaciones del pasado, sino más bien la práctica de los Estados y organismos internacionales en búsqueda de la realización de fines comunes y superiores.

¹⁰⁷. Este punto forma objeto de un estudio que estoy desarrollando en el presente, con conclusión programada para el año 2005.

verdaderamente global de promover y proteger todos los derechos humanos de modo a asegurarles goce pleno y universal. Y agregué, en mi relato:

- "En efecto, los debates sobre este último pasaje proporcionaron uno de los momentos más luminosos de los trabajos del Comité de Redacción de la Conferencia, en la tarde del 23 de junio [de 1993]. Originalmente se contemplaba hacer referencia sólo al 'espíritu de nuestra época', pero se decidió agregar otra referencia a las 'realidades de nuestro tiempo' en el entendimiento de que éstas habrían de ser apreciadas a la luz de aquél: el 'espíritu de nuestra época' se caracteriza por la aspiración común a valores superiores, al fortalecimiento de la promoción y protección de los derechos humanos intensificadas en la transición democrática e instauración del Estado de Derecho en tantos países, a la búsqueda de soluciones globales en el tratamiento de temas globales (mención hecha, v.g., a la necesidad de erradicación de la pobreza extrema). Este el entendimiento que prevaleció, al respecto, en el Comité de Redacción"¹⁰⁸.

También en la *doctrina del derecho internacional* encontramos elementos para el desarrollo de la materia, aunque, sorprendentemente, no suficientemente articulados hasta la fecha. La noción de lo que yo denomino de *conciencia jurídica universal* pasa a encontrar expresión doctrinal en tiempos relativamente recientes, a lo largo del siglo XX, con la emergencia del concepto de *communis opinio juris*, frente al viejo dogma positivista del consentimiento (*voluntas*) individual para la formación del derecho consuetudinario¹⁰⁹. En las tres primeras décadas del siglo XX, la expresión "conciencia jurídica internacional" fue efectivamente utilizada, en sentido ligeramente distinto, recordando la noción clásica de la *civitas maxima*, a fin de fomentar el espíritu de solidaridad internacional¹¹⁰.

¹⁰⁸. A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. I, Porto Alegre/Brasil, S.A. Fabris Ed., 1997, pp. 185-186.

¹⁰⁹. A. Carty, *The Decay of International Law? A Reappraisal of the Limits of Legal Imagination in International Affairs*, Manchester, University Press, 1986, pp. 26-28 y 33.

¹¹⁰. Cf., v.g., G. Tassitch, "La conscience juridique internationale", 65 *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye* (1938) pp. 310-311, 314, 316-317 y 320.

En un estudio clásico de 1946, Max Sorensen no se eximió de distinguir las fuentes formales del derecho internacional, - es decir, los métodos o procedimientos por los cuales son creadas las reglas del derecho internacional, - de su fuente material, la cual comprende, en sus palabras,

"(...) les éléments et les influences qui déterminent le contenu de la réglementation juridique, que ce soient les intérêts et besoins pratiques des États ou les exigences idéales que découlent, à un moment donné, de la conscience sociale, des idéologies prévalant dans la communauté internationale"¹¹¹.

Años después, en pleno proceso de descolonización, el martinicano Frantz Fanon publicó, en 1961 (el mismo año de su muerte prematura), su relato de los sacrificios (y, sobre todo, la crueldad mental) de la lucha anticolonial, titulado *Los Condenados de la Tierra*; al final del mismo, en una profesión de fe, destacó la importancia de la concientización de los nuevos países recién-emancipados, de cuyo centro "se erige y revive la conciencia internacional"¹¹².

En América Latina, referencias a "conciencia jurídica" y a "conciencia moral" se encuentran, por ejemplo, en la *Meditación sobre la Justicia* (1963) del jurista mexicano Antonio Gómez Robledo, en medio a su juiciosa crítica del positivismo jurídico¹¹³. Y dos décadas antes, el jurista chileno Alejandro Álvarez argumentaba que los grandes principios del derecho internacional, y la propia "justicia internacional", emanan de la "conciencia pública" o "conciencia de los

¹¹¹. Max Sorensen, *Les sources du droit international*, Copenhague, Munksgaard, 1946, pp. 13-14. - En otro estudio clásico, de 1947, al endosar la reacción contra el positivismo jurídico, Alf Ross afirmó que existen fuentes del derecho [internacional] "other than those positively formulated. (...) A realistic doctrine of the sources of law is based on experience but recognises that not all sources are positive in the sense that they are 'formally established'"; Alf Ross, *A Textbook of International Law - General Part*, London, Longmans, 1947, p. 95.

¹¹². Frantz Fanon, *Os Condenados da Terra*, Rio de Janeiro, Ed. Civilização Brasileira, 1968 (traducción del original francés de 1961), pp. 206-207.

¹¹³. A. Gómez Robledo, *Meditación sobre la Justicia*, México/Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 1963, pp. 179 y 185.

pueblos"¹¹⁴. Estos son algunos ejemplos a revelar que, de los dos lados del Atlántico, hubo jusinternacionalistas que tuvieron la intuición y la sensibilidad para la realidad de la *conciencia humana*, mas allá de la "realidad" cruda de los hechos.

Sin que me vea en la necesidad de aquí evocar el mito platónico de la caverna (en realidad, el primer mito existencial, a revelar la precariedad de la condición humana, y, por consiguiente, la necesidad de la transcendencia, bien más allá del positivismo), y ateniéndome al dominio de la ciencia jurídica, cabería recordar los debates del *Institut de Droit International*, en su Sesión de Nueva York de 1929, sobre un proyecto de declaración sobre los derechos humanos. En la ocasión, al recordar "la vida espiritual de los pueblos", se observó que "un nuevo espíritu" de la época, y la "conciencia jurídica de los pueblos", requerían un nuevo derecho de gentes, con la afirmación de los derechos humanos¹¹⁵.

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

"(...) Dans la conscience du monde moderne, la souveraineté de tous les États doit être limitée par le but commun de l'humanité. (...) L'État dans le monde n'est qu'un moyen en vue d'une fin, la perfection de l'humanité (...). La protection des droits de l'homme est le devoir de tout État envers la communauté internationale. (...) (...) Il s'agit de proclamer les droits que la conscience du monde civilisé reconnaît aux individus en tant qu'hommes.(...)"¹¹⁶.

Al final de los referidos debates, el *Institut* (22a. Comisión) efectivamente adoptó una resolución

¹¹⁴. Alejandro Álvarez, *La Reconstrucción del Derecho de Gentes - El Nuevo Orden y la Renovación Social*, Santiago de Chile, Ed. Nascimento, 1944, pp. 19-21 y 24-25, y cf. p. 488.

¹¹⁵. Cf. *Annuaire de l'Institut de Droit International* (Session de New York), vol. II, 1929, pp. 114, 134-135 y 137.

¹¹⁶. *Ibid.*, pp. 112 y 117.

conteniendo la "Déclaration des droits internationaux de l'homme", cuyo primer *considerandum* afirmó con énfasis que "la conscience juridique du monde civilisé exige la reconnaissance à l'individu de droits soustraits à toute atteinte de la part de l'État"¹¹⁷.

Estas palabras se anticiparon en dos décadas la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, adoptada poco después de los horrores de la II guerra mundial. Durante el período de 1939-1945 - en plena agonía de lo que se creía ser la "civilización", frente al holocausto, - Jacques Maritain escribió su ensayo "*Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*", síntesis de su pensamiento filosófico sobre los límites del poder estatal. El punto de partida de J. Maritain fue la existencia de la persona humana, que tiene su raíz en el espíritu; a partir de ahí, advirtió que el verdadero progreso significa la *ascensión de la conciencia*, de la igualdad y comunión de todos en la naturaleza humana, realizando así el bien común y la justicia¹¹⁸.

Propugnó, en seguida, por la liberación de las servidumbres materiales, para el desarrollo sobre todo de la vida del espíritu; en su visión, la humanidad sólo progresa cuando marcha en el sentido de la emancipación humana¹¹⁹. Al afirmar que "la persona humana trasciende el Estado", por cuanto tiene "un destino superior al tiempo"¹²⁰, J. Maritain agregó, categóricamente, que

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

¹¹⁷. *Cit. in ibid.*, p. 298.

¹¹⁸. Jacques Maritain, *Los Derechos del Hombre y la Ley Natural*, Buenos Aires, Ed. Leviatán, 1982 (reimpr.), pp. 12, 18, 38, 43 y 94-96, y cf. p. 69.

¹¹⁹. *Ibid.*, pp. 50 y 105-108.

¹²⁰. *Ibid.*, pp. 79-80, y cf. p. 104.

Cada persona humana tiene el derecho de decidir por sí misma en lo que concierne a su destino personal (...)"¹²¹.

La evolución conceptual aquí examinada gradualmente se movía, a partir de los años sesenta, de la dimensión *internacional* a la *universal*, bajo la gran influencia del desarrollo del propio Derecho Internacional de los Derechos Humanos. El reconocimiento de ciertos *valores* fundamentales, sobre la base de un sentido de justicia objetiva, en mucho contribuyó a la formación de la *communis opinio juris*¹²² en las últimas décadas del siglo XX. Lo mismo se puede decir de los intereses comunes de la comunidad internacional y del reconocimiento generalizado del imperativo de satisfacer las necesidades sociales básicas¹²³. Así, al inicio de los años setenta, el jurista nigeriano T.O. Elias, por ejemplo, no hesitó en referirse al "overwhelming trend toward consensus which is an expression of the juridical conscience of the world community"¹²⁴.

En los años ochenta, al recordar la formulación doctrinal italiana del derecho consuetudinario como el llamado "derecho espontáneo" (de R. Ago, R. Quadri, G. Sperduti, entre otros), F. Münch criticó el puro formalismo del enfoque positivista de las fuentes del derecho internacional, observando que las categorías señaladas en el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia no pertenecían "ni siquiera a un orden lógico"¹²⁵. Giuseppe Sperduti, a su vez, al final de la década de ochenta no hesitó en afirmar, en otra crítica al positivismo jurídico, que

¹²¹. *Ibid.*, pp. 81-82.

¹²². Maarten Bos, *A Methodology of International Law*, Amsterdam, North-Holland, 1984, p. 251, y cf. pp. 246 y 253-255.

¹²³. B. Stern, "La coutume au coeur du Droit international - quelques réflexions", *Mélanges offerts à Paul Reuter - Le droit international: unité et diversité*, Paris, Pédone, 1981, p. 487.

¹²⁴. T.O. Elias, "Modern Sources of International Law", *Transnational Law in a Changing Society: Essays in Honour of Ph.G. Jessup* (eds. W. Friedmann, L. Henkin y O. Lissitzyn), N.Y./London, Columbia University Press, 1972, p. 51.

¹²⁵. F. Münch, *op. cit. infra* n. (129), p. 835.

"(...) la doctrine positiviste n'a pas été en mesure d'élaborer une conception du droit international aboutissant à l'existence d'un véritable ordre juridique (...). Il faut voir dans la conscience commune des peuples, ou conscience universelle, la source des normes suprêmes du droit international"¹²⁶.

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

Una cláusula de la mayor transcendencia merece destaque: la llamada *cláusula Martens*, que cuenta con más de un siglo de trayectoria histórica. Originalmente presentada por el Delegado de Rusia, Friedrich von Martens, a la I Conferencia de Paz de La Haya (1899), fue insertada en los preámbulos de la II Convención de La Haya de 1899 (párr. 9) y de la IV Convención de La Haya de 1907 (párr. 8), ambas relativas a las leyes y costumbres de la guerra terrestre. Su propósito - conforme la sabia premonición del jurista y diplomático ruso - era el de extender jurídicamente la protección a las personas civiles y los combatientes en todas las situaciones, aunque no contempladas por las normas convencionales; con este fin, la cláusula Martens invocaba "los principios del derecho de gentes" derivados de "los usos establecidos", así como "las leyes de humanidad" y "las exigencias de la conciencia pública".

Subsiguientemente, la cláusula Martens volvió a figurar en la disposición común, relativa a

¹²⁶. G. Sperduti, "La souveraineté, le droit international et la sauvegarde des droits de la personne", in *International Law at a Time of Perplexity - Essays in Honour of Shabtai Rosenne* (ed. Y. Dinstein), Dordrecht, Nijhoff, 1989, p. 884, y cf. p. 880.

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

La cláusula Martens continúa, así, a servir de advertencia contra la suposición de que lo que no esté expresamente prohibido por las Convenciones de Derecho Internacional Humanitario pudiera estar permitido; todo lo contrario, la cláusula Martens sostiene la aplicabilidad continuada de los principios del derecho de gentes, las leyes de humanidad y las exigencias de la conciencia pública, independientemente del surgimiento de nuevas situaciones y del desarrollo de la tecnología¹²⁷. La cláusula Martens impide, pues, el *non liquet*, y ejerce un rol importante en la hermenéutica de la normativa humanitaria.

El hecho de que los redactores de las Convenciones de 1899, 1907 y 1949, y del Protocolo I de 1977, hayan reiteradamente afirmado los elementos de la cláusula Martens, sitúa esta última en el plano de las propias *fuentes materiales* del Derecho Internacional Humanitario¹²⁸. De ese modo, ejerce una influencia continua en la formación espontánea del contenido de nuevas reglas del Derecho Internacional Humanitario¹²⁹. La doctrina jurídica contemporánea también ha

¹²⁷. B. Zimmermann, "Protocol I - Article 1", *Commentary on the Additional Protocols of 1977 to the Geneva Conventions of 1949* (eds. Y. Sandoz, Ch. Swinarski y B. Zimmermann), Geneva, ICRC/Nijhoff, 1987, p. 39.

¹²⁸. H. Meyrowitz, "Réflexions sur le fondement du droit de la guerre", *Études et essais sur le Droit international humanitaire et sur les principes de la Croix-Rouge en l'honneur de Jean Pictet* (ed. Christophe Swinarski), Genève/La Haye, CICR/Nijhoff, 1984, pp. 423-424; y cf. H. Strebelle, "Martens' Clause", *Encyclopedia of Public International Law* (ed. R. Bernhardt), vol. 3, Amsterdam, North-Holland Publ. Co., 1982, pp. 252-253.

¹²⁹. F. Münch, "Le rôle du droit spontané", in *Pensamiento Jurídico y Sociedad Internacional - Libro-Homenaje al Profesor Dr. Antonio Truyol Serra*, vol. II, Madrid, Universidad Complutense,

caracterizado la cláusula Martens como fuente del propio derecho internacional general¹³⁰; y nadie osaría hoy negar que las "leyes de humanidad" y las "exigencias de la conciencia pública" invocadas por la cláusula Martens pertenecen al dominio del *jus cogens*¹³¹. La referida cláusula, como un todo, ha sido concebida y reiteradamente afirmada, en última instancia, en beneficio de todo el género humano, manteniendo así su gran actualidad. Se puede considerarla como expresión de la *razón de la humanidad* imponiendo límites a la *razón de Estado (raison d'État)*.

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

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

1986, p. 836; H. Meyrowitz, *op. cit. supra* n. (128), p. 420. Ya se ha señalado que, en *ultima ratio legis*, el Derecho Internacional Humanitario protege la propia humanidad, ante los peligros de los conflictos armados; Christophe Swinarski, *Principales Nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema Internacional de Protección de la Persona Humana*, San José de Costa Rica, IIDH, 1990, p. 20.

¹³⁰. F. Münch, *op. cit. supra* n. (129), p. 836.

¹³¹. S. Miyazaki, "The Martens Clause and International Humanitarian Law", *Études et essais... en l'honneur de J. Pictet*, *op. cit. supra* n. (128), pp. 438 y 440.

René Cassin, que participara del proceso preparatorio de su elaboración¹³², ponderó que

- "(...) S'il subsiste encore sur la terre, de grandes zones où des millions d'hommes ou de femmes résignés à leur destin n'osent pas préférer la moindre plainte ou même ne conçoivent pas qu'un recours quelconque soit possible, ces territoires se rétrécissent de jour en jour. La prise de conscience de ce qu'une émancipation est possible, est devenue de plus en plus générale. (...) La condition première de toute justice, c'est-à-dire la possibilité d'acculer les puissants à subir (...) un contrôle public, est remplie beaucoup plus souvent que jadis. (...) La plupart des Conventions et Pactes [des droits de l'homme], (...) incitent les États Parties à créer chez eux des instances de recours et prévoient certaines mesures de protection ou de contrôle international. (...) Le fait que la résignation sans espoir, que le mur du silence et que l'absence de tout recours soient en voie de réduction ou de disparition, ouvre à l'humanité en marche des perspectives encourageantes. (...)"¹³³.

La emancipación del ser humano *vis-à-vis* el propio Estado avanza lentamente, pero avanza. Nadie podría suponer o antever, hace algunos años atrás, que las causas de los desplazados, de los migrantes en búsqueda de alimento, vivienda, trabajo y educación (cf. *supra*), y de los niños

¹³². Como *rapporteur* del Grupo de Trabajo de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, encargado de preparar el proyecto de la Declaración (mayo de 1947 a junio de 1948).

¹³³. R. Cassin, "Vingt ans après la Déclaration Universelle", 8 *Revue de la Commission Internationale de Juristes* (1967) n. 2, pp. 9-10. [Traducción: - "(...) Si todavía subsiste en la tierra grandes zonas donde millones de hombres o mujeres, resignados a su destino, no osan proferir la menor reclamación o ni siquiera a concibir que un recurso cualquier sea posible, éstos territorios disminuyen a cada día. La toma de consciencia de que una emancipación es posible, tórnase cada vez más general. (...) La primera condición de toda justicia, cual sea, la posibilidad de encorralar los poderosos para sujetarse a (...) un control público, se satisface hoy día mucho más frecuentemente que en el pasado. (...) Las Convenciones y Pactos [de derechos humanos] en su mayoría, (...) incitan los Estados Partes a en ellos crear las instancias de recursos y preven ciertas medidas de protección o de control internacional. (...) El hecho de que la resignación sin esperanza, de que el muro del silencio y de que la ausencia de todo recurso esten en vías de reducción o de desaparición, abre a la humanidad en marcha perspectivas alentadoras (...)"

abandonados en las calles¹³⁴ de las ciudades de América Latina, alcanzasen un tribunal internacional como la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹³⁵. Ésto es fruto, sobre todo, del despertar de la conciencia humana para las necesidades de protección de los más débiles y de los olvidados.

Movida por esta conciencia, la propia dinámica de la vida internacional contemporánea ha cuidado de desautorizar el entendimiento tradicional de que las relaciones internacionales se regían por reglas derivadas enteramente de la libre voluntad de los propios Estados. El positivismo voluntarista se mostró incapaz de explicar el proceso de formación de las normas del derecho internacional general, y se tornó evidente que sólo se podría encontrar una respuesta al problema de los fundamentos y de la validez de este último en la *conciencia jurídica universal*, a partir de la afirmación de la idea de una justicia objetiva¹³⁶. En este umbral del siglo XXI, tenemos el privilegio

¹³⁴. Cf. CtIADH, caso de los "Niños de la Calle" (*Villagrán Morales y Otros versus Guatemala*) (Sentencia sobre el Fondo, de 19 de noviembre de 1999, Serie C, n. 63).

¹³⁵. Para un estudio reciente sobre la trascendental importancia del acceso directo del ser humano a la justicia a nivel internacional, cf. A.A. Cançado Trindade, "Las Cláusulas Pétreas de la Protección Internacional del Ser Humano: El Acceso Directo de los Individuos a la Justicia a Nivel Internacional y la Intangibilidad de la Jurisdicción Obligatoria de los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos", in *El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos en el Umbral del Siglo XXI*, San José de Costa Rica, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2001 (en prensa).

¹³⁶. En esta línea de evolución también se insere la tendencia actual de 'criminalización' de violaciones graves de los derechos de la persona humana, paralelamente a la consagración del principio de la jurisdicción universal, - sumados al reconocimiento de la responsabilidad penal individual (a la par de la responsabilidad internacional del Estado), de capital importancia al combate a la impunidad (cf., v.g., la creación de los dos Tribunales *ad hoc*, para la ex-Yugoslavia (1993) y Ruanda (1994), seguida de la adopción del Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional (1988), - acrecidas de las tres Convenciones contra la Tortura, - la de las Naciones Unidas, 1984; la

de testimoniar e impulsar el proceso de *humanización* del derecho internacional, que pasa a ocupar más directamente de la identificación y realización de valores y metas comunes superiores. El reconocimiento de la centralidad de los derechos humanos corresponde a un nuevo *ethos* de nuestros tiempos.

En la construcción del ordenamiento jurídico internacional del nuevo siglo, testimoniamos, con la gradual erosión de la reciprocidad, la emergencia *pari passu* de consideraciones superiores de *ordre public*, reflejadas en las concepciones de las normas imperativas del derecho internacional general (el *jus cogens*), - en cuyo dominio hoy se sitúa el principio básico del *non-refoulement*, - de los derechos fundamentales inderogables, de las obligaciones *erga omnes* de protección (debidas a la comunidad internacional como un todo). La consagración de estas obligaciones representa la superación de un patrón de conducta erigido sobre la pretensa autonomía de la voluntad del Estado, del cual el propio derecho internacional buscó gradualmente liberarse a consagrar el concepto de *jus cogens*¹³⁷.

Hay que dar seguimiento a la evolución alentadora de la consagración de las normas de *jus cogens* y obligaciones *erga omnes* de protección, buscando asegurar su plena aplicación práctica, en beneficio de todos los seres humanos¹³⁸. Estas nuevas concepciones se imponen en nuestros días, y de su fiel observancia, a mi juicio, dependerá en gran parte la evolución futura del propio Derecho

Interamericana, 1985; y la Europea, 1987).

¹³⁷. Cf. las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (de 1969 y 1986), artículos 53 y 64; y cf. comentarios in A.A. Cançado Trindade, *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, vol. II, Porto Alegre, S.A. Fabris Ed., 1999, pp. 412-420; A.A. Cançado Trindade, "The International Law of Human Rights at the Dawn of the XXIst Century", 3 *Cursos Euromediterráneos Bancaja de Derecho Internacional* - Castellón (1999) pp. 207-215.

¹³⁸. Cf., en ese sentido, mis Voto Razonado en el caso *Las Palmeras*, relativo a Colombia, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Sentencia sobre excepciones preliminares, 2000, Serie C, s/n., párrs. 1-15 - todavía no-publicado).

Internacional. En estas cercanías de la Catedral de La Habana, en el corazón de Cuba, no hesito en expresar mi entendimiento de que es este, efectivamente, el camino a seguir, con determinación, para que no más tengamos que continuar a convivir con las contradicciones trágicas, las injusticias y atrocidades que han marcado el siglo XX.

EL DESPLAZAMIENTO INTERNO EN LAS AMÉRICAS: ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DISTINTIVAS

Roberta Cohen y
Gimena Sánchez-Garzoli*
Brookings Institution

Actualmente, la región de las Américas cuenta con sólo el diez por ciento de la población mundial de desplazados internos, es decir, entre 2 y 2.5 millones de personas, de un total de 20 a 25 millones. Sin embargo, el continente ha experimentado algunos de los peores casos de desplazamiento, así como algunos de los esfuerzos reparadores más exitosos.

Al igual que en Europa, Asia y África, las guerras civiles han sido la causa mayor del desplazamiento interno en las Américas. Durante los años ochenta, las guerras civiles en Centroamérica desplazaron a más de un millón de

personas en Guatemala, El Salvador, Nicaragua y Honduras¹, y en Perú, una insurgencia virulenta maoísta, junto con la contrainsurgencia gubernamental, desplazaron a aproximadamente 600,000 personas.² En Haití, los disturbios políticos de finales de los años ochenta y principios de los noventa desarraigaron a aproximadamente 250,000 personas.³ No obstante, para finales de los años noventa, estas cifras habían caído dramáticamente. En Perú, desde el fin de la insurgencia de Sendero Luminoso, el número de desplazados internos ha disminuido a aproximadamente 70,000.⁴ Con el reestablecimiento de la paz en Centroamérica, unos cuantos

* Roberta Cohen es Co-directora del Brookings Institution Project on Internal Displacement y co-autora, con Francis M. Deng, de *Masses in Flight: The Global Crisis of Internal Displacement* (Brookings, 1998). Gimena Sánchez-Garzoli es Asistente de Investigación en el Brookings Institution Project on Internal Displacement. U.S. Committee for Refugees, *World Refugee Survey 1986*, Washington, D.C., p. 38.

¹U.S. Committee for Refugees, *World Refugee Survey 1986*, Washington, D.C., p. 38.

²Roberta Cohen y Francis M. Deng, *Masses in Flight: The Global Crisis of Internal Displacement*, The Brookings Institution, Washington, D.C., 1998, p. 65.

³*Ibidem*, p. 64.

⁴U.S. Committee for Refugees, *World Refugee Survey 2000*, Washington, D.C., p. 6.

miles siguen desplazados. Aun en Haití, a pesar de que persiste una pobreza marcada e incertidumbre política, el desplazamiento interno ya no representa un problema. Y la región de Chiapas, México cuenta con aproximadamente 16,000 desplazados internos.⁵

Hoy día, Colombia es el foco del problema en las Américas, y allí es virulento. Actualmente, Colombia da cuenta de aproximadamente 1.8 millones de personas desplazadas internas, lo que coloca al país en el tercer lugar en el mundo con respecto a número de desplazados, después de Sudán y Angola.⁶ Las cifras aumentan día a día, con más y más gente viéndose obligada a dejar sus hogares, mientras que los grupos paramilitares, las tropas gubernamentales y las fuerzas guerrilleras se pelean el control del país.

Ya sea en Centroamérica o Perú en los años ochenta y noventa, o actualmente en Colombia, el desplazamiento interno en las Américas tiene rasgos marcados que lo distinguen de otras partes del mundo. Una mirada a éstos y

a las soluciones a veces innovadoras trazadas por los pueblos y los gobiernos de la región, puede ser útil, no sólo para aquellas personas que trabajan con el problema del desplazamiento forzoso en las Américas, sino también en otras partes del mundo.

Los desplazados internos en las Américas: a menudo pobres, rurales e indígenas

Las personas que han trabajado con los desplazados internos en Europa, Asia y Africa, a menudo encuentran que éstos son miembros de minorías étnicas, religiosas, tribales o lingüísticas, confrontados con mayorías étnicas, como son los casos de los kurdos en Turquía e Irak, los chechenos en la Federación Rusa, los kosovares albaneses en la ex- Yugoslavia, los tamiles en Sri Lanka, los karen y karení en Myanmar y los cristianos y animistas del sur de Sudán. Estas minorías étnicas buscan autonomía o independencia de los gobiernos que sirven los intereses del grupo étnico dominante.

⁵ibidem.

⁶ibidem.

No obstante, en las guerras civiles de las Américas, los desplazados internos no son minorías étnicas en búsqueda de independencia. Proviene principalmente de las mayorías rurales y pobres, como fue el caso de El Salvador y Honduras, y como es el caso actual en Colombia. Números significativos también pertenecen a grupos indígenas, como en Guatemala durante los ochenta y en Perú, donde según reportes, el setenta por ciento de los desplazados internos provienen de comunidades indígenas y nativas.⁷ Asimismo, en México, los desplazados son mayoritariamente indígenas. En Colombia, Francis Deng, el Representante del Secretario General para los Desplazados Internos, encontró que éstos también incluyen miembros de la población indígena y negra.⁸ Según reportes, en la región de Chocó, una de las zonas más empobrecidas y abandonadas de

Colombia, la población indígena y negra se encuentra en condiciones "especialmente vulnerables al desplazamiento forzoso."⁹ Considerando la brecha enorme que existe entre los propietarios de tierra ricos y pobres en muchos países latinoamericanos, y la discriminación histórica contra las personas de descendencia indígena y africana, no es sorprendente que los más marginados se vean desproporcionadamente afectados por los conflictos y el desplazamiento.

Ciertamente existe un componente étnico en algunos de los conflictos que conducen al desplazamiento en la Américas. Se dice que en México, los desplazados menores son los "destinatarios de la discriminación y el abuso, no solo por su pobreza y vulnerabilidad, sino también por su raza indígena."¹⁰ En Guatemala, se ha descrito el "racismo" como un "importante

⁷Maria Stavropoulou, "Will Peru's Displaced Return?", en Roberta Cohen y Francis M. Deng (eds.), *The Forsaken People: Case Studies of Internally Displaced*, Brookings Institution, Washington, D.C., 1998, p. 471, nota no. 48.

⁸United Nations Commission on Human Rights, Report of the Representative of the Secretary-General, Francis Deng, *Profiles in Displacement: Colombia*, E/CN.4/1995/50/Add.1, 3 de octubre de 1994, p. 15.

⁹Liliana Obregón y María Stavropoulou, "In Search of Hope: The Plight of Displaced Colombians", en Cohen y Deng (eds.), *The Forsaken People*, op. cit., p. 419.

¹⁰Servicio Internacional para la Paz, "Los niños de la guerra de baja intensidad - 'Que Dios nos proteja, para que ya no tengamos miedo'", SIPAZ Report, Vol. 5, No. 3, Agosto de 2000, p. 6.

factor de la brutalidad en las masacres de la población indígena y civil por parte del ejército" durante los años ochenta y noventa.¹¹

Una vez desplazados, los campesinos pobres e indígenas, quienes generalmente huyen a las centros urbanos, encuentran que la discriminación es especialmente intensa. En Perú, los campesinos que buscaron acogida en las ciudades, encontraron que el ambiente era ajeno y que no podían hablar en español. Por consiguiente, sufrieron "aún más prejuicio y marginación social".¹² En Colombia, las familias desplazadas de zonas rurales indígenas o pobres han sido hostigadas o detenidas por las autoridades en las zonas urbanas. A veces éstas últimas atribuyen el incremento en la delincuencia o el desempleo en sus ciudades, al arribo de aquellas, y las consideran "prosti-

tutas, ladrones y cultivadores de coca".¹³

Ciertamente, el "prejuicio de las comunidades que los rodean" convierten a los desplazados internos en desterrados.¹⁴ En el Barrio Nelson Mandela en las afueras de Cartagena (Colombia), hogar de casi 150,000 personas desplazadas, muchas de descendencia africana, no existen los servicios básicos como agua entubada, energía eléctrica y drenaje. Cuando las personas solicitan trabajo fuera del barrio, "a menudo son rechazadas". El gobierno local "le ha dado la espalda al barrio", según un informe.¹⁵ Y según un menor afrocolombiano que no fue admitido en la escuela, "lo que pasa es que la gente te ve mal por ser pobre, por ser negro, y peor todavía, si eres desplazado".¹⁶

¹¹Patrick Costello, "Guatemala: Displacement, Return and the Peace Process", Refworld Writenet Country Papers, Abril de 1995, p. 1.

¹²Stavropoulou, op. cit., p. 471.

¹³Women's Commission for Refugee Women and Children, "A Charade of Concern: The Abandonment of Colombia's Forcibly Displaced", Nueva York, Mayo de 1999, p. 14.

¹⁴DIAL, "Los principios Deng y el desplazamiento forzoso en Colombia", Investigaciones, No. 1, Julio de 1999a, Bogotá, p. 9.

¹⁵Maria Carrion, "Barrio Nelson Mandela: A Community of Survivors", NACLA Report on the Americas, Vol. XXXIV, No. 2, Nueva York, Septiembre/Octubre de 2000, p. 45.

¹⁶Consultoría en Derechos Humanos y Desplazamiento (CODHES), "This is Not Our War: Children and Forced Displacement in Colombia", Santafé de Bogotá, Colombia, Marzo de 2000, p. 51.

Debido a que la mayoría de los desplazados está compuesta por mujeres y menores, las mujeres que vienen de comunidades indígenas y negras no sólo enfrentan la discriminación de clase y raza, sino también la desigualdad de género que las mujeres desplazadas y pobres experimentan en las zonas urbanas. Generalmente carecen de educación formal y son analfabetas; muchas son viudas o madres solteras que ahora deben mantener a sus familias. A veces "llegan con cinco o seis hijos, todos traumatados y hambrientos, y sin un peso", según un dirigente comunitario.¹⁷ Obligadas a trabajar jornadas largas como sirvientas, con pocas o nulas prestaciones sociales y sueldos bajísimos, muchas sufren del abuso sexual, y algunas se convierten en prostitutas.¹⁸

La Constitución Colombiana de 1991 tiene como mérito que provee a las comunidades indígenas en ciertas partes del país, de autoridad legal y política así como autoridad para manejar sus recur-

sos. Sin embargo, los pueblos indígenas siguen siendo víctimas frente a las fuerzas armadas, los paramilitares y las guerrillas.¹⁹ Más aún, son objeto de reubicaciones debido al desarrollo industrial, y las técnicas de roza y quema utilizadas por los colonos han obligado muchos de ellos a adentrarse en la montaña. Como resultado de estas reubicaciones, muchos se encuentran en zonas con presencia guerrillera, donde son "victimizados tanto por las fuerzas armadas como por las guerrillas". El presidente de México Vicente Fox, quien asumió el poder a finales del 2000, introdujo un nuevo enfoque a los problemas que enfrenta la población indígena, que asciende a unas 10 millones de personas. Reconoció que dicha población y las insurgencias que la representa, tienen demandas legítimas, a saber, trato igual frente a la ley, mejores escuelas, atención médica y oportunidades de empleo, la devolución de sus tierras expropiadas y cierta medida de autogobierno.²⁰

¹⁷Carrion, op. cit., p. 44.

¹⁸Obregón y Stavropoulou, op. cit., p. 419.

¹⁹Ibidem, p. 420.

²⁰Véase Vicente Fox, discurso durante su visita al Estado de Tamaulipas, el 22 de diciembre de 2000; y Ginger Thompson, "In Chiapas, a Suffering with No End in Sight", The New York Times, 17 de diciembre de 2000.

En las Américas, los desplazados son señalados como subversivos

Los desplazados internos en las Américas no sólo representan desproporcionadamente los sectores más marginados de la sociedad, sino también deben cargar con el peligro de ser etiquetados como políticamente "subversivos". En Centroamérica, a pesar de que muchos se encontraron en medio de luchas políticamente polarizadas, las fuerzas gubernamentales y los paramilitares señalaban a los desplazados como "subversivos" o "de izquierda". En las batallas de Guatemala, en las que los campesinos mayas y pobres lucharon contra los terratenientes y las fuerzas de seguridad del gobierno, se sospechaba de cualquier persona desplazada de apoyar el levantamiento, y se le quemaba políticamente como si estuviera endemoniado. El ejército obligaba a las personas desplazadas a vivir en "aldeas modelo" e integrarse a patrullas de defensa

contra los grupos insurgentes, o ser consideradas "subversivos" y sujetos a ataque.²¹ En El Salvador, donde las polarizaciones ideológicas fueron especialmente fuertes, a los desplazados por la guerra civil se les llamaba "viajeros" y eran blanco de los ataques militares indiscriminados.²² En contraste, en Nicaragua, los indios miskitos desplazados fueron señalados como "contrarrevolucionarios" por ser traidores de la causa sandinista.²³

La práctica de señalar políticamente a los desplazados se ha extendido a otras partes de las Américas. En México, los desplazados en Chiapas generalmente son vistos como simpatizantes del Ejército Zapatista de Liberación Nacional (EZLN), que en 1994 inició una lucha violenta por lograr la igualdad de los derechos políticos y económicos para la población indígena. En Perú, a menudo se denunciaba a las personas desplazadas por el brutal Sendero Luminoso, como

²¹Cohen y Deng, *Masses in Flight*, op. cit., p. 68.

²²Americas Watch and Lawyers Committee for International Human Rights, *Free Fire: A Report on Human Rights in El Salvador*, agosto de 1984, pp. 6 y 87. Véase también U. S. Committee for Refugees, *Aiding the Displaced of El Salvador*, Washington, D.C., otoño de 1984.

²³Organización de Estados Americanos, "Informe sobre la situación de los derechos humanos de un sector de la población nicaraguense de origen miskito", OEA/Ser.L/VII.62, Doc.26,16 de mayo de 1984, p. 6.

simpatizantes de esta insurgencia auto-denominada maoista, y enfrentaban la amenaza de requisición o arresto por supuestos vínculos terroristas.²⁴ Seguramente, algunas personas desplazadas se integraban voluntariamente a Sendero Luminoso y participaban en sus ataques, pero muchas fueron obligadas a hacerlo. A mediados de los años ochenta, los asháninkas de la Amazonia, por ejemplo, fueron obligados por los guerrilleros de Sendero Luminoso a integrarse o ser asesinados. Como resultado, miles huyeron de la zona, abandonando sus parcelas, pero otros miles enfrentaron juicios sumarios y el encarcelamiento por supuestos vínculos terroristas. Si los desplazados de estas zonas no se integraban a las patrullas gubernamentales de defensa contra la insurgencia, el ejército los trataba como subversivos.

En Colombia, por mucho tiempo la guerra civil más complicada de las Américas, las fuerzas paramilitares bajo el paraguas de las Unidades de Autodefensa Unidas de Colombia (UAC), constante-

mente etiquetan a las personas desplazadas como "simpatizantes de la guerrilla". A menudo denuncian a los campesinos de esta manera porque desean su tierra. Entonces los desarraigan para incrementar las extensiones de los terratenientes para quienes trabajan o para sus propias actividades delictivas relacionadas con el narcotráfico.²⁵ Siendo los responsables de la mayor parte del desplazamiento en Colombia, también desarraigan a los campesinos para vencer a las fuerzas guerrilleras, a saber, las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC) o el Ejército de Liberación Nacional (ELN). Estas insurgencias controlan grandes extensiones de tierra en Colombia, se benefician del narcotráfico y se involucran en secuestros, reclutamiento forzoso y otras actividades delictivas, de las cuales también huyen los campesinos.

Desarraigados ya sea por las UAC y las campañas contrainsurgentes gubernamentales o por los grupos guerrilleros, las personas desplazadas siguen siendo sospechosas, aun después de haber abandona-

²⁴Cohen y Deng, *Masses in Flight*, op. cit., p. 68.

²⁵Hiram Ruiz, *Colombia's Silent Crisis*, U.S. Committee for Refugees, Washington, D.C., 1998.

do sus hogares y sus comunidades. El mero hecho de haber huido de las zonas de conflicto, provoca sospecha de ellos como personas aliadas a un actor armado particular. Y en sus nuevos lugares de "refugio", muchos siguen temiendo por sus vidas e intentan pasar por desapercibidos en las comunidades de gente pobre urbana, a fin de reducir el riesgo de ser focalizados.²⁶ No obstante, debido a que son estereotipados como guerrilleros o sus parientes, "la gente no les renta cuartos a los desplazados, y la prensa describe a los desplazados internos de tal manera que apoya esta impresión".²⁷

Entre los blancos más buscados en sus zonas de origen, se encuentran los dirigentes de los movimientos políticos, los líderes de grupos sociales (como los miembros de los sindicatos de maestros y de campesinos), los dirigentes comunitarios, los alcaldes y los miembros de los conce-

jos municipales, los jueces y los fiscales. El Representante del Secretario General de la ONU para los Desplazados Internos describe el desplazamiento y el hostigamiento contra aquéllos como una forma de "limpieza política", en contraste con el fenómeno de "limpieza étnica" que sucede en otras partes del mundo.²⁸ En este último caso, los gobiernos desarraigan a las personas o hacen guerra contra ellas con base en su identidad étnica, mientras que en Colombia, las personas son desarraigadas por su asociación o la imputación de asociación con las insurgencias políticas.

Al visitar Colombia en 1999, el Representante llamó a realizar una campaña nacional de sensibilización pública, cuyo propósito sería modificar la percepción que tiene la sociedad de los desplazados, a fin de que se vean como "conciudadanos en necesidad de protección y asistencia".²⁹ Señaló

²⁶United Nations Commission on Human Rights, Report of the Representative of the Secretary-General, Francis M. Deng, Profiles in Displacement: Follow-up Mission to Colombia, E/CN.4/2000/83/Add.1, 11 de enero de 2000, p. 1

²⁷Women's Commission, "A Charade of Concerns", op. cit., p. 14.

²⁸Deng, Profiles in Displacement: Follow-up Mission to Colombia, op. cit., p. 9.

²⁹Discurso de Francis M. Deng en el International Seminar on Displacement: Conflict, Peace and Development, organizado por la Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES), Bogotá, Colombia, 30 de mayo de 2000.

que a lo largo de su misión, la gente le había comentado acerca de la simpatía, generosidad y apoyo por parte del gobierno y el país en general, para con las víctimas del terremoto de enero de 1999. Sin embargo, cuando se trataba de los desplazados por el conflicto y las violaciones de los derechos humanos, se les miraba "con sospecha y estigmatización". Una campaña de sensibilización pública implicaría capacitar a la policía y los militares para que "no miraran a todos los pobres, los desamparados, los de una étnia diferente y/o los activistas comunitarios, como guerrilleros o simpatizantes de los mismos".³⁰ Asimismo, buscaría fomentar un sentimiento de solidaridad con los desplazados, y facilitaría el trabajo del gobierno y de otras organizaciones que los atienden.

El vacío en la documentación

Debido al estigma político asociado con el desplazamiento en las Américas, los desplazados internos a veces destruyen sus documentos a fin de protegerse a sí mismos y a sus familias de ser focalizados como simpatizantes

izquierdistas de la guerrilla. Otros pierden sus documentos durante la huida. Por otra parte, las fuerzas armadas o los paramilitares pueden confiscar sus documentos para impedir su regreso, evitar que recuperen sus propiedades, o para intimidarles. Desde luego que muchas personas desplazadas de zonas rurales nunca tuvieron documentos, pero descubren que deben conseguirlos en sus nuevos lugares de residencia. Sin documentos, los desplazados internos pueden ejercer muy pocos de sus derechos, y no tienen acceso a los servicios básicos que necesitan. No obstante, muchos no solicitan sus documentos para evitar llamar la atención a su status de desplazado. O se pueden desanimar por los difíciles trámites burocráticos que se necesita realizar para obtener la documentación.

En Perú, especialmente a mediados de los años noventa, muchas personas desplazadas carecían de documentos básicos, en particular del acta de nacimiento, de la libreta electoral que servía para registrar la participación en las elecciones, o de la libreta militar. Sin éstos, ni siquiera podían tener un empleo

³⁰Obregón y Stavropoulos, "In Search of Hope", en Cohen y Deng (eds.), *The Forsaken People*, op. cit., p. 437.

legal, realizar transacciones bancarias, o incluso, inscribir a sus hijos en la escuela. Tampoco podían comprobar su propiedad de la tierra u otros bienes. Además, corrían el riesgo ser detenidos arbitrariamente, así como enfrentar cargos falsos y el reclutamiento forzoso a las fuerzas armadas.³¹

En México, las personas desplazadas sin documentación personal han sido excluidas de los programas gubernamentales de asistencia y de los créditos bancarios.³² A los hijos de los desplazados internos sin documentos se les dificulta entrar al sistema de educación pública. En algunas comunidades, "no van a la escuela porque tienen que tener un acta de nacimiento para inscribirse, y ya sea que nunca la tuvieron, o se perdió o se quemó cuando huyeron de sus comunidades".³³ En Guatemala, durante los años ochenta, las personas desplazadas sin cédula

no podían votar, asistir a la escuela, o gestionar ante las agencias gubernamentales.³⁴

La falta de documentación en Colombia se ha convertido en un problema grave para cientos de miles de personas. Para recibir asistencia de emergencia por parte del gobierno, es necesaria la certificación de desplazado, pero para obtener ésta, los desplazados deben presentar documentos de identidad personal. Como muchos no los tienen, se ven en la posición de tener que regresar a sus zonas de origen para conseguirlos, pero éstas son inseguras. Por tanto, muchos no solicitan la asistencia. Otros no la solicitan por temor a ser focalizados o tener que presentar testigos, de quienes temen que podrían poner a sus amistades o familiares en riesgo.³⁵ Muy pocos municipios en Colombia han realizado esfuerzos por resolver el problema, teniendo

³¹Stavropoulou, "Will Peru's Displaced Return" en Cohen y Deng (eds.), *The Forsaken People*, op. cit., pp. 475-6 y 490.

³²Gustavo Castro y Oncimo Hidalgo, *Población Desplazada de Chiapas*, CIEPAC/PCS, México, julio de 1999, citado en Global IDP Database, Country Profile for Mexico, www.idproject.com

³³Ibidem, y SIPAZ Report, "Los niños de la guerra de baja intensidad", op. cit..

³⁴Juliana Lindsey, "Guatemala's Peace Program: Empty Promise or Peace Dividend for the Internally Displaced?" *Refugee Reports*, Vol. 18, No. 5, U.S. Committee for Refugees, Washington, D.C., marzo de 1997, p. 7.

³⁵Discurso de Francis M. Deng en el Seminario Internacional para Evaluar la Política de Derechos Humanos del Gobierno de Pastrana: Agenda para Superar la Crisis de Derechos Humanos en Colombia, patrocinado por el Comité Académico, Bogotá, Colombia, 7 de septiembre de 2000.

como resultado que sólo una minoría de los desplazados recibe asistencia de emergencia.³⁶

Sin los documentos básicos que necesitan, a saber, la cédula de ciudadanía, el registro civil, y la certificación de desplazado, las personas desplazadas en Colombia carecen de formas de comprobar su propiedad de la tierra u otros bienes, no pueden votar, conducir un automóvil, trabajar en el sector formal, cambiarse de una región a otra, salir del país, o en muchos casos, enviar sus hijos a las escuelas públicas. Muchas personas también carecen de acceso a hospitales y clínicas.

Las mujeres desplazadas internas padecen problemas especiales. En Colombia, para fines de 1999, sólo el 18 por ciento tenía algún tipo de documentación, comparado con el 60 por ciento de los hombres.³⁷ Un conjunto de tradiciones sociales y culturales, el analfabetismo y la falta de recur-

sos, ha impedido la obtención de documentación personal de las mujeres. Aun así, la necesidad de contar con ella es crítica, ya que actualmente, muchas mujeres desplazadas son jefas de familias.³⁸

Los Principios Guía sobre el Desplazamiento, que el Representante del Secretario General para los Desplazados Internos presentó a la ONU en 1998, abordan el problema de la documentación específicamente.³⁹ Según los Principios, las autoridades deben expedir documentos a las personas desplazadas internas, ya sea pasaportes, documentos de identidad personal, actas de nacimiento o actas de matrimonio, a fin de que éstas gocen del derecho de reconocimiento ante la ley. Asimismo, las autoridades deben "facilitar la expedición de nuevos documentos o el reemplazo de documentos perdidos en el transcurso del desplazamiento, sin imponer condiciones irracionales,

³⁶Deng, Profiles in Displacement: Follow-up Mission to Colombia, op. cit., p. 21.

³⁷The Global IDP Database, Colombia Country Profile, Update on UNHCR Response to the Colombian Situation, Ginebra, 1999/2000, www.idproject.com.

³⁸DIAL, "Urabá: Entre la magia y la tragedia: Los destinos de las mujeres," Investigaciones, No. 3, Bogotá, julio de 2000, p. 14.

³⁹Guiding Principles on Internal Displacement, E/CN.4/1998/53/Add.2, 11 de febrero de 1998.

como el tener que regresar al lugar de residencia habitual para obtener éstos u otros documentos requeridos".⁴⁰ Más aún, los Principios afirman que las mujeres tienen igual derecho a obtener los documentos necesarios, así como el derecho "de contar con dicha documentación a su nombre".⁴¹

La documentación ha resultado ser un problema tan urgente en las Américas, que organizaciones como el ACNUR, UNICEF y la OIM, se han involucrado directamente con las autoridades nacionales, apoyando el registro de las personas desplazadas. En Guatemala, en 1996, la documentación formó parte de la ejecución de los acuerdos de paz, y se designaron 11 millones de dólares para proveer a los desplazados y otras personas de documentos de identidad.⁴² Con la presión de organizaciones internacionales y ONGs, en 1999 el gobierno de Perú otorgó documentos de identidad provisionales a más de 356,000 personas, muchas de las cuales eran despla-

zadas. Sin embargo, sólo 21,000 de éstas solicitaron y recibieron documentos permanentes posteriormente. Una razón fue que un número importante de hombres desplazados no había completado su servicio militar obligatorio, y sin prueba de esto, no podía solicitar documentos permanentes.⁴³ Otra razón fue el temor y la desconfianza que persistían de parte de los oficiales de gobierno, para con los desplazados. En este caso, las ONGs podían coadyuvar a mitigar el problema, ya que tenían contacto directo y regular con los desplazados, y podían alentarlos a solicitar sus documentos. Indudablemente, la inclusión de las ONGs en la ejecución del programa incrementaría el número de desplazados con documentos permanentes.

A pesar de que en Colombia se han efectuado decretos presidenciales para reglamentar el registro de las personas desplazadas, el proceso es restrictivo. Algunos oficiales defienden esta restricción

⁴⁰Ibidem, Principio 20 (2).

⁴¹Ibidem, Principio 20 (3).

⁴²Julian Lindsey, "Guatemala's Peace Program", op. cit., p. 7.

⁴³U.S. Committee for Refugees, World Refugee Survey 1999, Washington, D.C., pp. 268-9.

con el argumento de que si fuera más fácil obtener beneficios, la gente diría que es desplazada para acceder al sistema. Otros citan los límites presupuestales para subsidiar "el costo de las fotos y los exámenes para identificar el tipo sanguíneo",⁴⁴ así como la incapacidad de viajar a las aldeas alejadas y peligrosas para obtener los documentos necesarios.⁴⁵ En un discurso en Bogotá en el 2000, el Representante del Secretario General llamó a la autoridades colombianas "a expedir a los desplazados internos, todos los documentos necesarios para el goce y ejercicio de sus derechos legales, sin imponer condiciones irracionales." Asimismo, llamó al gobierno "a asegurar que las personas desplazadas internas sean informadas acerca de cómo obtener la asistencia necesitada". Alabó al Ministerio de Salud y la Organización Panamericana de la Salud (OPS) por elaborar un folleto para los desplazados, cuyo propósito era explicarles sus derechos básicos y los servicios a los que tienen derecho.⁴⁶

En las Américas, los desplazados se organizan

Una de las características más llamativas del desplazamiento en las Américas es el grado en que los desplazados se han organizado para su auto-ayuda. Las asociaciones de las personas desplazadas han surgido en todos los países afectados. Un número significativo de personas desplazadas se ha integrado a estos grupos y se ha vuelto activo en reivindicar sus derechos. Las ONGs locales también se han vuelto cada vez más activas en favor de ellos. De hecho, en cierta medida, este activismo hace que la región de las Américas resalte en comparación con otras regiones del mundo, donde quizás no exista una tradición de organizaciones no-gubernamentales, o donde los desplazados no se involucran en la incidencia o no forman grupos de auto-ayuda.

El Consejo Nacional de Desplazados en Guatemala (CONDEG), por ejemplo, se formó en 1989 para representar a los desplazados y

⁴⁴DIAL, "Uraba", Investigaciones, op. cit., p. 14.

⁴⁵Deng, Discurso en el Seminario Internacional para Evaluar la Política de Derechos Humanos del Gobierno de Pastrana: Agenda para Superar la Crisis de Derechos Humanos en Colombia, op. cit..

⁴⁶ibidem.

para ayudarles a recuperar sus documentos perdidos. Otras agrupaciones, como las Comunidades de Población en Resistencia (CPRs) de las regiones de la Sierra y del Ixcán, exigieron que el gobierno las reconociera como grupos civiles y no militares, y buscaron ayuda de las ONGs internacionales y de la Iglesia Católica para conseguir asistencia humanitaria. Asimismo, las ONGs como el Center for Human Rights Legal Action (Centro de Acción Legal en Derechos Humanos) (CHRLA) representó a los desplazados internos que tenían reclamos de tierra, tanto en Guatemala como ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, mientras que el Centro de Servicios Cristianos acompañó el regreso de poblaciones desplazadas.⁴⁷

Estas actividades realizadas por las organizaciones de personas desplazadas y ONGs, finalmente lograron el reconocimiento de los desplazados por parte del gobierno de Guatemala. Los acuerdos

de paz de 1996 contienen disposiciones específicas para la formación de una comisión nacional compuesta por representantes del gobierno y de personas desarraigadas, para diseñar proyectos que ayudarían a los desplazados a regresar a casa. A mediados de 1997, el gobierno firmó un acuerdo con representantes de las organizaciones de desplazados, el cual requería que el gobierno dotara de tierras y otros servicios a las personas desplazadas. De hecho, más de mil personas desplazadas montaron una protesta en junio de 1998 en la ciudad de Guatemala, cuando el gobierno no cumplió con llevar a cabo sus promesas.⁴⁹

En México, las personas desplazadas se han manifestado y han organizado marchas para exigir que se den las condiciones necesarias para que puedan regresar a sus lugares de origen. Las Abejas, una organización conformada por 30 comunidades de desplazados, organizó una manifestación en agosto del 2000, en la que exigió

⁴⁷Roberta Cohen, "The Response of Regional Organizations to Internal Displacement in the Americas", ponencia presentada en la Conference on Regional Responses to Forced Migration in Central America and the Caribbean, Organización de Estados Americanos (OEA), 30 de septiembre - 1 de octubre de 1997, Washington, D.C.; y Lindsey, "Guatemala's Peace Program", op. cit., p. 7.

⁴⁸U.S. Committee for Refugees, World Refugee Survey 1997, Washington, D.C., p. 235.

⁴⁹U.S. Committee for Refugees, World Refugee Survey 1999, Washington, D.C., p. 266.

acción gubernamental contra la violencia de los grupos paramilitares, así como compensación por la pérdida de tierras y otros bienes. En octubre, grupos indígenas de todas partes de Chiapas organizaron una marcha a la ciudad de México para llamar la atención a su condición.⁵⁰ Tanto el Presidente Fox como el nuevo gobernador de Chiapas, Pablo Salazar, se han demostrado estar preparados para escuchar las preocupaciones de los desplazados.

Aunque en un inicio, los desplazados en Perú fueron cautelosos, a partir del principio de los años noventa, formaron asociaciones, y en 1996, establecieron una coordinadora nacional de dichas asociaciones, que presumía tener una membresía de unas 9,000 familias, o aproximadamente 45,000 personas.⁵¹ Según el Representante del Secretario General y el U.S. Committee for Refugees (Comité Estadounidense para los Refugiados), los despla-

zados en Perú se organizaron a un grado jamás visto en ninguna parte del mundo.⁵² Se formaron organizaciones a nivel local, regional y nacional. Entre las más grandes de las asociaciones, se encuentran la Asociación Interprovincial de Desplazados (ASFADDEL) en Ayacucho, y la Asociación Regional de Desplazados del Centro de Perú, con sede en Junín, que cuenta con 15,000 socios.⁵³ Asimismo, existen organizaciones que apoyan el regreso y el reasentamiento. La Asociación de Reconstrucción y Desarrollo de las Comunidades Altoandinas de Huanta "Llaqtanchikta Qatarichisun", por ejemplo, se estableció en 1996 para ayudar a las comunidades campesinas andinas a recuperar sus tierras y bienes, así como para mejorar las condiciones de vida de las familias. Representa a 51 comunidades afectadas por la violencia política y abarca 2,278 familias ó 8,469 personas.⁵⁴

No obstante, las organizaciones de las personas desplazadas

⁵⁰Servicio Internacional para la Paz, "Vivimos desplazados: Un pueblo sufriendo reclama una respuesta", SIPAZ Report, Vol. 5, No. 4, noviembre de 2000, p. 2.

⁵²U.S. Committee for Refugees, World Refugee Survey 1999, Washington, D.C., p. 269.

⁵³United Nations Committee on Human Rights, Report of the Representative of the Secretary-General, Francis M. Deng, Profiles in Displacement: Peru. E/CN.4/1996/52/Add.1, abril de 1996, p. 28; U.S. Committee for Refugees, World Refugee Survey 1999, op. cit., p. 269.

⁵⁴The Global IDP Database, Peru Country Profile, basado en información proveniente de la Asociación de Familias Desplazadas Insertadas en la Provincia de Huanta (AFADIPH), 1997, www.idpproject.com.

cuentan con pocos recursos financieros. Los donantes han estado más dispuestos a canalizar fondos para dichas organizaciones a través de ONGs, que a apoyar a estas organizaciones directamente. Por tanto, existen tensiones al respecto. Algunos oficiales de las organizaciones de desplazados consideran el apoyo de las ONGs como "paternalista y con intereses propios", y preferirían "que la ayuda de las organizaciones internacionales llegara sin pasar por intermediarios ya que sabemos que cuando se da la asistencia internacional, no nos llega." Otros se han quejado de las "agendas políticas" de algunas ONGs, así como de sus intentos de meter a las organizaciones de desplazados en estas agendas.⁵⁵

No obstante estas tensiones, está claro que las organizaciones de las personas desplazadas han desarrollado una voz y algo de influencia. De hecho, después de ignorarlas en un principio, el gobierno se ha sentido obligado a comunicarse con ellas. Desde lue-

go que el gobierno ha buscado centrar estas discusiones en el regreso de los desplazados a sus lugares de origen, en lugar de discutir su reasentamiento en centros urbanos, para lo cual también necesitan ayuda los desplazados.⁵⁶

Durante mucho tiempo en Colombia, los desplazados básicamente se escondían para preservar su anonimato, pero para mediados de los años noventa, empezaron a buscar seguridad en la solidaridad, tanto a nivel local como nacional. En Cartagena, por ejemplo, se ha organizado una asociación de desplazados por zona de origen, para ayudar a los recientemente desplazados a inscribirse y encontrar dónde vivir.⁵⁷ A nivel nacional, la Coordinación Nacional de Desplazados reúne a las organizaciones de desplazados de 17 departamentos, y busca entablar un diálogo directo con el gobierno acerca de las soluciones para los desplazados. Este grupo nacional paraguas ya ha realizado dos asambleas

⁵⁵U.S. Committee for Refugees, *Go Home/Stay Put*, op. cit., pp. 8 y 10.

⁵⁶*Ibidem*, p. 8.

⁵⁷Briefing de Hiram Ruiz, U.S. Committee for Refugees, citado en Gimena Sánchez, *Memorandum on Items of Interest Regarding Internal Displacement in Colombia*, Brookings Institution, 12 de julio de 2000, p. 6.

nacionales, una en Medellín en marzo del 2000, y la otra en Miel Ibague en julio del mismo año. Asimismo, ha llamado al gobierno a incorporar el asunto del desplazamiento al proceso de paz, así como a formar una Mesa Nacional sobre el desplazamiento interno.⁵⁸

Al igual que en Perú, las organizaciones de desplazados en Colombia no están tan bien establecidas o financiadas como las ONGs que trabajan con dicha población. El Grupo de Apoyo a Organizaciones de Desplazados (GAD), un grupo paraguas que incluye 13 ONGs, es especialmente conocido. Aboga por los desplazados, convoca a reuniones para sensibilizar al público acerca de su condición y ha incidido claramente en las políticas públicas al respecto. La Consultoría para los Derechos Humanos y el Desplazamiento (CODHES), un centro de investigación con sede en Bogotá, conformado por académicos y personas desplazadas, es conocido internacionalmente por sus estadísticas de personas desplazadas internas, así como por su análisis y documentación de sus condiciones. El Diálogo Inter-Agencial (DIAL), que

nació por iniciativa de agencias como Save the Children, Oxfam y Servicios de Consejería de Proyectos, promueve proyectos de desarrollo sostenible para las comunidades desplazadas.

Desde el punto de vista de algunas ONGs, las organizaciones de desplazados son demasiado políticas y tienden, por ejemplo, a apoyar plataformas políticas o a dirigentes políticos específicos. Asimismo, existen diferencias en cuanto a tácticas y estrategias se refieren. Los desplazados aparentemente prefieren marchas, huelgas y la ocupación de edificios públicos para llamar la atención a su condición. La toma en 1999 de las oficinas del ACNUR en Bogotá y la ocupación de las oficinas del Comité Internacional de la Cruz Roja desde noviembre de 1999, no son el tipo de iniciativas que las ONGs apoyan. Sin embargo, algunas sí apoyan la "protesta social", especialmente cuando las autoridades no cumplen con medidas prometidas. En el 2000, la Mennonite Development Foundation (Mencoldes) y Action by Churches Together (ACT) acompañaron a un grupo de 143 familias desplazadas que, cansadas de las

⁵⁸Ibidem.

promesas incumplidas del gobierno, tomaron una agencia gubernamental y ocuparon tierras en las afueras de Neiva, capital de la provincia sureña de Huila.⁵⁹

Las organizaciones de desplazados y las ONGs también compiten por los recursos, al igual que en Perú. Generalmente, los donantes prefieren otorgar sus fondos a las ONGs que cuentan con procedimientos administrativos y contables bien establecidos, que darlos directamente a las organizaciones de desplazados, que tienen menos experiencia fiscal. No obstante, existe una creciente tendencia a canalizar fondos a grupos de desplazados. Se empieza a reconocer su papel importante en expresar las necesidades de los desplazados y en las negociaciones con el Estado, como un aspecto significativo de la solución del problema.

La mayor parte de las organizaciones que defienden los derechos

de los desplazados están dominadas por hombres, y no siempre representan eficazmente las preocupaciones de las mujeres y los menores, que representan la gran mayoría de los desplazados. Por consiguiente, las mujeres han empezado a formar sus propias organizaciones, a fin de hacer conciencia de sus derechos y centrarse en sus necesidades. En Perú, se estableció la Asociación de Mujeres Altoandinas de Huanta para reducir la marginación de las mujeres desplazadas por parte de las instituciones públicas y privadas en la zona de Huanta.⁶⁰ En Ayacucho, aproximadamente 80,000 mujeres están participando en organizaciones de mujeres,⁶¹ y en 1998, mujeres desplazadas de todo Perú realizaron una conferencia nacional con el fin de centrarse en las mujeres afectadas por el conflicto. Dicha conferencia contó con 2,700 participantes.⁶² Asimismo, en Colombia en 1999, las mujeres desplazadas de dife-

⁵⁹Paul Jeffrey, "Churches Rethink Assistance to Displaced", Dateline ACT Colombia, Bogotá, 24 de octubre de 2000.

⁶⁰"Afirmando la Institucionalidad", Revista de la Mesa Nacional y Regional sobre Desplazamiento, Año IV, No. 5, agosto de 1999, p. 39.

⁶¹Deng, Profiles in Displacement: Peru, op. cit., p. 29.

⁶²U.S. Committee for Refugees, World Refugee Survey 1999, Washington, D.C., p. 269.

rentes partes del país se reunieron, aunque en privado, para formar su propia organización nacional. La asociación de mujeres campesinas, Anmucic, tiene entre sus socias a muchas mujeres desplazadas. Para las mujeres que rara vez participaron en la vida pública de sus comunidades antes del desplazamiento, los grupos de mujeres ofrecen un medio importante de empoderamiento, así como un conducto mediante el cual pueden afirmar sus derechos a los servicios básicos, lo cual es crítico, debido a que muchas se han hecho responsables de la sobrevivencia de sus familias.

Pero lo hacen con graves riesgos para consigo mismos y sus dirigentes

Si los desplazados internos en las Américas están mejor organizados que en otros lugares, pagan el precio de esta distinción con altos costos personales. Los dirigentes de las organizaciones de desplazados y de ONGs locales han sido amenazados, puestos como blancos y en muchos casos, asesinados. Existe una sospecha profunda del papel de observador que tratan de jugar las organizaciones inde-

pendientes en los países afectados por el desplazamiento interno. Cuando estos grupos critican al gobierno y sus políticas, las fuerzas paramilitares y de seguridad los señalan como "traidores", y se les acusa de proteger a los grupos rebeldes o de ser simpatizantes de las causas de éstos. Mientras tanto, los grupos rebeldes también denuncian a las ONGs por evidenciar los abusos de los derechos humanos que cometen, por tanto, contribuyendo al ambiente de intolerancia que pone en peligro a la gente que trabaja con desplazados.

Probablemente sea Colombia el país más peligroso para los dirigentes de las organizaciones de desplazados y para las ONGs locales que las ayudan. En su segunda visita a Colombia en 1999, el Representante del Secretario General reportó haber recibido "informes de numerosos casos de graves violaciones de los derechos humanos, incluyendo asesinatos, de los individuos que trabajan con desplazados".⁶³ El reporte identificó a 127 dirigentes de comunidades indígenas de desplazados, que habían sido asesinados entre 1998 y 1999.⁶⁴ La Comisión Interamericana de

⁶³Deng, Profiles in Displacement: Follow-up Mission to Colombia, op. cit., p. 21.

⁶⁴Ibidem, p. 20.

Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos también encontró que "los activistas de derechos humanos que trabajan con desplazados, conectados a instituciones gubernamentales o no, cuyas actividades tienen que ver con brindar protección legal o asistencia humanitaria a las personas desplazadas, han sido el blanco de serias violaciones de derechos humanos".⁶⁵ Asimismo, la oficina de La Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha recibido una gran cantidad de indicios de amenazas y ataques contra comunidades de desplazados y sus dirigentes.⁶⁶ En 1999 y 2000, agencias de la ONU reportaron un incremento en el número de amenazas y asesinatos cometidos contra aquellos que trabajan con desplazados, espe-

cialmente en las regiones de Magdalena Medio, Urabá, y Chocó.⁶⁷

Los oficiales del gobierno colombiano tampoco son inmunes al ataque. Los paramilitares han focalizado al representante local de la Defensoría del Pueblo, que registra quejas relacionadas con derechos humanos, así como al personal del Ministerio del Interior, quienes administran programas de bienestar social para los desplazados. Los trabajadores locales de la Red de Solidaridad Social, la principal agencia gubernamental para desplazados, también reciben amenazas.⁶⁸ En 1999, grupos paramilitares secuestraron a la Presidenta de la Comisión de Derechos Humanos del Senado, una osada defensora de los derechos humanos de los

⁶⁵Organización de Estados Americanos, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Third Report on the Human Rights Situation in Colombia, OEA/Ser.L/II.102,Doc.9,Rev. 1, Washington, D.C.,26 de febrero de 1999, p. 220.

⁶⁶United Nations Commission on Human Rights (CHR), Report of the United Nations High Commissioner for Human Rights on the Office in Colombia, E/CN.4/1999/8,16 de marzo de 1999, p. 16.

⁶⁷Ibidem, p. 16.Véase también United Nations Office for the Coordination of Humanitarian Affairs (OCHA), Crises of Internal Displacement: Status of the International Response through IASC Members and their Partners 2000, 17/07/2000, p. 39.

⁶⁸En 2000,un funcionario de la Red en Montería fue asesinado, y en Valle del Cauca,un familiar de un coordinador de la Red fue asesinado, mientras que otros tres familiares fueron secuestrados. Véase Gimena Sánchez, Memorandum on Recent Developments in the Internal Displacement Situation in Colombia,7 de diciembre de 2000, p. 4.

desplazados, quien salió del país después de ser liberada.⁶⁹

La mayor parte de los ataques proviene de los paramilitares, pero sus conexiones con los militares colombianos garantizan su inmunidad del arresto por actos delictivos.⁷⁰ Incluso, algunas de las declaraciones del gobierno y de oficiales militares hasta han alentado a miembros de los paramilitares y de las fuerzas armadas a focalizar a los activistas pro desplazados. In 1998 y 1999, unos 80 defensores de derechos humanos huyeron del país, y varias ONGs de derechos humanos cerraron sus oficinas por temor.⁷¹

En septiembre de 1999, el Presidente Pastrana tomó un paso importante al emitir una Directiva Presidencial que condena las amanezas y asaltos contra ONGs y grupos de derechos humanos, así como las declaraciones que las desacreditan u hostigan.⁷² Con-

vierte en "prioridad" gubernamental la "protección de los defensores de derechos humanos", y pide que el Ministerio del Interior tome las medidas eficaces de protección en favor de ellos, proporcionándoles radios, vidrios anti-balas, chalecos anti-balas y protección policial.⁷³ Desafortunadamente, la ejecución de esta directiva ha sido lenta, y aun cuando se proporciona el material, los defensores de derechos humanos siguen siendo amenazados y asesinados.⁷⁴ Más aún, no queda claro si los programas de protección del gobierno se aplican a las organizaciones de desplazados y las ONGs que trabajan a favor de ellos. Según reportes, en algunas se les ha negado acceso al programa de protección, con el argumento de que no tienen cabida en la definición de defensor de derechos humanos.⁷⁵

Es clave la inclusión en el programa gubernamental de protección,

⁶⁹Deng, Profiles in Displacement: Follow-up Mission to Colombia, op. cit., p. 21.

⁷⁰Human Rights Watch, World Report 2001, p. 114.

⁷¹Human Rights Watch, World Report 2000, p. 121.

⁷²Gimena Sánchez, Memorandum of Meeting at the Colombian Embassy, 7 de diciembre de 2000.

⁷³U.S. Committee for Refugees, "Colombia Update", Washington, D.C., 5 de octubre de 1999.

⁷⁴Human Rights Watch, World Report 2001, p. 118.

⁷⁵Fuente confidencial en Colombia.

de aquellos que trabajan en favor de los desplazados, ya que están defendiendo los derechos humanos de personas que han sido desplazadas. Un programa eficaz de protección también llevaría ante la justicia, a aquellos que cometen delitos contra estas personas. Asimismo, tomaría medidas para eliminar la colaboración que existe entre las fuerzas militares colombianas y los paramilitares. Aunque el procurador giró órdenes de aprehensión contra paramilitares en 1998 y 1999, los militares no las llevaron a cabo eficazmente.⁷⁶ El programa gubernamental de protección también debe incluir una campaña de información pública encaminada a modificar la percepción distorsionada que tiene el público de los desplazados, misma que ha sido nutrida por el dirigente paramilitar Carlos Castaño. Al acusar reiteradamente a las ONGs y a los defensores de derechos humanos de ser "paraguerrillas", Castaño ha pintado a las AUC como los

defensores o "brazo armado" de la clase media.⁷⁷ Incluso ha anunciado públicamente que en represalia por los secuestros grupales por parte de las fuerzas guerrilleras, las AUC secuestrarían a miembros de ONGs, sindicalistas, investigadores sociales y otras personas imputadas con ser agentes de la insurgencia.⁷⁸ La Directiva Presidencial deberá hacer que le incumba al gobierno desafiar tales declaraciones, y anunciar que en caso de encontrarse algún vínculo entre defensores de derechos humanos y las fuerzas insurgentes, se presentará dicha información a las autoridades judiciales competentes y se investigará debidamente.⁷⁹

En Perú, miembros del gobierno también han hecho declaraciones insinuando que activistas de derechos humanos, académicos, ONGs y dirigentes políticos y sociales están implicados con "terroristas", así incrementando las posibilidades de que sean perse-

⁷⁶Human Rights Watch, World Report 2001, pp. 114-115.

⁷⁷Ibidem, p. 115.

⁷⁸United Nations Commission on Human Rights (CHR), op. cit., p. 16.

⁷⁹Washington Office on Latin America, Losing Ground: Human Rights Advocates under Attack in Colombia (Executive Summary), Washington, D.C., octubre de 1998.

guidos o llevados a juicio injustamente.⁸⁰ Y al igual que en Colombia, las fuerzas insurgentes como Sendero Luminoso han condenado a los activistas de derechos humanos al denominarlos partes "reaccionarias" y "burgueses" del establecimiento. Asimismo, han asesinado a miembros de organizaciones de iglesias que ayudan a los desplazados internos.⁸¹ Según reportes, en 1996, Sendero Luminoso asesinó a 124 personas, incluyendo dirigentes comunitarios en zonas de regreso de refugiados y desplazados internos.⁸²

Durante los años noventa en Guatemala, miembros de organizaciones de desplazados a menudo reportaban que su personal era vigilado y amenazado.⁸³ El caso de la antropóloga Myrna Mack Chang en particular, captó la atención internacional. Chang investigó y escribió acerca de la

condición de las personas desplazadas, y co-fundó la Asociación Guatemalteca para el Avance de las Ciencias Sociales (AVANCSO). En septiembre de 1990, dos días después de que la Universidad de Georgetown publicó su reporte, Assistance and Control: Policies toward Internally Displaced Populations in Guatemala, Chang fue asesinada a puñaladas en la calle.⁸⁴ No fue sorprendente que el principal investigador policial analizando el caso, también fue asesinado después de haber reportado que el caso tenía motivos políticos y que uno de los asesinos era un ex-soldado en la rama de inteligencia del Estado Mayor Presidencial. Después de un proceso legal tortuoso, en el que jueces y tribunales, en temor por su seguridad, transferían el caso a otros jueces y tribunales repetidamente, el ex-soldado identificado por el investigador policial, fue declarado culpable y sentenciado en

⁸⁰Stavropoulou, "Will Peru's Displaced Return?", op. cit., p. 465.

⁸¹Deng, Profiles in Displacement: Peru, op. cit., 29.

⁸²U.S. Committee for Refugees, World Refugee Survey 1997, Washington, D.C., p. 238.

⁸³United Nations Commission on Human Rights, Report by the Independent Expert, Mrs. Monica Pinto, on the Situation of Human Rights in Guatemala, E/CN.4/1995/15, 20 de diciembre de 1994***[ESTAS FECHAS NO COINCIDEN], p. 40.

⁸⁴National Academy of Sciences Scientists and Human Rights in Guatemala, National Academy Press Washington, D.C., 1992, pp. 9-10.

1993. Sin embargo, los oficiales de alto rango que ordenaron el asesinato aún permanecen en libertad, aunque fueron acusados en 1996 por ser los autores del crimen.⁸⁵ El caso de Myrna Mack congeló la investigación académica sobre el desplazamiento en Guatemala, pero comentaristas concluyeron que si el asesinato de Mack "fue un esfuerzo por parte del ejército por callar sus puntos de vista políticos, le ha salido el tiro por la culata".⁸⁶ El caso llamó la atención del público a la condición largamente ignorada de los desplazados.

En México, el anterior Presidente Ernesto Zedillo también reflejó la sospecha de su gobierno hacia los que ayudan a los desplazados, cuando declaró públicamente en enero del 2000: "Ya no necesitamos que los autodenominados representantes de la sociedad civil, ahora llamados ONGs, hablen en nombre de los pobres

en los países en desarrollo".⁸⁷ No es sorprendente que trabajadores de derechos humanos y miembros del clero que trabajan con desplazados en Chiapas, reportaron haber recibido amenazas de muerte, y que ONGs internacionales intentando visitar Chiapas fueron hostigados, y docenas fueron expulsados en 1999.⁸⁸ Sin embargo, actualmente se está dando un cambio de actitud por parte del Presidente Fox, quien se ha comprometido a hacer de los derechos humanos una prioridad, así como a resolver el conflicto en Chiapas.⁸⁹

Algunas innovadoras soluciones institucionales en la Américas

Los asuntos relativos al desplazamiento han encontrado innovadoras respuestas institucionales en las Américas. La Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA) de

⁸⁵U.S. Department of State, Declaración a la Prensa de James B. Foley, Vocero Adjunto, 25 de enero de 1999.

⁸⁶Americas Watch y Physicians for Human Rights, Guatemala: Getting Away with Murder, Nueva York, agosto de 1991, pp. 40-41.

⁸⁷The Global IDP Database, Colombia Country Profile, basado en Servicio Internacional para la Paz, SIPAZ Report, Vol. 5, No. 1, marzo de 2000.

⁸⁸Amnesty International, Annual Report, junio de 1999, p. 249.

⁸⁹Kevin Sullivan, "Fox Names Leftist as Foreign Minister", Washington Post, 23 de noviembre de 2000.

1989, convocada por ACNUR y los gobiernos de Centroamérica, es una de las más conocidas. Estableció mecanismos a nivel internacional, regional y nacional para el diseño y ejecución de programas de reintegración para refugiados retornados y desplazados internos. Bajo su Plan de Acción, los gobiernos centroamericanos y donantes internacionales se comprometieron a realizar programas humanitarios y de desarrollo de largo alcance, para los pueblos desarraigados, y muchos de éstos se llevaron a cabo eficazmente.⁹⁰ Adicionalmente, el Programa de Desarrollo para Desplazados, Refugiados y Retornados en Centroamérica (PRODERE) tuvo éxito en reunir agencias de asistencia y desarrollo a lo largo de cinco años, a fin de facilitar la reintegración de más de dos millones de personas desarraigadas. Funcionando entre 1989 y 1995, PRODERE apoyó la restauración de infraestructura y de proyectos comunitarios y de desarrollo, y apoyó a las personas desplazadas

en la consecución de documentos legales y asistencia legal.⁹¹

A pesar de que algunos estudios han mostrado que los desplazados internos pudieron haber recibido más atención bajo ambos programas,⁹² en general se considera que CIREFCA y PRODERE fueron de las más exitosas aproximaciones regionales a la reintegración de la población desarraigada. Los procesos regionales presentados en otras partes del mundo, como el Commonwealth of Independent States (CIS) y los Grandes Lagos de Africa, han padecido falta de seguimiento, insuficientes recursos, conflictos prolongados y ausencia de una tradición de ONGs. Ciertamente, se considera que Centroamérica ha sido el "laboratorio" más eficaz en cuanto a intentos de abordar situaciones post-guerra con el involucramiento de la población desarraigada.⁹³

La Organización de Estados Americanos (OEA), que es la insti-

⁹⁰Cohen y Deng, *Masses in Flight*, op. cit., p. 69.

⁹¹*Ibidem*, pp. 28, 184.

⁹²*Ibidem*, nota no. 31.

⁹³U.S. Committee for Refugees, *World Refugee Survey 1993*, Washington, D.C., p. 3.

tución política para la región de las Américas, también ha planteado soluciones innovadoras para el desplazamiento interno. Ciertamente, la OEA es la primera y hasta la fecha, la única organización regional en el mundo que ha creado un puesto exclusivamente asignado al problema del desplazamiento interno. En 1996, su Comisión Interamericana de Derechos Humanos nombró un relator especial para los desplazados "en reconocimiento de la grave situación que viven las personas desplazadas en varios países del hemisferio".⁹⁴ El relator seleccionado, Robert Kogod Goldman, fue el principal redactor de los Principios Guía sobre el Desplazamiento Interno. Desde su nombramiento, ha estado monitoreando situaciones de desplazamiento interno en las Américas. El informe de la Comisión de 1999 sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, contiene un capítulo largo acerca del desplazamiento

interno, con recomendaciones dirigidas tanto al gobierno como a los grupos insurgentes.⁹⁵ El próximo informe de la Comisión, que será acerca de Guatemala y cuya publicación está programada para el 2001, también se centrará en el desplazamiento interno.

Aun antes de que se nombrara el relator, la Comisión había empezado a informar sobre la situación de los desplazados internos en Haití y Guatemala, y en el caso de Nicaragua, tomó una decisión radical. Ya para 1984, formuló la decisión de que se debería compensar a los indígenas Miskito por el daño incurrido a sus propiedades durante el desplazamiento.⁹⁶ Esta decisión contribuyó a guiar futuros enfoques respecto al regreso de los desplazados internos, e influyó en el desarrollo de los Principios Guía en este asunto.⁹⁷

Algunos han propuesto que la Comisión tome pasos adicionales,

⁹⁴Inter-American Commission on Human Rights, Comunicado de Prensa 3/96, 8 de marzo de 1996.

⁹⁵Organización de Estados Americanos, Third Report on the Human Rights Situation in Colombia, pp. 195-223.

⁹⁶Cohen y Deng, *Masses in Flight*, op. cit., nota no. 93, pp. 379-80.

⁹⁷Walter Kaelin, *Guiding Principles on Internal Displacement: Annotations*, Studies in Transnational Legal Policy, No. 32, American Society of International Law and Brookings Institution Project on Internal Displacement, junio de 2000, p. 73. Véase también Simon Bagshaw, "Property Restitution and the Development of a Normative Framework for the Internally Displaced", *Refugee Survey Quarterly*, Vol. 19, No. 3, Ginebra, 2000, pp. 212-213.

especialmente en el sentido de que la población desplazada sepa cómo presentar reclamos individuales ante la Comisión. A la fecha, no se han presentado ante la Comisión, las ONGs ni los individuos que representan a los desplazados, con violaciones de sus derechos. Asimismo, se ha sugerido que la Comisión se involucre en medidas preventivas, y de hecho, la Comisión ha iniciado tales medidas con respecto a las amenazas que se han hecho contra comunidades de desplazados internos en Colombia.⁹⁸

La Comisión se ha visto limitada ante la posibilidad de volverse más activa en cuestiones de desplazamiento interno, debido a su enorme carga de trabajo relativa a casos individuales de derechos humanos, así como sus recursos limitados. Recibe menos del dos por ciento del presupuesto total de la OEA (más de cien millones de dólares), a pesar de que los derechos humanos y la democracia son objetivos principales de la OEA.⁹⁹ Sin embargo, la Comisión se ha comprometido al crear el

primer puesto institucional a nivel regional para el manejo del desplazamiento interno, y está realizando importantes esfuerzos por incluir dentro de su mandato, la protección de los desplazados internos.

Más allá de la estructura de la OEA, existe otra iniciativa innovadora del hemisferio, a saber, la Consulta Permanente sobre el Desplazamiento Interno en las Américas (CPDIA). Creada en 1992 por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, está conformada por representantes de organizaciones intergubernamentales, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, ONGs y expertos individuales. CPDIA sirve como banco de información sobre a los desplazados internos, brinda asistencia técnica a los gobiernos y las organizaciones que trabajan con desplazados, y organiza reuniones, foros y programas educativos y de capacitación para las personas desplazadas. A la fecha, CPDIA ha redactado un conjunto de principios legales que resultaron ser

⁹⁸The Brookings Institution Project on Internal Displacement, Report of the International Colloquy on the Guiding Principles on Internal Displacement, Gobierno de Austria y el Representante del Secretario General para los Desplazados Internos (anfitriones), Viena, Austria, 21-23 de septiembre de 2000, pp. 17-18.

⁹⁹Cohen y Deng, *Masses in Flight*, op. cit., p. 231.

valiosos en la formulación de los Principios Guía sobre el Desplazamiento Interno; asimismo, ha emprendido misiones in situ a Colombia, Guatemala y Perú, y ha presentado recomendaciones confidenciales a dichos gobiernos; además ha brindado apoyo a proyectos de base para personas desplazadas.¹⁰⁰ Actualmente, CPDIA busca establecer un Instituto para la Planeación Avanzada, la Investigación Especializada, la Información y Capacitación para la Prevención y el Tratamiento de Migraciones Repentinas en las Américas, que consolidaría toda la información y documentación bibliográfica relevante en la región, y emprendería programas de capacitación para el personal gubernamental e intergubernamental, así como ONGs.¹⁰¹

A pesar de que CPDIA enfrenta limitaciones presupuestarias, además de las dificultades organizacionales inherentes al intento de reunir grupos dispares con diversas agendas, destaca como un ejemplo único de una innovación institucional a nivel regional, que podría ser reproducida en otras

partes del mundo. Se beneficiaría de vínculos institucionales más fuertes con el Representante del Secretario General para los Desplazados Internos y con el Relator Especial de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Uso de los Principios Guía sobre los Desplazados Internos

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos fue la primera instancia regional en endosar y sistemáticamente aplicar los Principios Guía sobre el Desplazamiento Interno en su trabajo. Como ya se mencionó, los Principios son los primeros estándares internacionales desarrollados respecto a las personas desplazadas, y establecen los derechos de los desplazados y las obligaciones de los gobiernos y los grupos insurgentes para con esta población. En su visita a Colombia en 1998, la Comisión utilizó los Principios como la vara para monitorear las condiciones, y afirmó que considera que los Principios son "la reformulación más integral de las normas aplicables a los despla-

¹⁰⁰Ibidem, p. 231.

¹⁰¹Cristina Zeledón, Declaración en el International Colloquy on the Guiding Principles on Internal Displacement, Viena, 21-23 de septiembre de 2000.

dos internos", y que aportan "orientación perentoria a la Comisión acerca de cómo se debe interpretar y aplicar la ley".¹⁰² La aceptación y uso de los Principios por parte de la Comisión, han alentado a los gobiernos y a grupos no gubernamentales a basar sus políticas y programas en las disposiciones contenidas en ellos.

Ciertamente, una representante de una ONG líder en Colombia afirmó que la "aceptación general de los Principios Guía por parte de una amplia gama de agentes institucionales y sociales, es un hecho".¹⁰³ En su visita a Colombia en 1999, el Representante del Secretario General encontró que oficiales del gobierno aceptaban los Principios como base para el diálogo. De hecho, varios oficiales prepararon un análisis del despla-

zamiento en Colombia sobre la base de los Principios.¹⁰⁴ El Embajador colombiano ante las Naciones Unidas comentó al Consejo Económico y Social en julio del 2000, que el gobierno de Colombia había "encontrado que estos principios eran una guía útil" para su trabajo.¹⁰⁵ La Oficina de la Defensoría del Pueblo incluyó los Principios en su campaña de sensibilización pública sobre el desplazamiento interno, mientras que la Red de Solidaridad Social incluyó los Principios en su compendio, Atención a la Población Desplazada por el Conflicto Armado. La Corte Constitucional de Colombia también ha citado los Principios en una resolución reciente, argumentando que "deben ser utilizados como parámetros para la creación de reglas y para la interpretación de las leyes relativas al desplazamiento forzado".¹⁰⁶

¹⁰²Organización de Estados Americanos, Third Report on the Human Rights Situation in Colombia, op. cit., p. 197.

¹⁰³Grupo de Apoyo a Organizaciones de Desplazados (GAD), Ponencia sobre los Principios Guía sobre el Desplazamiento Interno y su Aplicación en Colombia: Logros, Dificultades y Perspectivas", presentada por Marcela Salazar en el International Colloquy on the Guiding Principles on Internal Displacement, Viena, 21-23 de septiembre de 2000, pp. 10-11.

¹⁰⁴Deng, Profiles in Displacement: Follow-up Mission to Colombia, op. cit., p. 3.

¹⁰⁵Declaración de Francis M. Deng en el Seminario Internacional sobre la Evaluación de la Política de Derechos Humanos del Gobierno de Pastrana: Agenda para Superar la Crisis de los Derechos Humanos en Colombia, patrocinado por el Comité Académico, Bogotá, Colombia, 7 de septiembre de 2000.

¹⁰⁶Sentencia de la Corte Constitucional Tutela T-186589/T-201615/T-2549, septiembre de 2000, citada en Grupo de Apoyo (GAD), ponencia sobre los Principios Guía, presentada por Marcela Salazar.

Las ONGs colombianas han estado difundiendo y aplicando los Principios Guía. En mayo de 1999, el GAD organizó un taller en Bogotá, en cooperación con el U.S. Committee for Refugees (Comité Estadounidense para los Refugiados) y el Brookings Institution Project on Internal Displacement, sobre la puesta en práctica de los Principios en Colombia. El taller reunió oficiales del gobierno, ONGs locales, ONGs internacionales y agencias y representantes de las comunidades de desplazados internos, con el propósito de analizar la situación del desplazamiento interno en Colombia, sobre la base de los Principios, así como para discutir estrategias encaminadas a mejorar su aplicación. La declaración final del taller hizo hincapié en la importancia de poner los Principios en práctica en Colombia. Actualmente, el GAD y la Organización Panamericana de la Salud (OPS) están traduciendo al español, el Handbook for Applying the Guiding Principles on Internal

Displacement (Manual para aplicar los Principios Guía sobre el Desplazamiento Interno), con el fin de ayudar al personal de campo internacional y a las ONGs, a aplicar los Principios en el terreno.¹⁰⁷

La Conferencia Episcopal de Colombia también ha estado utilizando los Principios Guía como plataforma para sus parroquias. Ciertamente, ha diseñado un programa que utiliza los Principios Guía para explicar, promover y evaluar el asunto del desplazamiento interno en sus 70 diócesis.¹⁰⁸ Otras organizaciones, como el DIAL y CODHES, han publicado los Principios Guía.¹⁰⁹

En Perú, las ONGs también han empezado a difundir y aplicar los Principios Guía como indicadores en el monitoreo y evaluación de políticas y leyes nacionales, así como para promover y fortalecer el diálogo con el gobierno sobre los derechos de los desplazados

¹⁰⁷Office for the Coordination of Humanitarian Affairs and the Brookings Institution Project on Internal Displacement, Handbook for Applying the Guiding Principles on Internal Displacement, Naciones Unidas, 1999.

¹⁰⁸Gimena Sánchez, Memorandum on Visit to Colombia, 7-8 de septiembre de 2000, Bogotá, p. 2.

¹⁰⁹Ibidem. DIAL incluye los Principios en su publicación de 1999 llamada The Guiding Principles and Law 387, la cual evalúa la Ley 387 a la luz de los Principios. CODHES reprodujo los Principios en un análisis de 500 páginas del desplazamiento en Colombia, llamado A Country which Flees, publicada en 1999.

internos. El Comité Nacional para el Desplazamiento, una organización paraguas conformada por 50 organizaciones, realizó un seminario en el 2000 sobre "Políticas Públicas Sociales y la Construcción de Ciudadanía en Areas Afectadas por la Violencia Política". En dicho seminario, se formularon propuestas para asistir a la población desplazada dentro del marco de los Principios Guía. Un segundo seminario está programado para el 2001, con el fin de llegar a ciertas zonas, en particular, la región oriente, donde el acceso es limitado.¹¹⁰

Sin embargo, las organizaciones de desplazados aún no han utilizado los Principios Guía en las Américas, tan ampliamente como las ONGs y las organizaciones internacionales. Una parte del problema yace en el idioma y el analfabetismo. En Colombia, se emprenderá una campaña de ONGs con el fin de popularizar los Principios y hacerlos más accesibles a las comunidades desplazadas. Si es exitosa, los Principios podrían resultar ser una herramienta valiosa en el proceso de

empoderamiento de las comunidades desplazadas. Más aún, su aplicación continua en las Américas servirá para mejorar su posición internacional así como la posibilidad de que se conviertan en parte del derecho internacional consuetudinario en el futuro.

Conclusión

En gran parte, el desplazamiento interno en las Américas ha sido el producto de conflictos internos violentos relacionados con el inadecuado ejercicio del poder, la exclusión de indígenas y otras clases sociales empobrecidas de la vida política y económica del país, la distribución inequitativa de la tierra, la ausencia de recursos judiciales eficaces, y en el caso de Colombia, la violencia sistematizada y desenfrenada. Aunque las soluciones políticas serían sin lugar a dudas, la respuesta más eficaz a tales problemas subyacentes, la respuesta predominante en las Américas ha sido una alta dependencia de las fuerzas militares y paramilitares. Esto tuvo relevancia especial durante el período de la Guerra Fría, cuando la

¹¹⁰IPAZ y Comité Nacional para el Desplazamiento-Perú, "Peru, la población desplazada afectada por la violencia política y los Principios Guía sobre el Desplazamiento", ponencia presentada por José Coronel Aguirre en el International Colloquy on the Guiding Principles on Internal Displacement, Viena, 21-23 de septiembre de 2000.

población desplazada, en su mayoría provenientes de la infraclase de pobres, rurales e indígenas, fue señalada como "izquierdista" y convertida en blanco militar. Empero, también es cierto hoy día. La continua polarización política y económica en muchos países latinoamericanos hace que los desplazados, sus dirigentes y los grupos no gubernamentales que les apoyan, estén expuestos a cargos de subversión y vulnerables ante los ataques militares o paramilitares. Ciertamente, las amenazas contra y los asesinatos de dirigentes de asociaciones de personas desplazadas y ONGs en Colombia, son los más virulentos del mundo.

Aunque el Presidente Fox de México y el Presidente Pastrana de Colombia se han demostrado estar claramente a favor de las soluciones políticas, en el caso de Colombia, este compromiso aún no ha resultado en la protección mejorada de aquellas personas que están desplazadas o en riesgo de ser desplazadas. Ciertamente, los vínculos cercanos entre los militares colombianos y las fuerzas paramilitares, ponen en riesgo las propias soluciones políticas que el gobierno sostiene. Además fomentan la desconfianza de los

desplazados y las instituciones de la sociedad civil que podrían protegerles, y facilita que los paramilitares desarraiguen y maten con impunidad.

Los esfuerzos de las organizaciones no gubernamentales por ayudar a los desplazados internos, representan algunas de las señales más prometedoras a nivel nacional en las Américas. En comparación con otras regiones del mundo, donde existe poca o nula tradición de ONGs, sus esfuerzos y sus actividades de incidencia han sido notables en el aumento de la visibilidad nacional e internacional del problema del desplazamiento en sus países. Pero los esfuerzos de los propios desplazados por establecer grupos de auto-ayuda y organizaciones para defender sus derechos, han sido aún más sobresalientes. Ciertamente, el alto grado de organización entre los desplazados merece estudio, especialmente con miras a ver cómo se puede fortalecer a tales grupos y si es que tales arreglos institucionales podrían reproducirse en otras partes del mundo.

Los esfuerzos regionales en las Américas también han instruido. El proceso de CIREFCA que ayudó a reintegrar las personas despla-

zadas, el nombramiento dentro del marco de la OEA de un relator sobre personas desplazadas internas, los informes y las recomendaciones acerca del desplazamiento interno publicados por la Comisión Interamericana de Derechos

Humanos, y la creación de la Consulta Permanente sobre el Desplazamiento Interno en las Américas, son iniciativas innovadoras que podrían servir como modelos valiosos para otras regiones.

REGIONALIZACIÓN Y ARMONIZACIÓN DEL DERECHO DE LOS REFUGIADOS: UNA PERSPECTIVA LATINOAMERICANA

José H. Fischel de Andrade*
Funcionario de ACNUR

Síntesis

Existe una tendencia creciente hacia la armonización de normas y procedimientos en una variedad de campos legales, los cuales incluyen el Derecho de los Refugiados. En tanto que la Convención de 1951 puede servir de guía para la sistematización de la práctica actual, la flexibilidad a menudo dependerá de las realidades regionales, sus valores y experiencias. De forma ideal, los enfoques de la política regional deberían complementar este régimen sin que esto signifique el abandono de los principios generales establecidos por la comunidad internacional. En este artículo, el autor examina los enfoques de la política regional así como los procesos para su armonización. Se refiere a las distintas definiciones en América Latina con respecto a los refugiados y a las personas

necesitadas de la protección internacional, así como a los procedimientos existentes para la determinación del estatuto de refugiado en la región. El autor toma nota de la posición del ACNUR en lo que respecta a la política de armonización y hace referencia al enfoque pragmático que se adoptó durante la Declaración de Cartagena de 1984. Desde su punto de vista, la armonización regional de las legislaciones domésticas en América Latina es necesaria para evitar conflictos y soluciones contradictorias para problemas similares. El autor sugiere que tanto el ACNUR como los órganos supervisores establecidos bajo la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, de 1969, podrían jugar un papel importante en dicha área. Hasta el momento solamente un número limitado de países de América Latina ha adoptado legislación

* Abogado (Universidad de Brasilia), Maestría (LLM) en Derecho Internacional (Universidad de São Paulo), Diplomé (Institut International des Droits de l'Homme, Strasbourg), Investigador Asociado y Profesor de Derecho Internacional (Universidad de Brasilia), Profesor de Derecho Internacional (Universidad Católica de Brasilia), Funcionario del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Las opiniones expresadas en este artículo son las del autor y no reflejan, necesariamente, las del ACNUR o las de Naciones Unidas.

referente a la condición de refugiado y establecido mecanismos para el reconocimiento formal de los refugiados, de manera que el autor hace una serie de recomendaciones para un enfoque regional armonizado, sugiriendo que es de interés de los distintos Estados el evitar políticas y situaciones no reguladas.

1. Introducción

El tema de la regionalización surge dentro del contexto de la tendencia general hacia la armonización de normas y procedimientos en una variedad de campos legales, incluyendo el Derecho de los Refugiados.

Debido a que la naturaleza de los flujos migratorios ha cambiado, sin que los que redactaron la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados¹ de 1951, pudiesen prever enteramente estos cambios, los Estados han venido interpretando y aplicando la Convención,

así como otros instrumentos, y el Derecho de los Refugiados en formas muy diversas. Un reto fundamental pareciese ser la racionalización y sistematización de las prácticas existentes. Hasta cierto punto esto puede realizarse a través de una interpretación de buena fe de la Convención, con una aplicación generosa y liberal, manteniendo en mente su objetivo fundamental. La Convención de 1951 ha probado ser un instrumento sólido, pero flexible, para brindar protección internacional a millones de refugiados alrededor del mundo, y continúa teniendo relevancia directa para muchas, si no todas las situaciones actuales que producen refugiados². Es, por lo tanto, un instrumento de derechos humanos de carácter fundamental, que aún hoy atrae tanto el compromiso³ como la lealtad continua de los Estados Partes.

La validez, relevancia y flexibilidad de la Convención de 1951 deben

¹De aquí en adelante "Convención de 1951" o "Convención"; para el texto, ver 189 United Nations Treaty Series (1954), pp. 137-221; o *Compilación de Instrumentos Jurídicos Internacionales: principios y criterios relativos a refugiados y derechos humanos*, vol. I, Ginebra, ACNUR, 1992, pp. 117-141.

²G. Walzer, "Statement of the UN Deputy High Commissioner for Refugees on the Occasion of the 10th Anniversary of the Cartagena Declaration on Refugees", in *Memoria del Coloquio Internacional: 10 años de la Declaración de Cartagena sobre Refugiados (Coloquio de San José Costa Rica, 5-7 Dic. 1994)*, San José, ACNUR/IIDH, 1995, p. 30.

³México recientemente ratificó a la Convención de 1951, el 7 de junio de 2000.

por lo tanto orientar la racionalización y la sistematización de las prácticas actuales. Esta flexibilidad dependerá a menudo de las realidades regionales, sus valores y experiencias. Por lo tanto los enfoques regionales hacia la protección de los refugiados, sin abandono de los principios endosados por la comunidad internacional, deberán guiar y complementar las acciones para la resolución, o al menos mitigación, de la problemática de los refugiados.

El análisis que se propone en el presente artículo primeramente examina lo que se está considerando y ha sido considerado en términos de regionalización y armonización del Derecho de los Refugiados. Se da entonces consideración a las distintas definiciones que existen en América Latina, con respecto a los refugiados y a las personas necesitadas de protección internacional y, subsecuentemente, son considerados los procedimientos existentes para la determinación del estatuto de refugiado en la región.

La armonización de las interpretaciones de la definición de refugia-

do no se enfrenta aquí porque, a diferencia de otras regiones, en América Latina existen diversas definiciones de lo que es un refugiado y de quiénes serían acreedores de la protección internacional; definiciones que se derivan de los distintos instrumentos legales regionales y sub-regionales de carácter obligatorio y no-obligatorio. Por lo tanto, en esta región es importante primero enfrentar la necesidad de armonizar las definiciones aplicables y, solamente hasta que se haya cumplido dicha etapa, considerar, conforme surja la necesidad, la armonización de interpretaciones.

2. Tendencias actuales de regionalización y de armonización

2.1 Enfoques regionales: un paso cauto, pero fundamental

No hace mucho tiempo se afirmaba que el Derecho de los Refugiados debía ser desarrollado a nivel global y que sería lamentable si las soluciones a los problemas de los refugiados no pudiesen ser encontrados dentro del marco de las Naciones Unidas⁴. En la actualidad, sin embargo, la per-

⁴Ver A.Grahl Madsen, Territorial Asylum, London/ Stockholm, Oceana Publ/Almqvist & Wiksell International, 1980, p. 66.

cepción general es que todavía no ha llegado el momento para un nuevo marco jurídico establecido por nuevos instrumentos basados en criterios y necesidades universales⁵. Aunque fuese de otro modo, no puede existir un juego universal de medidas y respuestas prácticas; los esfuerzos para mitigar las causas, proteger a quienes lo necesitan, y asignar responsabilidades en la resolución de problemas debe variar según la naturaleza del movimiento⁶.

Las iniciativas regionales necesitan llevarse a cabo con cautela, dado su impacto potencial y el "efecto dominó" que tiene en otras regiones. El objetivo de un enfoque político regional es mitigar las fallas y deficiencias de la Convención de 1951 con relación a las migraciones forzadas modernas, y adaptar la legislación internacional a la problemática de los refugiados a nivel regional. En este proceso, los instrumentos regionales deberán necesariamente incorporar y ser compatibles con

principios universales, y deberán ser interpretados y aplicados de acuerdo con dichos principios. Los principios regionales no están orientados a prevalecer sobre aquellos de carácter universal, mas bien a complementarlos donde quiera que sea necesario. Como una consecuencia de ello, los fenómenos regionales deberán ser analizados y enfrentados de manera paralela a los universales.

Los avances regionales hacen surgir muchas ventajas. Al adaptar el sistema global a las realidades específicas de una región o sub-región, varios factores positivos están siendo tomados en consideración, tales como particularidades específicas, intereses mutuos, compatibilidad cultural y tradiciones sociales. Asimismo, las organizaciones regionales generalmente se encuentran en una mejor posición para jugar un papel activo en los procesos de pacificación y mantenimiento de la paz debido a la representación geográfica equitativa que facilita la obten-

⁵Ver G. Coles, "Approaching the Refugee Problem Today", in G. Loescher & L. Monahan (eds.), *Refugees and International Relations*, Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 383; P.H. Kooijmans, "Trends and Developments in Asylum and Admission of Refugees", *Yearbook of the International Institute of Humanitarian Law* (1986-87), p. 159; D.L. Garrido, *El Derecho de Asilo*, Madrid, Ed. Trotta, 1991, p. 29.

⁶P.M. Moussali, "International Protection: the road ahead", *3 International Journal of Refugee Law* (1991), p. 610.

ción de consenso. Las soluciones, por lo tanto, pueden ser realizadas "a la medida" de las circunstancias específicas que pudiesen surgir⁷. Las iniciativas regionales, debido a su naturaleza pragmática, facilitan la remoción de las dificultades y limitaciones que a menudo caracterizan acciones llevadas a cabo a nivel universal. Por supuesto, existen dificultades también, que se originan en los enfoques regionales, tal como la falta de experiencia, estructura, medios económicos y procedimientos de muchas organizaciones para responder de manera efectiva a los conflictos y a las emergencias de carácter humanitario⁸.

A pesar de dichas desventajas, la regionalización de la protección de los refugiados y sus mecanismos pareciera ser la mejor opción para articular y consolidar diversos principios regionales, relevantes a

la solución de los problemas de los refugiados⁹. Se requiere de cautela, sin embargo, en el sentido que los enfoques de política regional no deberán estar acompañados de un deterioro de las normas o patrones que han sido establecidos, por medio de inmensos esfuerzos, al nivel universal¹⁰.

Muchas regiones ya se han dado cuenta de los beneficios y de la conveniencia de las iniciativas regionales. Europa se encuentra a la cabeza de este proceso, aunque su posición puede ser criticada por su política orientada a la restricción (infra). Se ha afirmado que Europa requiere un sistema propio para los refugiados, tanto para enfrentar sus problemas regionales, así como para solucionar el problema global, lo que deberá ser realizado por medio del manejo de las presiones migratorias y de refugiados como parte de la economía europea

⁷Ver L.Drüke, *Preventive Action for Refugee Producing Situations*, 2nd ed., Frankfurt am Main, Verlag Peter Lang (European University Studies: Ser. 31, Political Science, vol.150), 1993, p. 44; Coles, *supra* nota 5, p. 393.

⁸Ver G. Loescher, *Beyond Charity: International Cooperation and the Global Refugee Crisis* New York/Oxford, Oxford University Press, 1993, p. 190; Drücke, *supra* nota 7, p. 175.

⁹Ver P.M. Moussalli, "Fundamental Principles in the International Protection of Refugees and Displaced Persons: the role of the UNHCR", in *Round Table of Asian Experts on Current Problems in the International Protection of Refugees and Displaced Persons (Seminar of Manila, 14-18 Abr. 1980)*, San Remo, IHL/University of the Philippines, 1980, p. 12.

¹⁰*Ibid.*

centralizada, sus objetivos políticos y de seguridad¹¹. Sin embargo, cuando desarrollen su propio sistema, los países Europeos deberían ponerle atención al impacto que sus propias políticas podrían tener en otras regiones, que a menudo será positivo, pero con mayor frecuencia negativo.

Por ejemplo, en 1988 la Comisión Española de Ayuda al Refugiado (CEAR) aprobó un informe de una política de *numerus clausus*, por medio del cual una política regional selectiva sugería que se le otorgase protección y asistencia a los africanos en África, a los latinoamericanos en Latinoamérica y así sucesivamente¹². Propuestas tales como ésta, así como los principios de "Primer país de Asilo" y la implementación de medidas de disuasión, requieren un escrutinio crítico y cuidadoso.

Asia no ha desarrollado de forma explícita iniciativas regionales como las de otras regiones. El

Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano parecía haber iniciado hace treinta años una actividad que prometía traer resultados prometedores¹³. Sin embargo, dicho desarrollo esperado no ha ocurrido. Aparte de una contribución académica muy constructiva dada en abril de 1980 por la "Mesa Redonda de Expertos Asiáticos en la Protección Internacional de Refugiados y de Desplazados", que se llevó a cabo en Manila, la única iniciativa sobresaliente asiática fue el Plan de Acción Integral (CPA), de 1989, sobre los problemas de los Indo-Chinos que procuraban asilo en la región del Sud-Este de Asia, y su iniciativa predecesora, el Programa de Partida Ordenada (ODP), de 1975¹⁴.

Desde los flujos de movimientos forzados en 1960 hasta la actualidad, África ha estado enfrentando problemas de refugiados enormes. Los países africanos siempre se han mostrado preocupados por la provisión de

¹¹Ver Loescher, *supra* nota 6, p. 163. Para algunas de las iniciativas regionales llevadas a cabo por y con el Parlamento Europeo, el Consejo de Europa y la Comisión Europea, ver Garrido, *supra* nota 5, pp. 191-202.

¹²Garrido, *supra* nota 5, p. 187.

¹³En agosto de 1966, en Bangkok, el Comité Consultivo Jurídico Asiático-Africano adoptó en su Octava Sesión, los "Principles Concerning Treatment of Refugees"; para el texto, ver *Collection of International Instruments Concerning Refugees*, Ginebra, ACNUR, 1990, p. 201.

¹⁴Para artículos que enfocan diversos aspectos del CPA, ver 5 *International Journal of Refugee Law* (1993).

respuestas regionales a sus problemas. El 10 de septiembre de 1969, la Convención de la OUA por la que se regulan Aspectos Específicos de Problemas de los Refugiados en Africa se llevó a feliz término bajo los auspicios de la Organización para la Unidad Africana: aparte de encarnar la definición de refugiado de la Convención de 1951, el Artículo 1 agrega lo siguiente:

"2. El término "refugiado" se aplicará también a toda persona que, a causa de una agresión exterior, una ocupación, o una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturben gravemente el orden público en una parte o en la totalidad de su país de origen, o del país de su nacionalidad, está obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país de su nacionalidad"¹⁵.

La Convención de la OUA – que, aparte de su definición ampliada

de refugiado, también toca temas que no habían sido planteados anteriormente en un documento internacional con carácter obligatorio, tal como el tema de la repatriación voluntaria – se considera como un complemento regional efectivo a la Convención de 1951. Aparte de los eventos recientes en Africa Central, hasta la fecha y en general, la Convención de la OUA ha aportado una base satisfactoria para enfrentar los problemas crecientes de los refugiados en el continente africano. Esta tendencia en Africa de regionalizar las iniciativas en los asuntos de refugiados fue reafirmada y corroborada en algunas recomendaciones del Documento de Addis Abeba sobre Refugiados y Desplazamientos Forzosos de Personas en Africa¹⁶. La recomendación 12, por ejemplo, afirma que,

"Con el fin de reforzar las medidas propuestas en las recomendaciones arriba mencionadas, la región Africana debería elaborar,

¹⁵De aquí en adelante "Convención de la OUA"; para el texto, ver 45 United Nations Treaty Series, pp. 1001 et seq.; o *Compilación de Instrumentos Jurídicos Internacionales: principios y criterios relativos a refugiados y derechos humanos*, vol.I, Ginebra, ACNUR, 1992, pp. 353-361.

¹⁶El Documento de Addis Abeba fue adoptado por el Simposio de la OUA/ACNUR sobre Refugiados y Desplazamientos Forzados de Población en Africa, que sucediera el 8-10 de septiembre de 1994, en Addis Abeba, Etiopía. Para el texto, ver (Special Issue) *International Journal of Refugee Law* (1995), pp. 303-319.

con dedicación y determinación, modalidades para una respuesta efectiva al problema del refugio sobre una base regional. En situaciones donde una sub-región o grupo de países se vean afectados por un problema de refugio común, dicho enfoque es particularmente apropiado. En otros casos, donde las emergencias se encuentren mas allá de las acciones humanitarias por si mismas, las iniciativas políticas necesarias también podrían requerir un enfoque regional (...)"¹⁷.

Por último, América Latina también ha colaborado en el desarrollo de enfoques de política regional dirigidos a mejorar la situación de la protección a los

refugiados. Aparte de los instrumentos regionales que, desde el siglo pasado, han sentado las bases para el estatuto de "refugiado"¹⁸, algunos países latinoamericanos han desarrollado mecanismos y conceptos que han enfrentado los problemas prevalentes de los refugiados de manera un tanto pragmática¹⁹. Como no existe una voluntad política que de apoyo a los esfuerzos hacia un régimen regional sobre las bases de la Convención de la OUA, la solución pragmática que se identificó en la región fue la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados, adoptada en un Coloquio que se realizó en Colombia en 1984²⁰. El hecho de que el Comité Ejecutivo del

¹⁷Sin embargo y de forma un tanto contradictoria, la Recomendación No. 10 afirma que "La crisis del refugio no puede ser enfrentada adecuadamente por medio de enfoques rígidos y regionalizados. El Simposio recomienda que este problema sea enfrentado de forma global y completa, ya que al final afectará a todas las regiones del mundo". Tal vez lo que se buscaba con esta aseveración era manifestar que las iniciativas regionales no deben ser consideradas per se y que deben siempre considerar lo que se ha alcanzado a nivel global.

¹⁸El término "asilado" se refiere a una persona que disfruta un estatuto legal que resulta de la aplicación de cualquiera de los instrumentos latinoamericanos (enumerados abajo en la nota 39) o de la legislación local pertinente que se deriva de uno de estos. Como se discute abajo en la sección 3.1, "estatuto de asilado" y "estatuto de refugiado", son conceptos distintos en América Latina.

¹⁹El modelo de solución centroamericano para el movimiento a gran escala de refugiados fue creado en la Conferencia Centroamericana sobre Refugiados (CIREFCA), que se llevó a cabo en la Ciudad de Guatemala en mayo de 1989. Para el documento que guiara la discusión durante la CIREFCA, ver H. Gros Espiell et al., "Principles and Criteria for the Protection of and Assistance to Central American Refugees, Returnees and Displaced Persons in Latin America", 2 International Journal of Refugee Law (1990), pp. 83-117.

²⁰De este punto en adelante "Declaración de Cartagena de 1984" o "Declaración de Cartagena". El contexto histórico en el cual la Declaración de Cartagena surge es analizado abajo en la sección 3. Para su texto, ver La Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios (Coloquio de Cartagena de Indias, 19-22 de noviembre 1984), Bogotá, ACNUR/Centro Regional de Estudios del Tercer Mundo/Universidad Nacional de Colombia, 1986, pp. 332-339.

programa del ACNUR "acogió con beneplácito el empleo de criterios regionales para resolver los problemas de los refugiados de alcance regional que se pusieron ampliamente de manifiesto en el Coloquio" [de Cartagena] es una evidencia de la importancia potencial de esa iniciativa²¹.

Inicialmente diseñado para enfrentar los problemas de finales de la década de los setenta y principios de los ochenta en América Central, la Declaración de Cartagena de 1984 ha influenciado a los países latinoamericanos. En la conmemoración de su décimo aniversario, otro Coloquio que se realizó en San José de Costa Rica confirmó la vocación regional de la Declaración de Cartagena de 1984. Los participantes en el Coloquio de San José han llegado, entre otras, a las siguientes conclusiones:

"Decimoctava. Tomar nota, con particular interés, de los esfuerzos que viene desarrollando la 'Consulta Permanente sobre Desplazados Internos en las Américas', como fo-

ro regional interagencial dedicado al estudio y tratamiento de los apremiantes problemas que enfrentan las personas desplazadas dentro de sus propios países por motivos similares a los que causan flujos de refugiados;

"Vigésima. Hacer un llamamiento a los Estados para que recurran a los foros regionales existentes en materias tales como asuntos económicos, de seguridad y de protección del medio ambiente, con el propósito de que incluyan en su agenda la consideración de temas relacionados con refugiados, otros desplazamientos forzados y migraciones"²².

Diversos patrones regionales de la definición del término "refugiado", de los procedimientos para determinar el estatuto de refugiado, así como del tratamiento de los refugiados pueden, por supuesto, causar muchos problemas, por ejemplo en lo que respecta a la interpretación y factores generadores, pero los patrones regionales cuentan con la ventaja atractiva de regular los

²¹Conclusión No. 37 (XXVI) del Comité Ejecutivo de ACNUR, de 1985, "Los Refugiados Centroamericanos y la Declaración de Cartagena sobre los Refugiados".

²²Para las conclusiones y recomendaciones de la Declaración de San José sobre Refugiados y Personas Desplazadas, de 1994, ver Memoria del Coloquio, supra nota 2, pp. 415-425.

asuntos: los asuntos no-regulados no actúan en el mejor interés de los Estados, ya que no contribuyen a la resolución de problemas, mas bien en su generación. Por lo tanto, las iniciativas regionales deben ser vistas como un marco para la solución pragmática dentro del cual la necesidad de los refugiados pueda ser enfrentada sobre bases de carácter humanitario y de derechos humanos²³.

2.2 Armonización: Un factor importante en la regionalización

Cuando se considera la necesidad de regionalizar la protección de los refugiados, la necesidad de armonizar las políticas relevantes y la normativa aplicable también debe ser considerada. La armonización va mas allá de un simple enfoque regional, ya que el mismo puede limitarse a las tendencias comunes²⁴. La armonización a su vez, debe ser comprendida como

un esfuerzo concertado y total que incluya la voluntad política, legislativa y diplomática de todos los Estados en una región específica. La armonización regional debe comprender, fundamentalmente, la legislación que define el término "refugiado", la interpretación de dicho concepto, así como el procedimiento para determinar el estatuto de refugiado.

En lo referente a la política de armonización regional, la posición del ACNUR es clara:

"Los enfoques regionales armonizados (...) son quizás la opción más prometedora para el fortalecimiento de la protección. En la medida en que se progresa hacia la remoción de las barreras en el movimiento de personas y la coordinación de políticas regionales en lo referente a la admisión o no admisión de extranjeros que incluye quienes buscan asilo, es inevitable que las políticas nacio-

²³J.C. Hathaway, "A Reconsideration of the Underlying Premise of Refugee Law" 31(1) Harvard International Law Journal (1990), p. 175.

²⁴Un buen ejemplo son los distintos arreglos concluidos en América Latina desde el siglo XIX con relación al estatuto de "asilado". Ellos reflejan una práctica regional y costumbre que no se encuentran de ninguna manera armonizada. Ni siquiera la Convención sobre Asilo Territorial, de 1954, por ejemplo, es una manifestación de un derecho aceptado por unanimidad por todos los Estados que actualmente representan la comunidad latinoamericana; ver H. Gros Espiell, "El Derecho Internacional Americano sobre Asilo Territorial y Extradición en sus Relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre estatuto de los refugiados", en Asilo y Protección Internacional de Refugiados en América Latina (Coloquio de México, 11-15 de mayo 1981), México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1982, p. 72.

nales preocupadas con la admisión de personas necesitadas de la protección internacional también deban ser armonizadas (...).²⁵

La armonización de políticas es necesaria por razones pragmáticas: los flujos de refugiados desafortunadamente no desaparecerán pronto y por lo general tienen un impacto regional. Las prácticas regionales de coordinación y armonización permitirán por lo tanto la formulación de respuestas concertadas que se encuentren mejor adaptadas hacia un mejor manejo, dentro de un contexto humanitario, de los problemas que surgen de los flujos de refugiados.

Europa es sorprendente tanto por ser la región más avanzada con respecto al progreso en los enfoques armonizados hacia los refugiados²⁶, así como por sus numerosos y variados tipos de restricción. Aunque los Estados europeos ya estaban adoptando políticas y normas relativas a los refugiados desde finales de la década de los cincuentas²⁷, es solamente a partir de mediados de los 80s con la conclusión del Acuerdo de Schengen de 1985²⁸, que uno puede hablar de armonización europea de las políticas de asilo²⁹, lo cual ha tenido un efecto muy restrictivo en todos los territorios de sus Esta-

²⁵ACNUR, "Note on International Protection", UN doc.A/AC.96/830.7 set.1994, párrafo 55. Ver también Conclusión No. 80 (XLVII) del Comité Ejecutivo, "Enfoques Globales y Regionales en un Marco de Protección".

²⁶Ver, entre otros, K.Hailbronner, "The Right to Asylum and the Future of Asylum Procedures in the European Community", 2 *International Journal of Refugee Law* (1990), pp. 341 et seq; F. Lefebvre, "L'Harmonisation de la Procédure d'Éligibilité au Niveau du Conseil de l'Europe", 13 *Thesaurus Acroasium* (Institute of International Public Law and International Relations, Thessaloniki) (1987), pp. 909 et seq; D. Joly, "The Porous Dam: European Harmonization on Asylum in the Nineties", 6 *International Journal of Refugee Law* (1994), pp. 159 et seq; R.McDowall, "Co-ordination of Refugee Policy in Europe", in G. Loescher & L.Monahan (eds.), *supra* nota 5, pp. 179 et seq; H.Meijers, "Refugees in Western Europe: 'Schengen' affects the entire refugee law", 2 *International Journal of Refugee Law* (1990), pp. 428 et seq.

²⁷Ver, entre otros, el Acuerdo Europeo de 1959 sobre la Abolición de Visas para los Refugiados, la Recomendación No. 293 de 1961 acerca del Derecho del Asilo, y la Resolución No. 14 acerca del Asilo a Personas en Peligro de Persecución. Para los textos, ver, respectivamente, Colección de instrumentos internacionales, *supra* nota 21, pp. 301-3, 304, 305.

²⁸El Acuerdo de Schengen, de 1985, se vió precedido por la Recomendación de 1981 sobre la Armonización de los Procedimientos Nacionales Relacionados al Asilo.

²⁹Considerando que para lograr la armonización de las políticas de asilo es indispensable armonizar la aplicación de los criterios relativos a la determinación del estatuto de refugiado, el 4 de marzo de 1996 el Consejo Europeo emitió una Posición Conjunta en la aplicación armonizada de la definición de refugiado establecida en el Artículo 1 de la Convención: ver EC Official Journal, 13 de Marzo de 1996.

dos miembros. De los esfuerzos europeos de armonización, uno puede tener la impresión que la coordinación de la legislación es, a fin de cuentas, el levantamiento de una fortaleza contra la aceptación de eventuales refugiados, y de que el tema es tratado exclusivamente con el fin de armonizar las leyes al nivel más bajo³⁰.

En lo que respecta a América Latina en general, y Centro América en particular, los primeros movimientos hacia la armonización ocurrieron a mediados y finales de los ochentas, con ocasión de la Declaración de Cartagena de 1984 y CIREFCA de 1989. La Declaración reciente de San José, de 1994, acerca de los Refugiados y Personas Desplazadas, afirma, en su quinta conclusión, lo siguiente:

"Instar a los gobiernos a que impulsen, con la colaboración del ACNUR, un proceso de progresiva armonización de normas, criterios y procedimientos en materia de refugiados, basado en la Convención de 1951 y el Protocolo

de 1967 relativos al estatuto de los refugiados, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Declaración de Cartagena"³¹.

Aunque deseable, la armonización de los enfoques regionales acerca de los refugiados en América Latina no resulta una tarea fácil, debido a las realidades particulares que enfrentan los distintos Estados centroamericanos y sudamericanos. Esto ha resultado en políticas, regulaciones y prácticas que difieren entre sí. Lo que hace falta ahora es el intercambio de información acerca de normas que puedan ser aplicadas a los distintos países latinoamericanos, establecer si los avances realizados en determinados países reflejan la voluntad generalizada de la región, y si tienen posibilidades de mantenerse; y discutir si los países latinoamericanos se encuentran en capacidad de aplicar la definición ampliada del concepto de refugiado de la Declaración de Cartagena de manera efectiva, en vista de los desplazamientos

³⁰Hallbroner, *supra* nota 26, p. 351.

³¹Ver Memoria del Coloquio, *supra* nota 2, p. 420.

masivos de personas a otras regiones³². Si se lograra estos objetivos, la región podría sentirse orgullosa de armonizar sus políticas y normas al nivel más alto posible.

La armonización regional de las legislaciones aplicables en América Latina, concernientes a los refugiados, es de hecho necesaria para evitar conflictos y soluciones contradictorias a problemas similares³³. En la tarea de la armonización de la legislación doméstica dentro del contexto del Derecho de los Refugiados y de las particularidades de carácter regional, tanto el ACNUR como los órganos supervisores establecidos bajo la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (la Comisión y la Corte Interamericana, la última en su carácter consultivo) podrían muy probablemente jugar un papel destacado³⁴.

La armonización de la legislación doméstica debe comprender tanto la definición del término "refugiado" como los procedimientos para determinar este estatuto jurídico. En lo que respecta a la definición de refugiado, la primera tarea es la de asegurarse que los Estados de la región cuenten con una definición armónica, que no es el caso todavía de América Latina (infra). Entonces surge el problema crucial de asegurar que los Estados apliquen los criterios de igual forma y que las interpretaciones nacionales se encuentren alineadas con los patrones establecidos que han sido endosados a nivel regional o global. Este problema se encuentra intrínsecamente ligado a la necesidad de establecer procedimientos armonizados para la determinación del estatuto de refugiado, ya que las variaciones entre los sistemas de

³² A.D'Alotto & R.Garretón, "Developments in Latin America:some further thoughts", 3 International Journal of Refugee Law (1991), p. 500.La inclusión de la definición de refugiado de la Declaración de Cartagena en un esfuerzo de armonización ya ha sido sugerido por la Resolución de la Asamblea General de la OEA No. 1336 (XXV-O/95), adoptada en la novena sesión plenaria, del 9 de junio 1995, la cual "2.[Urge] a los Estados miembros a considerar la posibilidad de promover un proceso de armonización legal sobre asuntos de refugiados, tomando en cuenta los principios representados en dichos instrumentos como la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, el Protocolo de 1967, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, la Declaración de Cartagena y la Declaración de San José de 1994".

³³ Ver la resolución de la Asamblea General de la OEA No. 1504 (XXVII-O/97), adoptada en la séptima sesión plenaria el 4 de junio de 1997, que "5.[considera] la necesidad de armonizar la legislación, criterios y procedimientos relativos al refugio hasta donde sea posible, para proveer tratamiento apropiado a las personas en esa posición".

³⁴ Ver A.A.Cançado Trinidad, "Discurso Inaugural", in Memoria del Coloquio, supra nota 2, p. 27.

determinación nacionales hacen que cualquier intento de armonizar la puesta en vigor del estatuto de refugiado sea inútil³⁵. La armonización de los procedimientos para la determinación del estatuto de refugiado, la cual es deseable en América Latina³⁶, necesita ser considerada tanto bajo los lineamientos endosados por la comunidad internacional³⁷, así como por la experiencia de la región; se debe brindar especial atención a ciertos desarrollos nacionales que pueden servir para indicar lo que puede hacerse en la región.

3. Definiciones del término "refugiado" en Latinoamérica

3.1 La definición de "asilado" y la de "refugiado":

conceptos análogos pero distintos

Aparte de las definiciones de refugiado establecidas en la Convención de 1951 y la Declaración de Cartagena de 1984, también existen otras definiciones en América Latina, orientadas a proveer protección a personas que son perseguidas en sus lugares de origen. Estas definiciones dan pie al concepto de "asilado"³⁸.

Aunque el "estatuto de asilado" y "estatuto de refugiado", pueden tener el mismo significado en la mayor parte de los países, este no es el caso en América Latina. El "estatuto de asilado" es una condición legal que tiene sus premisas en los diversos instrumentos regionales que comenzaron a evolucionar durante el final del siglo XIX³⁹. A su vez, el "estatuto

³⁵Ver E.Arboleda, "The Convention Refugee Definition in the West: a legal fiction?", 5 International Journal of Refugee Law (1993), p. 68.

³⁶Ver, entre otros, K.Asomani, "Análisis Histórico de la Situación de los refugiados en América Latina que propició la adopción de la Declaración de Cartagena de 1984 sobre los Refugiados", in Memoria del Coloquio, supra nota 2, p. 192; ACNUR, "Declaración de Cartagena, diez años después", in Memoria del Coloquio, supra nota 2, pp. 52, 59 y 75.

³⁷Ver, por ejemplo, Conclusiones No. 8 (XXVIII), No. 28 (XXXIII) y No. 30 (XXXIV) del Comité Ejecutivo.

³⁸Ver supra nota 18.

³⁹Ver Tratado de Montevideo sobre Derecho Internacional Penal, de 1889; Convención de la Habana sobre el Asilo, de 1928; Convención de Montevideo sobre el Asilo Político, de 1933; Tratado de Montevideo sobre Derecho Penal Internacional, de 1940; y las Convenciones de Caracas sobre Asilo Diplomático y sobre Asilo Territorial, ambas de 1954. Para los textos, ver Colección de Instrumentos Internacionales, supra nota 13, pp. 236-273.

de refugiado" es otorgado sobre la base de instrumentos globales que se remontan a principios de la década de los veinte⁴⁰. En tanto que ambas definiciones de estatus legal pueden en la mayor parte de los casos comprender los mismos derechos y obligaciones, este no es siempre el caso. Un análisis profundo de las distinciones intrincadas entre estas dos definiciones y condiciones jurídicas sobrepasan el objetivo de este artículo, sin embargo es importante enfatizar sus diferencias fundamentales. Algunas de estas han sido muy claramente identificadas por Jaime Ruiz Santiago y son las siguientes⁴¹:

- La definición de asilado es una definición regional que fue establecida por primera vez, en un instrumento regional, el Tratado de Montevideo sobre Derecho Internacional Penal, de
- Los asilados pueden ser objeto de protección, dentro de las fronteras de países "productores de asilados", como es el caso del asilo diplomático. El refugiado

1889, y se encuentra reglada por diversos instrumentos regionales. La definición de "refugiado" es de carácter global, gobernado en gran medida por la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, cuyo desarrollo se remonta a la Liga (Sociedad) de las Naciones. Es solamente de forma reciente que el término "refugiado" ha encontrado expresión en instrumentos obligatorios o no-obligatorios a nivel regional, tal como la Convención de la OUA de 1969 y la Declaración de Cartagena de 1984;

⁴⁰La fase histórica de la protección internacional de los refugiados inició en 1921, con el establecimiento del Alto Comisionado de la Liga (Sociedad) de las Naciones para los Refugiados Rusos, y terminó a inicios de 1952, junto con la Organización Internacional de Refugiados; ver J.H. Fischel de Andrade, *Direito Internacional dos Refugiados: evolução histórica (1921-1952)*, Rio de Janeiro, Renovar, 1996, 213p.; J.C. Hathaway, "The Evolution of Refugee Status in International Law: 1920-1950", 33(2) *International and Comparative Law Quarterly* (1984), p. 348 et seq.; J. Vernant, *The Refugee in the Post-War World*, New Haven, Yale University Press, 1953, pp. 24-101.

⁴¹Ver J. Ruiz de Santiago, "Consideraciones Generales acerca del Derecho Internacional de los Refugiados", in *Jornadas sobre los Sistemas Internacionales de Protección Jurídica de la Persona Humana (Coloquio de Buenos Aires, septiembre 1990)*, Buenos Aires, CICR/IIDH/ACNUR/Consejo Argentino para las Relaciones Internacionales, 1991, pp. 94 y 95.

debe ser una persona que haya cruzado las fronteras de su país de origen;

- para ser considerado un "asilado" un individuo debe ser considerado como perseguido en el momento; un "refugiado" solamente requiere tener un temor bien fundamentado de persecución, el cual no requiere que se haya materializado aún;
- un "asilado" es perseguido solamente basándose en delitos de carácter político; la definición de "refugiado" es más amplia y cubre opiniones políticas, así como otros motivos: raza, religión, nacionalidad y pertenencia a un grupo social determinado;
- En lo que respecta a "asilados", no se ha establecido una organización para supervisar y colaborar en la puesta en vigor de los instrumentos de asilo; en el caso de los instrumen-

tos sobre refugiados, el ACNUR juega un papel fundamental e importante en estas actividades, así como en el desarrollo ulterior de los principios aplicables a la protección de los refugiados;

- Los instrumentos de "asilo" no contienen cláusulas de cesación o de exclusión, los cuales se prevén en los instrumentos sobre refugiados; y,
- La condición jurídica de "asilado" tiene una naturaleza constitutiva, siendo concedida por un Estado a un individuo; a su vez, la condición jurídica de "refugiado" obtenida por un acto de naturaleza declaratoria, en donde el Estado reconoce a la persona como refugiada.

A pesar de las diferencias entre "refugiado" y "asilado", ambas definiciones y estatutos son complementarios y comparten la misma premisa, que es la protección de individuos perseguidos⁴². Después de comparar y contrastar

⁴²Ver J. Ruiz de Santiago, "O Direito Internacional dos Refugiados: características e desenvolvimento na América Latina", in A.A. Cancado Trindade (ed.), A Proteção dos Direitos Humanos no Plano Nacional e Internacional: Perspectivas Brasileiras (Coloquio de Brasília, jul. 1991), San José/Brasília, IIDH/Friedrich-Naumann Stiftung, 1992, p. 131; J. Ruiz de Santiago, "Reflexiones sobre la Regulación Jurídica Internacional del Derecho de los Refugiados", in J. Irigoien B. (ed.), Nuevas Dimensiones en la Protección del Individuo, Santiago, Instituto de Estudios Internacionales/Universidad de Chile, 1991, p. 129; ACNUR, supra nota 34, p. 46; E. Arboleda, "The Cartagena Declaration of 1984 and its Similarities to the 1969 OAU Convention – a comparative perspective, (Special Issues) International Journal of Refugee Law (1995), p. 89.

las condiciones jurídicas del "asilado" y el "refugiado" y cuando se trata de identificar el mejor sistema para la protección de las personas perseguidas, el sistema general de refugiados es reconocido como mas preciso, moderno, progresivo y actual, y que provee la mas amplia protección a quienes lo necesitan. El sistema regional latinoamericano del asilo es considerado mas estrecho e inferior en sus alcances y es inadecuado para responder a los retos que presentan los flujos de refugiados actuales⁴³.

Por lo tanto, cuando hablamos de armonización de las definiciones de refugiados en América Latina, uno debería idealmente apoyarse primeramente en el concepto global (Convención de 1951 y el Protocolo de 1967), y en segundo lugar en el concepto regional (la Declaración de Cartagena de 1984) de refugiado, dejando a un lado, pero sin olvidar, la existencia histórica y, a menudo, la importancia práctica de la definición regional de "asilado".

3.2 El enfoque pragmático de la Declaración de Cartagena sobre la definición de refugiado

En las décadas de 1970 y 1980, América Central fue testigo de flujos de migración forzada de carácter sin precedentes en la región. Los diez años de conflictos armados que precedieron la Declaración de Cartagena de 1984 resultaron en más de dos millones de refugiados y personas desplazadas, de los cuales solamente unos 150.000 fueron refugiados bajo la Convención de 1951.

En vista de estos desplazamientos masivos de población y de la crisis de refugiados, y ya que las instituciones interamericanas pertinentes probaron ser inadecuadas y dejaban mucho que desear, se convocó un coloquio en mayo de 1981 en Ciudad de México con el propósito de examinar y evaluar los problemas más delicados e inmediatos, así como las necesi-

⁴³Ver Arboleda, supra nota 42, p. 89; R. Cuellar et al., "Refugee and Related Developments in Latin America: the challenges ahead", 3 International Journal of Refugee Law (1991), p. 483; E. Arboleda, "Refugee Definition in Africa and Latin America: the lessons of Pragmatism", 3 International Journal of Refugee Law (1991), p. 198; Gros Espiell, supra nota 24, p. 73; J. Salvador Lara, "El Concepto de Asilado Territorial según los Convenios Interamericanos de Protección del Refugiado según los Instrumentos Internacionales de Naciones Unidas", in Asilo y Protección Internacional, supra nota 24, p. 101.

dades de la crisis Centroamericana de refugiados, y de presentar conclusiones y recomendaciones para la acción futura⁴⁴. Dentro de las más importantes determinaciones del Coloquio, se destaca la Conclusión No. 4, que afirma lo siguiente:

"4. Es necesario extender en América Latina la protección que los instrumentos universales e interamericanos otorgan a refugiados y asilados, a todas aquellas personas que huyen de su país a causa de agresión, ocupación o dominación extranjeras, violación masiva de los derechos humanos, o acontecimientos que alteren seriamente el orden público, en todo o en parte del territorio del país de origen"⁴⁵;

En la medida en que la situación de desplazamiento se volvió cada

vez más crónica a principios de la década de los ochenta, se convocó otra reunión regional en noviembre de 1984, en Cartagena de Indias, Colombia⁴⁶. Los participantes en el Coloquio de Cartagena buscaban adaptar el sistema global a la situación regional, así como lograr una mayor coordinación con el sistema de asilo interamericano existente, por lo tanto reconociendo la complementariedad de ambos sistemas de protección⁴⁷. Aunque la Declaración de Cartagena de 1984 se extiende considerablemente más allá de sus alcances originales como una reflexión académica y recomendación de principio, no debe ser considerada solamente dentro del contexto de la armonización y complementariedad de los sistemas globales y regionales. También pertenece significativamente dentro de otro marco que

⁴⁴Para la compilación de documentos y presentaciones realizadas en el Coloquio de la Ciudad de México, que fue llevado a cabo por el Secretariado Mexicano de Asuntos Exteriores, en cooperación con el Instituto de Investigación en Derecho de la Universidad Nacional de México bajo los auspicios del ACNUR, ver *Asilo y Protección Internacional*, supra nota 24, pp. 17-221.

⁴⁵Conclusiones y Recomendaciones del Coloquio de Ciudad de México de 1981, in *Asilo y Protección Internacional*, supra nota 24, p. 206. Aunque el coloquio fue convocado para enfrentar el problema de la crisis Centroamericana de los Refugiados, la definición ampliada de refugiado, que parece haberse derivado de la Convención de 1969 de la OUA, fue sugerida para toda América Latina.

⁴⁶El Coloquio fue patrocinado por la Universidad de Cartagena, el Centro Regional para Estudios del Tercer Mundo y ACNUR, y realizado bajo los auspicios del Gobierno colombiano. Para la compilación de los documentos y presentaciones realizadas en el Coloquio, ver *La Protección Internacional*, supra nota 20, pp. 21-356.

⁴⁷ACNUR, "Declaración de Cartagena, diez...", supra nota 36, p. 46.

presenta un gran reto, específicamente, la de la construcción de la paz en América Central⁴⁸.

En lo que respecta a la definición del término "refugiado", la Conclusión III de la Declaración de Cartagena afirma que

"Tercera.— (...) la definición o concepto de refugiado recomendable para su utilización en la región es aquella que además de contener los elementos de la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, considere también como refugiados a las personas que han huido de sus países porque su vida, seguridad y libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada, la agresión extranjera, los conflictos internos, la violación masiva de los derechos humanos u otras circunstancias que hayan perturbado gravemente el orden público".

La definición implica que aquellos que requieren ser protegidos llenen dos características: por un lado que la amenaza a la vida, seguridad o libertad exista, y por

otro lado, que dicha amenaza sea el resultado de una de las cinco causas enumeradas en el texto⁴⁹. Es por lo tanto un enfoque bastante humanitario y pragmático, que deja por fuera el concepto de la persecución individual y enfatiza criterios objetivos.

A diferencia de la Convención de la OUA⁵⁰, la Declaración de Cartagena de 1984 no tenía la intención de ser un instrumento de obligatoriedad jurídica si no que más bien reflejaba las aspiraciones de sus autores sobre el tema de los refugiados. En lo que respecta a la definición de refugiado, sencillamente concluía que era necesario ampliar el concepto, y los Estados de la región podrían aceptar o no la definición ampliada acerca de lo que es un refugiado. Sin embargo a través de los años, y debido a su aceptación y aplicación por parte de distintos Estados, la Declaración de Cartagena de 1984 ha logrado tener una fuerza de persuasión importante.

⁴⁸Cuellar et al, supra nota 44, pp. 487 y 485; Cançado Trindade, "Discurso Inaugural", supra nota 34, p. 22.

⁴⁹Gros Espiell et al, supra nota 19, p. 93; y, para consideraciones sobre la definición en estos motivos, pp. 94-96.

⁵⁰Para algunas consideraciones interesantes acerca de las diferencias entre las definiciones de refugiado de la Convención de la OUA de 1969 y de la Declaración de Cartagena de 1984, ver J.C. Hathaway, *The Law of Refugee Status*, Toronto/Vancouver, Butterworths Canada Ltd., 1991, pp. 20-21.

Se ha argumentado que la Declaración de 1984 de Cartagena se encuentra en los orígenes de la creación de una práctica regional latinoamericana y caribeña común, y que su fuerza persuasiva se ubica en que existía una opinión *juris generalizada* cuando fue formada⁵¹. Además, ha existido una práctica constante que se fundamenta en esta calidad de obligatoriedad en su aplicación concreta. Siendo considerada una fuente de derecho atípica, espontánea y cristalizada, la Declaración de Cartagena de 1984 puede tener un efecto de obligatoriedad *vis-à-vis* los Estados que la han reconocido de manera unilateral, o actuado de tal forma de que implicara su reconocimiento de su naturaleza normativa. Consecuentemente, los Estados que no han incorporado la definición de lo que significa el término "refugia-

do", como lo define la Declaración de Cartagena de 1984, dentro de sus legislaciones, y sin embargo lo aplican en la práctica, se encuentran obligados por la misma por tratarse de una regla vigente del derecho internacional consuetudinario. El raciocinio progresivo que se nos ofrece es sólido, aunque también pueda quedar sujeto a la crítica⁵².

Asimismo, aunque se tenía la intención originalmente de aplicarla dentro del contexto específico de América Central, la Declaración de Cartagena ha recibido el apoyo activo de varios países de Sudamérica, tales como Colombia, Venezuela y Uruguay⁵³. De hecho, los principios representados y la práctica que resulta de la Declaración de Cartagena de 1984 lograron un impacto regional, influenciando la protección

⁵¹Ver H.Gros Espiell, "La Declaración de Cartagena como Fuente del Derecho Internacional de los Refugiados en América Latina", in Memoria del Coloquio, supra nota 2, pp. 453-469.

⁵²Hace más de tres décadas, Grahl-Madsen argumentaba que en el derecho internacional consuetudinario no existía tal cosa como una definición general de "refugiado". Se desprende de esto, sigue el autor, que no tiene sentido hablar de "refugiados en el sentido jurídico" o "der Begriff des Flüchtling", excepto en el contexto de un instrumento legal en particular", cf. A.Grahl-Madsen, *The Status of Refugees in International Law*, vol. I, Leyden, Sijthoff, 1966, p. 73.

⁵³Ver P.M.Moussalli, "The Evolving Functions of the Office of the High Commissioner for Refugees", in V. Gowlland & K.Samson (eds.), *Problems and Prospects of Refugee Law (Coloquio de Ginebra, 23-24 de mayo 1991)*, Ginebra, Graduate Institute of International Law, 1992, p. 101; Siemens, "Asyl und Flüchtlingsschutz in Lateinamerika: die Erklärung von Cartagena aus dem Jahre 1984", *Flüchtlinge* (Dec. 1987), p. 33; R.Plender, "The Right of Asylum" (research carried out by the English-speaking session of the Centre for Studies and Research in International Law and International Relations of the Hague Academy of International Law, session of 1989), in *Droit d'Asile/The Right of Asylum*, Dordrecht, M.Nijhoff, 1990, p. 70.

de los refugiados en diversos países (infra). La amplia aceptación en este continente ha encontrado expresión y apoyo en varias resoluciones de la Organización de Estados Americanos (OEA), así como en muchos informes a nales de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵⁴.

Finalmente, la Declaración de Cartagena de 1984 también debe ser apreciada dentro de un contexto global, como parte de una tendencia hacia la ampliación y disponibilidad de la protección internacional y asistencia humanitaria para las víctimas de los conflictos armados y los abusos de los derechos humanos, que, mereciendo protección y asistencia, no siempre habían sido incluidas por los Estados cuando éstos aplicaban los términos literales de la Convención de 1951⁵⁵. Esta tendencia encontró expresión en Africa, con la Convención de 1969 de la OUA, y

en Europa, con el otorgamiento por parte de muchos Estados del "estatuto humanitario". Dicho desarrollo regional, impulsado por la Declaración de Cartagena de 1984, debe ser visto como un proceso que construye sobre – y no aparte – el cuerpo de normas universales constituido por la Convención de 1951 y otros instrumentos internacionales pertinentes⁵⁶, como se hace patente por el hecho que diversas conclusiones de la Declaración de Cartagena mencionan de forma expresa la Convención de 1951.

3.3 La aplicación e interpretación de jure y de facto de las definiciones de refugiado, sobre la base de la Convención de 1951 y en la Declaración de Cartagena de 1984, en América Latina

Todos los Estados de América Latina han ratificado la Convención de 1951 y/o el Protocolo de 1967, excepto Cuba⁵⁷. La defini-

⁵⁴Ver, entre otros, Resoluciones No. 891 (XVII-87) y No. 1336 (XXV-0/95) de la Asamblea General de la OEA, y Reporte Anual (1984-1985) de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Secr.L/V/III.66.doc. 10, rev. 1.

⁵⁵G. Walzer, "Statement of the UN Deputy High Commissioner for Refugees", supra nota 2, p. 31.

⁵⁶Ver Cuéllar et al, supra nota 44, p. 484

⁵⁷Para obtener información actualizada acerca de ratificaciones y adhesiones, ver www.unhcr.ch/refworld.

ción de refugiado de la Convención de 1951 ha sido incorporada a la legislación doméstica de Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Panamá y Perú. En otros países, y en ausencia de las disposiciones domésticas específicas, el ACNUR a menudo determina el estatuto de refugiado bajo su mandato. Esto se da por medio de una entrevista con el solicitante, que puede ser llevada a cabo por parte de una agencia ejecutora en el caso de que ACNUR no tenga presencia en el país, y de la preparación de una opinión legal acerca de elegibilidad. Si el solicitante es considerado como un refugiado bajo Mandato por parte del ACNUR, entonces él es recomendado como tal ante el gobierno para ser reconocido como un refugiado bajo la Convención. Al ser reconocido como refugiado por el gobierno, el refugiado puede beneficiarse del estatuto de refugiado establecido en la Convención de 1951.

La definición de refugiado de la Declaración de Cartagena de 1984 se encuentra plasmada en

las legislaciones sobre refugiados de Colombia, Ecuador, México y, aunque subsisten algunas diferencias de redacción, también en la del Brasil (infra). La legislación de Belice, por otra parte, delinea la definición de refugiado contenida en la Convención de 1969 de la OUA. Las legislaciones en borrador en el Salvador y Guatemala también contienen la definición de la Declaración de Cartagena de 1984, la cual es aplicada de facto por Costa Rica, Honduras⁵⁸ y Argentina⁵⁹, entre otros.

La protección brindada a partir de los años ochenta a las personas que no calificaban como refugiadas según la definición de la Convención de 1951 confirmó la generosa tradición secular de los países latinoamericanos. Desde el punto de vista técnico, eso fue posible debido a una interpretación humanitaria de la Convención de 1951, basada en el Acta Final de la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas, de 1951, y también en una interpretación inspirada en la Declaración de Cartagena de 1984. Es importante recordar la Recomendación

⁵⁸Ver "OAS General Assembly: an Inter-American initiative on refugees", 27 *Refugiados* (Mar. 1986), p. 5; K.W. Yundt, *Latin American States and Political Refugees*, New York, Praeger, 1988, p. 175.

⁵⁹Ver D'Alotto & Garretón, *supra* nota 52, p. 500, y Arboleda, *supra* nota 42, p. 98.

E, del Acta Final de la Conferencia, en la cual se

"Expresa la esperanza de que la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados tenga, además de su alcance contractual, un valor de ejemplo, e incite a todos los Estados a otorgar, en la medida de lo posible, a las personas que se encuentren en su territorio como refugiados y que no estén protegidas por las disposiciones de la Convención, el trato previsto por esta Convención"⁶⁰.

Por lo tanto, aunque lo que se encuentre fuera del "alcance contractual" de un acuerdo claramente no puede ser considerado una obligación contractual, la Recomendación E deja claro de que si un Estado Parte aplica las estipulaciones de la Convención de 1951 de manera generosa, este se encuentra en terreno seguro⁶¹.

A diferencia del mundo industrializado, donde la aplicación de la

definición de refugiado de la Convención de 1951 es considerada por muchos como inadecuada, en gran medida debido a las interpretaciones disímiles, divergentes o inconsistentes⁶², en América Latina se ha observado, sin embargo, una aplicación generalizada y uniforme. Este hecho no debe ocultar la realidad de que los asuntos de la migración forzada ya no son una prioridad en el orden del día de los países de América Latina. Esto se refleja en la falta, en la mayoría de los países, de legislaciones domésticas sobre el tema de los refugiados, y por el hecho adicional de que dichas interpretaciones armonizadas de las distintas definiciones del término "refugiado" se deben en gran medida a la presencia, supervisión y a menudo, papel ejecutor que toma el ACNUR en la región.

En vista de lo anterior, parece evidente que la mayoría de los países de América Latina necesitan redactar y establecer la puesta en vigor de legislaciones de imple-

⁶⁰"Final Act of the United Nations Conference of Plenipotentiaries on the Status of Refugees and Stateless Persons", 189 United Nations Treaty Series (1954), p. 146; o in *Compilación de Instrumentos Jurídicos Internacionales: principios y criterios relativos a refugiados y derechos humanos*, vol. I, Ginebra, ACNUR, 1992, pp. 142-147.

⁶¹Grahl Madsen, *supra* nota 53, p. 145.

⁶²Arboleda, *supra* nota 35, pp. 66 y 85.

mentación doméstica, las cuales, aparte de contener la definición de la Convención de 1951, también tengan el concepto recomendado por la Declaración de Cartagena. Esto consolidaría y armonizaría la definición de refugiado que ya se aplica en la práctica por toda la región y que ha encontrado apoyo en distintas instancias.

4. Procedimientos para determinar el estatuto de refugiado en América Latina

4.1 Necesidad de regionalización y de armonización de los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado

Un procedimiento para determinar el estatuto de refugiado es un acto o mecanismo por medio del cual una autoridad competente evalúa las condiciones particulares de un individuo, que reclama ser un refugiado, con el objeto de establecer de si él efectivamente califica como tal. Es un acto legal

o mecanismo sobrecargado de una gran responsabilidad de carácter humanitario, debido al impacto que tiene sobre el destino individual⁶³. Además, la existencia misma de procedimientos para la determinación del estatuto tiende a garantizar, en general, tanto el non-refoulement como el tratamiento de acuerdo con los instrumentos internacionales relevantes.

La Convención de 1951 no regula la determinación del estatuto de refugiado debido a las dificultades en lograr procedimientos globales homogéneos. Las particularidades constitucionales, legales y administrativas entre los distintos países de la comunidad internacional sugieren que cada estado establece los procedimientos que considera más apropiados y adapta los elementos cardinales mínimos a sus propias circunstancias. Este patrón mínimo se establece en las conclusiones del Comité Ejecutivo del ACNUR, tales como las Conclusiones No. 8 (XXVIII), No. 28 (XXXIII) y No. 30 (XXXIV)⁶⁴.

⁶³J. Vallés R., "Procedimiento para la Determinación de la Condición de Refugiado", in J. Irigoien B. (ed.), Derecho Internacional de los Refugiados, Santiago, Instituto de Estudios Internacionales/Universidad de Chile, 1993, p. 126.

⁶⁴Estas conclusiones se refieren, inter alia, a la orientación necesaria a quienes buscan protección por parte de oficiales competentes que deben actuar de acuerdo con los instrumentos relevantes sobre refugiados; a la existencia de una autoridad claramente identificada que examinará las peticiones y tomará decisiones en primera instancia; a las facilidades necesarias, tales como un intérprete y la oportunidad de contactar un representante del ACNUR; a la documentación emitida al solicitante de la condición de refugiado; a la necesidad de establecer un procedimiento de apelación; y al problema de las solicitudes infundadas o abusivas.

Aunque solamente un número limitado de Estados Partes de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967 han establecido procedimientos para la determinación formal del estatuto de refugiado, se puede argumentar que los Estados Partes se ven obligados a otorgar derechos en igualdad de condiciones para quienes buscan la condición de refugiado, al menos respecto de las audiencias que lleven a cabo en procedimientos de expulsión o deportación, y cuando los Estados involucrados también sean partes del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), de 1966⁶⁵.

Como los procedimientos de determinación del estatuto de refugiado difieren ampliamente, existe una considerable falta de uniformidad y de consistencia en la aplicación de los instrumentos pertinentes. Como consecuencia de ello, los porcentajes de aceptación de los solicitantes varían considerablemente de un país a otro, aún dentro de la misma región; esto

puede ser tanto una ventaja como una desventaja, dependiendo de cada caso. Por ejemplo, algunos países han adoptado un proceso que, aunque tiene la intención de ayudar a los solicitantes con las máximas garantías procesales, abre las puertas a tan alto nivel de tecnicidad y de complejidad, que la profesión legal está mejor servida que los refugiados necesitados de protección⁶⁶. En muchos casos, la aplicación de la Convención de 1951 se ha convertido en demasiado legalista y la realidad personal de quien solicita la condición de refugiado, la cual es crucial en la determinación de su estatuto como refugiado, se encuentra subvalorada. A muchos procedimientos para la determinación del estatuto les falta una orientación más "humana" así como una evaluación objetiva y competente de los hechos, tanto por quienes toman decisiones como quienes abogan por los derechos de los refugiados. Obviamente esto es peligroso, porque los sistemas de determinación son vulnerables a la politización⁶⁷.

⁶⁵Ver artículos 13,2 y 7 del PIDCP/66.

⁶⁶Arboleda, *supra* nota 35, p. 84.

⁶⁷*Ibid.*, p. 83

Dada la imposibilidad virtual de contar con modelos válidos para su aplicación a escala mundial, pareciera que la mejor opción es el de enfocar el problema desde perspectivas regionales, y a partir de ello intentar llevar a cabo una armonización de los procedimientos, de manera que se eviten discrepancias y que se logre un mayor nivel de uniformidad o por lo menos de consistencia. Los diferentes enfoques de la política regional deben ser coordinados a la luz, inter alia, de las conclusiones y líneas generales establecidas por Comité Ejecutivo y el ACNUR mismo, así como por organizaciones regionales (tal como el Consejo Europeo, la Organización de Estados Americanos y la Organización para la Unidad Africana). El papel supervisor del ACNUR en los procedimientos para la determinación del estatuto de refugiado es también muy importante, en particular por su potencial rol en la armonización de decisiones de elegibilidad⁶⁸.

Otra forma posible de supervisión y posible armonización de procedimientos y prácticas en diversos países dentro de la misma región podría ser el establecimiento de un organismo internacional, tal como una Corte, Comisión o Junta⁶⁹, o la utilización de lo que ya existe dentro del dominio de las organizaciones de derechos humanos (tal como las comisiones o cortes regionales de derechos humanos). Esto podría ser promovido por diversos actores, como la Organización de Estados Americanos y el ACNUR. Solamente después de una armonización de los procedimientos de determinación de la condición de refugiado es que el tema de la armonización del término "refugiado" podrá ser enfrentado.

4.2 América Latina: buenas iniciativas, pero hay mucho camino por andar

En América Latina solamente un número muy limitado de países ha establecido legislación para la

⁶⁸G.S. Goodwin-Gill, *The Refugee in International Law*, 2nd ed., Oxford, Clarendon Press, 1996, p. 33.

⁶⁹Ver European Consultation on Refugees and Exiles, "Fair and Efficient Procedures for Determining Refugees Status: a proposal", 3 *International Journal of Refugee Law* (1991), p. 118.

protección de los refugiados, así como procedimientos para el reconocimiento formal de esta condición jurídica. Entre ellos se encuentran Argentina, Belice, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Ecuador, Nicaragua, Panamá y Perú, los cuales han establecido órganos colegiados que evalúan las peticiones de los solicitantes y deciden acerca de su elegibilidad como refugiados. En la mayoría de los otros países el reconocimiento es llevado a cabo bajo el mandato del ACNUR, que recomienda los casos a los gobiernos en cuestión, como se describe anteriormente. Las autoridades nacionales pueden legalizar al solicitante a partir de los instrumentos internacionales relativos a la condición de refugiado, o simplemente bajo las estipulaciones migratorias, como es el caso en Cuba, país que no ha ratificado ni la Convención de 1951 ni el Protocolo de 1967. Por un lado, este procedimiento es conveniente porque da lugar a un nivel bastante alto de uniformidad; por otra parte se puede argüir que debe ser evitado porque el ACNUR no es responsable de la puesta en vigor de la Convención de 1951, si no que más bien de su supervisión.

Por lo tanto pareciera deseable que legislaciones nacionales que

contengan una definición armonizada de "refugiado", que preferiblemente incluya el concepto ampliado de la Declaración de Cartagena de 1984, sean establecidas en todos los países de América Latina. Estas legislaciones nacionales también deberán consagrar las estipulaciones que regulan los procedimientos a ser seguidos cuando un individuo reclama ser un refugiado.

Por supuesto que el procedimiento no debe verse restringido al establecimiento de un organismo de decisión acerca de elegibilidad, sino que debe comprender, entre otros, lo siguiente: (1) las normas relacionadas con los oficiales y autoridades responsables para la iniciación de la solicitud para el estatuto de refugiado; (2) suministro de facilidades y de asistencia; (3) documentación provisional, así como la que debe emitirse una vez que la persona es reconocida como refugiado; (4) procedimientos de apelación, (5) marco temporal; (6) principios aplicables a casos de reunificación familiar, cláusulas de cesación y/o de exclusión, medidas excepcionales (tales como la cancelación y renuncia del estatuto de refugiado).

Por su parte ACNUR ya ha comenzado a diseñar, sobre una base

sub-regional, líneas generales para la armonización de la legislación y procedimientos nacionales, a la luz de las normas y principios del Derecho de los Refugiados⁷⁰. A su debido tiempo, esta iniciativa debería ampliarse a toda la región latinoamericana.

Los enfoques de política regional, así como la armonización de medidas relativas a la protección del refugiado, se pueden ver facilitados aún más dentro del marco de las iniciativas regionales existentes en América Latina, tal como lo es el Mercosur⁷¹ (que comprende a la Argentina, Brasil, Paraguay y Uruguay, y que probablemente incluya pronto a Chile y Bolivia). De nuevo, es de interés de los Estados el evitar las políticas no reguladas, y todo apunta a la necesidad que tiene la región de comenzar a darle una atención apropiada al fenómeno de la migración

en general, y a los movimientos de refugiados en particular.

Un buen ejemplo de esto lo constituye la ley brasileña sobre refugiados⁷², la cual se hizo efectiva el 23 de julio de 1997 y estableció un procedimiento completamente nuevo para la determinación del estatuto de refugiado en el país⁷³.

De acuerdo con la Ley 9.474/97, el gobierno de Brasil toma la plena responsabilidad de los asuntos referentes a los refugiados, que se dividen en: la iniciación del procedimiento, entrevista de elegibilidad, documentación provisional y definitiva, así como decisiones acerca de elegibilidad – la mayor parte de las cuales eran llevadas a cabo anteriormente por ACNUR. En lo que respecta a la decisión de elegibilidad, un órga-

⁷⁰Ver Módulo de Capacitación: Pautas para la Armonización de Legislación y Procedimientos Nacionales con Normas y Principios del Derecho Internacional de Refugiados, Buenos Aires, ACNUR, 1996.

⁷¹Ver J.H.Fischel de Andrade, "O Refugiado à Luz do Direito Internacional e do Direito Brasileiro", in O Advogado: desafios e perspectivas no contexto das relações internacionais, Brasília, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, 1997, pp. 151, 153 y 154; y, en general, J.H.Fischel de Andrade, "Regionalização e Harmonização da Definição e dos Procedimentos para a Determinação da Condição de Refugiado no âmbito do Mercosul", in P.B. Casella (coord.), Mercosul – Integração Regional e Globalização Rio de Janeiro, Ed. Renovar, 2000, pp. 63-98.

⁷²Ver Ley 9.474, del 22 de julio de 1997, publicada en el Diário Oficial da União (Gazeta Oficial), No. 139, del 23 de julio de 1997.

⁷³Ver J.H.Fischel de Andrade, "La Protección de Refugiados en Brasil y la Ley 9.474/97", in XXV Curso de Derecho Internacional Organizado por el Comité Jurídico Interamericano (Rio de Janeiro, VIII.97), Washington, Organización de los Estados Americanos/Secretaría General, 1999, pp. 385-391; J.H.Fischel de Andrade, "Protección de Refugiados y la Nueva Ley sobre Refugiados de Brasil", Refugee Participation Network/Red de Comunicación sobre Refugiados, Refugee Studies Programme, Oxford/Universidad del País Vasco, Bilbao, n° 24, sep. 1997, p. 15; J.H.Fischel de Andrade, "A Lei Brasileira de Proteção aos Refugiados", Caderno Direito & Justiça - Correio Braziliense, 29 sep. 1997, p. 01; J.H.Fischel de Andrade, "La Situación de los Refugiados en Brasil", Refugiados - Especial España:América, n° 95/1, 1997, pp. vi-vii.

no Colegiado, el Comité Nacional para los Refugiados (CONARE), es responsable de decidir sobre las solicitudes de la condición de refugiado. Iniciativas como esta deberían florecer por toda la región, siendo que deberán ser guiadas tanto por los patrones internacionales como por las peculiaridades regionales.

5. Conclusiones

El Derecho de los Refugiados ha evolucionado a un paso dinámico, pero no ha sido bien coordinado, lo que se debe a las disparidades existentes a nivel internacional, regional y nacional. Para detener el desarrollo de eventos nacionales que puedan ir en contra o contradecir los principios internacionales de protección a los refugiados, se requieren enfoques de política regional armonizada. Estos enfoques, sin embargo, deben estar de acuerdo con los estándares mas altos establecidos a nivel global.

El proceso para divisar e implementar enfoques regionales armonizados es de dos vías: primero es necesario regionalizar, y, en segundo término, armonizar la protección de los refugiados. En lo que respecta a la regionalización, instrumentos, definiciones y

procedimientos regionales requieren ser compatibles con los de tipo universal, y su implementación debería conformarse a los principios globales. Como consecuencia, los enfoques de política regional no se impondrán, si no que complementarán lo que ya ha sido logrado en el dominio universal.

La armonización de la protección a los refugiados es una etapa que se dará de forma simultánea o, más probablemente, después de diseñar enfoques de política regional. En otras palabras, después de regionalizar los instrumentos, definiciones y procedimientos, su implementación requiere ser armonizada. La armonización va más allá, por lo tanto, de la aplicación de políticas regionales. Comprende un esfuerzo concertado que incluye la voluntad política, diplomática y jurídica de todos los Estados de una determinada región.

En lo que respecta a los países de América Latina, la regionalización y la armonización de la protección de los refugiados deben tomar en cuenta los instrumentos jurídicamente vinculantes que establecen un estatuto legal distinto al de refugiado, y, en segundo término, los instrumentos originales de

carácter no-obligatorio que recomiendan una definición mas amplia del término "refugiado" que aquél establecido en la Convención de 1951. El hecho de que solamente un número limitado de países ha adoptado legislación sobre refugiados también debe ser un factor a tomar en consideración. Por lo tanto, lo que se requiere en América Latina es el establecimiento de legislación doméstica de protección a los refugiados, concebida para enfrentar los problemas de la región. Esto no significa que los logros globales no serán tomados en consideración. Por el contrario, siempre deberán servir como una guía, como una base de principios y estándares mínimos. La legislación doméstica sobre refugiados debe establecer, a parte de la definición de refugiado de la Convención de 1951, el concepto recomendado por la Declaración de 1984, ya que, aparte de reflejar

una actualización pragmática sobre la definición clásica de refugiado, el concepto se aplica de jure o de facto prácticamente en toda la región.

Finalmente, la legislación doméstica sobre refugiados debe comprender procedimientos similares para la determinación de la condición de refugiado, toda vez que estos procedimientos juegan un papel significativo en la interpretación de la definición de refugiado. Por lo tanto, si lo que se desea es una interpretación armonizada, los procedimientos de determinación del estatuto deben ser armoniosos y análogos. Para asistir en dicho proceso se puede recurrir al conocimiento y experiencia del ACNUR, así como de instituciones y organizaciones regionales, tales como: la OEA, y la Comisión, y la Corte Interamericanas de Derechos Humanos.

Consideraciones sobre la protección de refugiados a cincuenta años de la fundación del ACNUR

México, D.F., noviembre de 2000

Francisco Galindo Vélez¹

I. Introducción

Desde sus inicios, la Organización de las Naciones Unidas decidió tener un papel fundamental en la protección de refugiados. Por esta razón, el 14 de diciembre de 1950 la Asamblea General estableció la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR). Su propósito en aquel momento era suministrar protección internacional y encontrar soluciones duraderas a los problemas de los refugiados. Este propósito sigue tan válido hoy como entonces, debido a las nuevas exigencias y a la creciente complejidad de las situaciones de refugiados que debemos enfrentar. La Humanidad ha alcanzado un progreso notable en muchos campos, pero lamentablemente, como podemos atestiguar en diversos lugares del mundo, no ha podido suprimir guerras, conflictos civiles, intolerancia, pobreza extrema, hambre, falta de participación política ni la aplicación de la ley sin sentido de justicia.

Estas son las causas de que haya refugiados, del problema de las personas que se ven obligadas a desarraigarse para asegurar sus vidas o su integridad física en otros países. A fin de cuentas, el único modo de lograr la armonía entre los seres humanos y entre los países es por medio de la democracia, la justicia y la solidaridad.

El mundo necesita que la ley se aplique con justicia dirigida por la ética, y que la justicia y la solidaridad se logren en las sociedades nacionales, para alcanzar las metas de una economía y un desarrollo social sostenidos, y eliminar las tensiones internas y externas, que constituyen siempre una amenaza a la paz y a la seguridad.

Hace cincuenta años, cuando se estableció la Oficina de ACNUR, se creía que su duración sería solamente de tres años, ya que al final de ese período se habrían encontrado soluciones a los principales problemas de los refugiados. Tratar de determinar si esta presunción se basaba en una visión del mundo excesivamente optimista o en simple ingenuidad no nos sirve para seguir adelante. Debemos tratar los problemas de refugiados con sentido práctico, basados en principios reconocidos universalmente, como el de *non-refoulement* (*no-devolución*) y el derecho al asilo. Al terminar el siglo y el milenio este fin de año, los problemas de refugiados no sólo persisten, sino que han aumentado en número y complejidad en muchas partes del mundo.

II. Nuevo panorama mundial

En el mundo actual ocurren movimientos transnacionales que hubieran sido inimaginables hace pocos años, algunos positivos y otros muy negativos para los individuos, las sociedades nacionales y la comunidad mundial en general. Los movimientos transnacionales se refieren, entre otras cosas, a las finanzas y la inversión, el tráfico de drogas y de personas, la degradación ecológica, el HIV y otros virus. En verdad no se trata de un mundo fácil, pero a pesar de todo existen motivos de optimismo por el futuro de la humanidad.

¹ Funcionario del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. El autor contó con la colaboración de Eduardo Yrezábal García de la Torre, Diana Goldberg Mayo, Nancy Anne Jackson y Darío Ramírez Salazar, también funcionarios del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Este artículo es responsabilidad del autor y no refleja, necesariamente, la opinión del ACNUR o de las Naciones Unidas.

El hecho de que la humanidad haya sido capaz de concebir la idea de una organización que una a los pueblos y naciones del mundo es en sí mismo un motivo de optimismo. El hecho de que haya funcionado sin interrupción desde 1945 es otro motivo adicional para tal optimismo. La Organización de las Naciones Unidas representa las grandes aspiraciones y sueños de los ciudadanos del mundo en todos los campos de la actividad humana y, aunque su realización lleva tiempo, el simple hecho de que la humanidad tenga tan nobles aspiraciones, constituye una fuente de esperanza ilimitada

Naciones Unidas está consciente del mundo en transformación y del papel que le toca desempeñar en él. Para ser más eficiente y estar en condiciones de responder con mayor efectividad a las demandas de las naciones y de los ciudadanos de este planeta, la organización mundial ha iniciado varias reformas fundamentales. Una de las más destacadas es la manera en que las diferentes agencias de las Naciones Unidas ahora trabajan juntas concentrándose en objetivos comunes para estar más cerca de las naciones y pueblos del mundo, para realizar con mayor efectividad el trabajo que se les encomienda, para sacar mayor provecho de los recursos disponibles y para enfrentar de un modo más efectivo los problemas presentes y futuros.

En lo que concierne a los movimientos de transición mencionados anteriormente y en particular al tema de la globalización de la economía mundial, se trata de movimientos sumamente positivos para los pueblos y las naciones del mundo. Les permiten acercarse, conocerse mejor, cultivar la confianza y los intereses comunes, y esto fomenta la paz y el desarrollo económico. Es verdad que la globalización ofrece muchas oportunidades. Sin embargo, hoy día su aplicación está mostrando muchos problemas.

La globalización, mediante la circulación de bienes y capitales, ha creado riqueza, acceso a la tecnología, y ha mejorado las vidas de pueblos enteros. Sin embargo, a la vez que fomenta la circulación de bienes y capitales, en los últimos años se ha restringido la libertad de movimiento de las personas hacia los lugares donde estos recursos son más abundantes. Las deficiencias de la globalización han dado lugar, en el pasado reciente a una impresionante crisis financiera en el sudeste de Asia y en América Latina. Pero aparte de este impacto en países y en regiones enteras, ahora estamos viendo las consecuencias en las personas que no cosechan los beneficios de la globalización. Para muchos las condiciones de vida han empeorado en la medida en que los beneficios de la riqueza creada no se distribuyen a todos, conduciendo, por ejemplo, al incremento del delito en muchas partes y a la emigración de personas en busca de una vida mejor en otros países. El sistema debe modificarse para asegurar que los beneficios sean compartidos por todos los pueblos y naciones.

III. Nuevos retos para la protección de refugiados

Dentro de este contexto de un mundo globalizado, las personas refugiadas, aquellas que se han desplazado de su lugar de origen de manera forzada por motivos de persecución política, religiosa, nacional o étnica, social o racial, se encuentran en una posición por demás vulnerable. El número de personas refugiadas se ha incrementado desde la creación del ACNUR y su protección enfrenta nuevos retos que a continuación trataremos de puntualizar.

3.1 *Desarraigo forzado: Asunto de interés mundial*

Primero, en algunos países, muchos de ellos de América Latina, existe la sensación de que los problemas de refugiados se presentan ahora en lugares muy apartados del planeta, y de que, en el caso latinoamericano, los problemas de refugiados son cosa del pasado, no acontecimientos actuales. Consideran que existen otras prioridades más urgentes, como las ya mencionadas relativas al desarrollo económico, migraciones masivas de carácter irregular, tráfico de drogas, problemas ecológicos, etc. Aunque éstos sean asuntos prioritarios, los problemas de refugiados también lo son.

Es verdad que en el conjunto de América Latina las emergencias de refugiados se han acabado, con la excepción reciente del caso colombiano, cuyos ciudadanos comienzan a cruzar las fronteras en números significativos. En términos generales, las soluciones empleadas en América Latina han sido realistas, innovadoras y hasta precursoras en beneficio de los refugiados, los Estados y la sociedad civil. La cantidad de refugiados que encontramos hoy en los territorios de los Estados latinoamericanos no es significativa, si se le compara con la que hubo en el pasado de la propia América Latina o con la que se presenta hoy en otras partes del mundo.

No obstante, no debemos olvidar el creciente número de personas desplazadas internamente, también en América Latina. En algunos países, el ACNUR trabaja en favor de esta población por solicitud de los gobiernos y con la aprobación del Secretario General de la ONU. De cualquier manera, el problema de las poblaciones desarraigadas no es cuestión de cifras, sino de la manera en que los Estados, la sociedad civil y la comunidad internacional puedan trabajar juntos para brindarles protección y asistencia, independientemente de cuántas sean las personas afectadas.

3.2 *Los refugiados en el nuevo orden internacional*

Segundo, existe menor interés por parte de algunos Estados en suministrar protección y asistencia a los refugiados, porque la consecuencia política de esta empresa humanitaria ya no es hoy la misma que antes. Anteriormente, el mundo bipolar se caracterizaba por profundas convicciones ideológicas y confrontaciones que se traducían en el caso específico de los solicitantes de asilo, en un valor agregado para la consideración de sus casos.

No se ha tenido ni se tiene inconveniente en que los Estados, o incluso las instituciones nacionales o internacionales de carácter no gubernamental, utilicen los subproductos políticos que puedan provenir de la actividad humanitaria en beneficio de los refugiados, siempre que se trate de subproductos. Hay grandes inconvenientes en aceptar que la actividad humanitaria se guíe por consideraciones políticas, porque entonces tal actividad no está motivada por los intereses humanitarios del sistema construido por las Naciones Unidas para la protección de los refugiados, y porque deja a tal actividad en un plano de desigualdad en relación con intereses políticos y militares.

3.3 *Necesidad de rescatar el derecho de petición en el marco de las migraciones sur-norte*

Tercero, los Estados se interesan más por las migraciones masivas de índole económica e irregular. El mundo atraviesa por otro período de movimientos masivos de población entre países y aún entre regiones. Esto no es nuevo en la historia de la humanidad, y hoy somos testigos de cómo cantidades considerables de hombres, mujeres y niños abandonan sus países en busca de una vida mejor, y en algunos casos hasta para sobrevivir, desde el punto de vista económico, en países del mundo con mayor prosperidad. Este movimiento de sur a norte ocurre en todo el globo.

No cabe duda que los países tienen derecho a regular y controlar las migraciones irregulares, pero no deben descuidar sus obligaciones internacionales relativas a los refugiados. Entre esos migrantes económicos pueden encontrarse personas que se han visto obligadas a dejar sus países por temor a la persecución, que deben ser protegidas contra la devolución (*refoulement*), y a las que se debe dar oportunidad de presentar una solicitud de refugio ante las autoridades competentes o ante el ACNUR, cuando sea el caso. Para que esta oportunidad se brinde de manera íntegra, es necesario que los derechos de los migrantes en general también sean debidamente respetados.

Cuando no se respeta el principio de no-devolución (*non refoulement*), el sistema completo, construido por las Naciones Unidas para brindar protección a los refugiados, se viene abajo. En la actualidad no existe una agencia del sistema internacional encargada de las migraciones económicas, pero es importante apoyar los esfuerzos de los Estados y de organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales, para garantizar que los migrantes, independientemente de su condición migratoria, se les trate de modo humano y digno.

Las migraciones continuarán mientras existan urgentes necesidades económicas en los países de origen. Las actividades de control podrán hacer mucho por regularlas, pero en definitiva no detendrán las migraciones.

3.4 *Nuevas emergencias y nuevas necesidades*

Cuarto, existen nuevas situaciones en las que resulta muy difícil brindar protección y asistencia a los refugiados, debido a algún conflicto armado en curso, enconos étnicos profundamente enraizados, etc. Es verdaderamente difícil aceptar que los odios étnicos sean todavía parte de la historia humana y que a fines del siglo XX hayan surgido y se hayan puesto en práctica conceptos como el de la *limpieza étnica*, con su secuela de sufrimiento y miseria. La labor de protección de refugiados en situaciones como las de la Antigua Yugoslavia, la región de los Grandes Lagos en África, Timor Occidental y Timor Oriental, se ha confrontado a dificultades desde todo punto de vista concebible e imaginable. La rapidez con que se presentó el flujo de refugiados simplemente sobrepasó la capacidad de las organizaciones humanitarias. Además, estas crisis subrayaron la importancia de una respuesta efectiva y rápida de la comunidad de Estados.

3.5 *Menos recursos y más problemas*

Quinto, los recursos para satisfacer las necesidades humanitarias no han crecido en la misma proporción que tales necesidades. Los organismos internacionales como el ACNUR se ven obligados a hacer más con menos. Aunque esto pueda ser beneficioso, porque nos permite hacer mejoras, llega el momento en que no se pueden hacer más mejoras y no queda otra opción que la de recortar programas y determinar cuáles de ellos son los más urgentes. Se utiliza la palabra “más”, pues la experiencia del trabajo con refugiados demuestra que todas sus necesidades son prioritarias, pero a veces ya no se puede escoger y, por ejemplo, los programas de educación deben ser reducidos para allegar más fondos al alimento, la salud y el alojamiento.

En instituciones como la Oficina del ACNUR no se ha desdeñado ningún esfuerzo para lograr que los recursos disponibles, tanto humanos como materiales, se empleen de manera adecuada. Este es un empeño actual que incluye cambios en la estructura administrativa, y en la manera como presentamos los proyectos a los donantes y les informamos sobre el uso de los recursos. Se trata de una labor positiva, pero existe el riesgo de que podría llegarse al punto de que la Oficina sencillamente carezca de los recursos para trabajar en determinadas situaciones de refugiados.

3.6 *El imperativo de la seguridad del personal humanitario*

Sexto, la protección de los trabajadores humanitarios se ha convertido en una preocupación prioritaria del ACNUR y de otros organismos humanitarios. Cada vez con mayor frecuencia los trabajadores humanitarios deben realizar su trabajo en situaciones que ponen en peligro su propia integridad física. Hemos sido testigos del sufrimiento de miembros del personal que han sido secuestrados, heridos y asesinados cuando desempeñaban su labor humanitaria. Otros organismos y organizaciones humanitarias han debido pasar por las mismas experiencias traumáticas. Esta preocupación llegó a un punto inaceptable el pasado mes de septiembre del 2000, cuando tres funcionarios del ACNUR fueron asesinados brutalmente en Timor Occidental por las milicias. En el mismo mes, otro colega fue también asesinado, en este caso por fuerzas

rebeldes en Guinea, además de otra funcionaria secuestrada en el mismo ataque, que catorce días después fue liberada.

Estos hechos, a todas luces condenables e inaceptables, colocan bajo una nueva perspectiva el trabajo humanitario y el compromiso de los Estados para garantizar la seguridad de quienes realizan una labor netamente humanitaria como parte de la responsabilidad compartida en la labor de protección a los refugiados.

Brindar protección y asistencia en semejantes condiciones de hostigamiento que han llegado a este punto límite, constituye un empeño por igual necesario que difícil de realizar. Los trabajadores humanitarios están desarmados, e inevitablemente quedan a merced de grupos armados, que no conocen más idioma que el de la violencia. Las amenazas, además, no solo van dirigidas contra trabajadores humanitarios, sino que también se dirigen a los refugiados que deben proteger.

Estos son ejemplos de las dificultades que los trabajadores humanitarios deben encarar en tales situaciones. Si se reflexiona sobre lo ocurrido en el pasado, es posible determinar y comprender lo que se podría haber hecho de otra manera. Pero en el terreno, al tratar de resolver una emergencia humanitaria, no es posible hacer esa retrospectiva, ni resulta sencillo apartarse para analizar la situación. Vale la pena añadir otra complicación que se ha constatado en algunas de estas situaciones: Cuando la crisis deja de aparecer en los titulares de las noticias, el interés de los Estados y otros miembros de la comunidad internacional decae, como si la extrema necesidad no siguiera siendo una realidad cotidiana.

Los efectos de todos estos factores han sido devastadores para el ACNUR y para otras organizaciones de las Naciones Unidas y de otras organizaciones civiles dedicadas al trabajo humanitario. La pérdida de cuatro funcionarios del ACNUR es absolutamente inaceptable. El ACNUR ha iniciado una labor prioritaria de análisis y revisión de sus misiones de emergencia en el mundo, para garantizar la seguridad de nuestros trabajadores humanitarios. Sin embargo, esta no puede ser una labor unilateral. Compartir la responsabilidad sobre todos los aspectos de las operaciones humanitarias es una tarea de los Estados implicados, de las organizaciones que participan en estas operaciones, tanto internacionales como nacionales. Por otra parte, esta responsabilidad debe extenderse a todos los actores que participan en estas situaciones: Tanto a los refugiados como a todos los trabajadores humanitarios.

IV. La situación en América Latina

Mientras que en algunas partes del mundo se presentan emergencias graves, en los últimos años se ha visto cómo los refugiados latinoamericanos han retornado voluntariamente a sus países de origen en Centro y Sudamérica, o se les ha permitido permanecer en los países que los protegieron de la persecución, por medio de la residencia permanente o la naturalización. Las soluciones acordadas a los refugiados y otras poblaciones desarraigadas en América Latina han sido creativas y han contribuido considerablemente al desarrollo progresivo del Derecho Internacional de los Refugiados. Los ejemplos más notables de estas contribuciones lo representan la innovadora Declaración de Cartagena sobre los Refugiados de 1984, y el proceso de la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA). Asimismo, el sistema de protección interamericano de asilo, particular de América Latina, ha brindado también soluciones para las personas que lo han solicitado, sobre todo durante la época de las dictaduras en América del Sur.

Estas propuestas han sido resultado de la voluntad conjunta de los Gobiernos latinoamericanos de proteger y solucionar la situación de las personas afectadas. En el caso de CIREFCA, cabe resaltar, la búsqueda de soluciones incluyó también a las organizaciones civiles que participaron en este proceso, a los refugiados mismos y a los organismos internacionales que participaron en proporcionar asistencia humanitaria.

En el quincuagésimo aniversario del ACNUR, que coincide con el nuevo milenio, son varios los retos que presenta la protección a las personas refugiadas en América Latina. Esta región del Continente presenta un nuevo rostro, pero lamentablemente no está carente de situaciones críticas y difíciles. El caso de Colombia es ilustrativo: Una crisis interna cuyos mayores efectos se han dejado sentir en los cientos de miles de personas que se han desarraigado de manera forzada sin cruzar las fronteras internacionales. El ACNUR trabaja y asiste al Gobierno colombiano en sus tareas de protección a los desplazados internos, de acuerdo con las directrices establecidas y aceptadas por la comunidad internacional para tal efecto. Este tipo de operaciones con población desarraigada, pero no necesariamente refugiada, ha sido confiada al ACNUR, en coordinación con otras agencias internacionales, por su experiencia con población desarraigada y, sin lugar a dudas, constituye un nuevo reto en términos humanitarios, en lo referente a los aspectos de la cooperación internacional y en materia jurídica.

Por otra parte y de acuerdo con su mandato tradicional, el ACNUR se enfrenta en la región latinoamericana a lo que se ha dado en llamar un nuevo perfil del refugiado. Se trata de solicitantes de asilo provenientes de otras partes del mundo y que en la mayoría de las ocasiones viajan dentro de las grandes corrientes migratorias. Estas personas suelen ser de culturas diferentes a las de esta región, y representan un nuevo reto a las instituciones nacionales en términos del trabajo de instrucción de los casos y la comprensión de estos fenómenos. Las preocupaciones más inmediatas del ACNUR en este sentido se refieren a la necesidad de sensibilizar a los gobiernos sobre la importancia de dar cauce al derecho de petición de estas personas, en una primera instancia, y desde luego al reconocimiento de la condición de refugiado. Asimismo, la ciudadanía en general debe también estar informada sobre estos nuevos casos de solicitantes de asilo, con una perspectiva de respeto y tolerancia.

V. Reflexiones finales

En su cincuenta aniversario, el ACNUR ha emprendido diversas actividades cuya finalidad es lograr y resaltar un tema central: El RESPETO a las personas refugiadas. En el ámbito jurídico internacional, esta tarea se ha expresado a través de una campaña emprendida para lograr, al final del año 2000, el máximo de ratificaciones o adhesiones a la Convención de 1951 y al Protocolo de 1967 relativos al Estatuto de los Refugiados, y también a la Convención de 1954 relativa al Estatuto de Personas Apátridas y a la Convención de 1961 para Reducir los Casos de Apatridia. Además, se ha solicitado a los Estados partes de estos instrumentos que promulguen legislación nacional que conduzca a su efectiva ejecución y aplicación. Es sumamente importante que el mayor número de Estados se haga parte de estos instrumentos internacionales, puesto que a ellos compete establecer reglas claras y comunes para el tratamiento de los refugiados. Cabe subrayar la característica humanitaria y apolítica de este sistema de protección que establece claramente que el asilo otorgado por un Estado es un acto pacífico y humanitario, y que, como tal no puede ser considerado hostil por ningún otro Estado.

Esta campaña, sin embargo, no ha arrojado los resultados esperados en el ámbito global. En América Latina y el Caribe ya son muy pocos los países que aún quedan por adherir a estos instrumentos universales de protección internacional a las personas refugiadas. La última adhesión hasta el momento fue de México, el pasado abril de 2000. Sin embargo, en otros continentes los resultados no han sido tan alentadores. Por otra parte, aún es necesario que los países expresen su buena voluntad para la solución de los problemas de los refugiados, a través de la adopción de legislación nacional adecuada para asumir esta responsabilidad.

Las nuevas tareas del ACNUR en el mundo, delineadas en párrafos anteriores, y la mención a la experiencia en América Latina, confirman un aspecto central de las tareas y retos en la protección a los refugiados. Tales labores se pueden realizar solamente si los Estados, las organizaciones no gubernamentales y la comunidad internacional trabajan juntos, con la buena voluntad para aplicar leyes y procedimientos

comunes para proteger a los refugiados y encontrar soluciones duraderas a su situación, y para que las labores humanitarias implicadas en estos procesos no tengan costos ni resultados no deseados. En otras palabras, se debe garantizar la seguridad de tales operaciones para garantizar la vida y seguridad de los propios refugiados y de los trabajadores humanitarios dedicados a ellas.

El cumplimiento de esta tarea común tiene sentido en el nuevo contexto internacional, si los diversos actores implicados ubican en un lugar prioritario de sus agendas el tema de la seguridad de las personas como el fundamento para la construcción de un mundo de paz. Solo a través de este principio será posible lograr la convivencia pacífica entre las naciones y dentro de ellas.

México, D.F., noviembre de 2000.

LA RELATORÍA ESPECIAL SOBRE TRABAJADORES MIGRATORIOS Y SUS FAMILIAS DE LA COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (CIDH)

Juan E. Méndez*

I. Introducción:

Al crear una Relatoría Especial sobre trabajadores migratorios y sus familias, hace ya varios años, la Comisión ha reconocido que el movimiento de personas a través de las fronteras genera desafíos crecientes en cuanto a la vigencia de los derechos humanos fundamentales. Aunque la Comisión ha tenido oportunidad de dirigirse en forma casuística a estos problemas (como veremos en seguida), también ha pensado que es necesario analizarlo en todas sus manifestaciones fácticas y jurídicas, con un enfoque fenomenológico, antes de proponer soluciones que pudieran resultar abstractas o irrealistas si se ofrecen en el vacío. Por eso, la Relatoría está todavía en etapa de absorción de las diversas manifestaciones del fenómeno.

El Informe de la Relatoría es un "informe de progreso". Ello es así porque queremos destacar que

estamos en etapas si se quiere preliminares de nuestro trabajo, y no nos sentimos aun en condiciones de formular recomendaciones sobre normas internacionales o locales que permitan tratar el problema en un marco de pleno respeto de los derechos humanos. Este aprendizaje del fenómeno proviene en primer lugar de las dudas que a lo largo de los años la CIDH ha recibido referidas a violaciones de derechos de no nacionales en varios de nuestros Estados. Pero también hemos hecho un esfuerzo por compilar las normas y prácticas nacionales de los Estados miembros de la OEA en torno a la migración de personas. Para ello dirigimos a todos los Estados un cuestionario, y nuestro Informe da cuenta de los resultados de ese ejercicio.

II. El marco fáctico

En la experiencia de la CIDH, el fenómeno migratorio se presenta

*Relator Especial para Trabajadores Migratorios y sus Familias, Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

como problema de derechos humanos en muy diversos escenarios. Destacamos especialmente el interés explicitado por los gobiernos de México y de los estados centroamericanos, sobre la situación de sus nacionales que se encuentran en Estados Unidos y Canadá. Ese interés busca no solamente proteger su derecho al trabajo y al envío de remesas familiares, sino también sobre el ejercicio de derechos al debido proceso en cuanto a la legalización de su estatus migratorio, y en instancias de deportación o exclusión. Asimismo, los gobiernos de Estados Unidos y Canadá manifiestan interés en el control de su extensa frontera compartida, para permitir un adecuado control de los ingresos de personas a uno u otro país, provenientes de todo el mundo.

En la frontera entre Estados Unidos y México, han llegado a conocimiento de la CIDH no sólo instancias de malos tratos por parte de la patrulla fronteriza norteamericana, sino también denuncias de brotes de xenofobia entre particulares de los estados limítrofes. Al mismo tiempo, la frontera entre México y Guatemala también es objeto de nuestra atención, por la vulnerabilidad de

guatemaltecos y otros centroamericanos frente a ejemplos de explotación de su trabajo o de su necesidad de transitar el territorio mexicano.

Pero además la CIDH ha tenido oportunidad de conocer la situación de muchos otros migrantes afectados en sus derechos. Desde hace años la CIDH recibe múltiples denuncias sobre migraciones marítimas de haitianos y cubanos hacia Estados Unidos, a las Bahamas y en menor medida a otros países caribeños. En estos casos, nuestra atención se ha dirigido a que tales viajeros tengan una oportunidad razonable de presentar pedidos de asilo, contra la tendencia a considerarlos presuntamente "refugiados económicos" y por lo tanto no merecedores de protección contra la deportación a sus países de origen. Además, a menudo la CIDH se ha visto en la necesidad de analizar denuncias de detención prolongada y arbitraria de estos migrantes, ya sea como forma de disuadirlos de solicitar asilo o refugio, o porque se los considera deportables y su país de origen no los quiere recibir.

En el istmo centroamericano el tránsito de personas es intenso, y no solamente con ocasión de las

cosechas, sino también como inmigración permanente. Es especialmente el caso de nicaragüenses en Costa Rica, cuyos altos números dan lugar a situaciones de explotación laboral; justo es, sin embargo, señalar la generosidad de la amnistía migratoria recientemente sancionada y aplicada por Costa Rica para legalizar la presencia de centroamericanos en su país.

En la frontera colombo-venezolana, el fenómeno del tránsito de nacionales de uno y otro país se presenta complicado con el narcotráfico y con la violencia política colombiana. Ambas situaciones provocan desplazamiento de personas a través de la frontera, y las reacciones de las fuerzas de seguridad a ambos lados de la misma no siempre distinguen el fenómeno migratorio de la necesidad de reprimir los delitos. En la República Dominicana, la expulsión masiva y sumaria de haitianos presenta múltiples problemas a la protección internacional de los derechos humanos, desde las condiciones sociales y de trabajo en los bateyes, a la expulsión masiva y racialmente discriminatoria, en la que a menudo se incluye a ciudadanos dominicanos de origen haitiano desconociendo

su derecho a la nacionalidad y a la permanencia en su país.

En el cono sur, hemos tenido conocimiento de la precaria situación de peruanos, bolivianos y paraguayos en la Argentina, obligados a condiciones de clandestinidad y por lo mismo explotados laboralmente en forma oprobiosa. En todos nuestros países, hemos visto un flujo de coreanos y chinos a través de las fronteras, usualmente con destino a Estados Unidos y Canadá, pero a menudo con largas permanencias en Panamá, Surinam y Guyana, por mencionar sólo algunos países. En Surinam, la CIDH tuvo ocasión de pronunciarse sobre la inconsistencia de un plan de deportación masiva de guyaneses, en una llamada Operation Clean Sweep, con las obligaciones internacionales de Surinam.

III. Cruces temáticos:

El breve vistazo que antecede -- seguramente incompleto -- es suficiente sin embargo para revelar de inmediato la complejidad del problema y su intersección con otros aspectos del derecho internacional de los derechos humanos. Sin analizar por ahora las formas en que deberán equilibrarse valores y derechos en

contienda en estos fenómenos, permítasenos señalar algunos de los principales cruces de temas de derechos humanos suscitados por la migración de personas.

En primer lugar, las causas o factores que impulsan a la gente a emigrar, que incluyen factores económicos y sociales siempre cambiantes. El movimiento de capitales genera tanto focos de expulsión de personas por falta de trabajo y oportunidades, como focos de atracción de mano de obra a través de nuevas inversiones. La fluidez con que se mueven los capitales de inversión ha dinamizado de una manera extraordinaria los movimientos de personas, y las políticas públicas se han quedado muy rezagadas, tanto en términos de medidas para evitar la salida y el desarraigo, como de medidas para permitir el flujo y entrada ordenada de personas para llenar necesidades del mercado de trabajo.

En otros casos, los factores que inciden sobre el movimiento de personas no son exclusivamente económicos. Hay por lo menos una coincidencia con factores políticos y de persecución por razones raciales, religiosas, ideológicas, políticas o de pertenencia a

un sector social determinado. Aquí el problema migratorio roza, por lo menos, un cuerpo de doctrina y de obligaciones estatales bien establecido en el derecho internacional, como es el derecho de los refugiados y del asilo. En la medida que los trabajadores migrantes solicitan asilo en el país receptor, se generan obligaciones a cargo de éste, cubiertas en parte por nuestra Declaración y Convención Americanas, pero más específicamente por la Convención de Naciones Unidas de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados, su Protocolo Adicional de 1967, tratados interamericanos sobre asilo anteriores a la creación de la OEA, y normas de derecho internacional consuetudinario. En estos casos es imperioso insistir en el tratamiento individual de cada petición de asilo o refugio, sin preconceptos ni prejuicios. Es cierto que los flujos inesperados de miles de personas hacen difícil para los Estados un tratamiento individualizado. Pero la alternativa de no otorgar audiencias, ni un mínimo de debido proceso, ni un tratamiento no discriminatorio por razones raciales o de origen nacional, ni un estándar probatorio adecuado es peor porque viola obligaciones precisas de los Estados.

El fenómeno migratorio no se reduce sólo a la salida a través de fronteras. Las migraciones tienen un claro correlato en los desplazamientos internos de personas, por causas de desastres naturales o huyendo de la violencia política o de la persecución. En cuanto al desplazamiento interno, tanto nuestra Comisión como la Relatoría Especial de las Naciones Unidas, a cargo del jurista sudanés Francis Deng, han producido interesantes desarrollos normativos y promocionales, algunos de los cuales podrán ser aplicables, eventualmente, a quienes huyen a través de sus propias fronteras nacionales.

En forma creciente, la Comisión recibe quejas que relacionan el problema migratorio con el resurgimiento de actitudes de racismo y xenofobia. Estas actitudes son especialmente difíciles de tratar para la Comisión, en tanto que se originan en actitudes culturales y actos de particulares, sobre los cuales no tenemos en principio competencia. Por lo general, tanto la ley interna como la práctica de las agencias del Estado son en principio neutrales en las relaciones raciales; es preciso buscar responsabilidades estatales en algunas actitudes de omisión de

responsabilidades, en lugar de acción discriminatoria o racista directa. En todo caso, debemos acompañar los esfuerzos del Comité de Naciones Unidas para la Eliminación de toda forma de Discriminación Racial (CERD), y promover una activa participación de nuestra región en la Conferencia Mundial contra el Racismo y la Xenofobia que se realizará este año en Sudáfrica.

El último cruce temático al que nos queremos referir es el de la vigencia del derecho a las relaciones familiares y su relación con normas inmigratorias de nuestros países. En general, en casi todos los países receptores de inmigrantes se establece el principio de reunificación familiar como uno de los que guía la política de ingresos migratorios y de radicación permanente. La tradición jurídica de todo el Nuevo Mundo reconoce el principio de *jus soli* (ley del territorio donde se nace) como determinativo de la nacionalidad. Por último, todos los países reconocen que los derechos de los nacionales se ejercen sin discriminación adversa y en condiciones de igualdad ante la ley. Sin embargo, es necesario analizar estos principios en su aplicación práctica para ver si

efectivamente rigen en todos los casos. Por ejemplo, la imposibilidad de regularizar la situación inmigratoria de un no nacional puede resultar en la deportación de facto de sus hijos nacidos en el territorio de su residencia, o bien en la pérdida del derecho de estos últimos a gozar de su familia, o en la desigualdad en el ejercicio de esos derechos entre nacionales con padres extranjeros y nacionales con padres también nacionales.

IV. Tareas de la CIDH y de la Relatoría:

Ya hemos mencionado la elaboración de un cuestionario y la sistematización de las respuestas obtenidas de los Estados, como una de las tareas preliminares a que se abocó la Relatoría. El relevamiento de normas y prácticas administrativas de derecho interno continúa, y nos está permitiendo identificar lagunas de protección nacional de los derechos humanos relativas a la inmigración. Hemos iniciado, además, contactos con instancias multilaterales que discuten estos temas en forma periódica y sostenida, como las reuniones entre cancillerías y otros ministerios del denominado "Proceso Puebla", entre gobiernos de Centroamérica, México,

Estados Unidos y Canadá. Esto nos ha permitido convertir a la CIDH en una especie de asesoría permanente, a la vez que observadora, de esos trabajos multilaterales.

Hemos suscrito un convenio con la Organización Internacional para las Migraciones para el intercambio permanente de experiencias en esta área. Con este bagaje de experiencias y conocimientos, esperamos a corto plazo estar en condiciones de formular propuestas de normas y prácticas, de derecho interno y también de derecho internacional, como parte de nuestras funciones de promoción (standard-setting).

Entre tanto, la CIDH ha tenido oportunidad de pronunciarse en casos concretos sobre la relación entre las normas de nuestro derecho interamericano de los derechos humanos y las prácticas de los Estados en relación con la presencia de no nacionales en sus territorios. A modo de ejemplos, permítasenos citar algunas de las decisiones más importantes adoptadas por la CIDH en años recientes:

a. Riebe y otros v. México: se trataba de la expulsión de sacerdo-

tes no mexicanos que actuaban en Chiapas, por aplicación del Art. 45 de la Constitución Mexicana (que otorga facultades omnímodas al Presidente para deportar a no nacionales). La CIDH afirmó que la deportación sumaria, sin invocación de razones imputables a la conducta del afectado, y sin la posibilidad de éste de ofrecer algún descargo, constituyen violación a las normas de debido proceso de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 8 y 25).

b. Marielitos: En los Estados Unidos, los cubanos considerados deportables o pasibles de exclusión, arribados en la crisis del puerto de Mariel de 1980, son sometidos a detención prolongada y arbitraria porque, luego de ser hallados deportables, Cuba se rehusa a recibirlos. Esto es igual ya sea la determinación de negarles residencia se base en su conducta anterior en Cuba o a nuevos delitos cometidos en suelo norteamericano. En ambos casos, la detención excede los términos de la condena original y es por tiempo indeterminado. La CIDH resolvió que esta práctica violaba las normas de la Declaración Americana sobre el derecho a la libertad individual y al debido proceso.

c. Haitianos en tránsito a EUA. En el curso del más reciente éxodo masivo de haitianos, durante la dictadura de Raoul Cedras, Estados Unidos estableció un procedimiento de interdicción en alta mar, en el que expresamente se declaraba inaplicable la Convención de 1951 sobre Refugiados y su Protocolo Adicional de 1967, por no haber entrado los afectados en la jurisdicción territorial de los Estados Unidos. La Corte Suprema de Estados Unidos validó esta práctica en el caso *Haitian Refugee Centers v. Sale*. La CIDH publicó un informe que afirmaba que la práctica violaba las obligaciones internacionales de Estados Unidos bajo la Declaración Americana y la Carta de la OEA.

d. Visitas in loco a Texas y California: En 1999, delegaciones de la CIDH visitaron regiones fronterizas de Estados Unidos con México, para investigar denuncias de malos tratos a presuntos inmigrantes, por parte de la Patrulla Fronteriza del Servicio de Inmigraciones, de policías locales, y de particulares en brotes xenófobos. Se hicieron una serie de recomendaciones a las autoridades norteamericanas, y se encuentran en preparación sendos informes.

e. Procedimiento de Asilo en Canadá: La CIDH efectuó una visita in loco a Canadá para analizar el procedimiento que se aplica a los peticionarios de asilo en ese país. El resultado es un informe que se entregó al Gobierno de Canadá en 1999; con su respuesta, hemos incluido ese informe en nuestro Informe Anual a la Asamblea General de la OEA del año pasado.

f. Deportaciones masivas de haitianos en República Dominicana: En 1999, la CIDH efectuó una visita a la República Dominicana y luego produjo un informe condenatorio de las prácticas de deportación aplicadas a haitianos, prácticas que a nuestro juicio violan la norma expresa de la Convención Americana que prohíbe las deportaciones colectivas. Ese informe también fue incorporado a nuestro Informe Anual de este año.

g. Seguimiento del tema en República Dominicana: En noviembre de 1999, la Comisión recibió la denuncia de que las deportaciones de haitianos se intensificaban. Muchos ciudadanos dominicanos de origen haitiano, o de apariencia racial haitiana, eran objeto de deportación sumaria, con la consiguiente disrupción de la vida familiar, pérdida de salarios y extravío de bienes muebles, y pérdida de contacto entre padres

e hijos. La CIDH emitió una medida cautelar en uso de las atribuciones de su Reglamento, solicitando a la República Dominicana la suspensión de las deportaciones hasta tanto se establecieran normas de debido proceso que permitieran a los afectados arreglar sus asuntos familiares o laborales, argumentar que no son deportables y ofrecer alguna prueba en ese sentido. El Gobierno dominicano rechazó la medida. Desde fines de noviembre, la CIDH ha tomado conocimiento de que las deportaciones colectivas han continuado a un ritmo de unas 2000 por mes (en noviembre de 1999 la cifra llegó a 20.000 en unas tres semanas).

El hecho de que los únicos dos informes por países (Canadá y República Dominicana) incluidos en nuestro Informe Anual más reciente se refieran a temas migratorios demuestra hasta qué punto esta temática se ha convertido en un aspecto central de las preocupaciones de la CIDH por los derechos humanos en el continente.

V. Estado actual del Derecho Internacional aplicable a las migraciones:

Nos permitimos hacer algunas aseveraciones sobre los principios

aplicables a los derechos humanos de los trabajadores migrantes y sus familias en el estado actual del derecho internacional. Hacemos la salvedad de que esta parte no ha sido objeto de tratamiento por la Comisión en pleno aun, por lo que debe entenderse como la opinión -- personal y preliminar -- de esta Relatoría.

Los instrumentos internacionales consagran el derecho a la nacionalidad y el derecho a transitar, a fijar residencia y a mudarla, y a entrar y salir del país y a regresar al mismo. Salvo trámites de orden administrativo, les está vedado a los Estados establecer condiciones onerosas para el ejercicio de estos derechos, y también usar criterios discriminatorios al permitir o autorizar su goce. Estos principios están bien establecidos y reconocidos universalmente. Sin embargo, sólo se aplican a los nacionales del país, y los Estados no están obligados a garantizárselos también a quienes se encuentran bajo su jurisdicción pero no son nacionales.

Además, el derecho internacional no da pautas sobre cómo los Estados han de determinar la condición de nacionales para el ejercicio de estos derechos como así

también para los efectos de la ciudadanía. Los países europeos se guían por el principio de jus sanguinis, en el que la descendencia es más importante que el lugar de nacimiento; en contraste, los países americanos siguen el de jus soli. En ambos sistemas, sin embargo, se introducen variantes y excepciones, para las cuales tampoco el derecho internacional tiene preceptos. A lo sumo, el derecho internacional ha establecido algunos parámetros para hacer muy rigurosas las condiciones bajo las cuales la nacionalidad se puede perder (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-4 (19-01-84).

Para los extranjeros, rige en general un principio de soberanía absoluta de los Estados para determinar quién está autorizado a entrar al país, a permanecer en él, a fijar su residencia, y a obtener la nacionalidad. Las únicas limitaciones que el derecho internacional impone, son las que se aplican en general a otros derechos: (a) que estos derechos se otorguen y garanticen bajo el principio de igualdad y no discriminación; y (b) que en la adjudicación particular de beneficios de este tipo se apliquen normas de debido proceso legal. En el caso

de la Convención Americana sobre Derechos Humanos hay otra importante limitación: el artículo 22, inciso 9 prohíbe la "expulsión colectiva de extranjeros".

En cuanto al principio de igualdad y no discriminación, está claro que el mismo no impide a los Estados hacer ciertas distinciones, con tal que las mismas obedezcan a criterios de razonabilidad, proporcionalidad y adecuación a las circunstancias sociales del país (OC-4, voto razonado del Dr. Rodolfo Piza). Lo que se prohíbe son las distinciones adversas hechas en base a la raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (Arts. 1.1 y 24, CADH). En otras palabras, los Estados pueden discriminar entre nacionales y extranjeros, por ejemplo, para el ejercicio de ciertos derechos políticos. Pero no pueden discriminar entre diversas categorías de extranjeros, ni para esos efectos ni para ningún otro.

A nuestro juicio, la aplicación del principio de debido proceso a esta materia surge del Art. 2 de la Convención (obligación de adecuar la legislación), del Art. 8 (garantías judiciales) y del 25 (protección judicial). Además,

varios incisos del Art. 22 establecen que las restricciones a los derechos de circulación y residencia sólo se pueden aplicar conforme a la ley y en uso de medidas necesarias en una sociedad democrática para preservar ciertos bienes o valores enumerados. Todas estas normas constituyen una defensa contra la arbitrariedad en el ejercicio de facultades discrecionales. La forma de evitar la arbitrariedad es, precisamente, que las decisiones de gobierno sólo puedan adoptarse en base a facultades regladas y con ajuste a procedimientos que garanticen el derecho del afectado a defenderse.

Los principios del debido proceso deben variar, necesariamente, con la magnitud de los intereses y derechos en juego. Así, en el proceso penal, en el que se juega la honra y la libertad del acusado, se exige el máximo de debido proceso. Por el contrario, en trámites administrativos de menor cuantía "el proceso que es debido" puede legítimamente restringirse a un mínimo razonable. En materia migratoria, el valor en juego es muy alto, porque generalmente tiene que ver con la vida, la libertad y hasta la supervivencia económica del interesado. Por ello, nos atrevemos a opinar que

las normas de debido proceso deben ser comparativamente altas, y destinadas a preservar el derecho del afectado a demostrar su estatus legal o su derecho a permanecer en el país. Asimismo, estas normas deberán consultar la necesidad de permitir que el afectado, aun en el caso de que deba ser deportado, pueda resolver cuestiones familiares, mantener contacto con su familia, obtener salarios por servicios prestados, y arreglar cuestiones relativas a su patrimonio y el de su familia.

Por lo anterior, nos parece que en trámites de deportación deben ser exigibles las siguientes normas mínimas: (a) fijación de audiencia para que el afectado pueda alegar lo que le corresponda en derecho o en equidad para no ser deportado; (b) decisión por un adjudicador imparcial y luego de oír al afectado. Esto supone que las decisiones de deportación adoptadas in situ por un oficial de la fuerza pública no especializado en el tema migratorio no llenan este requisito; (c) posibilidad de interposición de un recurso rápido para obtener la revisión judicial de la medida, en base al Art.25 de la Convención.

Con esas garantías de debido proceso, el Estado puede adoptar

medidas razonables para mantener el control de sus fronteras, sin menoscabo de los derechos humanos de los afectados. En especial, tales garantías de debido proceso deben estar orientadas a: (a) distinguir entre personas deportables según la ley y aquellos que no lo son. La ley debe determinar con claridad quiénes no son deportables, pero el derecho internacional exigiría, a lo menos, que no lo sean: (1) los nacionales, ya sea por nacimiento o por naturalización, y con o sin origen extranjero; (2) los extranjeros con estatus regular; (3) los extranjeros con derecho a regularizar su estatus conforme a la ley; (4) los extranjeros sin estatus pero que puedan invocar razones humanitarias o de equidad para evitar la deportación (p. ej., contactos familiares en uno y otro país, tiempo de permanencia y otros lazos en el país receptor, etc.).

El debido proceso y la no discriminación debe aplicarse también a los principios de unificación familiar. El derecho internacional consagra el derecho a la familia y a su protección por el Estado (Art. 17, CADH), y ese derecho no puede negarse en forma discriminatoria. En este sentido, surge una

legítima pregunta en los países que no permiten la regularización del status a través de vínculos con hijos que son nacionales, o que sólo lo permiten a la mayoría de edad de los hijos. En esos países se produce, o bien la deportación de facto de nacionales menores de edad, al ser deportados sus padres, o bien la ruptura del vínculo familiar. En este último caso, los niños nacionales, pero nacidos de padres extranjeros, estarían en desigualdad de ejercicio del derecho a la familia con los nacionales de padres también nacionales. Reconocemos que esta materia no ha sido objeto de tratamiento por el derecho internacional de los derechos humanos, y que las normas existentes son por lo menos ambiguas. Pero presentamos el problema como un desafío cercano para nuestra materia.

En estos espinosos temas de unidad familiar, postulamos que a lo menos los Estados deberían crear instrumentos de derecho interno para permitir cierta discreción a los adjudicadores administrativos o judiciales, para compensar el exceso rigor de la ley con alguna capacidad para atender situaciones extremas. Así lo manifestó la Comisión en su re-

ciente informe sobre Canadá y el procedimiento de asilo.

Desde luego, el derecho internacional sí tiene normas claras sobre derecho al asilo y a la condición de refugiados. Además de la Convención de 1951 y su Protocolo Adicional de 1967, la Convención Americana (a diferencia de otros instrumentos similares) consagra el derecho de "buscar y recibir asilo en territorio extranjero..." (énfasis nuestro). En contraste, en el derecho universal se reconoce el derecho a pedir asilo, pero no la obligación del Estado receptor de otorgarlo. Tanto en el derecho universal como en el interamericano, sí se establece con claridad la obligación de no devolver a nadie a un territorio donde podría sufrir persecución por razones de raza, religión, nacionalidad, condición social u opiniones políticas (Art. 22 inc.8, CADH). Este principio de non refoulement, consagrado también en la Convención de Naciones Unidas contra la Tortura, es hoy considerado una norma de derecho internacional consuetudinario.

Además, los instrumentos internacionales protegen a los migrantes de toda forma de trato cruel, inhumano o degradante (Art. 5,

CADH), lo que se aplica a ciertas formas de aprehensión por las autoridades migratorias, como así también a las condiciones de detención. Se podría argumentar que estas normas también establecen la obligación por parte del Estado de investigar y sancionar esas formas de trato cruel, inhumano y degradante cometidas por traficantes de personas, coyotes y otros que se aprovechan de la vulnerabilidad de los trabajadores migrantes y sus familias, aunque no sean funcionarios estatales.

Respecto a las condiciones laborales y de acceso a los servicios sociales, los instrumentos internacionales son hoy bastante insuficientes para responder al problema. En el sistema interamericano no sólo no hay normas adecuadas, sino que no ha habido hasta ahora ocasión de desarrollar las existentes en aplicación a casos concretos. Sin embargo, varios de nuestros países han suscrito convenciones de la OIT que pueden ser aplicables, y es importante arbitrar los medios para asegurar su efectivo cumplimiento. En particular, hay que insistir en que la explotación de los trabajadores indocumentados tiene también consecuencias adversas para la situación de los trabajadores loca-

les, que ven disminuidos sus jornales y sus oportunidades de empleo por esta competencia desleal fomentada por empleadores inescrupulosos.

También nos parece que hay importantes vacíos en la protección internacional relacionada con el acceso a la justicia de los trabajadores migrantes. No sólo es cierto que los servicios legales gratuitos o de bajo costo son cada vez más escasos e ineficientes; además en muchos casos la ley no permite que se ofrezcan a trabajadores extranjeros. Pero además, en muchos de nuestros países los migrantes carecen de acceso a la justicia porque la ley simplemente no prevé recursos jerárquicos, ni administrativos, ni judiciales contra decisiones de funcionarios tomadas en el terreno. Por eso, es importante insistir en que los países introduzcan esos recursos en su legislación interna, y los hagan sencillos y ágiles.

Por cierto, muchos de los vacíos legales a que aludimos en los párrafos precedentes están cubiertos por la nueva Convención promulgada por Naciones Unidas para Trabajadores Migrantes y sus Familias. Pero ese instrumento no está todavía en vigencia por falta

del número mínimo de ratificaciones. Una de las tareas de esta Relatoría será la de analizar la conveniencia de promover la ratificación de esa Convención, o bien la de proponer una similar para el ámbito interamericano.

VI. Conclusión:

Insistimos en este momento en el carácter de "obra en curso" que tiene la Relatoría. Se trata de un trabajo en elaboración, para el que ya se han conseguido valiosos

aportes de los Estados y de los organismos de la sociedad civil. No se escapa, en todo caso, que el fenómeno migratorio sigue evolucionando y creando nuevas situaciones dramáticas en todos nuestros países. Por eso aprovechamos esta ocasión para solicitar, no sólo sus comentarios a estas palabras, sino también sus aportes fácticos y jurídicos a un mejor conocimiento por nuestra parte de la realidad que queremos cambiar.

ACNUR E IIDH UNA RELACIÓN PARA EL REFUGIO

Jorge Santistevan de Noriega*

Escribir sobre ACNUR siempre me resulta satisfactorio pues me permite revivir la experiencia de trabajo en México, labor que compartí con buenos amigos y excelentes profesionales. Ahora no estoy cerca de los problemas de los repatriados guatemaltecos pero sigo manteniendo esa experiencia viva y es lo que me gustaría compartir hoy para poner de relieve no mi acción sino la de una institución que ha logrado cumplir un importante rol en defensa de los derechos de los refugiados.

En 1980, cuando por primera vez llegaron por cientos, tal vez miles, los refugiados guatemaltecos a Chiapas, cruzando la orilla mexicana, supuestamente salvadora, del Río Usumacinta, traían sobre sí el miedo propio de arrancarse de su propio origen. En esas circunstancias tuve ocasión de ser el primer funcionario del ACNUR que acompañó una delegación de la Secretaría de Gobernación y de la Dirección General de Migracio-

nes para conocer la situación in situ. Sin embargo no fue fácil.

Recordemos que en Latinoamérica teníamos en ese entonces, el concepto de "asilo" muy interiorizado pero con estrechez, no cubría los diversos matices que planteaba por ejemplo esta nueva situación que se presentaba con los guatemaltecos, campesinos pobres para quienes el exilio significaba simplemente salvar la vida ante la política de "tierra arrasada" que se imponía en su patria. Esto impidió una actitud tolerante por parte de las autoridades de México, quienes por el contrario, actuaron de manera represiva. El resultado fue desastroso para la mayoría. Unos pocos lograron ser reconocidos –como asilados- mientras que los otros fueron obligados a cruzar las movidas aguas del Usumacinta con el destino incierto de sus caldeadas aldeas en Guatemala.

Tiempo después los guatemaltecos que salvaron la vida retorna-

*Ex-Defensor del Pueblo del Perú.

ron a México, en un intento más por salvarse y salvar a los suyos. Felizmente, la Iglesia Católica Chiapaneca, junto con organizaciones no gubernamentales organizaron una cadena de solidaridad, que junto a organizaciones no gubernamentales, una opinión pública local e internacional más permisiva de su instalación temporal en el territorio mexicano, y un Gobierno y autoridades mexicanas más favorables a los temas humanitarios, permitieron a ACNUR realizar un trabajo internacional más eficiente, compartido con el apoyo de instancias no gubernamentales tanto nacionales como internacionales.

Esta experiencia junto a otras de desarraigo centroamericano producido por los conflictos desencadenados al interior de El Salvador, Nicaragua y Guatemala con repercusiones en Belice, Costa Rica, Honduras y México, llegaron a generar en algún momento la opinión de que las crisis de refugiados no tenían perspectivas de solución, que no había muchas alternativas para superar los problemas que los afectaban. Sin embargo, en pleno siglo XXI pienso en la evaluación positiva que se puede realizar de los verdaderos procesos de paz que representan

los trabajos realizados en materia de refugiados.

La política de acogida generosa a los refugiados –por ejemplo a los refugiados guatemaltecos por parte del Gobierno Mexicano– da cuenta del espacio humanitario ganado para el tratamiento de los asuntos que afectan a los refugiados. Superar los criterios militares o de seguridad nacional para dirigirse más bien a la seguridad y respeto por la dignidad de las personas, en este caso de un país diferente.

Cuando Leonardo Franco, acuñó el término de espacio humanitario, no hizo sino explicar la envergadura de la que se generó en la frontera de México con Guatemala involucrando a cerca de sesenta mil refugiados, explicar que el problema de los refugiados es un problema de facetas múltiples. Tener miles de refugiados en los campamentos fronterizos pudo generar crisis insostenibles en todo aspecto, pero el espacio humanitario que se logró construir y que prevaleció frente a los criterios mencionados, permitió arribar más pronta y fácilmente a soluciones, satisfaciendo a su vez las necesidades por ellos planteados.

Este es un caso, que junto a otros han ido construyendo una historia de 50 años, que no acaba hoy, que no cumple un ciclo cabalístico sino que expresa la labor de todos aquellos hombres y mujeres que han ido construyendo un cauce humanitario que permita el respeto de la dignidad del ser humano.

Pero hay que tomar en cuenta que la protección de los refugiados la ejercen las autoridades nacionales del país donde se encuentran. A riesgo de parecer ortodoxo en mi pensamiento, creo que son las autoridades locales las que en ejercicio de sus atribuciones soberanas ponen en práctica los principios y cumplen con las normas de carácter internacional y de orden interno a favor de los refugiados. Si no lo hacen estarán sujetas a la supervisión internacional a través del derecho de refugiados y de los derechos humanos. Es allí donde el ACNUR cumple un rol absolutamente trascendente, como representante de la Asamblea General de las Naciones Unidas, a través de su mandato y de la cláusula de cooperación contenida en el artículo 35° de la Convención. Aquí se presenta un amplio campo de supervisión de la protección y negación a favor del logro de soluciones duraderas para resol-

ver los problemas de los refugiados, negociación en la que México y Centroamérica han constituido un verdadero laboratorio.

Los sistemas de protección internacional de los derechos humanos complementan la supervisión del ACNUR en el ámbito de su competencia, abriendo mecanismos en nuestro continente, a través –por ejemplo- de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y de la Corte misma, que pueden en verdad revertir las decisiones nacionales adoptadas en desconocimiento de los derechos fundamentales. En este esquema aparece con radical importancia el Instituto Interamericano de Derechos Humanos – IIDH, entidad internacional autónoma, de naturaleza académica, dedicada a la enseñanza, investigación y promoción de los derechos humanos. El IIDH en 20 años de trabajo ha alcanzado un grado de madurez institucional que le permite promover en forma sistemática y regular cumplir con un ordenado programa de actividades académicas, en el cual el tema de los refugiados está siempre presente. Asimismo, ha tenido una importante participación en la introducción de la temática de refugiados como un asunto de

interés de la humanidad, fundamentalmente a través de la educación y la capacitación.

Pero no puedo evitar aprovechar esta tribuna para introducir aquí una idea que se ha fortalecido ahora en mi trabajo como Defensor del Pueblo. Me refiero a la labor de vigilancia cívica del respeto y defensa de derechos que cumple la sociedad civil, bien a través de las ONG's bien a través de los grupos de derechos humanos. A nivel local e internacional, esta constituye quizá la tercera vía –parafraseando a Guiddens- para hacer efectiva la protección a favor de los refugiados.

Esta perspectiva tridimensional en materia de refugiados para hacer valer la protección de derechos, es decir a) la protección por las autoridades locales, b) la supervisión y la cooperación internacional; y c) la vigilancia cívica para el cumplimiento de derechos, permite arribar a medidas concretas como las que se dieron en Centroamérica y México. El ACNUR y el IIDH han trabajado en esto desde hace muchos años y su trabajo creativo e inteligente ha permitido generar una relación, una alianza que bien puede ser llamada una relación para el refugio.

MEJORAMIENTO PROFESIONAL DE MIEMBROS DE LA JUNTA DE INMIGRACIÓN Y REFUGIADOS*

Richard Stainsby**

El Comité Ejecutivo del ACNUR¹ ha señalado de manera precisa la importancia que tienen los cursos de capacitación en derecho de refugiados para los funcionarios tanto gubernamentales como de otras instancias que participan en la determinación de la condición de refugiado. Desde su creación en 1989, la Junta de Inmigración y Refugiados (IRB) comparte tal opinión. El mejoramiento profesional de sus miembros, que toman decisiones en nombre de ella, ha sido y sigue siendo prioritario, pues reconoce la complejidad del papel que ellos desempeñan y la seriedad de las decisiones que toman. Los Miembros de la Junta toman decisiones que pueden ser de vida o muerte y lo deben hacer en una audiencia caracterizada por un entorno transcultural, vacíos en las pruebas, y condiciones siempre cambiantes en los países.

La importancia del mejoramiento profesional de los Miembros de la Junta es enfatizado por el hecho de que ellos forman parte del sistema internacional de protección a los refugiados, supervisado por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados. Por ello, el acierto en la toma de decisiones de la IRB tiene consecuencias de carácter nacional e internacional.

Este artículo ofrece un resumen del programa de la IRB para el mejoramiento profesional de sus miembros. Después de hacer un breve recuento de los procedimientos de la Junta, y en especial de los de la División para la Determinación de Refugiados de la Convención, se analizará el programa inicial de capacitación para los Miembros de la Junta recién nombrados, el programa de mejoramiento sobre la marcha para

*Las opiniones expuestas en este documento son propias del autor y no representan necesariamente los puntos de vista de la Junta de Inmigración y Refugiados del Canadá.

**Subdirector Adjunto, Mejoramiento Profesional, Junta de Inmigración y Refugiados.

¹Conclusión No. 51: Promoción y difusión del derecho de los refugiados (1988).

miembros veteranos, y también una serie de propuestas novedosas y actividades internacionales.

1. Antecedentes de la Junta de Inmigración y Refugiados

El Parlamento de Canadá estableció en 1989 la Junta de Inmigración y Refugiados, como tribunal independiente cuasi judicial. Es el tribunal administrativo federal más grande de Canadá, con más de mil empleados que trabajan en cinco oficinas regionales distribuidas por todo el país: Vancouver, Calgary, Toronto, Montreal y Ottawa. Consta de tres Divisiones: la de Adjudicaciones, la de Apelaciones de Inmigración, y la de Determinación de Refugiados de la Convención; y toma más de 50.000 decisiones al año en asuntos de inmigración y refugio.

La Junta se estableció con la intención de que fuera especializada, expedita y de bajo costo, que efectuara trámites simples, rápidos y equitativos, y que cumpliera con las obligaciones internacionales del Canadá y las tradiciones humanitarias.

La División de Adjudicaciones realiza indagatorias y revisa detenciones. Decide si las personas pueden entrar al Canadá, o en

caso de que ya lo hayan hecho, si deben ser expulsadas. También revisa las decisiones tomadas por los funcionarios de migración relativas a detenciones. La División para Apelaciones de Inmigración (IAD) atiende las apelaciones hechas por personas a las que se ha negado el ingreso o cuya deportación de Canadá ha sido ordenada, y las apelaciones contra decisiones tomadas por los funcionarios de visado en el extranjero de no permitir el ingreso de un familiar patrocinado por un residente permanente en Canadá o por un ciudadano canadiense. La División para la Determinación de Refugiados de la Convención (CRDD) lleva a cabo audiencias para todas las solicitudes de refugio hechas en Canadá. La CRDD es la División más grande, y cuenta con 180 Miembros (la IAD y la División de Adjudicaciones cuentan con 27 y 28 encargados de tomar decisiones, respectivamente).

Aunque los programas de mejoramiento profesional para las tres divisiones son parecidos, este artículo se centrará en el de la división más grande de la Junta, la de Determinación de Refugiado de la Convención.

2. División de Determinación de la condición de Refugiado de la Convención

Canadá firmó, en 1969, la Convención de 1951 de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados y el Protocolo de 1967. Desde entonces el país ha empleado diversos procedimientos para determinar el estatuto de los refugiados. El vigente se estableció en 1989. La División para la Determinación de Refugiados de la Convención, como se indicó anteriormente, resuelve las solicitudes de la condición de refugiado presentadas en Canadá. Por ley la CRDD debe ocuparse de todos los asuntos puestos en su conocimiento del modo "más informal y expedito que las circunstancias y las consideraciones de equidad permitan."

Las solicitudes se presentan inicialmente ante el Departamento Federal de Inmigración (Ciudadanía e Inmigración del Canadá, CIC), ya sea en un puerto de entrada o en alguna oficina del territorio, y de allí el CIC las remite a la IRB.

El procedimiento que lleva a cabo la IRB para la determinación de la condición de refugiado cuando hay una solicitud no es de índole

contencioso sino más bien inquisitorio. De conformidad con el modelo de la "junta especializada de indagación", los Miembros de la Junta son "activos y dedicados" y son responsables de todos los aspectos del proceso de la audiencia, desde la selección de expedientes hasta la presentación de la decisión. Los Miembros preparan los asuntos antes de la audiencia, señalando los aspectos importantes de cada uno y llevando a cabo las investigaciones que sean necesarias. Los Miembros también desempeñan un papel muy activo en la sala de audiencias, definiendo la agenda, haciendo preguntas y fijando la atención en el asunto. Son asistidos por los Oficiales para las Solicitudes de Refugiados (RCO), que se encargan de suministrarles asesoría, información y apoyo antes y en el transcurso de la audiencia, además son considerados agentes de los miembros. Los RCO recogen pruebas documentales y pueden estar presentes en la audiencia, para hacer preguntas y presentar documentos. Debe señalarse que los Miembros y los RCO se encargan de que todas las pruebas pertinentes, creíbles o veraces sean aducidas, independientemente de que favorezcan o contraríen la solicitud.

Las solicitudes que están bien fundadas son reenviadas durante la fase previa a la audiencia para someterlas a un proceso de "audiencia abreviada". De no ser así, se tramita la solicitud para una audiencia. Las solicitudes son atendidas por un panel de dos Miembros, a menos que el solicitante y su asesor consientan en que haya solamente un Miembro en el panel. Los Miembros no tienen que someterse a ninguna norma legal o técnica de prueba; pueden basar su decisión en las pruebas que, según las circunstancias del caso, sean creíbles o dignas de confianza. Excepto cuando el Ministro interviene para rechazar una solicitud, en las audiencias del CRDD hay solamente una parte: el solicitante de refugio. Se hacen todos los esfuerzos para garantizar que él pueda exponer su caso de la manera más detallada y completa posible. El refugiado tiene derecho a ser representado por un abogado u otro consejero y se le debe dar la oportunidad razonable de presentar pruebas, hacer preguntas a los testigos y proponer, solicitar o sugerir. También tiene derecho a contar con un intérprete, que le será suministrado por la Junta.

Una vez que las pruebas y propuestas han sido consideradas, los

miembros deciden si el solicitante es refugiado bajo la Convención. Los miembros carecen de competencia para otorgar cualquier otro estatuto. En caso de empate, la decisión favorece al solicitante. La decisión de los Miembros puede ser presentada oralmente al final de la audiencia (lo cual se está constituyendo en norma); o bien, ellos pueden suspender la audiencia y reservarse la decisión. El solicitante recibe por escrito los fundamentos de toda decisión negativa (esto incluye la transcripción de toda la argumentación presentada oralmente en la audiencia).

Si la decisión es afirmativa, el solicitante obtiene la condición de refugiado y puede pedir la residencia permanente en Canadá. Si la decisión es negativa, el solicitante puede pedir permiso para que reciba una revisión judicial en el Tribunal Federal de Canadá (el Ministro de Ciudadanía e Inmigración también puede apelar las decisiones afirmativas de la Junta). El solicitante que ha recibido una decisión negativa también puede solicitar al Ministerio de Ciudadanía e Inmigración que se le permita permanecer en el país por motivos humanitarios o caritativos.

El proceso de determinación de la condición de refugiado ha sido mejorado en la última década mediante reformas en las áreas de calidad, consistencia y productividad. Las reformas abarcan especialización geográfica (se agrupan los encargados de tomar decisiones en equipos geográficos para atender las solicitudes de una determinada región del mundo), mayor énfasis en la preparación de la audiencia (cuyo resultado son audiencias más breves y mejor enfocadas), una estructura de aprendizaje nacional y nuevos sistemas para el manejo de los asuntos.

3. Mejoramiento profesional de miembros de la CRDD

La determinación de la condición de refugiado es sumamente difícil. Según lo ha expresado el Profesor James Hathaway,

"La determinación de la condición de refugiado es una de las formas más difíciles de adjudicación, ya que supone la determinación de hechos relativos a condiciones en el extranjero, el examen transcultural y por intermedio de un intérprete, vacíos siempre presentes en las pruebas, y la obligación de pronosticar riesgos potenciales en lugar de simplemente determinar

el recuento más creíble de acontecimientos pasados."

A esto se debe añadir el hecho de que la mayoría de los miembros de la CRDD llegan a la Junta sin experiencia previa en tribunales cuasijudiciales, todo lo cual señala la necesidad de un programa de mejoramiento profesional integral.

En 1993 fue creada la plaza de Subdirector Adjunto de Mejoramiento Profesional, para supervisar la capacitación de miembros del CRDD, y posteriormente de todas las divisiones. Luego de amplias consultas con los miembros de todo el país, los Programas de Capacitación de miembros Antiguos y Nuevos que existían fueron rediseñados para darles la forma actual.

El propósito global de toda capacitación de Miembros en la Junta es el de ayudarlos a cumplir la misión que ésta les encarga, es decir, "tomar decisiones bien fundadas acerca de asuntos migratorios y de refugiados, con eficiencia, equidad y apego a la ley."

1. Programa de capacitación para nuevos miembros

La Ley de Inmigración dispone que los Miembros de la Junta son

nombrados por el Gobernador en Consejo. Los Miembros ocupan su cargo en la Junta de 2 a 10 años y anualmente se renuevan un 20% de ellos.

El Programa integral de capacitación para nuevos miembros se compone de tres fases: 1) Lecturas previas; 2) Curso de capacitación de tres semanas; y 3) Capacitación complementaria. El Programa ha sido diseñado para atender grupos de 2 a 30 nuevos Miembros.

Los Miembros de la CRDD usualmente proceden de medios muy diversos; algunos de ellos han realizado una amplia labor en el campo, en calidad, por ejemplo, de defensores de los refugiados, mientras que otros han trabajado en áreas que no se relacionan con ésta. La mayoría carece de instrucción jurídica. El Programa de Capacitación ha sido dispuesto de tal forma que logre dar a conocer a los miembros recién nombrados, por medio de la fase de Lecturas Previas, la información básica referente a la Junta y sus funciones, antes de que ellos atiendan el Curso de Tres Semanas.

Cuando se les nombra en la Junta, se envía a los miembros nuevos

una cantidad de documentos y materiales de capacitación, junto con una carta de presentación que describe el Programa de Capacitación e indica cuales materiales corresponden a las lecturas previas al curso. Estas lecturas hacen que el curso de capacitación sea más participativo y eficaz.

A continuación los miembros asisten al curso de tres semanas. Se trata de uno de los cursos más extensos y completos en los Tribunales Federales del Canadá. Los objetivos son los siguientes:

- Comprender la función de la IRB en los contextos regional y global.
- Conocer a fondo la definición de refugiado de la Convención de Ginebra de 1951
- Capacitar para la dirección equitativa y eficaz de una audiencia, de conformidad con las disposiciones de la Ley de Inmigración, Normas y Reglamentos.
- Estar en capacidad para la ponderación de pruebas, evaluación de su credibilidad y aplicación de la legislación pertinente a los hechos de la causa, y presentación de

decisiones orales o escritas que además de ser claras, sean objetivas y jurídicamente justas.

- Familiarizarse con los estándares de profesionalismo que se esperan de los Miembros de la IRB.

Casi todo el curso se imparte a escala nacional, ya sea en inglés (Toronto) o en francés (Montreal).

El Curso es supervisado por la Sucursal de Mejoramiento Profesional (Professional Development Branch, PDB) de la Junta. Las sesiones de capacitación son dirigidas por expertos tanto de la Junta como externos (principalmente de ésta), entre los que se cuentan los del Departamento de Servicios Jurídicos de la Junta, y miembros experimentados. La instrucción en aspectos legales es dirigida en primer lugar por los Asesores Jurídicos, mientras que las sesiones prácticas (por ejemplo, la conducción de una audiencia) están en manos de los miembros.

El Curso combina conferencias con la observación de audiencias, talleres, discusiones, y ejercicios de simulación. Se inicia con una sesión en la que se sitúa el trabajo de la Junta en un contexto

nacional e internacional más amplio. Un funcionario del ACNUR expone la situación internacional de los refugiados, el derecho internacional de refugiados, y los nexos con el derecho internacional de derechos humanos. También se presenta un resumen de la definición de refugiado de la Convención.

El Curso prosigue con la observación de audiencias y los talleres de procedimientos para dirigir audiencias, trabajándose de manera ordenada en el desarrollo del proceso correspondiente a un estudio de caso (rolling case study).

Durante la última semana del curso, y bajo la dirección de miembros experimentados, se lleva a cabo un ejercicio de simulación que consiste en una audiencia basada en el estudio de caso. Los Miembros presiden por turno cada fase de la audiencia simulada y deben atender uno o dos "incidentes" previamente seleccionados. Aunque ellos se sienten comprensiblemente nerviosos antes de su participación, los nuevos participantes siempre consideran que la audiencia simulada es la mejor sesión del Curso, y a menudo proponen la realización

de otras. Instructores y participantes coinciden en que la audiencia simulada constituye un medio eficaz para que los miembros reúnan todos los elementos del curso y pongan en práctica sus nuevas destrezas, en un ambiente realista y no intimidante.

Un componente clave del curso es su énfasis en la toma de decisiones y la redacción del razonamiento. A inicios del curso se explica a los nuevos miembros la finalidad y estructura del razonamiento; esto les permite analizar la conducción de la audiencia, que se presenta en las subsiguientes sesiones, con mayor provecho y atención. La ponderación de pruebas y la evaluación de la credibilidad también se estudian, en sesiones separadas, en el contexto de la toma de decisiones. Una vez que los miembros han tenido la oportunidad de aprender acerca de los aspectos substantivos y de procedimiento implicados en la determinación de la condición de refugiado, se les ofrece una sesión más detallada sobre la estructura y el estilo del razonamiento. Los nuevos miembros deben esbozar tres conjuntos de razonamientos durante el Curso, de dificultad creciente, los cuales tienen que evaluar en grupo. Uno de los

conjuntos se basa en la audiencia simulada. Otro se prepara como parte del taller de presentación oral del razonamiento en la sala, y cada una de las exposiciones es grabada en vídeo.

Otro elemento básico del curso es el estudio de los aspectos humanos de la determinación del estatus de refugiado. Los nuevos miembros asisten a sesiones dedicadas a mejorar sus capacidades de comunicación transcultural y a ampliar su comprensión de las consecuencias de la tortura y sus efectos en la capacidad de testificar de los solicitantes. Por lo general las sesiones sobre comunicación transcultural corren a cargo del ACNUR, y las relativas a la tortura están en manos de agencias no gubernamentales, como el Centro Canadiense para Víctimas de la Tortura.

Cuando ya se acerca el final del Curso, se revisa por tercera vez la definición de refugiado de la Convención. Los miembros cuentan con medio día para conocer ocho estudios de caso y escribir un análisis detallado de cada uno. Esta sesión permite poner en práctica la definición y sirve además para evaluar la eficacia de la capacitación sobre la definición. Al final

del curso se lleva a cabo una sesión de evaluación, para conocer los resultados de la capacitación en su totalidad.

En los tres últimos días del curso los miembros regresan a sus respectivas regiones para recibir explicaciones acerca de varios departamentos de la oficina, tales como el Centro de Documentación, Servicios Jurídicos, Sistemas de Computación, Registro y Programación.

A lo largo del curso se respalda la capacitación de los miembros con materiales de referencia y medios auxiliares de instrucción. Se les entrega una cantidad de materiales de capacitación, entre ellos documentos sobre la evaluación de la credibilidad, ponderación de pruebas, e interpretación de la definición de refugiado de la Convención en la jurisprudencia canadiense, copias de los procesos más importantes, folletos sobre aspectos básicos, y un conjunto de documentos que abarcan diversos tópicos de procedimiento.

Al finalizar el curso de tres semanas, los miembros ya están preparados para atender casos, pero esto no significa que su entrena-

miento haya terminado. Hace unos cinco años la Junta estableció un período de seguimiento de la capacitación, de seis meses, para nuevos miembros. Al principio era de medio día cada dos semanas, y se hacía en grupos. En el año 2000 se instituyó un método más individual. Ahora el nuevo miembro es instruido por un equipo de mejoramiento profesional durante los primeros seis meses de trabajo, como parte del nuevo programa individual de capacitación (véase más adelante) de la Junta. El equipo, integrado por un Asesor de Mejoramiento Profesional, un miembro con experiencia que actúa en calidad de mentor, y un Asesor Jurídico, se encarga de satisfacer las necesidades individuales de capacitación del miembro, en consulta con el jefe de éste. El equipo brinda atención personal a los nuevos miembros principalmente en dos áreas: 1) señalamiento de asuntos y conducción de la audiencia, y 2) presentación oral y escrita del razonamiento. La Sucursal de Mejoramiento Profesional coordina la ejecución del programa, y supervisa e informa sobre los avances del nuevo miembro. Los resultados, hasta ahora, han sido muy satisfactorios.

2. Programa de Mejoramiento Profesional sobre la marcha

La Junta aparta un día al mes para dedicarlo al mejoramiento profesional de sus miembros. Esto es una muestra del gran compromiso que tiene con la capacitación. El programa pretende alcanzar un equilibrio entre la uniformidad nacional y el interés por las necesidades locales, y en él se apoyan las metas de la Junta de mejorar la calidad, la coherencia, aumentar la productividad y reducir la duración de los procedimientos. Las sesiones mensuales contienen, por lo general, los siguientes elementos:

- Talleres nacionales o regionales: talleres sobre tópicos sustantivos o de procedimiento, con conferencias, grupos de introducción (breakout), discusiones relativas a estudios de caso, y simulacros de situaciones. Los talleres nacionales son coordinados por la Sucursal de Mejoramiento Profesional y se llevan a cabo en todas las regiones; los Comités Regionales de Mejoramiento Profesional (RPDC) realizan y supervisan sesiones regionales.

- Reuniones de equipo para manejo de instancias: discusiones en mesas redondas entre los miembros para la discusión de asuntos derivados de los casos, entre ellos los relacionados con su manejo eficiente.
- Sesiones para conocer la situación de los países: sesiones informativas realizadas por expertos.
- Actualizaciones jurídicas: proporcionadas periódicamente por los Asesores Jurídicos de la Junta.

En los dos últimos años se han llevado a cabo talleres nacionales en los siguientes temas: comunicación transcultural, credibilidad, persecución por motivos de orientación sexual, violencia doméstica, capacitación en Internet, repetición de audiencias por orden de los tribunales, interpretación de las leyes, argumentación oral, y control de la audiencia. Como puede verse en la sesión sobre violencia doméstica, la Junta sigue muy interesada en los asuntos de las mujeres refugiadas, y así lo ha estado desde que adoptara la Guía para mujeres solicitantes de refugio con temores de persecución por motivos de género, en 1993. Las sesiones naciona-

les también se han ido ocupando de asuntos nuevos que van surgiendo, como ocurre con la persecución por motivos de orientación sexual.

A escala regional, los tópicos con frecuencia son un reflejo de las necesidades de la oficina local. En el transcurso de los años las sesiones han abarcado informes psicológicos cuando se aducen torturas, comprobaciones forenses, menores solicitantes de refugio, voceros de la Corte Federal, manejo de los intérpretes, y paneles con abogados de Inmigración, para mencionar apenas unos cuantos.

Las sesiones de información sobre las condiciones en los países de origen se han efectuado bajo la dirección del equipo geográfico. Sin embargo, en los últimos años se han llevado a cabo cuatro o cinco sesiones especiales con ese tema a escala nacional (principalmente mediante conferencias por video). Se han organizado para referirse a un nuevo país de origen, o cuando existen opiniones divergentes con respecto a una situación existente. Un ejemplo de lo primero fue la sesión realizada en Roma para referirse a los solicitantes de refugio de la República Checa; ejemplo de lo segundo, las

sesiones sobre India, Irán y Sri Lanka. La Junta reunió en todas las sesiones a reconocidos expertos de Canadá y del exterior, entre ellos trabajadores de derechos humanos, funcionarios del ACNUR y del Gobierno Canadiense. En estas sesiones se dedicó mucho tiempo a contestar las preguntas de cada una de las oficinas regionales. Se hicieron transcripciones de las sesiones, que posteriormente fueron enviadas a los Centros de Documentación de la Junta. En términos generales se consideró que las sesiones fueron de gran utilidad.

Por último, las sesiones de actualización jurídica se llevan a cabo periódicamente, con el propósito de que los miembros se mantengan al día con la más reciente e importante jurisprudencia de la CRDD, la Corte Federal y la Corte Suprema del Canadá.

El programa de mejoramiento profesional se determina anualmente de conformidad con una evaluación de necesidades a escala regional y nacional. Cada una de las cinco oficinas cuenta con un Comité Regional de Mejoramiento Profesional. Cada octubre estos Comités realizan un sondeo entre sus miembros sobre sus

necesidades de capacitación. Al mismo tiempo, la Sucursal de Mejoramiento Profesional, en su carácter de coordinadora nacional, consulta con la Dirección Superior en Ottawa sobre las prioridades nacionales de capacitación que tiene la Junta. Luego los Presidentes de cada Comité Regional de Mejoramiento Profesional se reúnen durante dos días con la Sucursal de Mejoramiento Profesional y deciden cual será el programa para el año siguiente.

Cabe señalar que a lo largo de los años el tópico de mejoramiento profesional más solicitado ha sido el de evaluación de la credibilidad. Esto no debe sorprender, dada la gran dificultad que existe para probar y evaluar la credibilidad, especialmente en el contexto de una audiencia para determinar la condición de refugiado. La respuesta de la Junta ha consistido en realizar numerosos talleres que se ocupan del tópico de la evaluación de la credibilidad desde diversos ángulos (p.e., jurídico, de la formación, como experiencia) y se encuentra creando un nuevo taller sobre evaluación de la credibilidad en un contexto transcultural, valiéndose de un experto de fuera que lleva a cabo investigaciones básicas en este campo.

En lo que respecta al futuro, la Junta planea trabajar más en áreas como la del manejo de las víctimas de tortura, y asuntos relacionados con la traumatización potencial de los encargados de tomar decisiones, en donde también será necesaria la colaboración de expertos externos. También se elaborarán otros materiales que servirán a los Miembros para ocuparse con mayor eficacia de los solicitantes sin representación.

4. Iniciativas recientes

1. Capacitación a la medida

Al cabo de los años la Junta se percató de que el Programa, aunque valioso, tenía sus limitaciones. La principal era que se administraba en grupos. Este método tradicional era conveniente para los asuntos sustantivos y las nuevas directrices, pero no resultaba tan eficaz en el desarrollo de aptitudes. Esto ocurre porque las aptitudes se adquieren con la práctica, cosa que resulta difícil de lograr en grupo, y además porque se trataba de grupos muy variados, con miembros que tenían entre 3 meses y 10 años de experiencia, y por consiguiente con diversas necesidades de aprendizaje.

En el 2000, el Presidente de la Junta, Peter Showler, presentó un programa de capacitación a la medida, tanto para miembros de nombramiento reciente (véase más arriba) como para Miembros con experiencia. El programa permite evaluar las necesidades de mejoramiento profesional de los Miembros en una forma más individualizada e integral, y dar una respuesta más directa a tales necesidades. Hay asesores de mejoramiento profesional que evalúan las necesidades de aprendizaje mediante la lectura de los razonamientos, la escucha de grabaciones de las audiencias, y cuando se puede, la asistencia a ellas. Al Miembro se le da a conocer el resultado de la evaluación, y de ser necesario se le remite para que reciba capacitación jurídica o instrucción sobre destrezas de manera específica.

Aunque el programa está apenas en sus inicios, ya ha dado muestras de que traerá muchos beneficios y que compensará con creces los recursos adicionales que se le han dedicado. El programa de capacitación a la medida está reduciendo de manera pronunciada la "curva del aprendizaje" de los nuevos miembros, mientras que los miembros veteranos que parti-

cipan en él también acusan un notorio adelanto.

2. Actividades de capacitación internacional

Con frecuencia se solicita a la Junta que facilite materiales de capacitación a otros sistemas de determinación de la condición de refugiado y organizaciones internacionales, que lleve a cabo actividades de capacitación en el extranjero, y que elabore materiales de capacitación para uso internacional.

De conformidad con un Memorandum de Entendimiento (MOU) entre el ACNUR y la IRB, ésta proporcionó al ACNUR un experto en la determinación de la condición de refugiado para que ayudara a ese organismo a impartir un Seminario de Derecho de Refugiados y Protección Internacional en Camerún, en 1995. En 1996, Mejoramiento Profesional, fue invitado a brindar capacitación en el Reino Unido a 19 Adjudicadores Especiales nuevos que habían sido nombrados recientemente para atender asuntos de asilo.

En octubre de 1995, el Ministro de Ciudadanía e Inmigración de Canadá (CIC) y el Ministro ruso

del Servicio Federal de Migración (FMS) firmaron un MOU en el Área de Migración. El propósito del MOU era ayudar al FMS ruso a elaborar y poner en práctica directrices y procedimientos apegadas a los parámetros internacionales. Se depositó en la Sucursal de Mejoramiento Profesional de la IRB la responsabilidad de: 1) impartir en Canadá, durante dos semanas, un curso de orientación a tres capacitadores del FMS ruso; 2) impartir al FMS un curso de cinco días sobre la determinación de la condición de refugiado; y 3) supervisar la realización del curso de capacitación impartido por la IRB al personal del FMS en Rusia, y traspasar gradualmente sus obligaciones a los capacitadores del FMS seleccionados.

La IRB también ha estado involucrada de manera muy activa con la Asociación Internacional de Jueces en Derecho de Refugiados (International Association of Refugee Law Judges, IARLJ). El Presidente de la Junta, Peter Showler, dirige el Comité de Capacitación de la IARLJ, y ADC, Mejoramiento Profesional es miembro de ese comité. Casi desde su fundación, la IARLJ ha sido convocada a participar o conducir sesiones de capacitación para nuevos jueces en derecho de refugiados, en numerosos países,

especialmente democracias emergentes. Para responder a tales solicitudes, en 1997 la IARLJ decidió elaborar el curriculum y los materiales de un curso, y establecer un grupo de jueces que pudieran impartirlo.

La Sucursal de Mejoramiento Profesional de la Junta, con la colaboración del Centro de Estudios sobre Refugiados de la Universidad de Yale y del ACNUR, elaboró el curriculum y los materiales para el curso de determinación de la condición de refugiado que imparte la IARLJ. Se trata de un curso integral en derecho de refugiados y procedimientos afines "preparado por jueces para jueces". El contenido del Taller es de alcance internacional; está centrado en principios de amplia aceptación en la comunidad internacional, que trascienden la legislación nacional de cualquier país o región.

El curso fue probado en la Conferencia de la IARLJ en Ottawa, en 1998, en forma de Taller de Preconferencia con dos días de duración. Se trató de una actividad internacional; hubo 47 participantes de 31 países, y fue impartido por 10 jueces especializados en temas de refugiados, provenientes de 6 países.

Desde octubre de 1998 la IAJRL ha efectuado cursos y conferencias en diversos países, como Filipinas, Uganda, India y Eslovenia. El Taller de la Preconferencia de dos días fue repetido en la Conferencia de la IAJRL que se realizó en Berna, Suiza, en octubre del 2000. Esta vez asistieron 70 personas de 45 países. Como resultado del seminario de Capacitación de Instructores (Train-the-Trainers seminar) impartido de manera conjunta por la IRB y el ACNUR antes de la Conferencia de Berna 2000, la IAJRL cuenta ahora con 15-20 jueces capacitados para dirigir el Taller.

Según lo expuesto, la IRB ha hecho aportes valiosos en el frente internacional. Sin embargo, los beneficios de esta actividad internacional no apuntan en una sola dirección; la Junta ha obtenido grandes ventajas por su participación en tal actividad. Cada vez que la Junta participa en la capacitación internacional, regresa con ideas y perspectivas renovadas que incorpora a su programa. Por ejemplo, a los materiales del Curso de la CRDD para Capacitación de Nuevos Miembros se añadirán algunos capítulos del Curso de Capacitación de la IAJRL.

3. Conclusión

Para terminar, resulta interesante considerar el hecho de que el programa de mejoramiento profesional es al mismo tiempo menos y más de lo que parece. Es menos en tanto la mayor parte del aprendizaje del miembro no se lleva a cabo en un taller o en un programa de capacitación a la medida, sino que tiene lugar diariamente, en la preparación y dirección de las audiencias, la determinación de las solicitudes y la exposición de los argumentos.

Y es más de lo que parece por diversas razones. El programa ofrece un foro donde se dan a conocer las experiencias y se promuevan las mejores prácticas. Es muy beneficioso además por fomentar un enfoque más coherente de los asuntos de la audiencia y del análisis legal, sin menoscabo, obviamente, del discernimiento de las instancias decisorias independientes. Mediante las sesiones con el ACNUR y otros organismos, el programa también fomenta la comprensión del proceso canadiense en el contexto global, y el papel clave que desempeñan los miembros en la ejecución del régimen establecido para proteger a los refugiados.

Y por último, el programa de mejoramiento profesional ayuda a mantener las más altas normas de profesionalismo y conducta entre los miembros de la Junta, al promover la percepción de los derechos humanos, los asuntos relativos al género, el entendimiento transcultural y los problemas prácticos que enfrentan los solicitantes de refugio.

El programa de mejoramiento profesional ha recibido elogios en el país y el extranjero, incluso de parte de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados. Su vitalidad

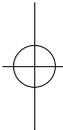
proviene de dos fuentes: la apertura al cambio, y la participación de los miembros. La apertura al cambio garantiza que el programa siga evolucionando y mejorando, y que responda a las necesidades de los miembros y las prioridades de la Junta, siempre cambiantes ambas. Y el involucramiento básico de los miembros garantiza que el programa sea pertinente y significativo, y que el interés y la participación sigan siendo elevados. A final de cuentas, se trata del programa de mejoramiento profesional de los miembros.

INVESTIGACIÓN: "EL ASILO Y LA PROTECCIÓN DE LOS REFUGIADOS EN AMÉRICA LATINA"

ACERCA DE LA CONFUSIÓN TERMINOLÓGICA "ASILO-REFUGIO" INFORME DE PROGRESO*

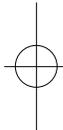
Elaborado por el equipo de investigación de la Universidad Nacional de Lanús, Buenos Aires, Argentina**

I. Introducción



1. La investigación se propone aclarar la significación actual de los conceptos "asilo" y "refugio" en América Latina y establecer cuál ha sido la inserción del sistema americano de protección a los refugiados en la práctica mundial del asilo, con la finalidad de contribuir a evitar restricciones en los alcances de aquella protección y a que los países cuenten con herramientas útiles que les permitan resolver mejor problemas tales como los desplazamientos o migraciones forzosas de carácter masivo, en el marco de las Consultas Globales sobre la Protección Internacional.

2. La investigación recae en una región que posee una pionera y centenaria tradición en materia de asilo y en la cual surgió la primera Convención conocida sobre el tema, el Tratado sobre Derecho Internacional Penal (Montevideo 1889), al que siguieron la Convención sobre Asilo (La Habana 1928), la Convención sobre Asilo Político (Montevideo 1933), el Tratado sobre Asilo y Refugio Político (Montevideo 1939), la Convención sobre Asilo Diplomático y la Convención sobre Asilo Territorial (ambas de Caracas, 1954); un continente donde se desarrolló una práctica de hospitalidad de gobiernos y pueblos a perseguidos políticos y que ha exhibido



* Este documento constituye el primer Informe de Progreso de la Investigación que lleva a cabo el Centro de Derechos Humanos de la Universidad Nacional de Lanús (Argentina) con la cooperación del ACNUR.

** Leonardo Franco es el director de la investigación. El equipo se integra, asimismo, por Jaime Esponda y César San Juan bajo la coordinación operativa de Juan Alejandro Kawabata.

capacidad para buscar soluciones en grandes crisis de refugiados acaecidas en los últimos treinta años, como la de América Central.

3. La investigación se inserta, también, en el contexto de una evaluación positiva de los 50 años de historia del ACNUR en América, especialmente los últimos 25 años, que se manifiesta, entre otros alcances, en el rol jugado por la institución en la protección y asistencia a distintos grupos de refugiados y en la adhesión finalmente casi unánime de los países a la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967.

4. Sin embargo, habrá de considerarse que la convergencia entre las normas y prácticas tradicionales de protección a los asilados en América, el sistema universal y las nuevas corrientes jurídicas que el ACNUR promovió en el continente, no ha sido sencilla, y quedan aún temas que merecen ser abordados, para consolidar lo alcanzado y crear mejores bases para el tratamiento de futuros problemas. La búsqueda de esa convergencia ha estado presente en eventos latinoamericanos organizados por el ACNUR, con participación de Gobiernos, Agencias de la ONU, académicos, ONGs y agencias vo-

luntarias, entre los cuales cabe citar el Coloquio sobre Asilo y Protección Internacional de los Refugiados en América Latina (Tlatelolco, México DF, 1981), cuyas Conclusiones se abocan fundamentalmente a esta cuestión; la trascendental Declaración de Cartagena, surgida del Coloquio sobre Protección Internacional de los Refugiados en América Central, México y Panamá: Problemas Jurídicos y Humanitarios (Cartagena de Indias 1984); la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA), de la que surgieron los Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina, y la Declaración y Plan de Acción Concertado a favor de los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos (Ciudad de Guatemala 1989); el Coloquio Internacional con Ocasión de los 10 Años de la Declaración de Cartagena (San José de Costa Rica 1994), que se propuso evaluar los diez años transcurridos desde la Declaración de Cartagena en su Memoria del Coloquio, y, más recientemente, la Declaración de Tlatelolco, del Seminario sobre Acciones Prácticas para Optimizar la Aplicación del Derecho de los

Refugiados y Atender Satisfactoriamente los intereses Legítimos de los Estados (Tlatelolco, México-DF, 1999), que examinó nuevos desafíos.

5. La persistencia o la solución de los problemas relacionados con los temas que se están investigando, los cuales repercuten en el contenido, interpretación y aplicación de las legislaciones internas, influye en el desarrollo de un sistema regional de protección de los refugiados que sea compatible con los principios universales.

6. En tal sentido, habrá de tenerse en cuenta que, como lo señala la "Declaración de Tlatelolco sobre Acciones Prácticas en el Derecho de los Refugiados en América Latina y El Caribe" de 1999, "las causas que dan origen a los refugiados, la persecución, la violación de los derechos humanos, los conflictos armados internos e internacionales y las violaciones al derecho internacional humanitario siguen presentes en los países de la región".

7. Prácticamente superada la situación de América Central y res-

catando la experiencia en ella ganada, destaca hoy el desafío que representa la situación que vive Colombia y su impacto actual y potencial como origen de desplazamientos de poblaciones.

8. En esta etapa preliminar, la investigación se centró, principalmente, en el análisis del uso de los conceptos "asilo" y "refugio", recorriendo para ello a la lectura de ciertos autores, principalmente latinoamericanos, que trataron el tema en la década de los 80, época que coincide con la gran crisis de refugiados en América Central, en cuyo contexto, por primera vez, se realiza una reflexión sobre la convergencia de los sistemas internacional y americano de protección a los refugiados. Sobre el pensamiento de algunos de estos autores se desarrollaron documentos de análisis¹.

9. Queda, para etapas posteriores, entre otras cuestiones desarrolladas en el documento "Informe de Actividades y Plan de Trabajo", el crucial análisis de las distintas legislaciones y prácticas nacionales.

¹Se elaboraron fichas bibliográficas de algunos expertos en la materia (entre ellos, A.Cançado Trindade, R.Galindo Pohl, H.Gros Espiell, D.Lopez Garrido, C.Sepulveda).

II. Temas objeto de investigación

10. Los temas que aborda la investigación son: por una parte, el uso de los términos "asilo" y "refugio", sus causas y consecuencias, y, por otra, la inserción del sistema americano en la práctica mundial del asilo, analizando la posible existencia de un "tronco común" que permita desarrollos integrados en el futuro.

A. Uso de los términos "asilo" y "refugio", distintas acepciones:

11. La investigación parte de la noción que "asilo" es la forma de protección a los refugiados por excelencia y, a tal efecto, se adopta la siguiente definición: "Protección otorgada, en su territorio, por un Estado frente al ejercicio de la jurisdicción del Estado de origen; es basada en el principio de la no devolución y caracterizada por el cumplimiento de los derechos internacionales reconocidos a los

refugiados. Por lo general, se otorga sin límites de tiempo"².

12. En este mismo sentido, el destacado jurista R. Galindo Pohl sostiene que "la institución que hace efectivos los varios derechos del refugiado es el asilo"... y que "los Estados reciben a personas con calidad de refugiados para luego concederles asilo"... y que "el único y necesario resultado de la 'calificación de refugiado' es el asilo"³.

13. Para "refugio temporal", se tiene en cuenta la definición: "Protección temporal otorgada por el país de refugio, normalmente en situaciones de afluencia masiva. Incorpora la aplicación del principio de no devolución y el goce de los derechos básicos mientras los refugiados aguardan una solución duradera"⁴.

14. Ya los primeros avances del trabajo de investigación mostraron que los términos "asilo" y "refugio", especialmente este

²Pág.37, Tesauro Internacional de Terminología sobre Refugiados. Versión en español. Instituto Interamericano de Derechos Humanos (1991).

³Ficha bibliográfica "Notas sobre la ponencia 'Refugio y Asilo en la Teoría y en la Práctica Jurídica' presentada por el profesor R. Galindo Pohl en el Coloquio realizado en Cartagena de Indias en 1983-Memorias del Coloquio, páginas 145 a 172" (Jaime Esponda).

⁴Pág.37 op.cit.(pie de Pag.4).

último, son utilizados con distintas acepciones en América Latina. Esta utilización indistinta de los conceptos -frecuente en la teoría, la legislación y la práctica- ocasiona una confusión, cuyo último ejemplo aparece en la versión final de la reciente "Declaración de Río de Janeiro sobre la Institución del Refugio", suscrita por seis gobiernos sudamericanos, en la cual, pese a un evidente espíritu positivo, se reemplazó (o tradujo) el vocablo "asilo" por "refugio"⁵.

15. Esta confusión se manifiesta en la diversidad de interpretaciones sobre la diferencia entre ambos términos, que hemos sistematizado como 'acepciones': "sentido o significado en que se toma una palabra o una frase" (Diccionario de la Real Academia Española, XXI edición). La clasificación de acepciones que sigue no es exhaustiva; constituye una base del catálogo de interpretación de las palabras "asilo" y "refugio" para los futuros trabajos que contemplará la investigación, y permite profundizar los reales alcances de cada uno de ellos. Las distintas acepciones de

esos términos no son, todas ellas, excluyentes entre sí, y varias se sobreponen unas a otras.

16. Las acepciones identificadas son:

a) "Asilo" como institución exclusivamente latinoamericana, y "refugio" como institución universal

En una primera acepción, muy difundida actualmente, "el refugio" es la institución genérica del sistema universal de protección a los refugiados, o sea, el emanado de la Convención de 1951 y su Protocolo de 1967, que cuenta con la supervisión del ACNUR, en tanto que el "asilo" es el instituto representativo del sistema interamericano de protección a asilados.

A nuestro juicio, en esta errónea concepción subyace el prejuicio que el "asilo" es una institución exclusivamente latinoamericana, idea ésta fuertemente arraigada incluso en círculos académicos. Lamentablemente encontró sus-

⁵"Declaración de Río de Janeiro sobre la Institución del Refugio", suscrita por representantes de las Repúblicas de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Paraguay y Uruguay, el 10 de noviembre de 2000.

tento en un documento de ACNUR⁶, que tuvo bastante circulación, al menos en Argentina, y que es citado en sectores especializados; en él se dice textualmente: "en tanto el Refugio es una institución convencional universal, el Asilo representa una institución convencional regional establecida en el mundo latinoamericano".

Otro uso a examinar sería el de la expresión conjunta de ambos términos, "asilo y refugio". Se ha usado en el viejo sistema latinoamericano abarcando el conjunto de los mecanismos de protección de un Estado. No obstante se puede también encontrar en normativa contemporánea, por ejemplo, en la actual Constitución de Venezuela de 2000, que en su Art. 69 "reconoce y garantiza el derecho de asilo y refugio"⁷. Ver otra acepción de "asilo y refugio" en el párrafo 24 (página 7).

b) "Asilo" y "refugio" como sinónimos

Esta concepción es recogida en la Declaración Final del Seminario de

Tlatelolco, de 1999, sobre Acciones Prácticas en el Derecho de los Refugiados en América Latina, en mérito del cual, por primera vez, se llamó la atención sobre esta confusión, pero sin aclararla. En Dicha Declaración se lee lo siguiente:

"El Seminario abordó la utilización de los términos "asilo" y "refugio" en América Latina y, en este sentido, señaló que ambos son sinónimos, porque extienden la protección del Estado a las víctimas de persecución, cualquiera que sea el procedimiento por medio del cual, en la práctica, se formalice dicha protección, sea el régimen de refugiados según la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 o el de asilados según los Convenios interamericanos en la materia."

Esta acepción encuentra antecedentes en cierta tradición latinoamericana, según la cual "asilo" y "refugio" son, prácticamente, sinónimos y se usan en forma indistinta. Así por ejemplo, lo señala

⁶"ASILO Y REFUGIO. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES". ACNUR, Oficina Regional para el Sur de América (este documento ya ha sido retirado de la circulación por dicha Oficina de ACNUR).

⁷Ficha de trabajo "Referencias Constitucionales al Derecho de Asilo" (Laura Gianelli).

Héctor Gross Espiell, quien manifiesta que "hay que precisar que en América Latina, según estas Convenciones, asilo territorial y refugio son absolutamente sinónimos"⁸, y el jurista ecuatoriano Salvador Lara, quien, refiriéndose al Tratado de Montevideo de 1889, alude a la "sinonimia que esta Convención da al 'asilo' con el 'refugio'"⁹. No obstante, ocasionalmente se procuró establecer una diferencia entre ambos términos, según la cual, el término "refugio" se usaría fundamentalmente para el asilo territorial y no en el caso del asilo diplomático, también llamado político. Esta concepción prevaleció en el Tratado sobre Asilo y Refugio Político de Montevideo, de 1939, pero no fue reiterada por las posteriores Convenciones sobre asilo diplomático y asilo territorial de Caracas de 1954.

En una variante de esta sinonimia, utilizada en la literatura y el periodismo, con las expresiones "asilo y refugio" se trata de significar 'el

conjunto de los mecanismos de protección que un Estado brinda a sujetos perseguidos', como extensión de antiguas expresiones del Derecho interamericano. Por ejemplo, se dice: "(...) ¿De qué depende que ante alguien se desplieguen los ritos de la cortesía y la civilidad, del asilo y del refugio, mientras otros sólo encuentran puertas cerradas, desprecio, explotación o abusos?"¹⁰.

c) "Refugio" como traducción simplicista, al idioma español, de los términos "asilo" y/o "estatuto de los refugiados"

Debe destacarse que el término inglés "asylum" y su equivalente francés "asile" fueron sistemáticamente traducidos al español como "asilo" en todos los textos clásicos de derechos humanos y del derecho de los refugiados. Así ocurre, por ejemplo, en la Declaración Universal de Derechos Humanos (Art. 13), la Convención de 1951 sobre el Estatuto de Refugiados, la Declaración de la Asamblea

⁸"El Derecho Internacional Americano sobre Asilo Territorial". Compilación de Instrumentos Jurídicos Interamericanos, página XXIII.

⁹Coloquio de Tlatelolco, México 1981, Conclusiones del Coloquio, página.90.

¹⁰Sandra Russo: "Extranjeros", Página 12, Buenos Aires, 7 de diciembre de 2000.

General de Naciones Unidas de 1967 sobre Asilo Territorial, la Conferencia del Asilo territorial de Naciones Unidas de 1977, las Resoluciones pertinentes de la Asamblea General de Naciones Unidas, las Conclusiones y Documentos del Comité Ejecutivo del ACNUR, etc.

Igualmente, el término genérico utilizado en los grandes eventos internacionales del ACNUR, dedicados a la materia, en América Latina (México 1981, Cartagena 1984, CIREFCA 1989, Costa Rica 1994) ha sido, invariablemente, el de "asilo". Ello demostraría que el uso de la palabra "refugio", como traducción de "asilo", se habría propagado más recientemente, sobre todo a nivel más localizado.

Según esta acepción, "pedir el refugio" equivaldría a solicitar el estatuto de refugiados según la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, y la consiguiente protección del Estado requerido, la cual se manifiesta en el permiso de permanencia en el territorio respectivo y otros derechos conferidos por los instrumentos internacionales. El "refugio", o "el instituto del refugio", equivaldría entonces, en el lenguaje tradicional del derecho internacional de los refugiados, al

asilo extendido por un Estado a refugiados, según los instrumentos universales en la materia.

El abuso en la utilización de la palabra "refugio", en la práctica, está relegando el uso del término "asilo" a situaciones muy contadas. La investigación propuesta debiera poder coadyuvar a examinar las razones y los móviles de tal desliz lingüístico. Una primera hipótesis tiene que ver con las dificultades de promocionar el sistema universal de protección de los refugiados, en medio de una cultura fuertemente impregnada por la centenaria tradición latinoamericana del asilo.

Otra razón más simple, que obedece a una cierta comodidad lingüística, es que resulta más sencillo mencionar "refugio", que "estatuto de refugiados según los instrumentos internacionales".

d) "Asilo" como 'protección a individuos' y "refugio" como 'protección a grupos'

Según esta acepción, la institución del "asilo" protege a personas que son perseguidas a título individual, en tanto la del "refugio" beneficia a grupos, funda-

mentalmente en situaciones de desplazamientos de población en gran escala.

En este sentido, en los trabajos preparatorios de la investigación se examinó el pensamiento del maestro César Sepúlveda, jurista y diplomático mexicano, que copresidió el mencionado Coloquio de México de 1981, quien, en sus distintas obras, asume una concepción que es relevante para la materia objeto de la investigación¹¹. Sepúlveda, en su tratado de Derecho Internacional y en varios trabajos publicados en los 80, da cuenta de una situación nueva en el Continente, suscitada por la afluencia masiva de refugiados centroamericanos en esa década.

Sostiene Sepúlveda que "asilo y refugio son ahora conceptos diferentes, aunque en un tiempo significaron la misma cosa". La distinción que hace entre "asilo" y "refugio" la basa en dos aspectos: i) uno sustantivo: "...el asilo territorial es una cuestión exclusiva de la soberanía y del dominio interno los Estados", que operaría en virtud del solo ejercicio de la soberanía, en tanto que "...el refugio tiene que ver con la comuni-

dad internacional organizada" y operaría sobre la base de un mecanismo previamente acordado, y ii) otro meramente cuantitativo: las reglas del asilo territorial fueron pensadas para casos aislados -o poco numerosos- de individuos, en tanto que el derecho de los refugiados tiene por objeto la protección en casos de afluencia masiva: " (...) pudiera decirse que en América no había gran diferencia entre asilado y refugiado (...) al no existir el problema del flujo masivo, los Estados podrían considerarlos como similares, (...) pero lentamente, a medida que empezaron a surgir los graves problemas económicos y políticos por las afluencias de refugiados, y que las medidas migratorias empezaron a endurecerse en este Hemisferio, empezó a notarse la distinción entre una figura y otra".

En la misma dirección, Galindo Pohl afirma que la institución del refugio de la Convención de 1951.. "conciene principalmente a la persecución de grupos, (...) no requiere persecución individualizada (y) cubre numerosos casos que escapan a las convenciones interamericanas"¹².

¹¹Ficha bibliográfica "La cuestión 'asilo' y 'refugio' en César Sepúlveda" (Leonardo Franco)

¹²Ficha bibliográfica citada en pie de página No. 5.

Una explicación histórica, que conlleva también contenidos sociológicos y hasta ideológicos, tiene que ver con diferencias de perfil entre los perseguidos políticos tradicionales (personalidades de clase media o alta, intelectuales, etc.), y el de los nuevos refugiados de los 80 (campesinos, muchos de ellos de grupos de origen indígena, como mayas, miskitos etc.).

Esta acepción del término "refugio" tiene un gran peso hasta el día de hoy y se aplica incluso a casos aislados, y muchas veces individuales, de peticionantes de asilo de clases sociales, o países más desfavorecidos, etc.¹³.

e) "Refugio" como 'protección mínima', en casos de afluencia en gran escala

Esta concepción asume que el "refugio", en los escritos y en la práctica internacional, está asociado a la protección temporal, sólo destinada a garantizar el principio de "no refoulement" y los derechos mínimos de la persona, mientras que el "asilo" es la

protección permanente o definitiva, que permite la protección del Estado a las víctimas de persecución.

Se advertirá que la concepción que la investigación ejemplificó, en América Latina con los trabajos de Sepúlveda, está profundamente ligada a la búsqueda de respuestas, en el ámbito internacional, al problema de la afluencia a gran escala. Como "protección mínima" o "protección temporal", el refugio aparecería como un primer grado de asilo orientado a proteger, exclusivamente, contra el "refoulement", esto es, a no rechazar a quien busca refugio huyendo de un Estado que lo persigue, en virtud de los supuestos del principio de "non refoulement". Un documento anexo¹⁴ analiza la posición del jurista español Diego López Garrido: "En un plano más abstracto, el autor toma posición al afirmar que las figuras del asilo y del refugio, y sus expresiones jurídicas, son dimensiones o grados de un concepto básico único, que es 'el derecho de asilo' ". Cabe consignar que en la expresión pre-

¹³ibidem.

¹⁴Ficha bibliográfica "Diego López Garrido. El Derecho de Asilo" (César San Juan). Debe consignarse que el libro de López Garrido data de 1991 y no puede reflejar la nueva legislación que suprimió el término "refugio" (Ley 9/1994).

valeciente en América Latina no se aceptaría la afirmación de L. Garrido de que el refugio es parte del asilo.

En los tramos posteriores de la investigación se debiera examinar la experiencia de América Latina en circunstancias de afluencia masiva, en particular el impacto de la Declaración de Cartagena (1984). Como hipótesis de trabajo se puede sustentar que en los años 80, salvo algunas excepciones, el uso de una definición ampliada no impidió la búsqueda de soluciones a largo plazo de los refugiados centroamericanos, como lo atestigua la integración de guatemaltecos en México. Este enfoque puede ser útil para las Consultas Globales sobre la Protección Internacional. En este contexto, se deberá estudiar también el nuevo decreto de Panamá, que crea un régimen mínimo en caso de afluencia masiva, en el contexto de la situación colombiana.

Al abordar esta crucial cuestión, en los primeros avances de la investigación se examinaron referencias de Guy Goodwin-Gill sobre

"el principio del refugio" aplicable a situaciones no previstas por el derecho de los refugiados¹⁵.

**B. Inserción del sistema americano en la práctica mundial del asilo:
¿existe un "tronco común"?**

17. En América Latina coexisten normas de Derecho Internacional Público, normas regionales, legislaciones internas y prácticas que han tratado de responder a diversos desafíos, en contextos históricos diferentes y en etapas distintas del desarrollo del derecho internacional de los refugiados, pero se puede afirmar que su vocación común se inscribe en la centenaria tradición latinoamericana del asilo, en el sentido amplio del término.

18. Un segundo tema objeto de la investigación será pues la inserción de las normas y prácticas en el sistema universal, analizando si en esta historia existe un "tronco común", que permita superar dualidades difíciles de sostener históricamente y poner de relieve la práctica generosa de los Estados por sobre las particularidades

¹⁵Guy S. Goodwin-Gill, "The Refugee in International law", 2ª edición de 1996, en particular, nota a pie de página No. 170.

de los sistemas jurídicos, y permita desarrollos futuros.

19. En América Latina no ha sido fácil marchar hacia la convergencia o armonización entre las prácticas y normas regionales sobre protección de los asilados, la Convención de 1951 y nuevos conceptos jurídicos y soluciones prácticas, especialmente impulsadas por el ACNUR, la cual es necesaria si se considera que ningún sistema resuelve jurídicamente, por sí solo, situaciones que hoy preocupan a la comunidad internacional, en relación con los principios de los derechos humanos y del Derecho Humanitario.

20. Puede no ser superfluo intentar actualizar la reflexión de los años 80 sobre la convergencia de ambos sistemas, luego de 30 años de aplicación intensa del sistema universal del derecho de los refugiados. La revisión actual a emprender debe tomar en cuenta la vigencia actual del sistema americano, estadísticas en su aplicación, casos que puedan revelar tendencias sociopolíticas en su aplicación, etc. Y, asimismo, debe tomar en cuenta desarrollos tales

como la Recomendación de la CIDH relativa a la materia¹⁶.

III. Conclusiones preliminares de este informe

A. Posibles causas de la confusión terminológica y conceptual

21. Con la finalidad de hacer propuestas fundadas, la investigación deberá indagar más profundamente sobre las causas de esta confusión, que, sin duda, son múltiples. Se pueden adelantar las siguientes hipótesis de trabajo:

a) La consideración de la tradición del asilo latinoamericano como un fenómeno autónomo. Si bien afirmar su importancia tiene bases históricas en el aporte latinoamericano de la primera mitad del siglo XX, como señala Gros Espiell, constituye un error concebirlo "como un sistema autónomo, distinto, hermético y ajeno frente al derecho internacional sobre la materia"¹⁷;

b) Los vaivenes de los usos terminológicos de "asilo" y "refugio" aplicados en la normativa intera-

¹⁶"El asilo y su relación con los crímenes internacionales", Recomendación de la CIDH de 20-X-2000.

¹⁷Héctor Gros Espiell, "El Derecho Internacional Americano Sobre Asilo Territorial y la Extradición, en sus Relaciones con la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967 sobre Estatuto de los Refugiados". Compilación de Instrumentos Jurídicos Interamericanos, Relativos al Asilo Diplomático, Asilo Territorial, Extradición y Temas Conexos". ACNUR, 1992.

americana sobre el asilo territorial y el asilo diplomático;

c) La ausencia de una base convencional sobre el asilo en derecho internacional (salvo en cuanto al principio de no devolución);

d) La influencia de la legislación española, que contenía la distinción entre "asilo" y "refugio"¹⁸, aunque la actual legislación¹⁹ la suprime²⁰;

e) Los nuevos fenómenos de refugiados latinoamericanos, a partir de los años 70 y 80, y su diferenciación social, económica y política con los tradicionales asilados políticos;

f) Ciertas iniciativas en materia de capacitación y difusión llevadas a cabo por funcionarios del ACNUR en América del Sur, que denominaron "refugio" al sistema universal de protección a los refugiados²¹. Estas iniciativas de hecho dieron

sustento al uso de la palabra "refugio" en tal sentido.

B. Posibles consecuencias

22. La investigación deber examinar no sólo posibles remedios preventivos a consecuencias adversas por los malos usos terminológicos mencionados, sino también, y de manera constructiva, considerar de qué forma el creciente uso regional del término "refugio" esté teniendo, o pueda tener, un impacto positivo en el derecho internacional para la protección de los refugiados.

23. El problema pareciera tener más importancia, por el momento, desde el punto de vista académico que práctico. Si ello fuera así, se estaría aún a tiempo para iniciar acciones de consolidación del derecho de los refugiados en América Latina, antes de que esa confusión favorezca consecuencias negativas asociadas a la idea

¹⁸(Ver referencias al libro de D. López Garrido en pie de página No. 16).

¹⁹Ley 9/1994 "Reguladora del derecho de asilo y la condición de refugiado".

²⁰Ibidem: la Exposición de Motivos dice textualmente: "suprime la doble figura de asilo y refugio con estatutos diferenciados, dualidad que no se deriva en modo alguno de las exigencias de protección a los extranjeros víctimas de persecución, y que se ha revelado como una fuente de confusión y abusos".

²¹El documento más revelador es el ya citado "ASILO Y REFUGIO. DIFERENCIAS Y SIMILITUDES" (pie de página No. 8).

de "refugio temporal". Entre dichas consecuencias se destacan las siguientes:

a) El traslado de la confusión, desde el ámbito del debate doctrinario, a la práctica y a las legislaciones de algunos países de la región;

b) La dificultad de asumir un concepto adecuado frente a situaciones de afluencia masiva de refugiados, al igual que en otros continentes, pero con la diferencia de la experiencia específica acumulada en la región²²;

c) Hay otras dos posibles consecuencias, fundamentalmente comunicacionales, a tener en cuenta en este punto:

i) Que el uso predominante del vocablo "refugio", sumado a la disminución de casos de asilo según las Convenciones interamericanas, conduzca a la desaparición gradual de la utilización, en idioma español, del término "asilo", que alude al instituto jurídico que, por antonomasia, hace efectivos los derechos de los refugiados;

ii) Qué entender cuando, en foros internacionales, un latinoamericano utiliza el término "refugio"

24. Algunas de las acepciones desarrolladas en el capítulo II guardan en común la característica de contener deslizamientos o distorsiones lingüísticas que no conllevarían serios riesgos para la protección de los refugiados. Otras, en cambio, contienen el riesgo, latente o potencial, de precarizar innecesariamente la protección internacional de los refugiados.

25. De todas formas, incluso respecto de las primeras, será necesario tomar recaudos para su adecuada interpretación de acuerdo al derecho internacional de protección de los refugiados, en tanto que pueden dificultar la comprensión de la comunidad internacional sobre lo que se entiende en América Latina por la palabra "refugio", en momentos, además, en que el ACNUR promueve un proceso mundial de consultas sobre la protección internacional de refugiados.

²²Se debe tener presente que, en la experiencia de América Latina, la solución del mayor problema de las últimas décadas, como fue el de América Central, culminó en la integración plena de los refugiados a los países de acogida, bajo la aplicación de la definición ampliada (de origen regional), lo cual pone de manifiesto que, si existen voluntad política y cooperación internacional, como las hubo en dicha experiencia, una afluencia de refugiados en gran escala no tiene por qué significar un bajo nivel de protección a las personas.

IV. Recomendación: plan de trabajo para la segunda etapa de la investigación

26. De conformidad con los objetivos generales de la investigación, establecidos en el Acuerdo de Intenciones, y tomando en cuenta los resultados de los trabajos llevados a cabo hasta el presente, relatados en este Informe de Progresos, la segunda etapa de la investigación se centrará en las dos áreas de trabajo siguientes:

a) Examen de la confusión terminológica y conceptual a través del estudio de las legislaciones nacionales en los países de la región y, en la medida de lo posible, complementado con la jurisprudencia, prácticas administrativas, etc.;

b) La cuestión del "tronco común", conforme a lo detallado en el epígrafe "B", apartado "II", del presente Informe²³, indagando sobre la contribución específica de América Latina en el establecimiento y desarrollo de la institución del asilo, y recíprocamente, sobre la interacción con desarrollos del derecho internacional de los refugiados en otros continen-

tes. A tal efecto, y dada la novedad del tema, se detallan los puntos a investigar:

i) La naturaleza jurídica de la noción de asilo territorial en las Convenciones americanas, en comparación con las tendencias de la época en otros países y regiones;

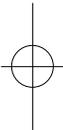
ii) Las causas de la lenta recepción de la Convención de 1951, por América Latina, y su impacto en problemas actuales;

iii) Análisis cuantitativos y cualitativos de la aplicación del sistema interamericano en los últimos 30 años;

27. Un principio orientador del que no deberá apartarse la investigación, es buscar la relación, en torno a cada uno de los temas sobre protección de los refugiados y asilados, entre el sistema americano de asilo, el Derecho Internacional de los Refugiados, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el Derecho Internacional Humanitario y los ordenamientos jurídicos nacionales.

²³Ver párrafos 17-20 de este Informe.

28. Asimismo, se pondrá particular atención en el marco teórico que ha sido adoptado por el AC-NUR en el proceso de consultas que actualmente realiza a nivel mundial, que está representado por tres círculos concéntricos, de los cuales el interior abarca los principios básicos de la Convención de 1951, el siguiente aquellos aspectos de la Convención que son susceptibles de diversa interpretación o sobre los que no existe consenso, y el exterior aquellas materias que la Convención no contempla o trata de manera inadecuada.



Resultados previstos para la segunda etapa de la investigación

29. Al término de la misma se prevé producir el Informe Final de la Investigación, en el que se con-

solidarán las cuestiones abordadas en el Informe de Progreso, a lo que se adicionarán los avances y conclusiones a los que se arribe con la tarea reseñada para la segunda etapa.

30. Del mismo se podrán desprender 'recomendaciones' concretas que sean factibles y compatibles, a la vez, con los principios universales de la protección internacional y con los usos, prácticas y valores de nuestra región.

31. Por último, se formularán 'sugerencias' respecto de las vías posibles para interesar sobre esta problemática a órganos e instancias interamericanas de derechos humanos, con el fin de solicitar su orientación con vistas al futuro.

(24 de enero de 2001)

