

MASTER COPY

La protección jurídica internacional de la persona humana y el problema de los indocumentados

Seminario realizado en La Paz, Bolivia
del 12 al 15 de noviembre de 1990

Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados
Comité Internacional de la Cruz Roja
Comisión Internacional de Juristas
Comisión Andina de Juristas

(ACNUR)
(CICR)
(CIJ)
(CAJ)

Compilación: Susana Fraidenraij

Producción editorial: ZAVALLIA

© 1991 Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados
(ACNUR), Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR),
Comisión Internacional de Juristas (CIJ), Comisión Andina de
Juristas (CAJ).

Alberti 835, 1223 Buenos Aires

Hecho el depósito que indica la ley 11.723

Impreso en la Argentina

ISBN: 950-43-3536-5

Entidades Auspiciantes

Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados
(ACNUR)

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)

Comisión Internacional de Juristas (CIJ)

Comisión Andina de Juristas (CAJ)

Comité Organizador

Jaime Ruiz de Santiago (ACNUR)

Nicolás Borsinger (CICR)

Luis Edgar Martínez Lozada (CIJ)

Oscar Schiappa-Pietra Cubas (CAJ)

Edgar Montaña Pardo (Corte Superior de La Paz)

Guillermo Limpias

Disertantes

Comisión Andina de Juristas

Dr. Oscar Schiappa-Pietra Cubas
Dr. Jorge Salazar Cussiánovich

Comisión Internacional de Juristas

Dr. Luis Edgar Martínez Lozada

Comité Internacional de la Cruz Roja

Dr. Christophe Swinarski
Ing. Nicolás Borsinger
Dra. Susana Fraidenraij, consultora

Alto Comisionado de las Naciones Unidas Para los Refugiados

Dr. Jaime Ruiz de Santiago
Dr. Richard Stainsby
Dra. Teresa Tirado

Expertos bolivianos

Dr. Edgar Montaña Pardo, presidente de la Corte Judicial
de La Paz
Dr. Felipe Tredinnick
Dr. Willy Sandoval Morón
Lic. Marcelo Peñaranda, Ministerio del Interior
Sr. Rubén Poma

**Discurso en la inauguración del seminario
“La protección jurídica internacional de la persona
humana y el problema de los indocumentados”**

*Saludo protocolar del excelentísimo señor vicepresidente
en ejercicio de la Presidencia Constitucional de la República
de Bolivia Dr. Luis Ossio Sanjinés*

Después de los sorprendentes cambios sociales y políticos que han tenido lugar en Europa del Este, la migración se ha convertido en uno de los problemas humanos más preocupantes del mundo occidental, no sólo en cuanto a la cantidad de personas que requieren respuestas inmediatas de carácter humanitario, sino también en lo que atañe a su contenido cualitativo, ya que están en juego valores humanos y culturales de las personas necesitadas de asistencia.

En la estimación de Torsten Stoltenberg, Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados —hecha en la República Federal de Alemania— existen actualmente en el mundo quince millones de personas en condición de refugiados; ciertamente en su mayoría no de carácter político, sino más bien son migrantes en busca de trabajo, de libertad, de mejores salarios, de una mejor educación y salud, en suma personas ansiosas de encontrar una mejor calidad de vida para sí y para los suyos.

Por ello, refiriéndose al enorme flujo migratorio del Este europeo hacia Alemania, Stoltenberg anota: “Lo cierto es que aunque podamos seguir ayudando a los perseguidos políticos por medio de la política de refugiados, jamás conseguiremos solucionar el problema de la miseria con una política de asilo. El problema de la pobreza tiene que ser solucionado con una política de desarrollo económico”.

Es cierto que en América Latina no tenemos en esta coyuntura histórica los problemas emergentes de la apertura de fronteras de Rumania y Polonia, o los que derivan de la guerra civil en el Líbano o las Sangrientas confrontaciones

en Sri Lanka, pero a cambio de ellos debemos confrontar la masa migratoria de latinoamericanos hacia Estados Unidos, las migraciones entre países sudamericanos, y en Bolivia tenemos que encarar las migraciones internas del campo, la ciudad, de las zonas altas hacia los valles y los llanos orientales, sobre todo a Santa Cruz, ciudad y departamento.

Sin ser científicos sociales, sabemos que las migraciones se producen porque existen en el mundo zonas de expulsión y zonas de atracción de los habitantes de una región o de un país, debido a los cambios que experimentan las comunidades humanas, de modo tal que en unos lugares se torna imposible la vida, mientras en otros se muestra atractiva y humana, como actualmente les sucede a los hombres y mujeres de los países socialistas, que de pronto descubren un modelo societario diferente, que comparado con el suyo se les muestra más gratificante, más atractivo, más humano, en suma, más de acuerdo a sus aspiraciones y expectativas de hombres con vocación de felicidad.

En este contexto, la realización del seminario sobre "La protección jurídica internacional de la persona humana y el problema de los indocumentados", representa una iniciativa laudable del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR); el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), la Comisión Internacional de Juristas (CIJ), la Comisión Andina de Juristas (CAJ); el Ministerio del Interior, Migración y Justicia de Bolivia, organismos que cuentan con la valiosa contribución de distinguidos expertos del país.

Estoy seguro que este equipo humano de alta calidad profesional, ya tiene claramente definida la problemática de las migraciones, en su particular connotación de personas indocumentadas, lo que le permitirá dar pautas de solución valiosa, a fin de que sea una realidad el ejercicio de los derechos previstos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), cuyos artículos 6, 13 y 15 deberán ser profundamente analizados, cuando puntualizan:

- Todo ser humano tiene derecho, en todas partes, al reconocimiento de su personalidad jurídica.
- Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

- Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.
- Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
- A nadie se le privará, arbitrariamente a cambiar de nacionalidad.

Sin embargo, el ejercicio de los derechos humanos tiene una evidente dimensión social, por lo mismo resulta insuficiente un enfoque individualista, tal como sugiere el texto anteriormente citado, porque quíerese o no, tal como señala Teilhard de Chardin “La humanidad se colectiviza; se totaliza bajo la influencia de fuerzas físicas y espirituales de orden planetario. De ahí el conflicto en cada hombre, entre el elemento, cada vez más conciente de su valor individual, y los lazos sociales, cada vez más exigentes”.

De la mutua causalidad y correlación de los derechos individuales y el medio comunitario en el que ellos se desarrollan, a juicio del mismo Chardin, el ejercicio de los derechos del hombre supone tres condiciones:

— Cada persona debe procurar su desarrollo hasta su máximo perfeccionamiento.

— La sociedad, en su propio interés, debe crear el medio más favorable al completo desarrollo (físico y psíquico) de cada uno de sus miembros.

— En ningún caso, ni para ninguna finalidad, pueden las fuerzas colectivas obligar al individuo a deformarse y a perder su identidad personal.

En consecuencia, la respuesta a los grandes problemas sociales de nuestra época, tal los que emergen de las migraciones, la persecución política e ideológica, el hambre, la penuria de nuevas fuentes de trabajo, etcétera, exigen hombres creativos y generosos como Henry Dunant, quienes estructuraron la actual Cruz Roja Internacional con una visión pluralista y profundamente humanista, de tal manera que ella es capaz de salir al encuentro de los problemas que producen las guerras, las miserias humanas de toda naturaleza y los desastres naturales.

Pero, tomando en cuenta que la historia de la humanidad es una marcha permanente del hombre hacia su continuo perfeccionamiento, tal como afirma Jacques Maritain “ninguna declaración de los derechos del hombre podrá ser exhaustiva y

definitiva" tendiendo a su perfeccionamiento de acuerdo al grado de conciencia moral y nivel de civilización que alcancen las comunidades humanas de cada tiempo y cada espacio histórico.

Quisiera terminar esta reflexión en voz alta, citando una directriz muy concreta del concilio Vaticano II, cuando en su documento *Gaudium y Spes*, en orden a los migrantes señala lo siguiente:

"Con respecto a los trabajadores que provienen de otros países o de otras regiones y que prestan su cooperación al crecimiento económico de una nación o provincia, conviene evitar toda discriminación en materia de remuneración o de condiciones de trabajo. Además, todos, en particular los poderes públicos, deben acogerlos como a personas, no como simple mano de obra útil a la producción.

Deben ayudarlos para que puedan llamar junto así a la familia, y procurarse un alojamiento decente, y favorecer su inserción en la vida social del país o de la región que los acoge".

Distinguidos representantes de las instituciones coauspiciadoras de este evento de tanta trascendencia, señoras y señores; por los antecedentes anotados, el vicepresidente de la República, en ejercicio de la Presidencia Constitucional de la misma, estima un honor la oportunidad que le han brindado los organizadores de este seminario el poder comunicar algunos pensamientos y reflexiones, al tiempo de augurarles que el trabajo de estos días se plasme en conclusiones y recomendaciones que servirán de orientación a los organismos públicos y privados responsables de la problemática de las migraciones internas y externas, y a los poderes del Estado, de modo particular el poder legislativo que espera de este seminario la información necesaria para traducirlo en nuevas leyes al servicio del pueblo boliviano.

Al desearles el mayor de los éxitos, doy por inaugurado este seminario sobre "La protección jurídica internacional de la persona humana y el problema de los indocumentados".

Primera sesión

Los derechos humanos: apuntes sobre el concepto, la historia y los mecanismos universales de protección

Oscar Schiappa-Pietra Cubas
Comisión Andina de Juristas

*Nuestras nadas poco difieren: es trivial y fortuita
la circunstancia de que seas el lector
de estos ejercicios y yo su redactor.*
(J. L. Borges, "Fervor de Buenos Aires")

I. Introducción a los derechos humanos

1. Sobre el concepto de derechos humanos

En la literatura jurídica especializada suelen emplearse diversas denominaciones para hacer referencia al mismo concepto: derechos fundamentales, derechos subjetivos, libertades públicas, derechos naturales, derechos ciudadanos, etc. Pero independientemente de la denominación, todos esos términos comparten una misma acepción.

Siquiera con carácter operativo dejaremos definido lo que entendemos por Derechos Humanos: "Conjunto de facultades e Instituciones que, en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales".

2. Sobre el proceso histórico de reconocimiento

Partiendo de la definición brindada, podemos sostener que los antecedentes de lo que entendemos por derechos humanos hunden sus raíces en los albores de la civilización humana. Casi como reacción frente al proceso de socialización de la especie, surgen esfuerzos de reflexión orientados a deter-

minar cuál es el mejor rumbo que deben seguir las experiencias de colectividad. Hesiodo, en el siglo VII A.C., afirma la existencia de una ley divina que está por encima de la corrupta ley humana. Luego, los estoicos dan forma a la noción de "derecho natural absoluto", mientras Cicerón se refiere a una ley natural que es "la recta razón congruente con la naturaleza, y es constante y eterna". Igualmente podríamos hacer mención de diversos antecedentes en las culturas Greco-romana y Hebreo-cristiana. Lo importante, en todo caso, es subrayar la forma en que va desarrollándose progresivamente la convicción sobre la existencia de ciertas normas impuestas a la razón humana, con arreglo a las cuáles las personas deben desenvolver su conducta. En ese proceso va estableciéndose un paulatino acotamiento de las atribuciones del Estado y de los gobernantes.

En el Medioevo, Santo Tomás se aproxima a la noción de *bien común*, atribuyéndole virtualidad orientadora de todas las decisiones políticas del gobernante, para establecer así un límite al ejercicio del poder y brindar garantías protectivas al ciudadano. Por su parte, el Renacimiento marca el retorno hacia "lo humano" en las distintas disciplinas culturales.

Pero es con la Escuela Clásica del derecho natural, en los siglos XVII y XVIII, que se inicia la revolución en el pensamiento político y la práctica social, cuyas expresiones derivadas son en la actualidad la concepción liberal y el Estado democrático liberal, cualquiera sea la forma específica que uno u otro adquiera. Empiezan a afirmarse entonces, a través de pensadores como Hobbes, Locke y Rousseau, las "ideas-fuerza" del Contrato Social, las expresiones renovadas del derecho natural, y la exaltación de la razón como instrumento para dominar la naturaleza y sus leyes. Se sostiene que el derecho ideal debe tener basamento racional, para alejar así la posibilidad de arbitrariedad en el ejercicio del poder estatal. Lo racional representa, no lo olvidemos, posibilidad de entendimiento en común, a la cual todos los ciudadanos pueden concurrir libremente; por eso mismo, es sinónimo de no arbitrariedad. Esta corriente influyó significativamente sobre los movimientos de reivindicación política del siglo XVII, cuyo primer logro significativo fue la expedición del *Bill of Rights* (1628) que consagró en forma ya estable los derechos

ciudadanos que habían empezado a ser reconocidos por la Carta Magna (1215).

Lo que ha seguido luego es historia conocida: Revolución Francesa, Restauración, entronización del Estado liberal en sus diversas variantes, revoluciones sociales en Rusia, México y Weimar, y ahora la liquidación de los Estados socialistas.

Pero es necesario retroceder el reloj de la historia para alcanzar una comprensión más cabal de este proceso en el que ha ido cristalizándose lo que hoy denominamos derechos humanos. Tenemos que fijar sólidamente los hitos que han determinado el progresivo decantamiento del concepto bajo estudio. Y ciertamente, un primer hito lo constituye el cuestionamiento del Estado teocrático absolutista, y la afirmación de la soberanía popular como fundamento y límite del poder estatal. En tal revolución del pensamiento político está contenida la afirmación de los derechos fundamentales de la persona, en tanto, frontera limitativa del poder estatal frente a la libertad personal.

El surgimiento del Estado liberal en Occidente contribuyó notablemente a la cristalización del concepto de derechos humanos. Pero, al par, debemos advertir que mal puede subsumirse éste en aquél, pretendiendo sostener que son dos caras unívocas de una misma moneda o que los derechos humanos se agotan en esa única expresión de la cultura política. Los derechos humanos, en su desarrollo como concepto, han recogido aportes de variadas tradiciones culturales, y para no perder significación histórica deberán seguir haciéndolo aún más intensamente en el futuro.

Siguiendo la secuencia, ubicamos como otro hito fundamental el de las revoluciones sociales de inicios del siglo actual: Rusia, México y Weimar. Estas gestas históricas determinaron el reconocimiento positivo de los derechos económicos, sociales y culturales, así como en general, de los derechos colectivos.

Coincidiendo relativamente en el espacio temporal, marcamos la presencia de un tercer hito hacia inicios del presente siglo en la formación de los Estados-nacionales europeos y en el surgimiento de las minorías nacionales, así como en la posterior creación de la Organización Internacional del Trabajo. Este fue el contexto en el cual se establecieron mecanis-

mos de protección internacional respecto de algunos derechos de la persona.

Finalmente, debieron perderse millones de vidas y causarse inmensurable destrucción para que hicieran crisis las corrientes jurídicas, filosóficas y políticas predominantes hasta la Segunda Guerra Mundial. El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Declaración Universal de Derechos Humanos. Este sería el hito definitivo, para que surja la concepción de que los derechos humanos son, antes que una plasmación jurídica de voluntades estatales o sociales, elementos inherentes a la dignidad humana.

II. Los mecanismos no convencionales dentro del sistema universal: apuntes sobre su gestación histórica y su perfil procedimental

1. Presentación

Desde el inicio deseamos enfatizar la gravitante significación que ha tenido el juego de correlaciones políticas para el desenvolvimiento de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU). Por un lado, el enfrentamiento bipolar, que entrampó al conjunto del sistema de las Naciones Unidas hasta días recientes; por el otro, el surgimiento de nuevos Estados como producto de la descolonización, y la sujeción a concepciones ortodoxas de la soberanía estatal; esas son algunas de las claves que subyacen para explicar los lentos avances, y, por momentos, las inaceptables complicidades, en la actuación de la CDH.

La crítica que formulamos sobre la excesiva politicidad existente para el tratamiento de los asuntos de derechos humanos va más lejos de cuestionar el tímido avance alcanzado hasta el presente en materia de protección internacional; es también sustancialmente una impugnación a las desmedidas presiones que los Estados ejercen sobre las instancias internacionales para no ver afectados sus intereses políticos. Conforme se asciende en la jerarquía orgánica, de la Subcomisión a la Comisión, y de ésta a la Asamblea General, la motivación política aumenta su importancia como factor determinante dentro del

proceso de toma de decisiones. No se trata de negar la inevitable politicidad de las cuestiones vinculadas con la protección de los derechos humanos; distinto es, en cambio, que ésta se concrete en una inaceptable unilateralidad y selectividad. Durante muchos años, los órganos políticos (de la ONU) parecieron incapaces de adoptar una postura firme frente a cualquier otro país distinto a Sudáfrica, Israel y Chile, ya que éstos se encontraban relativamente aislados en el plano político. Esta situación ha ido cambiando desde fines de los '70.

En el ámbito latinoamericano, por ejemplo, resulta ostensible la aplicación discriminatoria de estándares de supervigilancia, en el caso chileno respecto del argentino. El aislamiento del primero, al lado de las vigorosas relaciones comerciales que el segundo mantuvo durante esos años con algunos de los países de Europa del Este, explican en parte ese tratamiento diferenciado.

En tal contexto, las Organizaciones No Gubernamentales (ONGs) cumplen un rol fundamental dentro de la CDH, sea mediante su participación al amparo del estatuto consultivo, o meramente como agentes denunciatorios. La vocación insobornable que ellas representan, ha cumplido una importante función de contrapeso frente a la politicidad y al compromiso que caracterizan a la actuación de los Estados.

Es precisamente la consideración de estos elementos lo que permitirá una lectura más rica de las tediosas descripciones sobre procedimientos, a las que nos referiremos a continuación. Más aún, la presencia de tales elementos debe permitirnos proyectar nuestra imaginación y nuestra razón hacia el futuro, a la luz de las nuevas posibilidades que vienen abriéndose para los derechos humanos dentro del cambiante escenario internacional.

2. Antecedentes históricos

La Comisión de Derechos Humanos, es una de las seis comisiones funcionales creadas por el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas (ECOSOC), en 1946, en virtud de lo dispuesto en el art. 68 de la Carta de las Naciones Unidas. Las funciones de la CDH fueron delineadas en la Resolución

del ECOSOC 6 (1), luego modificada por la Resolución 9 (II), y abarcan: la redacción de una Carta Internacional de Derechos Humanos (de la que son parte la Declaración Universal, los dos Pactos Internacionales y el Protocolo Facultativo); la redacción de otras declaraciones y tratados sobre la materia, la protección de minorías, la prevención de la discriminación, y "todo otro asunto relativo a los derechos humanos" no mencionado en la enumeración precedente.

La CDH funciona bajo la dirección del ECOSOC, al cual somete las propuestas y recomendaciones aprobadas en sus sesiones anuales (realizadas usualmente en Ginebra, durante los meses de febrero y marzo).

Ya en su primera sesión, en 1947, la CDH estableció dos subcomisiones: una sobre Libertad de Información y Prensa, otra sobre Prevención de la Discriminación y Protección de las Minorías. La primera fue suprimida en 1952, mientras la segunda subsiste hasta la actualidad y constituye una de las instancias más caracterizadas dentro de la maquinaria de las Naciones Unidas dedicada a los derechos humanos, y su trayectoria está estrechamente ligada a lo que ha sido el desenvolvimiento de la CDH durante las últimas cuatro décadas y media.

Por lo menos durante su primer cuarto de siglo de existencia, la CDH estuvo exclusivamente abocada a reconocer el contenido normativo de los derechos humanos, y además a efectuar estudios específicos. Es decir, se limitó a la acción promocional, sin abarcar la urgente cuestión de crear mecanismos internacionales de protección.

Ello en razón de que en 1947, en su primera sesión, la CDH optó por autocercenar sus funciones, al acordar que no tenía facultades para actuar respecto a denuncias específicas sobre violaciones a los derechos humanos. Este criterio fue también aceptado por el ECOSOC en su Resolución 75(V) de aquél año y ratificada luego, mediante la Resolución General sobre Comunicaciones 728F(XXVIII), de 1959. Esta doctrina de "carencia de facultades para actuar" se basó en el art. 2(7) de la Carta de las Naciones Unidas, que impide a la organización "intervenir en los asuntos que son esencialmente de la jurisdicción interna de los Estados".

Tal enfoque autolimitativo, fue objeto de muchos cuestio-

namientos por parte de algunos intelectuales y gobiernos de occidente. Sin negar que, a falta de obligaciones contraídas mediante tratados vinculantes, las cuestiones de derechos humanos estaban sujetas a las competencias internas de los Estados respectivos, se cuestionaba el alcance de la doctrina de la soberanía estatal en casos de graves violaciones a los derechos humanos. Pues, el propio art. 2(7) de la Carta de las Naciones Unidas limita el alcance de tal principio de no intervención en los asuntos internos de un Estado, ante situaciones que comportan amenazas a la paz y seguridad internacionales. Es decir, cuando el cuadro violatorio de los derechos humanos alcanza a constituirse en una amenaza de tal naturaleza, se torna ya en un asunto de competencia internacional.

Al calor del proceso descolonizador, y como resultado de las persistentes prácticas de discriminación racial realizadas en los territorios sojuzgados, y más específicamente frente al régimen de apartheid establecido en Sudáfrica, las Naciones Unidas, durante los años '60 desarrolló una segunda categoría de violaciones que quedaban exceptuadas de la aplicación estricta de tal prescripción de jurisdicción interna excluyente.

En 1967, el ECOSOC modificó la doctrina de "carencia de facultades para actuar", autorizando a la CDH y a la Subcomisión "para examinar información relevante sobre violaciones persistentes de derechos humanos y libertades fundamentales, como lo ejemplifica la política de apartheid en todos los países", y "efectuar un detallado estudio de situaciones que evidencien un patrón constante de violaciones a los derechos humanos". Esta Resolución 1235 (XLII) sentó el hito fundante de los procedimientos extraconvencionales dentro de las Naciones Unidas para actuar en situaciones generalizadas y sistemáticas de violación a los derechos humanos en cualquier parte del mundo.

El hito recién referido abrió camino para el posterior desarrollo de un procedimiento confidencial encaminado a posibilitar que la CDH y la Subcomisión atiendan las comunicaciones individuales que les son remitidas. Nos referimos a la conocida Resolución 1503 (XLVIII), del ECOSOC, adoptada el 27 de mayo de 1970.

Así, coincidiendo con el proceso de descongelamiento de la

bipolaridad mundial, y luego, con la entrada en vigor de los dos Pactos Internacionales, empezaron a establecerse los primeros medios de protección internacional dentro del marco institucional de las Naciones Unidas. Por otra parte, el sistema regional europeo había alcanzado significativos avances en cuanto a la protección de los derechos humanos. Fue entonces, en 1979, cuando se había intensificado la acción de las Naciones Unidas en el campo de los derechos humanos, se le encargó también a la CDH el apoyo al ECOSOC para la coordinación de las actividades sobre la materia realizada por el sistema de las Naciones Unidas (Resolución ECOSOC 1979/36).

3. Descripción funcional de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas

Antes de explicar algunos de los procedimientos extraconvencionales, aclaremos cuál es el marco funcional de la CDH. Tradicionalmente se distingue entre actividades de *promoción* y actividades de *protección*. Las primeras dan cara al futuro, tratan de crear condiciones para evitar la ocurrencia de nuevas situaciones violatorias; las otras se orientan a buscar la reparación de violaciones anteriormente producidas. En los hechos, sin embargo, la distinción es poco clara: en la Carta de las Naciones Unidas se define la función de este organismo básicamente dentro del ámbito promocional; empero, el devenir histórico ha ido arrastrando más y más a sus órganos hacia el ámbito de la protección.

Esta mixtura de funciones se tangibiliza en ciertos procedimientos incoados a partir de comunicaciones remitidas a los órganos competentes de la ONU, cuando éstos intentan resolver el asunto amistosamente dialogando al efecto con los respectivos Gobiernos, de cara a lograr mejoras en la situación observada e impedir nuevas situaciones violatorias.

Hecha tal salvedad, podemos distinguir cuatro rubros de acción por parte de las Naciones Unidas, en el campo de los derechos humanos:

a) Generación de conciencia, principalmente a cargo del Centro de Derechos Humanos y de UNESCO.

b) Establecimiento de estándares normativos e interpreta-

tivos, lo primero en los aspectos globales a cargo de la CDH, y en cuestiones específicas a cargo de los organismos u órganos competentes; lo segundo, a cargo de la Corte Internacional de Justicia.

c) Supervigilancia del cumplimiento de los estándares normativos, a cargo de una compleja y variada red de organismos y órganos dentro del sistema de Naciones Unidas.

d) Supervigilancia política, a cargo de los órganos supremos del sistema de Naciones Unidas, alimentada por la información procesada por los órganos "técnicos".

4. *El procedimiento 1503*

Su adopción en 1970 significó establecer por primera vez un procedimiento *permanente y confidencial* para examinar las situaciones referidas en las comunicaciones remitidas a las Naciones Unidas, cuyo contenido "parezca revelar un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y libertades fundamentales". Es menester subrayar que este procedimiento busca principalmente atacar situaciones globales de violación de derechos humanos y no casos individuales o esporádicos. Este procedimiento fue reglamentado por la Subcomisión, mediante Resolución 1 (XXVIII) del 13 de agosto de 1971.

Efectuemos una somera revisión del procedimiento. Pueden acceder al mismo las víctimas o cualquier Organización No Gubernamental, tenga ésta o no estatuto consultivo ante el ECO-SOC, a condición que posea información directa y confiable sobre los hechos violatorios. La comunicación debe contener una descripción detallada de los hechos, y debe indicar el objetivo perseguido mediante la misma, así como debe mencionar los derechos presuntamente vulnerados en concordancia con los instrumentos internacionales. El procedimiento consta de seis etapas, cuyo decurso insume un ciclo anual entre los períodos de sesiones de la Subcomisión y de la CDH. La sección de Comunicaciones del Centro de Derechos Humanos de Naciones Unidas envía copia de la comunicación recibida al respectivo Gobierno, sin mencionar la identidad del remitente (salvo que éste lo consienta), y cada mes prepara una lista de las comuni-

caciones recibidas, la cual es puesta en conocimiento de los miembros de la Subcomisión de la CDH. Durante el mes de julio de cada año, antes de iniciarse la sesión de la Subcomisión, el grupo de trabajo sobre Comunicaciones, integrado por cinco miembros de aquélla, se reúne durante una o dos semanas para analizar los aspectos formales y de fondo de cada denuncia, a efectos de calificar su admisibilidad. Este grupo de trabajo decide sobre tal base, cuáles denuncias ameritan ser sometidas a la consideración de la Subcomisión en pleno. Si opta por ello, ésta examina en el mismo período de sesiones si debe ser sometida a la Comisión de Derechos Humanos. A tal efecto, toma como elementos de juicio la propia comunicación, así como las respuestas de los Gobiernos y cualquier otra información pertinente. En caso que la Subcomisión concluya que existen fundamentos suficientes para continuar con el procedimiento, remite su informe al grupo de trabajo sobre situaciones de la CDH, que estudia el caso para presentar luego un informe final al pleno de la CDH.

El pleno de la CDH, luego de analizar y debatir a puerta cerrada los informes remitidos sobre el caso, puede optar por:

- a) pedir al Secretario General que ejerza sus buenos oficios;
- b) estudiar a fondo la situación;
- c) obtener el consentimiento del Estado observado, y designar un Comité ad hoc de Investigaciones, cuya misión será la de recabar elementos de juicio adicionales y procurar una solución amistosa con la cooperación del Estado en cuestión. Este Comité elevará su informe a la CDH, incluyendo sus observaciones y sugerencias.

Si la CDH opta por la alternativa del “estudio en profundidad” o por la del “Comité ad hoc”, al concluir esa etapa debe decidir si se amerita presentar recomendaciones al ECOSOC. Recién cuando el caso llega a conocimiento de esta instancia, se levanta el carácter confidencial que caracteriza a todas las etapas precedentes del procedimiento. Es facultad del ECOSOC adoptar cualquier medida dentro de la competencia que le ha sido conferida por el art. 62 de la Carta de las Naciones Unidas, es decir, “hacer recomendaciones a la Asamblea General, a los organismos especializados de las Naciones Unidas o a los Estados Miembros”.

Pese a tener carácter confidencial, desde 1978 el presidente de la CDH anuncia en sesión pública la lista de países que están siendo objeto de atención por parte de tal órgano, bajo el procedimiento 1503. Hasta 1989 de 34 a 40 países han sido encauzados, y en 1990, cuatro más lo serán (Haití y Paraguay, en América Latina, no por casualidad naciones bastante aisladas dentro del contexto internacional).

Sobre la eficacia del procedimiento 1503 existen distintas opiniones, pero es difícil alcanzar un criterio concluyente debido a la confidencialidad de su tramitación. Para algunos, es preferible efectuar denuncias públicas en las sesiones de la CDH o de la Subcomisión. Para otros, tal procedimiento ha contribuido a disminuir la actuación arbitraria de ciertos Estados. Lo cierto es que cualquiera sea la conclusión a que arribemos, alrededor de cuarenta Estados ya han sido observados por la CDH bajo este procedimiento.

5. El procedimiento 1235

a) La supervigilancia de países

Dentro del rubro 12 de la agenda de la CDH, titulada "la cuestión de las violaciones de derechos humanos y libertades fundamentales en cualquier parte del mundo", pueden en forma pública referirse a tales situaciones. Esta potestad está conferida por la Resolución 1235 (XLII), del 6 de junio de 1967, y en virtud de ella pueden actuar los miembros de la CDH, otros Estados que se encuentren representados en calidad de observadores, los órganos de Naciones Unidas o sus agencias especializadas, los movimientos de liberación nacional, las organizaciones intergubernamentales y no gubernamentales con estatuto consultivo. Estas denuncias pueden conducir a la adopción de resoluciones y, si aportan evidencias suficientes sobre la existencia de un cuadro persistente de violaciones a los derechos humanos, pueden también determinar la realización de un estudio detallado sobre tal situación. Tal estudio es usualmente encomendado a un grupo de trabajo o a un relator especial.

En 1967, se estableció un grupo de trabajo sobre Sudáfrica,

al margen del procedimiento 1235, y en 1975 se hizo lo propio respecto a Chile. En 1979, este último grupo de trabajo fue sustituido por un relator especial. Como antecedentes intermedios, pueden señalarse la conformación del Grupo de Expertos sobre el Africa Meridional, creado por la CDH, y el Comité Especial encargado de investigar las prácticas israelíes que afectan los derechos humanos de la población de los territorios ocupados, creado éste por la Asamblea General. Es pues, a partir del caso chileno, que la CDH ha desarrollado su facultad de efectuar estudios a fondo "de las situaciones que revelen un cuadro persistente de violaciones de los derechos humanos". Hay que destacar el objetivo de investigación que caracteriza a este procedimiento, aun apartándose de las materias inicialmente establecidas por la resolución que le dio origen.

Diversas han sido las modalidades específicas adoptadas para encausar esta actuación investigativa: Grupos de Trabajo ad hoc, Relatores especiales, Enviados especiales, Misión del Subsecretario General (Polonia, 1982), Representantes especiales, y hasta invitación formulada por el propio Estado investigado (Cuba, 1988).

Cualquiera sea la modalidad específica que se adopte, el objetivo de tales instancias es siempre el mismo: recabar mayor información sobre la realidad del país en cuestión, a efectos de facilitársela a los órganos competentes dentro de las Naciones Unidas. Por otro lado, tal diversidad de modalidades nuevamente da cuenta del manejo político existente en los foros de derechos humanos, en la medida que aquélla tiende a reflejar la capacidad de negociación y de imposición por parte del país observado, así como las correlaciones globales que en cada momento específico existen.

Si mejora la situación del país observado, puede la Comisión dar por concluido el mandato pertinente, o en su defecto, designar a un experto para que brinde asesoría al Gobierno en sus esfuerzos por restablecer la vigencia de los derechos humanos.

b) La supervigilancia de situaciones

Esta modalidad se originó en 1980, cuando la CDH reemplazó al grupo de expertos que venía estudiando la situación de los desaparecidos en Chile, creando a cambio el ya conoci-

do Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias (GTD). Esta medida estuvo inspirada en la Resolución de la Asamblea General 33/173, del año anterior, mediante la cual pidió a la CDH que examinara la cuestión de las personas desaparecidas con miras a hacer las recomendaciones apropiadas. Pero cierto es también que, en este resultado influyeron las presiones del Gobierno argentino de entonces, que pugnaba por evitar que se constituyese una instancia específica para supervigilar las graves violaciones que venían produciéndose dentro de ese país.

Lo cierto es que en los años subsiguientes, fueron designados relatores especiales para el estudio de diversas situaciones: éxodos masivos (1981), ejecuciones sumarias arbitrarias (1982), tortura (1985), intolerancia religiosa (1986), y mercenarios (1987). El GTD, así como todas las relatorías, con la sola excepción de la relacionada con los éxodos masivos, continúa elaborando informes anuales para la CDH.

Vale desde ya resaltar la importante labor del GTD, en la medida que, por ejemplo, las relatorías sobre ejecuciones sumarias y sobre torturas emplean la metodología desarrollada por aquél, mediante la distinción entre el procedimiento ordinario y el urgente. Estos órganos reciben denuncias de las víctimas, de las ONGs, o de otras fuentes, y las ponen en conocimiento del correspondiente Estado. Generalmente sólo se considera resuelto un caso cuando las partes involucradas coinciden en haber alcanzado algún tipo de solución. Sólo en pocos casos se visita a un país. Para referirnos sólo a naciones latinoamericanas, los miembros del GTD han visitado a Bolivia (1984), Perú (1984 y 1986) y Guatemala (1987); el relator especial sobre Ejecuciones Sumarias visitó a Surinam en 1985 y 1987; y el relator especial sobre Tortura visitó a Argentina, Uruguay y Colombia (todos en 1987).

6. El Grupo de Trabajo sobre Desapariciones forzadas o involuntarias

Inicialmente fue constituido con mandato para sólo un año, pero ha sido prorrogado por la CDH con aprobación del ECOSOC. Se calcula que actualmente este GTD se ocupa de unos 18.000 casos acumulados en más de 40 países.

a) Características generales

Su función principal es la de servir como cauce de comunicación entre los familiares y los Gobiernos para determinar la suerte y paradero de las personas desaparecidas.

El GTD sesiona tres veces al año, por períodos de aproximadamente una semana cada vez. Por lo general, una de tales sesiones de cada año se realiza en algún país en el que existe significativa incidencia de desapariciones, a efectos de poder tomar contacto directo con los familiares afectados.

Al servir como cauce de comunicación entre los familiares y los Gobiernos, el GTD pretende crear condiciones propicias para que las autoridades pertinentes investiguen en forma objetiva las circunstancias que permitan ubicar al desaparecido.

La intervención del GTD tiene carácter primariamente humanitario, tiende a la ubicación del desaparecido y su actuación concluye cuando ella procede, sea que la persona en cuestión se encuentre o no con vida. No le compete establecer responsabilidades sobre los casos sometidos a su conocimiento.

Por otra parte, sólo se ocupa de desapariciones atribuibles a agentes del Estado o a grupos que actúan con su anuencia. Por ende, quedan excluidos de su competencia los secuestros o desapariciones atribuibles a grupos irregulares que luchan contra el Estado, ni tiene con ellos contacto. Finalmente, el GTD no se ocupa de desapariciones ocurridas en el contexto de conflictos armados de carácter internacional, pues ello es competencia del Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

El GTD elabora informes anuales que somete al conocimiento de la CDH. En ellos se resumen los aspectos más relevantes de su actuación y contienen referencias sobre las situaciones internas de los países con mayor incidencia de desapariciones.

El aporte de las ONGs y de los grupos locales vinculados al problema de las desapariciones ha resultado de importante inspiración en la labor del GTD, tanto como fuente de denuncias e información, como en calidad de referente para el análisis de situaciones globales (etiología del problema en determinados países, por ejemplo).

b) Requisitos de admisibilidad

Aunque el GTD “no adopta decisiones formales individuales sobre la admisibilidad de las denuncias”, selecciona las que ameritan ser transmitidas a los Estados en base a una aplicación no formalista de los criterios de admisibilidad que han ido cristalizándose en el Derecho Internacinal. Igual flexibilidad observa en lo que concierne a la aplicación del requisito de agotamiento de los recursos internos.

La dualidad de medios procesales no constituye impedimento de admisibilidad por parte del GTD. Es decir, éste puede dar curso a una denuncia que previa o paralelamente ha sido interpuesta ante otro mecanismo internacional o regional.

El GTD sólo admite las denuncias que proceden de la familia o de amigos de la persona desaparecida, aunque sea en forma indirecta. Sin embargo, esta regla ha ido flexibilizándose con el tiempo, hasta el grado de tornarse ambigua, dado que en algunos casos no se ha requerido la identificación o probanza del vínculo existente entre el denunciante y los familiares o amigos de la víctima. No debe olvidarse que la mayoría de las denuncias son interpuestas por las ONGs, muchas de ellas sin estatuto consultivo ante el ECOSOC. Empero, esta flexibilidad o ambigüedad en la aplicación de la regla no debe llevarnos a la equívoca conclusión que ella es soslayable. Resulta adecuado y sigue siendo exigible que los denunciantes permanezcan directa o indirectamente en contacto con las familias. En los casos urgentes, cuando las circunstancias lo ameritan, puede atenuarse sustancialmente la aplicación de la misma.

Cuando el denunciante solicita el beneficio de la confidencialidad, su nombre no es mencionado al Gobierno concernido.

c) El procedimiento urgente

Desde su primer período de sesiones, el GTD decidió abordar singularmente los casos de desapariciones recientes, bajo el supuesto que una pronta intervención podría coadyuvar a salvar la vida de la víctima. La existencia de este procedimiento constituye otro sustancial aporte de las ONGs, que, como en el caso Amnistía Internacional, desde tiempo atrás

habían diseñado mecanismos análogos dentro de su propio quehacer institucional.

Cuando una denuncia se refiere a desaparición ocurrida hasta tres meses antes de ser recibida, el presidente del GTD debe solicitar al Gobierno concernido, por cable, télex o fax, información sobre el paradero de la víctima, sobre los eventuales motivos y condiciones para su detención y la colaboración que fuese necesaria. El presidente del GTD puede incluso, tomar contacto con el Gobierno pese a que la denuncia carezca de algunos de los requisitos de admisibilidad. Básicamente se exigen dos condiciones para accionar por este medio:

- que los datos sean fidedignos;
- que la información proporcionada sea suficiente para permitir la realización de una investigación o búsqueda (incluyendo, por ejemplo, el número de cédula de identidad, cuando sea posible).

Por otro lado, pese a la gran flexibilidad existente para la aplicación del requisito de agotamiento de los recursos locales, conviene informar al GTD sobre las acciones judiciales, administrativas o de cualquier índole, adoptadas dentro del país en relación al caso.

Desde 1984, el alcance del procedimiento fue ampliado a efectos de abarcar a los casos de desapariciones ocurridas dentro de los doce meses anteriores al recibo de la denuncia, cuando aquéllas pudiesen estar vinculadas a un caso ocurrido dentro de los tres meses a que se refiere el procedimiento original. En esta nueva situación, la comunicación se efectúa por carta que es dirigida a la Misión acreditada en Ginebra del respectivo Estado.

d) El procedimiento ordinario

Este se caracteriza por su mayor rigor formal en cuanto a la aplicación de los requisitos de admisibilidad, y a la mayor lentitud de su desenvolvimiento. Además, las calificaciones de admisibilidad y los acuerdos sobre la tramitación a dar en cada caso, sólo se efectúan durante las sesiones trianuales del GTD, es decir, que en estas situaciones se opera como instancia colectiva. Parte de esta lentitud debe ser atribuida a la sobrecarga procesal (casi tres mil casos cada año).

Como resultado del control de admisibilidad, el GTD puede:

- tomar contacto con el Estado concernido;
- archivar la denuncia, si ésta escapa a su mandato;
- transmitirla al órgano competente, si ésta escapa a su mandato.

Una vez aprobado el control de admisibilidad, el GTD asume la responsabilidad funcional de prosecución, siendo ésta irrenunciable.

Cuando el Gobierno responde brindando información razonable sobre el paradero de la persona desaparecida, el caso pasa a ser considerado *aclarado*. Pero tal declaración es apelable, si los denunciantes o familiares aportan nuevos elementos informativos. Similar proceder se sigue en los casos en que el Gobierno facilita información definitiva sobre el paradero de la persona, luego de la fecha de desaparición sin aclarar su ubicación actual, en tal supuesto, se corre traslado a los denunciantes antes de resolver si el caso queda cerrado. El caso puede también ser archivado sobre la base de información que proporcionen otras fuentes.

El GTD mantiene los casos pendientes hasta que los Gobiernos concernidos brinden suficiente información aclaratoria o hasta que se aclare la situación de las víctimas.

El GTD no está limitado en cuanto al tipo de pruebas o de métodos evaluativos que puede emplear. Generalmente realiza sesiones privadas para discutir el caso con las diversas partes concernidas.

e) Misiones in loco

Otra de las acciones que realiza el GTD es la de enviar este tipo de misiones, para efectos de coordinación política o para investigar de manera global las circunstancias bajo las cuales se originan situaciones de desapariciones. Ello no rebaja el carácter no acusatorio de su actuación, pero ciertamente trasciende la función meramente humanitaria que originalmente le fue asignada al GTD.

f) Recientes avances

Desde la penúltima sesión del GTD ha ido incorporándose el tema de la protección de los activistas de derechos huma-

nos, a los denunciantes y a los familiares de las víctimas. Ello se da en un contexto en el que vienen creciendo las amenazas y atentados contra distintos tipos de personas o instituciones que toman contacto con el GTD para denunciar situaciones de desapariciones. Esta cuestión ha empezado a ser atendida bajo el procedimiento ordinario.

Por otra parte, a partir de la última sesión ha comenzado a surgir lo que augura ser un nuevo procedimiento para brindar protección institucional a las personas o entidades denunciadas. Se trataría de una suerte de acción urgente, provisionalmente denominada *prompt intervention*, cuya gestión estaría a cargo del presidente del GTD.

Esta evolución responde también a la preocupación internacional expresada en el seno de la Asamblea General de la ONU, de brindar protección a las personas o entidades que recurren a los mecanismos del sistema para denunciar violaciones a los derechos humanos.

III. El Comité de Derechos Humanos: exponente de los mecanismos convencionales para la protección de los derechos humanos

I. Antecedentes

La cuestión de crear un órgano internacional con facultad para conocer sobre casos de violación a los derechos humanos comunicados por individuos, fue uno de los temas que mayores debates suscitó dentro del prolongado proceso de elaboración de los dos Pactos. Finalmente, a efectos de conciliar los puntos de vista encontrados, se convino, para el caso del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), en separar las disposiciones sustantivas de las procesales. Ello se concretó mediante la adopción del Protocolo Facultativo anexo al PIDCP. Esta bifurcación normativa ha hecho posible que los Estados ratifiquen el PIDCP sin someterse a la competencia del Comité de Derechos Humanos (CODEHU).

El CODEHU fue estableciéndose en 1977 sobre la base de

lo preceptuado en los arts. 28 y 29 del PIDCP y en el art. 1 del Protocolo Facultativo. Este último dispone que:

“Todo Estado Parte en el Pacto que llegue a ser parte en el presente Protocolo, reconoce la competencia del Comité para recibir y considerar comunicaciones de individuos que se hallen bajo la jurisdicción de ese Estado y que aleguen ser víctimas de una violación, por ese Estado Parte, de cualquiera de los derechos enunciados en el Pacto. El Comité no recibirá ninguna comunicación que concierna a un Estado Parte en el Pacto que no sea parte en el presente Protocolo”.

El mecanismo más importante para el examen de denuncias individuales en el sistema universal es el Comité de Derechos Humanos, que no es propiamente un órgano de la ONU, sino un ente independiente creado por el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Compuesto por 18 expertos independientes, electos por una asamblea de los Estados Partes en el Pacto, el Comité puede ser considerado como un mecanismo cuasijudicial para la protección de los derechos humanos, pues reviste algunas, aunque no todas, de las características de un Tribunal Internacional.

El CODEHU está compuesto por 18 expertos que actúan a título personal, durando su mandato 4 años. Sus funciones, según lo establecido en los arts. 40 al 45 del PIDCP, son: por un lado, estudiar los informes periódicos remitidos por los Estados Partes en relación a las medidas que hayan sido adoptadas para avanzar hacia la plena realización de los derechos consagrados en el PIDCP; transmitir sus propios informes y comentarios generales a los Estados Partes; ayudar en la solución de controversias interestatales referidas a la aplicación del PIDCP, si los Estados implicados han aceptado esta competencia específica (art. 41 del PIDCP), y, cuando fuese necesario, establecer comisiones ad hoc de conciliación. Y, por otro lado, tiene también la función de dar atención a las comunicaciones que le sean remitidas dentro del marco de lo previsto en el Protocolo Facultativo. El CODEHU sesiona ordinariamente tres veces al año, pudiendo hacerlo extraordinariamente cuando las circunstancias lo aconsejen. Sus informes son elevados a conocimiento de la Asamblea General.

2. Cuestiones de procedimiento en la tramitación de comunicaciones individuales

El CODEHU ha avanzado en forma muy significativa respecto de este tipo de procedimientos, habiendo considerado hasta el presente alrededor de 400 comunicaciones individuales, referidas acerca de 30 Estados.

Pueden ubicarse cuatro fases dentro de este procedimiento:

a) Admisibilidad

La comunicación se hará por escrito, no anónima, y será de un particular (o su representante) o un grupo bajo la jurisdicción del Estado contra el que se reclama. Además, la comunicación ha de ser compatible con las normas del Pacto y no constituir un abuso del derecho de petición. También se aplican las reglas *non bis in ídem* (prohibición de presentar el mismo asunto ante otras instancias internacionales de examen o arreglo) y agotamiento de los recursos internos. En esta fase, el Comité puede dictar medidas provisionales para evitar perjuicios irreparables a las víctimas de la violación denunciada. Esta fase culmina, tras recibir las observaciones del Estado sobre la admisibilidad de la comunicación con la adopción de una decisión sobre la admisibilidad. Tal decisión es inapelable, aunque cabe su revisión por parte del Comité en un plazo de seis meses. Adoptada la decisión de admisibilidad, el Comité la transmite al Estado interesado, el cual dispondrá de otros seis meses para responder a las cuestiones de fondo planteadas en la comunicación ya declarada admisible.

b) Establecimiento de los hechos

En esta fase, el Comité determina los hechos que se consideren aprobados, en función de todas las informaciones disponibles, procedentes tanto del particular como del Estado interesado.

A continuación, el Comité realiza una calificación jurídica de los hechos declarados probados, en relación con las normas protectoras de los derechos humanos contenidas en el Pacto y obligatorias para el Estado Parte.

e) *Observaciones del Comité*

El Comité llega a una conclusión por medio de la cual emite una opinión sobre si hubo o no violación, y por qué. Los miembros en minoría en la decisión del Comité pueden emitir votos separados, individuales o disidentes. La decisión es confidencial y sólo se comunica a las Partes (individuo objeto de la comunicación y Estado Parte).

Como se observa, todo este procedimiento es *cuasicontencioso*, en la medida en que adopta la forma de un procedimiento judicial, con las variantes obvias de la esfera internacional, y la decisión final adopta la forma de una *sentencia*, aunque no tiene fuerza jurídica sancionadora de una sentencia en el ámbito del Derecho.

d) *Publicación*

Finalmente, la publicación de las "observaciones" o la decisión final del Comité. En efecto, el Comité puede decidir publicar el texto de su decisión (todavía confidencial) en su informe anual a la Asamblea General. La publicación opera aquí, una vez más, como posibilidad de sanción "moral" internacional frente al Estado contra el que se concluye que ha incurrido en determinadas violaciones de las normas del Pacto.

IV. *Bibliografía*

Dado el carácter de la presente ponencia, elaborada como material de discusión para un seminario de difusión, dentro del texto no se ha hecho referencia exhaustiva de las fuentes consultadas. Empero, las principales fuentes consultadas se detallan a continuación.

— O'Donnell, Daniel: *Protección Internacional de los Derechos Humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 2ª edición, 1989.

— Villán, Carlos: *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1990.

— Naciones Unidas: *Desapariciones Forzadas o Involuntarias*. Folleto informativo n° 6 s.p.i.

— Nowak, Manfred: *The promotion and protection of human rights by the United Nations*, en: Newsletter. *Netherlands Quarterly of Human Rights*, vol. 6 (1988), n° 2. Utrecht, *Netherlands Institute of Human Rights*, 1988; págs. 5-28.

— Marks, Stephen P.: *Human Rights, activities of universal organizations*, en: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Installment 8 (1985), págs. 274-284. (Citado según pautas del editor).

— Pérez Luño, Antonio: *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*. Editorial Tecnos S.A. Madrid, 1984, pág. 48.

— Schiappa-Pietra, Oscar: *Reflexiones críticas sobre la concepción occidental de los derechos humanos*, en: Boletín, n° 21, Comisión Andina de Juristas. Lima, julio de 1989.

— Schiappa-Pietra, Oscar: *Medio ambiente, desarrollo y derechos humanos: reflexiones a partir del Informe Brundtland*, en: Boletín, n° 23, Comisión Andina de Juristas. Lima, diciembre de 1989.

— Marks, Stephen: *Human Rights, activities of universal organizations*, en: R. Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Installment 8 (1985), pág. 283. (Citado según pautas del editor).

— O'Donnell, Daniel: ob. cit., pág. 31.

— Villán, Carlos: *Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Lima, Comisión Andina de Juristas, 1990. (Fotocopia), págs. 114-116.

Administración de justicia y derechos humanos

Luis Edgar Martínez Lozada
Comisión Internacional de Juristas

Presentación

Desentrañar la esencia de lo que debe ser una acertada y eficaz administración de justicia, ha sido desde tiempos inmemoriales una de las mayores preocupaciones del hombre. Es necesario que los llamados a dispensar justicia, antepongan a todo concepto la idea de lo que es el hombre, cuáles son sus realidades materiales y espirituales, o de qué manera logrará que se le respeten sus derechos fundamentales y cómo podrá cumplir un óptimo papel social que contribuya a la obtención de la paz y el orden comunitario, que en última es la más acentuada meta del Derecho.

Si damos por sentado que el reconocimiento y respeto a los derechos humanos es el mayor fundamento para el logro de la libertad, la paz y la justicia, debido a que ellos se basan en la naturaleza y dignidad humanas, esto me permite sin mas preámbulos, dividir esquemáticamente mi disertación en el siguiente orden: I. Concepto de derechos humanos. Clasificación; II. Protección de derechos humanos. Su realidad; y III. Administración de justicia desde las ópticas del juez, del fiscal y de las instancias policiales.

I. Concepto de derechos humanos

Importa destacar como anota Laski ¹ que estos derechos "no son independientes de la sociedad, sino inherentes a la misma. Los tenemos, pues, tanto para su protección como pa-

¹ Harold J. Laski: *Los derechos humanos*, edit. Universidad de Costa Rica, 1978, pág. 3.

ra la nuestra...”, "...no tengo, por consiguiente, ningún derecho para hacer cuanto me plazca. Mis derechos se fundan, en todo caso, en la relación que existe entre mi función y el bienestar de la sociedad”.

1. Hallamos en la historia de todos los pueblos, un sinnúmero de teorías, dogmas, leyes y discursos que plantean soluciones o nos marcan pautas a seguir. Sin embargo, resulta evidente que la toma de posición o la que fuera “nuestra definición” no depende de la simple especulación filosófica, o de una determinada teoría. Es necesario que los llamados a dispensar justicia, antepongan a todo concepto.

2. En primer lugar, conviene advertir que los derechos humanos preceden a la configuración de un pueblo como Estado, el cual simplemente lo que hace es reconocerlos. Importa destacar.

3. Conforme las pautas establecidas en los instrumentos de Naciones Unidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, y otros convenios pertinentes, podemos establecer la siguiente clasificación:

a) Estimamos que este vacío estatal de una instrumentación acertada de los derechos económicos es violatorio.

b) Probablemente a partir de este “fenómeno” es que comenzó a gestarse el desfase entre norma y realidad social. A ello se suma en nuestros días, una deficiente labor legislativa que a menudo por preservar el dogma de que el mundo del derecho pertenece al “deber ser”, dice en sus leyes lo que no es. Ello facilita la violación de derechos humanos, ya sea porque se tipifican con excesos represivos algunas conductas que comprometen tales derechos; o porque se contemplan otras de manera insuficiente. A esto debe sumarse el hecho de que hoy la legislación es más selectiva en cuanto a sus destinatarios. Así, los detentadores del poder real, que cuantitativamente son la minoría dentro del contexto social, generan discriminación y estigmatización, lo que implica violar el art. 1 de la DUDH.

c) Ello permitirá sentir al hombre atrapado en tal situación que pertenece a una sociedad sin tintes de barbarie, que lo protege y que se preocupa por reintegrarlo a su seno. De otro modo, el justiciable percibe que el Estado en el que cifró sus espe-

ranzas de reducción, no tiene otro propósito que el de *seguirle* uno o varios procesos de criminalización.

Dicho lo anterior, adoptamos el siguiente concepto de derechos humanos que nos suministra Loewenstein ², que dice "son esferas privadas dentro de las cuales los destinatarios del poder están libres de la intervención estatal".

Clasificación de los derechos humanos

De conformidad con las pautas dadas por los instrumentos de Naciones Unidas, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, etcétera; y en general, los convenios internacionales, se tiene la existencia de dos grandes categorías de derechos humanos.

- a) los derechos civiles y políticos; y
- b) los derechos económicos, sociales y culturales.

A manera ejemplificativa, citamos el derecho a la vida y a la integridad personal, el derecho a la libertad personal, el derecho a no ser sometido a esclavitud, el derecho a la libertad de conciencia, pensamiento y expresión, los de reunión y libre asociación, el de tener una nacionalidad, el derecho al nombre, el derecho al uso y goce de los bienes propios que la ley puede subordinar al interés social. En cuanto a garantías judiciales; se tiene el derecho a ser oído con las debidas garantías, dentro de un plazo razonable dictado por juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, el derecho a que el individuo se presuma inocente mientras no se establezca su culpabilidad, el derecho a ser asistido por un defensor y a comunicarse libre y privadamente con él, el derecho a no declarar contra sí mismo, el derecho a que el Estado le proporcione gratuitamente un defensor si no se cuenta con uno de confianza. Como así también, están consagrados los principios de legalidad, retroactividad de la ley penal y aplicación de la ley más benigna.

² Karl Loewenstein: *Teoría de la Constitución*, ediciones Ariel, 1965, pág. 79.

II. Protección de los derechos humanos. Su realidad

El reconocimiento y la plena realización de los derechos humanos dentro del ámbito de cualquier Estado, no depende —como comúnmente se piensa— exclusivamente de las materias penales. El logro de tales metas involucra a todo el sistema jurídico, y el desconocimiento de estos derechos se finca más en la falta de una adecuada organización económica estatal que otorgue a los asociados —principalmente a las clases menos favorecidas— un mínimo de seguridad económica y social, que en las violaciones atribuidas al aparato judicial penal. De nada le sirve al hombre capitalizar a su favor, mediante consagraciones normativas, un cúmulo de derechos, si quienes están obligados a velar por su cumplimiento niegan al ser humano el acceso a los medios de trabajo y producción, como también a la cultura.

Estimamos que este vacío estatal de un acertado derecho económico es violatorio del artículo 26 de la Convención Americana de los Derechos Humanos que compromete a los Estados Partes a adoptar providencias, tanto internas como de cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura.

Por otra parte, observamos que los países latinoamericanos, al igual que los de todo el orbe, en sus Constituciones consagran una serie de principios generales que hablan de los derechos civiles y garantías sociales, conformando toda una tipología de los derechos humanos que se complementa con la sanción de leyes internas y la suscripción de pactos y convenios internacionales de obligatorio cumplimiento. Asimismo, si nos diéramos a la tarea de comparar las Constituciones de los países europeos con las de los Estados latinoamericanos, muy pocas diferencias encontraríamos entre una y otra normativa. Lo mismo ocurre con las legislaciones penales. Ello tal vez, debido al fenómeno que un tratadista denominó “legislación por correspondencia”; así por ejemplo, Bolivia en una época, prácticamente, adoptó el Código Liberal español de 1822; Cuba y Colombia plasmaron en sus legislaciones el positivismo italiano; Ecuador siguió el modelo Belga; Perú tuvo en cuenta un modelo adoptado por Suiza; Paraguay acogió las pautas del Código Imperial alemán de 1871; y Argentina se basó en el modelo de

Baviera. De modo tal, que terminamos adoptando legislaciones foráneas que muy poco tenían que ver con nuestras raíces culturales, y menos con un adecuado sistema de control o dirección social que reclamaba nuestra propia identidad.

A partir de este fenómeno se comenzó a gestar el desfase existente entre norma y realidad social, a lo cual debemos agregar una deficiente labor legislativa del poder público actual que en no pocas oportunidades, observando que el mundo del Derecho pertenece a la categoría del deber ser, por preservar tal dogma, dice en sus leyes lo que no es; dejando campo abierto y expedito para que se violen los derechos humanos, situación que acontece principalmente, ya sea porque se tipifican con excesos represivos algunas conductas que comprometen tales derechos; o porque se contemplan otras, de una manera insuficiente. Súmese a todo esto que hoy en día la legislación es más selectiva en cuanto a sus destinatarios se refiere, y así los detentadores del poder real que, cuantitativamente, son la minoría dentro del contexto social, generan discriminación, lo que va en contra del artículo 1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos que consagra que todos los hombres nacen "libres e iguales en dignidad y derechos", debiendo comportarse "fraternalmente los unos con los otros".

Asimismo, el citado Pacto de San José de Costa Rica, establece que es deber de los Estados Partes, no sólo respetar los derechos y libertades reconocidos en dicha Convención, garantizando su libre y pleno ejercicio, sino que están obligados a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades (arts. 1 y 2).

Colegimos entonces que comparando los cánones constitucionales que refieren a la materia penal, con la legislación interna y los pactos o convenios suscriptos por cada Estado, ello nos dará la medida de cómo se protegen los derechos humanos, pero debemos ser cuidadosos en tal tarea ya que nos puede conducir a la falacia de aceptar o dar por cierto el establecimiento de un verdadero Estado de Derecho, cuando en últimas no pasa de ser meramente formal y en el fondo no hace más que ocultar un Estado Policía, el cual con inusitada frecuencia atropella a sus ciudadanos.

Al efecto, basta observar cómo en el ámbito latinoamericano

sin variaciones normativas constitucionales, hizo carrera la denominada "doctrina de la seguridad nacional", la cual da por sentado que los enemigos del régimen están dentro del mismo Estado, siendo entonces necesario anularlos o al menos neutralizarlos. Con esta pretendida justificación, muchos parlamentos dejaron de legislar trasladando su función al Ejecutivo, que fue prolífico en la promulgación de leyes y decretos de carácter punitivo, adoptando nuevas tipificaciones o efectuando mayor tratamiento represivo con las ya existentes, así como suspendiendo la vigencia de derechos y garantías fundamentales, viéndose los jueces sometidos a dar aplicación a tales normatividades. De modo que de no ser éstas analizadas e interpretadas con espíritu crítico, y aplicadas superando mitos como el del apego a la letra de la ley o el de que el legislador es sabio, los jueces se convierten en instrumento ciego de los manipuladores de instancias de poder que buscan la satisfacción y amparo, no del pueblo en general sino de las élites a que pertenecen y favorecen. En el manejo de esta introducción de control social institucionalizado, intervienen no solamente el legislador y los jueces, sino también otros aparatos estatales, como son el Ministerio Público y la Policía. Lo ideal es que todos ellos colaborasen armónicamente en la Administración de justicia. Sin embargo, en la cotidiana realidad esto no es así; en los distintos momentos o estancos en que la acción del Estado se manifiesta, ella se ve sectorizada hasta el punto de que cada grupo de los enunciados imprime su influencia con carácter excluyente de los demás, lo que facilita violaciones a los derechos humanos.

Se impone entonces, ver cuál puede ser la actitud que deben de tener los agentes de control social en el marco de un Estado democrático, para impedir que el panorama señalado se perpetúe.

III. Administración de justicia. Ópticas del juez, el fiscal y las instancias policiales

El juez

Podemos decir que a quienes dirigen el Estado, con pretensiones burocráticas y elitistas, les interesa el establecimiento

de jueces ascéticos que en su tarea sean ahistóricos. De este modo, éstos pierden contacto con aquellos estratos de la población que durante centurias han sido los menos favorecidos económica y culturalmente, y que es por lo general a quienes juzga, lo cual también da base para que ese juez se desconecte de realidades sociológicas y criminológicas que de ser tenidas en cuenta lo harían actuar en forma distinta a la pretendida por los detentadores del poder. Se le exige también apoliticidad debido a que según algunos, ello coadyuva una labor independiente, libre de influencias ajenas. En no pocos casos se pretende restarle capacidad de disenso imponiéndole absoluto respeto a lo decidido por jerarquías superiores, cayendo casi en herejía si no comparte teorías venidas de tales latitudes.

Con razón Zaffaroni ³ ha dicho: "...una de las claves principales del sistema penal es el nombramiento de los jueces y del Ministerio Público. En países como los nuestros, las diferencias culturales y de nivel social pueden distanciar de tal forma a los jueces de los procesados, que no les resulte posible comprender las motivaciones por no comprender el enclave cultural de los hechos. Así, la magistratura puede llegar a representar las valoraciones de un único sector social, lo que es sumamente grave...", y este mismo autor nos da tres modelos de magistratura: 1. La totalmente comprometida con el grupo de poder dominante; 2. La tecnocrática, que si bien es cierto se estructura sobre la base de una carrera con ascensos, no oculta ciertos vínculos con la del primer modelo; y 3. Aquella en que convergen personas de distintos grupos de opinión y poder "proclives a tensiones y conflictos internos de cierta intensidad, pero que garantizan una mayor objetividad".

Detectadas las anteriores falencias, podemos afirmar que quien se sienta verdadero juez, no puede ser persona absolutamente indiferente a las realidades de sus conciudadanos, por ende está llamado a ser permeable ante todo aquello que los influencia y determinada en su modo de vida, ya que por tal vía logrará la efectividad que su misión reclama, respetándoles y haciéndoles valer los derechos fundamentales.

³ Eugenio R. Zaffaroni: *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, ed. Depalma, 1984, págs. 37 y 38.

Si por juez "apolítico" entendemos aquél que se halla libre de las pautas que dan los partidos políticos a sus afiliados o simpatizantes, nada hay que objetar a esta exigencia de la magistratura. Pero cuando abogamos por un modelo contrario, entendemos que la "politicidad" se encamina a la obtención de un juez comprometido con la defensa de los derechos humanos, que no vea en el procesado a un rival, o a una persona de suyo estigmatizada y diferente, sobre la cual debe recaer todo el peso y prepotencia del Estado. El juez está llamado también a defenderla de la sociedad, porque estos son puntos claves que conducen al equilibrio de las distintas ramas del poder, una de las cuales es la judicial. Quien detenta poder oficial es obvio que ejerce labor política, la cual implica compromisos y responsabilidades frente al panorama histórico de una nación. El funcionario judicial tiene que saber que su trabajo se debe orientar al mantenimiento y defensa de un Estado de Derecho y no, al del Gobierno de turno.

Camino expedito para el logro del juez que describimos, es el preservamiento de su absoluta independencia, a la cual se llega con la toma de posturas personales que le den la dimensión justa en la solución de los conflictos específicos que debe resolver, siendo auténtico, dejando de lado la arrogancia y tomando conciencia que en las más veces, el avance social supera rápidamente las estructuras normativas que se tornan frías y estáticas, lo que lo obliga a producir una jurisprudencia creadora o innovadora imprimida con el sello de sus ideas, vivencias y manejo acertado de la hermenéutica entendida como "el conjunto de principios que regulan y orientan la interpretación de las normas jurídicas"⁴. Observando que de manera general no aplicará justicia judicial, cuando opta por determinaciones que pueden ser dogmáticamente acertadas pero criminológicamente erradas.

En fin, el juez tiene que legitimar su discurso, sintiéndose como una entidad ética independiente, que asume la responsabilidad de aplicar la ley sin divorciarla de la vida, porque

⁴ Jorge Tapia Valdés: *Hermenéutica constitucional, la interpretación de la Constitución en Sudamérica*, ed. Jurídica de Chile, pág. 15.4 Ob. cit., pág. 96.

precisamente el verdadero derecho nace de ella y vuelve a cobrar entidad cuando a ella se aplica de manera justa.

Sabemos que no es fácil ser un juez con las características expresadas, máxime cuando ciertas personas o estratos sociales, no entienden o no quieren entender, que lo que se busca con ello no es el logro de un equilibrio basado en la dominación y so juzgamiento, sino por el contrario lo pretendido es darle al ser humano su verdadera dimensión, sin que el acto de vivir pueda ser manipulado o penado quizás por el simple hecho de ser una persona no antisocial, sino simplemente no alienada o diferente, pero que en su favor tiene la garantía de unos derechos humanos que están establecidos para todos los individuos de la especie sin excepción alguna.

Cabe entonces preguntarnos en qué forma lograremos que los jueces puedan ser como venimos predicando. Al efecto, reclamamos la aplicación plena de los denominados "principios básicos relativos a la independencia de la judicatura" plasmados en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre prevención del delito y tratamiento del delincuente, celebrado en Milan (Italia) en 1985 y aprobados ese mismo año unánimemente por la Asamblea General de las Naciones Unidas, los que podemos resumir así: garantía por parte del Estado a la independencia de la judicatura, plasmada constitucional o legalmente para que los jueces resuelvan imparcialmente, basados en los hechos en consonancia con el derecho sin presiones de ninguna índole, teniendo competencia en todos los asuntos de carácter judicial, quedando el proceso libre de intromisiones, respetándose el derecho de las personas a ser juzgadas ante Tribunal ordinario con arreglo al procedimiento establecido, estando obligada la judicatura a garantizar el respeto a los derechos de las partes, gozando los jueces de todos los derechos consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos, pudiendo asociarse para representar sus intereses y promover su capacitación, incrementándose la utilización de métodos objetivos de selección de aspirantes a la magistratura o para sus ascensos, impidiendo nombramientos discriminatorios por cualquier factor, persiguiendo igualmente la seguridad personal como remuneración y sistema pensional adecuado, a más de plena estabilidad en los cargos de los cua-

les puedan ser removidos por vencimiento del período, edad de retiro forzoso, o por faltas graves, estando obligados por el secreto profesional respecto a sus deliberaciones o información confidencial y que toda queja formulada en su contra, se adelante con prontitud, con arreglo al procedimiento pertinente, siendo su etapa inicial confidencial y estando el proceso disciplinario sujeto a revisión independiente.

No pueden ignorar los jueces que uno de sus afanes es la incesante búsqueda de la verdad, que en materia penal es dolorosa porque entre otras cosas tiene como punto de referencia el actuar humano, que a diario y cuando se encauza por vías adecuadas se traduce en la superación de los instintos para dar paso a la racionalidad que domine lo primitivo que hay en cada uno de nosotros. Pero también sabemos que por multiplicidad de factores, hay quienes adoptan conductas delictuales o como dicen algunos criminólogos "desviadas" y ante tamaño drama que cae al justiciable y su familia, mal pudiera la judicatura cobrar vindicta o adoptar un rol que acabe de aniquilar la libertad física y demás garantías. Por el contrario su adecuado papel, en estos casos es resaltar con valentía e independencia el respeto pleno a los derechos humanos, que permitan *sentir al hombre atrapado* en tal situación, que pertenece a una sociedad sin tintes de barbarie que también lo protege y en sus afanes está reintegrarlo a su seno, ya que su único destino no puede ser el otorgamiento de uno o varios procesos de criminalización que le hace un Estado, en el cual de pronto cifró las esperanzas de redención.

El Ministerio Público

Se tiene la idea equivocada de que la función fiscal es netamente acusadora. Por el contrario, su calidad es la de ser representante de la sociedad, lo que de suyo entraña que procure no sólo la sanción de los infractores de la ley penal, sino que también le compete de manera relevante asumir la defensa de quienes son sometidos, a juicio sin justa causa, o que siendo procesados con razón, se ven en peligro de ser atropellados en sus derechos fundamentales.

La labor fiscal no queda en el simple ámbito del proceso

puesto que va más allá, al encargarse de vigilar que en los establecimientos carcelarios judiciales, de policía y de internación psiquiátrica, los reclusos sean tratados humanamente y con dignidad, sin someterlos a actos crueles inhumanos o degradantes y cuenten con asistencia de salubridad adecuada y oportuna.

Para ello, los fiscales deben tomar una actitud dinámica basada en un modo de ser comprometido similar al del juez, no dejando que la inercia o pasividad invadan su trabajo; y cuando son los encargados de instruir el proceso y formular la acusación, deben de ser audaces en el manejo de la prueba, teniendo iniciativa propia y siendo conscientes de que también se encargan de buscar la verdad, pensando que si la impunidad no es buena, más malo es obrar con el criterio de que a toda costa debe haber un sumariado.

Importa advertir que cuando el fiscal posee facultades amplias para decidir si abre o no un proceso, o para prometer rebajas de penas por delaciones o cualquier clase de colaboración con la justicia, ellas no implican permitir que se operen sobre el reo presiones indebidas que lo fuercen a actuar en contra de su voluntad, y que quizás lo conduzcan a hacer acusaciones falsas o a mentir, para obtener beneficios en favor de grupos delincuenciales con los cuales quiera congraciarse o les tema por futuras represalias.

Asimismo, el Ministerio Público debe ser un ente imparcial, no sujeto a presiones políticas o de cualquier otro orden, debiendo dar a conocer a quienes caen bajo la instancia penal, cuáles son sus derechos o cómo pueden defenderlos.

Entendemos también que el Ministerio Público está llamado desde un punto de vista teórico-científico a asumir el cuestionamiento del poder punitivo estatal, indicándole pautas de autoregulación y limitación, que basadas en argumentaciones de política criminal hagan cumplir a los derechos humanos toda una función garantista, que abra las puertas hacia la utilización de un sistema, por ejemplo, de uso alternativo del Derecho y también para que se adopte eficazmente el principio de mínima intervención penal.

El fiscal a más de diseñar políticas concretas sobre los derechos del humanos debe difundir los mismos, labor en la cual ha de involucrar a los funcionarios estatales, y a las

fuerzas militares y de policía, ya que en tales órbitas se agotan las violaciones por abusos de autoridad.

En caso de conflictos armados, el Ministerio Público ha de salir en defensa de la población civil, reclamando la aplicación del Derecho Internacinal Humanitario. Por otra parte, cuando se producen “desapariciones forzosas de personas” en las que generalmente hay intervención directa o indirecta de agentes del Estado, importa que los fiscales por propia iniciativa o con la colaboración de las familias de la víctima ejerzan la acción de hábeas corpus, y en la medida de lo posible impulsen la intervención de organismos internacionales, ya que estas conductas delictivas se han asimilado a los crímenes internacionales.

El desarrollo adecuado de tan importantes facultades, cuenta con escollos iguales a los que tienen los jueces, siendo entonces necesario que los fiscales se conscienticen de igual manera. En tal sentido el Estado está obligado a crear la carrera para tales funcionarios, garantizándoles independencia y dotándolos de los recursos necesarios para su capacitación científica, dándoles funcionalidad operativa para que la atención a los deberes de su cargo se cumpla de manera urgente o inmediata, procurándose también que exista separación entre la carrera judicial y la del Ministerio Público, sin que sus funciones puedan ser intercambiables.

Las instancias policiales

Todo lo que hemos dicho sobre los criterios de selección, estabilidad e independencia de jueces y fiscales puede ser aplicado a la Policía, agregándose que ella debe buscar eliminar la marcada militarización a que tiende, y que la presenta como un aparato de represión más que de prevención, lo que la conduce a cometer violaciones a los derechos humanos, escudada comúnmente en la argumentación de que hay que conservar el mantenimiento del *statu quo* mediante la defensa del régimen imperante.

La policía se halla bajo la dependencia del Poder Ejecutivo de la magistratura, siendo importante que en asuntos penales suceda lo segundo, para que así se logre una política en

materia de derechos humanos, que pueda ser aplicada inclusive desde etapas anteriores a los inicios del proceso.

Por otro lado, la instancia policial tiene el manejo en algunos sistemas del aspecto contravencional y de ella es predicable lo que se ha denominado como "tendencia a encerrar", que reclama la creación y desarrollo de procesos garantistas rápidos que en la práctica materialicen el derecho a la defensa, la libertad y demás conquistas logradas en estos tópicos, todas las cuales deben ser ampliamente conocidas y respetadas por el policial.

Cuidadosa debe ser la legislación cuando a las instancias policiales les atribuye competencia para aprehender ciudadanos sospechosos o indiciados de haber tomado parte en la comisión de ilícitos o también, cuando se les faculta para proceder en la forma indicada con miras a la búsqueda de antecedentes penales, o por el incumplimiento de formalidades como el no portar documentos, ya que ello conduce a la aplicación de verdaderas penas breves en el tiempo, pero que no por ello dejan de ser violatorias de los derechos fundamentales, puesto que la sanción se materializa sin previo proceso.

En resumen, se requiere que la policía tenga un adecuado manejo en materia de derechos humanos y mas aún, que adopte actitudes de respeto hacia los mismos.

Réstame anotar que lo que reclamo en el fondo de toda mi exposición, no es más que una toma de conciencia por parte de todos los que tienen que ver con la Administración de justicia y los derechos humanos, para que el Estado los garantice, los hombres los respeten, las autoridades los cumplan y los hagan cumplir y, si el panorama hacia el futuro no es muy claro, no caigamos en la paradoja dicha por el poema de Miguel Hernández que reza: "Vió turbio su mañana, y se quedó en su ayer, no quiso ser".

Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: visión general

Jorge Salazar Cussiánovich
Comisión Andina de Juristas

El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos es el producto de largos años de trabajo de expertos de diferentes países. En el entendido que, contar con instrumentos internacionales en materia de derechos humanos —como la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre—, resultaba insuficiente para garantizar su cumplimiento y vigencia, los Estados Partes concordaron en la necesidad de elaborar instancias y mecanismos dentro del marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) que asumieran la canalización de peticiones y denuncias sobre violaciones a esos instrumentos internacionales de carácter regional. Es así como se crean los dos órganos del Sistema Interamericano: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos; ambos, teniendo como objetivo general la investigación de las violaciones de derechos humanos que afecten a la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y la Convención Americana de Derechos Humanos.

1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos

Con sede en la ciudad de Washington, Estados Unidos de Norteamérica, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos está integrada por 7 expertos, los que propuestos por los Estados y elegidos por la Asamblea General de la OEA, asumen el cargo a título personal, ello significa que no representan a los Gobiernos de cuyo país proceden. Los miembros de la Comisión se reúnen usualmente dos veces al año.

Entre las principales funciones de la Comisión —enumeradas taxativamente en los artículos 18 y 19 de su Estatuto—

cabe citar las siguientes: estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América; formular recomendaciones a los Gobiernos para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos y medidas apropiadas para fomentar el respeto a esos derechos; preparar estudios o informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones; solicitar a los Gobiernos de los Estados le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos; practicar observaciones in loco en un Estado, con la anuencia o a invitación del Gobierno respectivo; diligenciar las peticiones y otras comunicaciones; comparecer ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos previstos en la Convención; solicitar a la Corte Interamericana de Derechos Humanos que tome las medidas provisionales que considere pertinentes en asuntos graves y urgentes que aún no estén sometidos a su conocimiento, cuando se haga necesario para evitar daños irreparables a las personas; consultar a la Corte acerca de la interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o de otros tratados sobre la protección de los derechos humanos en los Estados Americanos; someter a la consideración de la Asamblea General de la OEA proyectos de protocolos adicionales a la Convención, con el fin de incluir progresivamente en el régimen de protección de la misma otros derechos y libertades, etc.

Las denuncias o peticiones ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos —que sólo pueden hacerse por escrito—, pueden ser presentadas por cualquier persona o grupo de personas o por un Organismo No Gubernamental (ONG) en representación de los afectados. Las denuncias deben estar referidas a violaciones de derechos humanos reconocidas en la Convención Americana o en la Declaración Americana.

También la Comisión, por propia iniciativa (*motu proprio*), puede iniciar el procedimiento por un caso sobre el cual haya tomado conocimiento sin que éste le haya sido presentado por el afectado o su representante.

Requisito fundamental para la admisión de un caso por la Comisión es que se hayan agotado los recursos internos. Sin embargo, su reglamento señala tres casos en los que no será exigible por la Comisión el agotamiento de los recursos internos: cuando no existan en el Estado los mecanismos legales

para proteger el derecho afectado; cuando al afectado no se le permita el acceso a los mecanismos legales para defender su derecho; o, cuando exista retardo de justicia injustificado.

El plazo para la presentación de un caso ante la Comisión es de seis meses a partir de la fecha de notificación de la sentencia que da por finalizada la vía interna.

El procedimiento ante la Comisión consiste, fundamentalmente, en consultas escritas que hace la Comisión al Estado denunciado y a los denunciantes. Agotados los plazos y teniendo la Comisión un criterio definido sobre el caso, emite una resolución dando por ciertos o no los hechos denunciados. Teóricamente, es en este momento que queda expedito el camino para que la Comisión envíe el caso a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (siempre y cuando se trate de un Estado que haya reconocido la jurisdicción de la misma), iniciándose así, el proceso contencioso.

2. La Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene su sede en la ciudad de San José, Costa Rica. Al igual que la Comisión, la Corte está integrada por siete magistrados elegidos por la Asamblea General de la OEA, los que actúan a título personal. Sin embargo, son propuestos por los Gobiernos para ocupar el cargo.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos tiene competencia para conocer casos ocurridos en Estados Partes de la Convención que hayan reconocido su jurisdicción. La Corte tiene, por lo menos, tres funciones principales:

a) Conocer de casos contenciosos. Pueden presentar casos ante la Corte, los Estados o la Comisión Interamericana de Derechos Humanos cuando haya concluido con el procedimiento en esa instancia. De esta manera, la Comisión oficia de "filtro" para que una denuncia pueda llegar a la Corte.

Una vez sometido un caso por la Comisión a la Corte, la primera ejerce la representación de las víctimas o afectados durante el proceso. La Comisión está autorizada para ese efecto a convocar a juristas de prestigio para asesorarla en la defensa de las víctimas durante el proceso.

Las características del procedimiento ante la Corte no difieren mayormente de las de los procesos judiciales que se siguen en Tribunales del continente. Durante el proceso se dan etapas y actuaciones similares: presentación y contestación de la demanda, excepciones preliminares, interrogatorios, peritajes, presentación de testigos, etc., finalizando el proceso con sentencia de la Corte; la misma es definitiva e inapelable.

Los Estados que han reconocido la jurisdicción de la Corte asumen el compromiso de cumplir con las sentencias que ella dicte.

En cualquier etapa del proceso ante la Corte, ésta puede coadyuvar a llegar a una solución amistosa entre las partes, con lo que virtualmente el proceso termina.

b) Emitir o absolver opiniones consultivas, lo que no es sino responder preguntas formuladas por los Estados Partes sobre la interpretación de normas de la Convención Americana o de cualquier otro tratado sobre derechos humanos, aplicable en los Estados americanos sea bilateral o multilateral. En la práctica, ésta ha sido hasta ahora una de las razones de mayor recurrencia ante la Corte.

c) Medidas cautelares o provisionales. La Corte, en casos que esté conociendo o en un caso que se encuentre siendo materia de análisis por parte de la Comisión, puede emitir —a pedido de esta última— la adopción de medidas cautelares de urgencia cuando la vida de personas vinculadas al caso peligré.

Las medidas cautelares incluyen el envío inmediato de comunicaciones al Gobierno a fin de manifestarle la preocupación de la Corte y solicitar a éste que adopte medidas de protección frente a la persona o personas amenazadas.

Decisión del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas sobre el caso de Rubén Toribio Muñoz Hermoza

El texto que presentamos a continuación, refiere un caso inédito en el Perú y posiblemente en varios países de la región andina. Se trata de la recurrencia al Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas (CDHNU), por parte del Sargento de la Guardia Civil —ahora Policía General— Muñoz Hermo-

za, en virtud del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) y su Protocolo Facultativo, instrumentos internacionales de los cuales el Perú es parte.

Dicha persona fue dada de baja temporalmente el 25/9/78 acusándosele de insulto al superior; casi cinco años y medio después, el 20/1/84, se le cesó definitivamente del servicio.

Según aparece en el relato de hechos del texto del CDHNU, el recurrente acudió a numerosas autoridades sosteniendo que no sólo se le truncaban injustamente veinte años de esforzada actividad policial y se le privaba de indispensables medios de subsistencia tanto para él como para sus ocho hijos, sino que se había vulnerado la normatividad aplicable que exigía sentencia judicial para disponer la medida de baja, amén de que la acusación formulada carecía de pruebas. En torno a ello, es relevante el que sólo diez días después de la primera medida de sanción, el 5/10/78, Muñoz solicitara al Ministerio respectivo su readmisión, y que más de siete años después se eludiera administrativamente pronunciamiento sobre el fondo del asunto, aduciéndose que el interesado había acudido a la vía judicial. Y es que ante la demora en la solución de su reclamo, Muñoz había iniciado una acción de amparo entendiendo que no cabía aguardar al agotamiento de la vía previa administrativa, por la continua e irreparable afectación de sus derechos constitucionales dado el transcurso del tiempo.

El trámite del amparo es de veras azaroso, si es que no a veces incomprensible desde el punto de vista procesal, conforme se apreciará. El 18/3/85 se dicta un fallo de primera instancia que declara fundada la demanda, califica de nula la medida de baja y ordena la readmisión del actor al cuerpo policial. No obstante, el fallo de la Corte Superior revoca el anterior sosteniendo que había expirado el término para incoar la acción constitucional. Posteriormente, el 29/10/85, la Corte Suprema resuelve declarando que no cabía interponer el amparo en tanto no concluyera la vía previa administrativa; argumento este último que colocaba el reclamo del Sargento Muñoz en un entramamiento formal virtualmente sin salida, porque meses antes la autoridad administrativa —según dijimos— se había negado a pronunciarse sobre el fondo del asunto, debido, precisamente, a la acción de amparo de Muñoz ante la judicatura.

Frente a estas circunstancias, sin perjuicio de interponer recurso de casación, el afectado comunica su caso al CDHNU hacia fines de enero de 1986. Como se podrá apreciar luego, casi cinco meses después Muñoz comunicaba a esa instancia internacional que el Tribunal de Garantías Constitucionales (TGC) peruano había dejado sin efecto el fallo de la Corte Suprema y declarado la procedencia del amparo; a pesar de ello, añadía el recurrente, se venía omitiendo toda medida dirigida a ejecutar o hacer efectiva la sentencia favorable de primera instancia.

El 20/11/86, el Estado peruano declara formalmente que con la resolución del TGC quedaba agotada la jurisdicción nacional interna, persistiendo, sin embargo, la situación omisoria en cuanto a la ejecución del fallo favorable al actor. Tal, empero, pareció tender a superarse luego cuando la Corte Superior del Cuzco emite resolución atendiendo al reclamo de Muñoz; desgraciadamente, en forma inexplicable, la misma Corte habilita un término de sesenta días para conceder un recurso de alzada a la parte estatal, elevándose la causa otra vez a la Corte Suprema, la misma que sin atenerse a la resolución del TGC insiste en resolver contra el actor señalando que la demanda de amparo se había formulado fuera del plazo de ley.

Respecto a todo lo expuesto, el CDHNU considera admisible la recurrencia de Muñoz tomando en cuenta que el asunto no era materia de conocimiento en ningún otro procedimiento internacional, y, de otro lado, que el Estado peruano no había formulado mayores precisiones sobre el caso, salvo la referencia oficial de que se había agotado la jurisdicción interna con el fallo del TGC.

Avanzando en su análisis, el CDHNU advierte que un nuevo recurso de casación de Muñoz se encontraba pendiente de solución ante el TGC, pero estima que ello no afecta la admisibilidad del caso, por cuanto, entre otras evidencias, las actuaciones ante la judicatura peruana se venían prolongando “más allá de lo razonable” —circunstancia ella prevista en el art. 41 lit. c) *in fine* del PIDCP— toda vez que sólo el examen administrativo del asunto había demorado cuando menos siete años, que el propio TGC se había pronunciado a favor del recurrente sin que se lograra cumplir la resolución de aquél dos años y medio después, y que la causa, a fin de cuentas, proseguía en trámite. En síntesis, como se podrá advertir el

CDHNU considera que el Estado peruano ha violado preceptos del PIDCP, encontrándose obligado a adoptar medidas eficaces para remediar las afectaciones sufridas por Muñoz en sus derechos, incluido el pago de una indemnización.

Además del texto glosado, presentamos también dos opiniones de otros miembros del CDHNU que coinciden con la decisión mayoritaria de éste, pero añadiendo precisiones aún más enfáticas.

Creemos de indudable trascendencia el documento que ofrecemos, pues, independientemente de su singularidad en nuestro medio, evidencia la operatividad del art. 105 de nuestra Carta Magna, que a través de los tratados internacionales en materia de derechos humanos vincula al Perú con la comunidad de naciones y a la vez convierte a aquéllos en constitucionalmente obligatorios. Finalmente, según sabemos, las autoridades nacionales judiciales y administrativas se han visto compelidas por la decisión del CDHNU, entidad que si bien no posee una naturaleza jurisdiccional *stricto sensu* emite pronunciamientos de —creemos— inevitable acatabilidad en el Perú, en tanto de conformidad con el art. 305 de nuestra Ley de Leyes es un “Organismo Internacional” al que puede recurrir quien se considere afectado en sus derechos constitucionales al no haber encontrado remedio eficaz en el seno de nuestra jurisdicción interna.

Ciertamente, podrá cuestionarse la operatividad del sistema internacional de protección de los derechos humanos a la vista de la demora en el trámite del reclamo, por demás ostensible en el presente caso; podrían añadirse igualmente las dificultades fácticas que ha debido afrontar el Sargento Muñoz, quien no encontraría aún —según su parecer— la satisfacción completa a su reclamo. Con todo, el caso materia del pronunciamiento del CDHNU va abriendo camino en la pugna por la eficacia real de los derechos humanos, demuestra que éstos asisten a todos, independientemente de su condición civil, castrense o paracastrense y, por último, evidencia que en adelante violaciones idénticas o similares en el Perú encontrarán un antecedente concreto con dimensión jurídica nacional e internacional.

Sumario de discusión¹

Primera sesión

Metodología

Los expositores de esta primera sesión, representantes de la CAJ y de la CIJ desarrollaron con los participantes del seminario dos actividades, a saber:

- I) Trabajo en grupos
- II) Debate con el panel de expositores

I) Trabajo en grupos

Los participantes divididos en grupos respondieron las preguntas que les fueron distribuidas previamente. Luego, los relatores de cada grupo analizaron las respuestas con los expositores en un plenario. Así, se llegó a elaborar —aunando criterios— respuestas que representaban el pensamiento del grupo total.

Preguntas

1. ¿Cuáles creen ustedes que han sido las dos ideas más importantes expuestas esta mañana?
2. ¿Qué aspectos creen ustedes que conspiran contra la plena vigencia de los derechos humanos en Bolivia?

Respuestas

1. Si bien existen diferentes definiciones de los derechos humanos, podemos manifestar que en esencia ellos están contenidos en enunciados tales como los de la Declaración Uni-

¹ O. Schiappa (CAJ), J. Salazar (CAJ), Ch. Swinarski (CICR) y E. Montaña Pardo (Corte Superior de la Paz) participaron en esta actividad.

versal de Derechos Humanos de 1948, a fin de resguardar y garantizarla a cada individuo, así como su convivencia pacífica con otros individuos y otros pueblos en un marco de armonía y equilibrio entre sus habitantes.

Las disposiciones que rijan el ordenamiento jurídico de un Estado deben necesariamente tomar en consideración estos derechos.

Es necesaria la independencia total del órgano jurisdiccional, a fin de que todos los individuos que integran un Estado tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones.

2. Existen factores que influyen negativamente sobre la vigencia efectiva de los derechos humanos. En Bolivia, por ejemplo, cuando se trata de Gobiernos o Sistemas de facto, se viola en forma constante la Constitución y las garantías individuales establecidas en su art. 7. Pero también, ha ocurrido, aun en democracia, que se intenta hacer predominar el criterio político por encima del criterio jurídico, creando verdaderos conflictos de poderes que redundan, a su vez, en verdaderas crisis socioeconómicas, provocando atraso y miseria, y desnaturalización de los principios de derechos humanos.

Otro de los factores negativos que tenemos en Bolivia, y que es generalizado en la región, es el estado de dependencia respecto de Estados de mayor desarrollo económico que son, quienes imponen condiciones o requisitos desventajosos a cambio de su "ayuda" que generalmente beneficia a determinados factores privilegiados, empresa privada, minería mediana o pequeña, etc. Finalmente, para una adecuada Administración de justicia en Bolivia deben considerarse factores tales como: cambio de Códigos y leyes obsoletas; carrera judicial con jueces idóneos que perciban salarios justos y protección social; designación de jueces y fiscales y de otros auxiliares de la justicia como la policía judicial al margen de la recomendación política, respetar la gratuidad de la justicia conforme lo establece nuestra Constitución, etc.

II) Debate

Uno de los participantes preguntó por qué cuando se alude a violaciones de derechos humanos siempre se habla de aqué-

llas cometidas por agentes del Estado y nada se dice o hace respecto de las violaciones cometidas por individuos o grupos tales como "Sendero Luminoso" de las que son víctimas, en muchos casos, funcionarios del Estado.

Los representantes de la CAJ respondieron que el sistema internacional de protección de los derechos humanos fue creado para hacer posible la defensa del individuo frente a la acción arbitraria del Estado. Esto por la simple razón de que el Estado cuenta con el poder y por lo tanto con leyes, mecanismos e instancias que le son propias y le permiten representar y defender a sus propios funcionarios. En esta lógica se activa el sistema; así por ejemplo, cualquier persona puede presentar una denuncia ante la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas contra la acción perpetrada por un funcionario peruano, la Comisión transmite la denuncia al Estado y éste debe responder, ahora bien, si se transmitiera una denuncia referente a un hecho cometido por Sendero Luminoso; ¿a quién se dirige la Comisión? Sendero no tiene representante, no tiene territorio, no tiene un gobierno, y además no reconoce ni respeta el ordenamiento jurídico interno sino que lo que intenta es destruirlo. Esta es una cuestión que toca el punto crucial del Derecho Internacional de los Derechos Humanos y radica en determinar si los particulares son agentes de violaciones o no. Esto tiene que ver con una corriente de opinión que está intentando encontrar los elementos básicos que conformen una nueva concepción en materia de derechos humanos. Pero desde el punto de vista estrictamente jurídico y por las razones expuestas, los mecanismos internacionales de protección sólo se aplican respecto de las violaciones cometidas por un Estado —a través de sus agentes—, por acción u omisión respecto de persona/s que se encuentran bajo su jurisdicción.

Otro participante preguntó por qué durante todos estos años la Corte Interamericana de Derechos Humanos sólo atendió los casos incoados contra el Estado de Honduras; y por qué otros casos no llegan a la Corte.

El representante de la CAJ respondió que es cierto que la Corte no ha sido muy activa en materia contenciosa. Que por ser Tribunal Internacional sólo los Estados y la Comisión Interamericana tienen capacidad para llegar ante ella, y además su competencia es voluntaria y no obligatoria, si

las personas o las Organizaciones No Gubernamentales tendrían acceso a la Corte, probablemente ésta hubiera visto mucho más que dos casos. Lo que ocurre es que la Comisión Interamericana, instancia previa obligatoria, opera como filtro de evaluación y es ella la que una vez concluido el procedimiento a su interior, determina si lo amerita, elevar el caso ante la Corte. Si nos detenemos a pensar en la cantidad de graves delitos cometidos contra los derechos humanos en América Latina nos resulta inconcebible que sólo dos hayan llegado hasta la Corte, en ello incide que se desconoce el procedimiento y es mucha la burocracia.

Afortunadamente, en la reunión llevada a cabo meses atrás en San José de Costa Rica, ambos órganos, Comisión y Corte, acordaron que la intervención de esta última en casos contenciosos sea mucho más activa. Como resultado de dicha reunión, hay dos casos relativos al Perú que están en la Corte y que probablemente sean vistos en el próximo semestre. Ello indica que esta reunión de coordinación posibilitará un mejor desenvolvimiento de lo que ha sido hasta ahora.

Dos participantes se refirieron a la cuestión de la seguridad del Estado y los derechos humanos, aludiendo especialmente a los casos en que particulares cometen delitos que atentan contra la primera.

Un representante de la CAJ respondió que hay que analizar caso por caso, ya que no se puede justificar el contrabando a través de las fronteras, pero es obvio que no se puede colocar en un mismo nivel al citado delito con el de narcotráfico, si bien ambos atentan contra la seguridad del Estado.

El delegado regional del CICR intervino expresando que los expositores se habían referido a la protección de la persona humana en situación normal, mientras que las preguntas formuladas apuntaban a la protección de los derechos humanos en situaciones excepcionales. Al respecto, debe considerarse que tanto en el sistema universal como en el regional americano existe un núcleo de derechos inderogables, un standart humanitario mínimo acordado por los propios Estados. Y si éstos acuerdan hacer algo en favor de la persona humana, es porque ello corresponde a sus necesidades e intereses, de allí que la seguridad nacional no es para nada contradictoria con los derechos humanos. *Contrario sensu*, los

derechos humanos aplicados correctamente se constituyen en una de las máximas protecciones respecto de las amenazas contra la seguridad del Estado. Como señala en su libro Daniel Zovatto "...el concepto tradicional de la seguridad del Estado responde a defender no sólo a las instituciones públicas, sino el funcionamiento del sistema democrático de un país, ya sea de atentados internos como la subversión, o aspectos externos como la guerra".

Otro participante preguntó si la Policía Nacional que tiene por mandato de ley la seguridad interior no debería responder respecto de elementos que quebrantan la paz social con la misma contundencia que la sostenida por la doctrina de seguridad nacional, la que según fuera expresado, provocó serias violaciones en materia de derechos humanos.

El representante de la CAJ respondió que si se justifica que las autoridades encargadas de la prevención y represión del Estado, policía y fuerzas de seguridad en general, responda con la misma contundencia a los individuos que realizan acciones violatorias de naturaleza delictiva, se estaría olvidando que el Estado, al ser depositario de la voluntad ciudadana, representa un conjunto de valores que da consistencia a la convivencia social y son los que disponen el respeto de valores tales como la vida, la integridad física de un ciudadano; y en caso de que éste hubiera cometido alguna infracción será sometido a un proceso judicial justo y regular. En el momento en que el Estado o sus agentes se rebajan a actuar y responder en los mismos términos que los agentes delictivos desaparece la legitimidad de la actuación del agente y del Estado, y se transmite un mensaje nefasto a la sociedad invitándola a que también responda con el grado de violencia que estime conveniente. Esta es una situación que hay que evitar absolutamente, porque al mismo tiempo se evita causar un daño a las autoridades tutelares, en este caso a la Policía. Los ejemplos de Chile y Argentina reflejan en forma dramática el desprestigio por el que hoy atraviesan las autoridades castrenses o policiales de estos países que aplicaron esta lógica simplista. Por otra parte, más allá de consideraciones éticas, hay una cuestión de tipo práctico que radica en conferir una mayor atención a mecanismos racionales y legítimos, concordantes con un Estado democrático moderno.

Segunda sesión

Derecho Internacional Humanitario

Sistema de protección de la persona humana

Christophe Swinarski

Delegado Regional del Comité Internacional de la Cruz Roja

1. El concepto del Derecho Internacional Humanitario (DIH) confronta a los juristas con un cierto desafío, de tal modo que antes de esbozar los principales rasgos de este derecho, parece oportuno señalar los problemas que conlleva dentro del marco general del conjunto de sistemas internacionales de protección de la persona humana.

Desde el punto de vista de las finalidades de estos sistemas, se podrían distinguir diferentes enfoques en los cuales se contempla aquella protección:

La primera categoría de estos sistemas tendría como finalidad esencial o, más bien, como el propio fundamento de toda su existencia jurídica, la protección de los seres humanos en todos los aspectos de *su cualidad de miembros de la sociedad humana*; a esta categoría pertenece, sin ninguna duda, el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, a su nivel regional y universal.

Los derechos humanos ubican al ser humano dentro de su suma sociedad política, la de la humanidad, con "...la acepción que ahora le damos, acepción que se ha desarrollado especialmente en la última década, en la comunidad internacional de hoy, con la compleja, múltiple y dialéctica integración que posee" ¹.

Por eso se puede decir que se trata, en el sentido técnico de la palabra, del derecho general de la persona humana.

La segunda categoría de derechos de la persona humana a nivel internacional, contendría los sistemas que protegen varias e

¹ H. Gros Espiell: *Estudios sobre Derechos Humanos*, IIHD Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1985, pág. 160.

importantes categorías de seres humanos a raíz de las especificidades de *su condición en la sociedad*, tales, por ejemplo, el Derecho de la Mujer o el Derecho Internacional del Niño.

En la tercera categoría de derechos de protección del ser humano, se podría incluir a las normativas que protegen al mismo a razón del desempeño de *su función social* o de una particular condición inherente a su funcionamiento dentro de la sociedad: de este tipo de normas correspondería, por ejemplo, las del Derecho Internacional del Trabajo o las del Derecho Internacional Médico.

Finalmente, la última categoría contemplaría las necesidades de la persona humana por causa de su situación dentro de la sociedad en las circunstancias que la amenacen de manera particular o que le impiden gozar de la debida protección de la ley.

Esa sería exactamente la situación de los refugiados y de los migrantes, así como la que procura de la protección de las víctimas de los conflictos armados.

2. Lo que se suele llamar, hoy en día, Derecho Internacional Humanitario o, de manera más técnica, el Derecho Internacional aplicable en la situación de conflictos armados es "... el cuerpo de normas internacionales de origen convencional o consuetudinario, específicamente destinado a ser aplicado en los conflictos armados, internacionales o no internacionales, que limita, por razones humanitarias, el derecho de las partes en conflicto a elegir libremente los métodos y los medios utilizados en la guerra o que protege a las personas o a los bienes afectados, o que puedan estar afectados por el conflicto"².

Entendido de tal manera, el DIH ocupa, en el Derecho Internacional Público, el lugar propio del cuerpo de reglas que antes se conocían como Derecho Internacional de Guerra.

3. Pero entre las indagaciones, al encarar el DIH la primera puede provenir de la asociación de dos términos que pare-

² Ch. Swinarski: *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, CICR - IIHD, Ginebra - San José, 1984, pág. 11.

cen contradictorios a algunos, y que son la palabra "derecho" y la palabra "humanitario" ³.

Mientras se entiende por "derecho" el conjunto de normas obligatorias, sancionadas con un sistema de implementación y de ejecución, la palabra "humanitario" suele referirse más a un sistema de reglas de conducta basada en una escala de valores éticos que se adaptan por preferencias ideológicas sin, por lo tanto, darles un carácter conminatorio a nivel del comportamiento social.

Por consiguiente, pueden surgir dudas sobre la pertenencia misma en el DIH al derecho entendido como un sistema de normas vigentes y aplicables. Luego, pueden también surgir interrogantes sobre la colocación de este derecho dentro de las normativas existentes. Se trataría más bien de una rama específica del Derecho Internacional Público o de un sistema de normas separadas que obedecerían a sus propios modos de creación? Tendrían su particular ámbito de aplicación y se implementarían por sus propios procedimientos?

Finalmente, puede aparecer un interrogante acerca del DIH sobre sus relaciones con los derechos humanos, tanto en cuanto a sus orígenes respectivos y a su índole, como en cuanto a los efectos de ambos para con la persona humana ⁴.

4. Cabe recordar que en la doctrina clásica del derecho de gentes, los Estados soberanos disponían de la plena libertad de hacer uso de la fuerza en las relaciones entre sí. El derecho del recurso a la fuerza integraba todo el concepto de la soberanía estatal y representaba aun la más cabal característica de aquella soberanía en las relaciones de un Estado con los demás miembros de la comunidad internacional.

La historia del derecho de la guerra determina toda la trayectoria del propio Derecho Internacional Público, condicio-

3 J. L. Blondel: *Significación del término "humanitario" a la luz de los principios fundamentales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja*, en *Revista Internacional de la Cruz Roja*, núm. 96, nov-dic., 1989, págs. 538-548.

4 Jean Pictet: *Desarrollo y principios del Derecho Internacional Humanitario*, Instituto Henry Dunant, Ginebra 1986, págs. 13-37.

nando de una manera decisiva el proceso de elaboración de este último.

La fundación del Derecho Internacional como disciplina distinta a las ciencias jurídicas fue, más que nada, debida a la transferencia del debate sobre la guerra justa (guerra legítima) y la que no lo era, fundada en consideraciones filosóficas e ideológicas al nivel del derecho concebido como régimen político de las naciones internacionales en esta situación (guerra legal).

Aunque suela considerarse el año 1864, correspondiente a la creación del primer instrumento multilateral del Derecho Internacional Humanitario —Primer Convenio de Ginebra— como la fecha de nacimiento de este derecho, es obvio que las normas de aquel derecho existieron con mucha anterioridad.

Aun fuera del marco de reglas consuetudinarias, ya existía una cantidad de tratados internacionales bilaterales que contenían reglas naturales humanitarias en la más remota antigüedad ⁵.

El DIH adquirió un cometido más específico en el momento en que se volvió un régimen general del comportamiento internacional ante la situación de la guerra.

5. Hoy en día, después de la prohibición del recurso a la fuerza en la comunidad internacional contemporánea, reafirmada por la Carta de las Naciones Unidas, los Estados perdieron la posibilidad legal de resolver sus contiendas y litigios mediante un conflicto armado.

Quedan todavía excepciones a este principio fundamental de la prohibición de recurso al uso de la fuerza.

Así, se admite la legalidad del conflicto bélico en las situaciones siguientes:

— La guerra de legítima defensa reconocida como el derecho de un Estado a defenderse contra un ataque armado, consagrado en el artículo 51 de la Carta de las Naciones Unidas.

— La guerra de liberación nacional que cumple con las condiciones de un tal enfrentamiento armado, de conformidad

⁵ Ch. Swinarski: *Principales nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema internacional de protección de la persona humana*, IIHD, San José, 1990, págs. 13-27.

con las reglas interpretativas de las modalidades del ejercicio del principio de autodeterminación de los pueblos, el cual fundamenta la existencia de esta excepción de la prohibición general de la fuerza en el Derecho Internacional.

— Las medidas de seguridad colectiva previstas en los mecanismos del capítulo VII de la Carta de las Naciones Unidas que se puedan decidir en contra de un Estado que represente una amenaza para la paz y para la seguridad internacional.

De esta manera, el DIH, adquiere características más específicas al perfilarse como *régimen general* de toda la conducta en las situaciones de conflicto armado. Proponiéndose regir las situaciones en que se usa la fuerza armada, tiene este derecho dos vertientes que corresponden a sus dos objetivos: el de limitar el recurso a ciertos métodos y a ciertos medios de combate en la hostilidad, y el de proteger a las víctimas del conflicto.

Estas dos vertientes del Derecho Internacional Humanitario llevan, por razones históricas, los nombres del "Derecho de la Haya" y del "Derecho de Ginebra", respectivamente.

6. Al preguntarse cuáles serían las funciones que desempeña el DIH, cabe tener presentes las razones que originaron la aprobación por los Estados de este cuerpo de normas que trata de autolimitar la soberanía estatal en un área tan sensible como lo es la guerra, ya que no existe una situación que amenace más directamente y más profundamente la existencia misma del Estado, su integridad y sus intereses fundamentales, que el conflicto armado.

Como todas las normas del derecho, el DIH se fundamenta en los intereses que los Estados están dispuestos a concertar, a nivel internacional, para darse una mejor protección en toda situación en que ya no confían, la sola eficacia de la protección de sus propios sistemas jurídicos. Hay que tener en cuenta también las insuficiencias y las carencias de derecho interno del propio Estado que aparezcan con motivo de la existencia de un conflicto bélico en su territorio y el papel de complemento que cumple el Derecho Internacional ⁶.

6 Ch. Swinarski: *ibidem*, págs. 19-20.

7. Ya, entre las primeras reglas del Derecho Internacional Público, encontramos muchas normas con un cometido humanitario. Según esas reglas, estas normas mediante los tratados bilaterales o plurilaterales a través de los siglos, formándose tras las experiencias bélicas de las naciones en las circunstancias más diversas, posee la mayoría de ellas el origen consuetudinario y son múltiples las referencias en su carácter jus naturalista, así como su pertenencia a las leyes fundamentales divinas y humanas ⁷.

Sin presentar aquí, todo el desarrollo de los tratados y las costumbres internacionales que componen este cuerpo de derecho, sólo detengámonos en sus últimas codificaciones, sin olvidar, por lo tanto, la permanencia del título consuetudinario de vigencia en la mayoría de sus principales normas.

La última codificación completa del derecho humanitario, en su rama llamada "de Ginebra" que contiene el conjunto de normas de la protección de las víctimas en los conflictos bélicos, consta actualmente de cuatro Convenios de Ginebra de 1949 ⁸.

El primero de los Convenios encierra el régimen de la protección de los enfermos y de los heridos en situaciones de guerra terrestre, el segundo la normativa de la protección de heridos, enfermos y náufragos en la situación de guerra naval, el tercer Convenio reglamenta el trato debido a los prisioneros de guerra, y el cuarto conlleva el régimen de la protección de la población civil en poder del enemigo. Todos los regímenes regulan el comportamiento en la situación de la guerra internacional.

Ahora bien, los conflictos armados que han trastornado el mundo desde 1945 tenían menos el carácter de una guerra interestatal y más a menudo el de un conflicto en que, dentro del territorio de un Estado, las Fuerzas Armadas del mismo se enfrentan a fuerzas opositoras.

Esta situación de conflicto armado no internacional fue ya contemplada por los Estados de los Convenios de 1949 y pre-

⁷ Ch. Swinarski: *Réflexions sur les fondements du Droit International Humanitaire en Conferencias del IV Congreso Brasileiro de Filosofia do Direito*, Joao Pessoa, 8-15 de diciembre de 1990, págs. 283-291.

⁸ Jean Pictet: *Desarrollo y principios...*, op. cit. págs. 38-69, y también Ch. Swinarski: *Principales nociones e instrumentos del Derecho Internacional Humanitario como sistema de protección de la persona humana*, op. cit. pág. 83-88.

vistas las disposiciones del artículo 3 común de estos Convenios, cuyas reglas mínimas constituyen su primer régimen internacional.

El considerable auge de conflictos bélicos no internacionales, así como el desarrollo de nuevos medios de guerra, junto a la profunda formación de la oposición de la comunidad internacional, hicieron imprescindible la adaptación del derecho humanitario para que pueda seguir cumpliendo adecuadamente con sus finalidades de protección.

Es sobre todo por estas razones que se convocó, en 1974, a una Conferencia Diplomática que elaboró sus dos tratados complementarios a los Convenios de Ginebra en la forma definitiva de los Protocolos Adicionales I y II de 1977.

El Protocolo Adicional I completa y desarrolla las disposiciones de los Convenios de Ginebra aplicables en situaciones de conflicto armado internacional. Se desarrollan y completan igualmente por él, algunas reglas del derecho humanitario relativas a los métodos y a los medios de la conducta del combate (Derecho de la Haya).

El Protocolo Adicional II desarrolla y completa, a su vez, la normativa del artículo 3 común de los Convenios de Ginebra aplicable en situación de conflicto armado no internacional, extendiendo sus efectos jurídicos.

8. El conjunto de los cuatro Convenios de Ginebra resulta ahora el derecho más universal en toda la comunidad internacional contemporánea, puesto que son 166 Estados que le dieron ya vigencia interna. La universalidad de los instrumentos de Ginebra, junto al carácter consuetudinario ya extensamente reconocido por la doctrina, al Derecho de La Haya, confirmaría la naturaleza imperativa del DIH (*jus cogens*). Más de trece años, luego de la aprobación de los Protocolos Adicionales, 100 Estados son Partes en el Protocolo I, y 90 ratificaron o adhirieron al Protocolo II.

La República de Bolivia ratificó los cuatro Convenios de Ginebra en la fecha del 10 de diciembre de 1976, después de haber anteriormente, sido parte en el Primer Convenio de Ginebra de 1864 (desde el 16 de octubre de 1879) y de los Convenios de 1929 (desde el 13 de agosto de 1940).

A partir del 8 de diciembre de 1983, es también, la Repú-

blica de Bolivia, uno de los 20 Estados del Continente Latinoamericano Parte en el Protocolo Adicional I, y uno de los 18 Estados que integraron a sus respectivas legislaciones internas el Protocolo II.

Asimismo, hay que resaltar que Bolivia ratificó, en 1907, una serie de Convenios de La Haya y, ante todo, el Convenio 2 sobre el respeto de las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1899 y el Convenio 4 sobre las leyes y costumbres de la guerra terrestre de 1907.

La universalidad de la vigencia del Derecho Internacional Humanitario reviste su importancia desde el punto de vista de su poder de aplicación en el continente americano.

A este propósito, se puede también recordar las palabras del gran Andrés Bello, quien decía, en 1840, que la normativa del derecho de gentes y sus reglas "... tienen una doble importancia en América, donde es necesario mirarlos con respeto particular y hasta (si fuera posible) supersticioso, que sin ellos los disturbios que destrozan a las Repúblicas, darían frecuentes y plausibles pretextos a la ambición para intervenir y usurpar..."⁹.

9. Con respecto a la aplicabilidad situacional del DIH (*ratione situationis*) se distinguen cuatro situaciones: en las dos primeras, la normativa del Derecho Internacional Humanitario es *formal y directamente aplicable*, mientras en las dos últimas es tan solo invocable y reviste el carácter de *aplicación indirecta y/o por analogía*.

— La primera situación es la de un *conflicto armado internacional* definida por el artículo 2 común de los Convenios de Ginebra de 1949 como:

"... la guerra declarada o cualquier otro conflicto armado que surja entre dos o varias de las Altas Partes contratantes aunque el estado de guerra no haya sido reconocido por alguna de ellas ..."

Se puede observar que la definición de guerra interestatal

⁹ Andrés Bello: *Mediación de Chile entre la Francia y la República Argentina* citado por F. Murillo Rubiera; Andrés Bello: *Historia de una vida y de una obra*. La Casa de Bello, Caracas, 1986, pág. 393.

suele ser objetiva y evita cautelosamente las referencias a la calificación de la situación bélica de las Partes.

El Protocolo Adicional I de 1977 agregó a la primera *definición de la guerra interestatal* un tipo de conflictos, los cuales sin involucrar los territorios de más de un Estado, tienen, por su género, un carácter de conflicto internacional.

Se trata de las *guerras de liberación nacional* en las que los pueblos luchan contra la dominación colonial o contra la ocupación extranjera así como contra los regímenes racistas para lograr su independencia política. Se admitió el carácter internacional de este tipo de conflictos armados por vía de interpretación del principio fundamental de la autodeterminación de los pueblos de la Carta de las Naciones Unidas (artículo 1, párrafo 2).

En aquella situación de conflicto armado internacional son aplicables todas las reglas de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y del Protocolo Adicional I de 1977, estando este último ya vigente. Quedan también aplicables todas las reglas consuetudinarias del Derecho de La Haya en la medida en que, aun cuando no sea reconocido, exista de facto en esta situación el estado de beligerancia entre dos Partes.

— La segunda situación de aplicabilidad directa es la de *conflicto armado no internacional*. Se encuentra su definición más reciente en el Protocolo II de 1977, donde se enuncia como la de un conflicto.

“... que tiene lugar en el territorio de una Alta Parte contratante, entre sus Fuerzas Armadas disidentes o grupos armados organizados que, bajo la dirección de un mando responsable, ejerzan sobre una parte de su territorio, un control tal que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas y aplicar el presente Protocolo” (artículo 1, párrafo 1).

Esta definición de la aplicabilidad del Derecho Internacional Humanitario en la situación de conflicto no internacional del Protocolo II realza el nivel que le atribuye el artículo 3 común de los Convenios de 1949, reafirmando y desarrollando el contenido del último ¹⁰.

10 Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmerman (ed.): *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of August...*, ICRC-M. Nijhoff, Geneva 1987, párr. 4446-4496.

Recordemos que el propio carácter adicional de los Protocolos consiste en que esos instrumentos son complementarios a los Convenios de Ginebra, lo que significa que los Protocolos son aplicables siempre que los sean los Convenios, de tal modo, que el alcance de los criterios del Protocolo II en una situación concreta, ya habrá presupuesto la aplicabilidad del artículo 3 común de los Convenios.

Las normas del Derecho de La Haya son aplicables a esta situación si existiera un reconocimiento del estado de beligerancia entre las Partes en conflicto. No obstante falte un tal reconocimiento, son aplicables las normas del Derecho de La Haya universalmente reconocidas como parte del derecho imperativo (*jus cogens*).

Más allá de las dos situaciones de aplicabilidad directa del Derecho Internacional Humanitario, se hallan dos situaciones en que ese derecho es invocable en cuanto a sus principios y ha de ser aplicable por vía de analogía, aunque su aplicación no se fundamente formalmente en las reglas positivas de los tratados universales de Ginebra o de La Haya, sino nace por los idóneos procedimientos y usos de la comunidad internacional ¹¹.

Son estas situaciones la de disturbios interiores y la de tensiones internas.

Se trata de la primera cuando:

“... sin que haya conflicto armado no internacional propiamente dicho, hay, dentro de un Estado, tensión e implique actos de violencia. Estos actos pueden ser formas variables, desde actos espontáneos de rebelión, hasta la lucha entre sí de grupos más o menos organizados o contra las autoridades que están en el poder. En tales situaciones que no necesariamente degeneran en una lucha abierta, en la que se enfrentan dos partes bien identificadas (conflicto armado no internacional), las autoridades en el poder recurren a cuantiosas fuerzas policiales, incluso las Fuerzas Armadas, para restablecer el orden, ocasionando con ello muchas víctimas y haciendo necesario la aplicación de un mínimo de reglas humanitarias.”

11 Ch. Swinarski: *Principales nociones e Institutos...*, op. cit. págs. 72-76.

La situación de *tensiones internas* se califica como la de un nivel inferior de violencia, donde sólo excepcionalmente ocurren los enfrentamientos armados. Se trata de una situación de grave tensión en un Estado sea de origen político, religioso, racial, social, económico o de secuelas de un conflicto armado y de disturbios interiores que siguen afectando el territorio estatal ¹².

10. Sobre el aspecto de la aplicabilidad del DIH en el tiempo (*ratione temporis*) se puede hablar de tres distintos grupos de reglas de los instrumentos de Ginebra:

a) En la primera categoría el comienzo de la aplicabilidad corresponde *al inicio de las hostilidades* entre las Partes, y *el fin de la aplicabilidad* corresponde al cese de hostilidades activas.

La mayoría de las normas de los tratados humanitarios pertenece a esta categoría.

Cabe nuevamente poner de relieve el carácter objetivo de la situación de la aplicabilidad en el ámbito temporal de los Convenios de Ginebra y de sus Protocolos Adicionales. Cualquiera fuere la calificación de la situación por las Partes en conflicto, la mera ocurrencia de las hostilidades implica la obligación de las Partes de aplicar las normas humanitarias hasta la terminación de las hostilidades activas entre ellas.

b) De la segunda categoría forman parte las reglas sin ninguna limitación de aplicación en el tiempo. Por la voluntad de los Estados autores de esos tratados aquellas reglas son aplicables *de manera permanente* desde el momento de la entrada en vigencia de los tratados. Esas normas son entonces aplicables "tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra" y crean deberes continuos a cargo de los Estados.

c) La tercera categoría de las reglas con respecto a la aplicabilidad temporal se compone de las normas que, por razones de su *finalidad jurídica*, tienen que surtir sus efectos hasta que se realicen las finalidades que buscan alcanzar.

11. Al describir el ámbito de aplicación personal (*ratione*

12 Ch. Swinarski: *Introducción al Derecho Internacional Humanitario*, IIDH-CICR, Ginebra, San José, 1984, págs. 59 y siguientes.

personae) habrá que detenerse un momento en el concepto, tan característico del Derecho Internacional Humanitario, que es el de la "víctima".

Tiene el término un significado que lo relaciona semánticamente con las consideraciones éticas, dándole el sentido de que una persona aparece como sujeto de una coacción.

Los tratados humanitarios utilizan, por lo tanto, este concepto como un término técnico. En tal sentido es "víctima" cada persona afectada (o que pueda ser) por un conflicto armado, que sea un civil (alguien que no pertenezca a las Fuerzas Armadas) o un combatiente fuera de combate por estar herido, enfermo o prisionero de guerra.

Así, el término no conlleva en los tratados de Ginebra ningún tipo de connotación moral o ética, tan sólo se refiere a una calidad *de facto* de la persona protegida por regímenes jurídicos que contemplan las diferentes situaciones de aplicabilidad personal en el conflicto bélico.

Desde el punto de vista formal, los *destinatarios* de las normas de Ginebra son —como en el caso de casi todos los tratados internacionales— los Estados Partes. También se beneficia de la titularidad de deberes y derechos de aquellos tratados, el Comité Internacional de la Cruz Roja.

Las personas protegidas son *beneficiarios* de las normas de estos instrumentos jurídicos; y no gozan en ellos de una titularidad directa (salvo en situaciones muy excepcionales) que se asemejaría con la que les confieren los instrumentos de los derechos humanos.

La situación de beneficiario de las normas de los Convenios de Ginebra tiene como garantía la *inalienabilidad* de los derechos de la persona protegida por el sistema. La persona protegida no puede, en ningún caso, renunciar por su propia voluntad parcial o totalmente a los derechos que se le otorga por los Convenios y por los Protocolos.

Cada Convenio de Ginebra encierra un régimen de protección de una categoría principal de víctimas.

Así, representan esta categoría principal del Primer Convenio, los heridos y los enfermos. En el Segundo Convenio la representan los heridos, los enfermos y los náufragos. El Tercer Convenio abarca los prisioneros de guerra; y el Cuarto, la población civil.

En relación con cada uno de los sistemas principales de protección existen unas categorías particulares de personas protegidas que tienen derecho a una protección *a máxima*, es decir una protección reforzada en relación a la que se otorga a la categoría principal.

Los tratados de Ginebra conocen igualmente sistemas de protección *a mínima* en que la persona, sin tener derecho a la protección completa, puede beneficiarse sin embargo, de algunas garantías de ella.

Al finalizar la somera revista del ámbito personal de aplicación de los tratados de Ginebra podemos resumirlo así:

— Con las disposiciones del Primer Convenio de Ginebra de 1949 y del Protocolo I de 1977, están protegidos los heridos y los enfermos militares que necesiten asistencia médica y que se abstengan de todo acto beligerante.

En el Protocolo Adicional de 1977 se suprimió la diferencia entre los militares de esta categoría extendiendo la protección a las personas civiles, de modo que la protección del Primer Convenio de Ginebra será brindada también a las víctimas civiles.

— En el Segundo Convenio de Ginebra se agrega a esas dos categorías de personas igualmente protegidas en la situación de la guerra naval, la tercera, específica a este tipo de conflicto: los náufragos.

En el Primer y Segundo Convenios y en el Protocolo I se protege asimismo al personal sanitario y religioso, militar o civil que se dedica, exclusivamente y en forma permanente, a los fines sanitarios o a la administración y el funcionamiento de las actividades sanitarias.

En lo que concierne al personal religioso están protegidas las personas que se emplean exclusivamente a este ministerio, tales como los capellanes.

En el ámbito del conflicto no internacional todos los heridos, enfermos y náufragos también deben ser respetados y protegidos, tratados humanamente y asistidos médicamente sin discriminación alguna.

Se protege asimismo por las disposiciones del Protocolo II al personal sanitario en su desempeño de las actividades a favor de los heridos y de los enfermos.

— El Tercer Convenio de Ginebra tiene la finalidad de pro-

teger a otra categoría de víctimas: los prisioneros de guerra y personas asimiladas a ellos.

— Por el Cuarto Convenio gozan de la protección los miembros de la población civil en poder del enemigo. Pertenecen a esta categoría todas las personas que no forman parte de las Fuerzas Armadas.

Algunos miembros de la población civil se benefician de una protección particular como los extranjeros, los refugiados, los apátridas y las personas que se encuentran en una situación de internamiento civil.

La población civil queda también bajo protección en una situación de conflicto armado no internacional.

12. Finalmente se debe mencionar que el sistema de Ginebra protege también a los bienes afectados (o que puedan serlo) por el conflicto. El propósito de esta protección no se fundamenta en la voluntad de los autores de los tratados de Ginebra de brindar una protección particular a la propiedad privada, o de conferir inmunidades a ciertas categorías de bienes con motivo de mantener el funcionamiento normal de las actividades económicas durante el conflicto. En cambio, procede esta protección de la convicción que es necesario poner fuera del alcance de las hostilidades ciertos bienes indispensables a la supervivencia de las personas protegidas y al desempeño de los mecanismos de la protección.

Por la misma razón se protege a las unidades sanitarias, a todos los edificios y establecimientos fijos o móviles como hospitales, centros de transfusión de sangre, almacenes de material sanitario, hospitales de campaña, transportes destinados a actividades sanitarias, etc., así como a los transportes sanitarios que son destinados exclusivamente, en forma permanente o temporal, al traslado por tierra, por agua y por aire, de heridos, náufragos y enfermos, y del personal sanitario y religioso.

Se protegen también ciertas pertenencias personales (como las de los prisioneros de guerra) y los bienes de la población civil, es decir todos los que no sean objetivos militares.

Además se confiere una protección particular a los bienes culturales y a los que constituyen el medio ambiente. Estos bienes no deben sufrir daños durante los enfrentamientos en el conflicto de carácter internacional.

El Protocolo II de 1977 extiende esta protección a los bienes culturales y a los bienes indispensables para la supervivencia de la población civil en el conflicto armado no internacional.

Esta presentación de las modalidades de protección del sistema de Ginebra permite darse cuenta que se trata de una normativa general y exhaustiva, ya que no se dirige sólo a ciertas categorías de personas, sino a todos los individuos afectados (o que puedan ser afectados) por los efectos del conflicto armado.

Sin embargo, su carácter completo no impide, de ningún modo, la posibilidad que haya otros sistemas de derecho internacional que surtan efectos en situación de conflicto armado y que, de manera concurrente, protegen a los individuos en lo mismo.

Entre ellos, sobresale más particularmente la rama del Derecho Internacional Público conocida como el *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*.

13. En la primera época de coexistencia del “nuevo” Derecho de los Derechos Humanos con el “viejo” Derecho Humanitario han originado algunas controversias sobre la ubicación de ambas ramas en el Derecho Internacional¹³.

Los derechos humanos se manifestaban como un sistema representativo, por excelencia, de la nueva comunidad internacional, la de la Carta de las Naciones Unidas, concebida como el sistema universal de la seguridad colectiva y de la paz.

Surgieron entonces, interrogantes sobre la manera de conceptualizar las relaciones entre lo que quedó del derecho de la guerra —es decir el Derecho Internacional Humanitario— y lo que generó el nuevo sistema de la seguridad colectiva, con fines de consolidar las relaciones internacionales pacíficas mediante, ante todo, la observancia de la nueva normativa de los derechos humanos.

13 Cf. Ch. Swinarski: *Principales nociones e Institutos del Derecho Internacional Humanitario como Sistema internacional de protección de la persona humana*, op. cit., págs. 81-89, en que se basa esta exposición; y también, del mismo autor, *Introducción al Derecho Internacional Humanitario CICR-IIDH*, San José, Costa Rica-Ginebra, 1989, págs. 15-18.

Acerca de estos interrogantes se formaron tres actitudes bastante distintas:

La primera preconizaba considerar que los derechos humanos constituyeran la parte integral del derecho humanitario, por ser los primeros un alcance jurídico del mismo proceso del Derecho Internacional específicamente destinado a proteger el ser humano, que se inauguró con el segundo. Esta actitud "cronológica" postulaba que el derecho de los derechos humanos fuera parte del derecho humanitario *sensu largo*, mientras el derecho humanitario, en el sentido clásico de la palabra, permanecería humanitario *sensu stricto*. Para los partidarios de esta manera de ver —que se puede calificar como *integracionista*— los derechos humanos serían tan sólo una etapa del desarrollo del derecho humanitario.

La segunda actitud se refería a la naturaleza y al origen de sendas ramas del Derecho. Para los adeptos a ella era inaceptable incluir dentro del mismo molde, a las normas procedentes del derecho de la guerra y a las que deberían fundamentar la normativa de la paz. Por consiguiente, se tuvo que separar rigurosamente a los dos derechos. Los proselitistas de la idea —*los separatistas*— pensaron de este modo afirmar la primacía de los derechos humanos sobre el derecho humanitario, como consecuencia lógica y natural de la prohibición de la guerra.

Sin embargo, en el proceso de desarrollo de ambas ramas del Derecho, se puso de manifiesto con mucha claridad que, no obstante las controversias teóricas, ambas normativas tienen varias interacciones y perspectivas en común.

Al examinar los respectivos ámbitos de aplicación de estos derechos apareció finalmente la postura *complementarista* que corresponde adecuadamente a las verdaderas y reales interrelaciones entre ellos.

14. Para darse cuenta de las diferencias y convergencias entre el Derecho Internacional Humanitario y los derechos humanos es indispensable bosquejar rápidamente los respectivos ámbitos de aplicación de ambos derechos.

Respecto al ámbito personal de aplicación, nótese que los destinatarios de los derechos de la normativa humanitaria son fundamentalmente los Estados, aunque sean las perso-

nas humanas los beneficiarios de esta normativa. Las situaciones en las cuales la persona humana puede directamente reclamar sus derechos son excepcionales.

Al contrario, en los derechos humanos, los individuos disponen de los derechos propios y su titularidad les confiere la calidad de sujeto del derecho, de la misma jerarquía que la del Estado Parte en el Tratado.

Se trata de una diferencia notable en cuanto al ámbito personal de la aplicación de sendas normativas.

Cabe también recordar que el propósito de los derechos humanos es de garantizar al individuo la posibilidad de desarrollarse como persona para realizar sus objetivos sociales, políticos, económicos y personales. En este sentido se puede llamarlo un derecho "promocional" de la persona humana.

En cambio, el Derecho Internacional Humanitario tiene por finalidad suprema posibilitar —mediante su normativa— que un ser humano se ampare contra las gravísimas amenazas del conflicto armado y demás situaciones para poder salvaguardar su integridad personal y, en cierta medida, su identidad social. Por lo tanto, este derecho no puede ser considerado como abriendo nuevas perspectivas de algún desarrollo de la persona humana; se trata visiblemente de un derecho de excepción, de un sistema que tiende a preservar a la persona humana, más que a proporcionarle condiciones para vivir mejor ¹⁴.

Así, siendo ambos derechos, sistemas para proteger la persona humana, no tienen los mismos propósitos y tienen diferentes ámbitos de aplicación.

Resume bien la situación de interrelación entre ellos, Marco Sassòli, un experto del CICR, al decir que: "... la implementación de estas dos ramas se instrumenta mediante los mecanismos previstos por el Derecho Internacional general, por ciertos mecanismos contemplados en cada una de las mismas y, ante todo, por las instituciones específicas que se destinan a implementarlas.

Algunas de esas Instituciones se orientan más hacia la

¹⁴ Cf. H. P. Gasser: *Un mínimo de humanidad en las situaciones de disturbios y tensiones internas; propuesta de un código de conducta*, Revista Internacional de la Cruz Roja, núm. 85, enero-febrero de 1988, págs. 38-61.

caridad, mientras otras lo hacen más bien hacia la injusticia; unas son más sensibles ante las víctimas y otras más bien ante las violaciones; aquellas instituciones tienen bases jurídicas, métodos de acción y actitudes muy distintas y corresponden, cada una a su modo, a las situaciones en las cuales cada rama normalmente ha de aplicarse: la guerra por el derecho humanitario, la paz para los derechos humanos. No obstante esas diferencias y pese a que la implementación de cada rama tenga que llevarse a cabo principalmente por vía de sus propios mecanismos e instituciones, las convergencias de las dos ramas existen y pueden ampliarse..."¹⁵.

15. En lo que atañe al ámbito material de la aplicación de las dos ramas, los derechos humanos constan en dos niveles de reglas: las que los Estados Partes pueden suspender en las condiciones previstas por los propios instrumentos y las que siempre se mantienen en plena vigencia, cualquiera sea la circunstancia (derechos inderogables o irrefragables).

La segunda categoría de las reglas sigue surtiendo efectos en todas las circunstancias de crisis del Estado, sean las que corresponden al conflicto internacional, las del conflicto no internacional, o las de disturbios interiores y de tensiones internas¹⁶.

En todas ellas mantienen los derechos humanos su vigencia, por lo menos, con este "núcleo inderogable".

Si se compara el catálogo de derechos inderogables con las garantías fundamentales de la persona, derivadas de los Convenios de Ginebra (especialmente del artículo 3 común), y más aún, con la lista de garantías fundamentales del artículo 75, del Protocolo I, y de los artículos 4, 5 y 6 del Protocolo II, hay que enfatizar la notable convergencia, sino la identidad de sus respectivos contenidos. Sin pormenorizar aquí sus correspon-

15 M. Sassòli: *Mise en oeuvre du droit international humanitaire et du droit international des droits de l'homme en Annuaire Suisse de droit international*, vol. XCIII, 1987, pág. 61 (nuestra traducción).

16 Th. Meron: *Human rights in time of peace and in time of armed strife* en Th. Buergenthal (ed.): *Contemporary issues in international law: Essays in honour of Louis B. Sohn*, Engel, Arlington, 1984, págs. 1-21.

dencias exactas, la formulación de las reglas y de los efectos jurídicos de las disposiciones comparables, ponen de manifiesto la concurrencia de estas dos distintas ramas del Derecho Internacional. Desde luego, estas correspondencias no son, de ninguna manera, fortuitas, pues existía una gran influencia directa, tal como un impacto indirecto de los derechos humanos, durante el proceso de elaboración de los Protocolos Adicionales de 1977¹⁷.

Visto como derecho de excepción, el Derecho Internacional Humanitario ha de intervenir en caso de ruptura del orden internacional (y también interno, en el caso de conflicto no internacional), mientras los derechos humanos —aunque algunos de ellos permanezcan vigentes en cualquier circunstancia— se aplican, sobre todo, en tiempo de paz.

Pero esta vigencia permite ya enterarse que los derechos humanos y el derecho humanitario, tienen respectivamente:

- distintas finalidades jurídicas de protección;
- diferencias de origen y de conformación jurídica;
- diferencias entre los respectivos ámbitos personales y materiales de aplicación y,
- diferentes ámbitos de aplicación en lo que atañe a las reglas derogables de los derechos humanos y a las reglas propias al derecho humanitario.

En cambio, las normas irrefragables de los derechos humanos se aplican en el mismo tiempo y en las mismas situaciones que surten efecto a las normas humanitarias, teniendo, además, por la mayoría de ellas, el mismo contenido o el contenido análogo.

Hablando del desarrollo de los sistemas de protección de la persona humana y de interrelaciones entre ellos, Antonio Cançado Trindade sostiene lo que puede servir de observación concluyente a estas consideraciones:

“A través de las últimas cuatro décadas, el proceso histórico de la universalización de la expansión de la protección internacional de los derechos humanos ha sido marcado por fenómenos de la multiplicación y de la coexistencia de los

17 Cf. Y. Sandoz, Ch. Swinarski, B. Zimmermann (ed.): *Commentary on the Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949*, op. cit., párrs. 4360-4418.

instrumentos, de naturaleza jurídica distinta que surten efecto a la vez al nivel global y regional.

La diversificación de los medios de protección se acompaña por la fundamental identidad de sus finalidades y de la unidad conceptual de los derechos del hombre.

Estos mecanismos de protección han de ser considerados más complementarios que competitivos: a través de los años su multiplicación tuvo por finalidad la ampliación de la protección que conviene brindar a las eventuales víctimas. Se ha hecho uso al efecto del Derecho Internacional para mejorar y reforzar, en este contexto, el nivel de protección de los derechos reconocidos” 18.

16. Al concluir se podría caracterizar el sistema del Derecho Internacional Humanitario de la siguiente manera:

— Es una *normativa autónoma internacional* de la protección de la persona humana, con sus propias bases jurídicas, su propio ámbito temporal, personal y material de aplicabilidad, así como sus propios procedimientos; es también un *sistema indispensable* para que las situaciones de conflicto armado y las demás situaciones de la violencia humana no escapen totalmente a las posibilidades de protección por derecho.

— Por consiguiente, es un *sistema específicamente adecuado* a las necesidades de la protección en estas situaciones y —siendo específica su propia índole de aplicación— esta normativa internacional es *complementaria* de los demás sistemas internacionales de protección de la persona humana.

De las medidas instituidas a fin de implementar esta normativa, aparece más importante la *obligación de difundir* el contenido de los Convenios hacia todos los órganos de los Estados destinatarios.

La obligación de difusión (“tanto en tiempo de paz como en tiempo de guerra”) en que se comprometieron los Estados Partes, envuelve la integración del estudio del Derecho In-

18 A. A. Cançado Trindade: *Co-existence and Co-ordination of Mechanisms of International Protection of Human Rights* (at Global and Regional Levels), en *Collected Courses of Academy of International Law*, vol. 202 (1987-II), pág. 401 (nuestra traducción).

ternacional Humanitario a la instrucción militar y el fomento del conocimiento de su contenido por parte de todos sus virtuales beneficiarios.

La disposición del artículo 83 del Protocolo I de 1977 que reafirma las obligaciones correspondientes en los Cuatro Convenios de Ginebra de 1949 se completa por un deber corolario por el cual se define su finalidad. Se trata de asegurar en la medida de lo posible que "... las autoridades militares o civiles que, en tiempo de conflicto armado, asuman responsabilidades en cuanto a la aplicación de los Convenios y del presente Protocolo deberán estar plenamente al corriente de su texto..."¹⁹.

Terminan esta exposición las conclusiones de un distinguido jurista

"... El Derecho, interno o internacional, ... no agota ni es capaz de dar, por sí solo, respuestas y solución..."

"... Sin una superación gradual de las negativas y adversas condiciones económicas, sociales y políticas que caracterizan la realidad de muchos de nuestros países; sin un compromiso serio y decidido de los Gobiernos en pro de la consolidación del Estado de Derecho, las instituciones democráticas y el pleno respeto de los derechos humanos; sin la consolidación de una auténtica democracia con justicia social; sin una opinión pública, nacional e internacional, sensible y activa en la defensa de los derechos humanos; sin una educación dirigida a desarraigar de nuestras sociedades los ingredientes, muy presentes, de violencia política..."²⁰ todos los sistemas de protección de la persona humana seguirán siendo necesarios.

¹⁹ Artículo 83, inciso 2, Protocolo I de 1977.

²⁰ D. Zovatto G.: *Los Estados de excepción y los derechos humanos en América Latina*; Instituto Interamericano de Derechos Humanos; Editorial Jurídica Venezolana, Caracas-San José, 1990, pág. 187.

Las garantías fundamentales de la persona humana en el Derecho Internacional Humanitario

Susana Fraidenraij

Consultora del Comité Internacional de la Cruz Roja

I. Convergencia entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario.

Las trágicas consecuencias de la Segunda Guerra Mundial hicieron que la comunidad internacional tomara conciencia de que la protección de los derechos humanos no debería quedar limitada como hasta entonces al ámbito de la jurisdicción interna de cada Estado. De tal modo se podría, por una parte, prevenir las violaciones que eventualmente pudieran producirse, y por otra se entendía que el respeto y vigencia efectiva de los derechos humanos sería determinante para el mantenimiento de la paz y seguridad internacionales. En tal sentido, con la adopción de la Carta de Naciones Unidas en 1945 y la proclamación de la DUDH en 1948 se cristaliza un fenómeno propio del DIDH y francamente revolucionario dentro del Derecho Internacional, cual es el reconocimiento del individuo de su condición de sujeto del citado orden jurídico.

En el seno de la ONU se estimaba que era una paradoja que la Organización cuya función primordial era mantener la paz y seguridad internacional se ocupara del derecho de la guerra. Por ello, durante ese período existió una marcada separación entre el DIDH —aplicable en tiempo de paz— y el DIH —aplicable en situación de conflicto armado—.

Si bien ambas ramas del Derecho Internacional son autónomas, en tanto que poseen cuerpos normativos propios, ámbitos de aplicación específicos y órganos de control diferentes, reconocen como objetivo primordial la protección de la persona humana. En tal sentido la estricta separación a la que se aludía, fue modificada por diversos factores que actuaron en favor de un acercamiento de estas dos ramas del Derecho Internacional.

En primer lugar, la DUDH ejerció cierta influencia en la redacción de los Convenios de Ginebra de 1949 de modo tal que puede verificarse una contundente analogía entre ciertos derechos protegidos. En segundo lugar, el art. 3 común de los Convenios de Ginebra relativo a conflictos armados sin carácter internacional ha sido, podría decirse “revolucionario” dado que en virtud del mismo, el DIH se aplicaría a las relaciones entre un Estado y sus propios nacionales. Se habla entonces y con razón respecto de dicha norma de una “miniconvención”.

Sin embargo, la analogía que existe entre ambos derechos no sería reconocida oficialmente sino hasta 1968. A causa de los conflictos de Nigeria, Viet-Nam y sobre todo el de Medio Oriente, las Naciones Unidas convocaron a una conferencia en Teherán con motivo del XX aniversario de la DUDH. Durante la misma se tendió un nexo entre el DIH y el DIDH. Después de Teherán se encargó al Secretario General de la Organización a través de una Resolución de la AG (2444 XXIII) que en consulta con la Cruz Roja “estudiara las medidas que se podrían tomar para lograr una mejor aplicación de las actuales convenciones y normas humanitarias internacionales”. Ello arrojó como resultado, por un lado una serie de informes producidos por el Secretario General y por otro una estrecha colaboración entre el CICR y la ONU en la empresa común de reafirmación y fomento del DIH. Dicha labor culminaría en la elaboración de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra, aprobados en 1977 en la Conferencia Diplomática convocada al efecto.

La convergencia entre el DIDH y el DIH puede explicarse, en nuestra opinión del modo siguiente:

Los derechos humanos constituyen un complejo integral interdependiente e indivisible; según Gros Espiell: “... sólo el reconocimiento de todos ellos puede asegurar la existencia real de cada uno” y su ejercicio no puede ser objeto de derogaciones o suspensiones arbitrarias. Sin embargo, en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de una nación, como puede ser el caso de un conflicto armado interno o internacional, un Estado puede suspender o limitar en la medida en que lo requiera la situación el ejercicio de ciertos derechos. Pero aun en esas circunstancias hay derechos tales como el derecho a la vida, a no ser sometido a tortura o

penas o tratos crueles inhumanos o degradantes, no ser sometido a esclavitud o servidumbre y el respeto a la personalidad jurídica del ser humano, que son fundamentales e inderogables como también lo son las garantías indispensables para la protección de estos derechos intangibles.

Es exactamente en este punto, donde se produce la convergencia entre los derechos humanos y el DIH. Hablamos de situaciones excepcionales tales como conflictos armados internos o internacionales, ámbito de aplicación del DIH que expresamente prevé la protección de los derechos citados en términos similares a los utilizados por los instrumentos del DIDH.

II. Las garantías fundamentales en caso de conflicto armado internacional (art. 75 del Protocolo I)

El fundamento de la ampliación del ámbito de los Convenios surge principalmente de la doctrina y la práctica de Naciones Unidas elaborada a partir de los años sesenta a partir de los procesos de descolonización, en 1977 se concreta a través del Protocolo I que extiende la aplicación a las guerras de liberación nacional, ocupación extranjera y regímenes racistas.

El art. 75 del Protocolo I bajo el enunciado "Garantías fundamentales" establece el estatuto humanitario mínimo al que cualquier persona afectada por el conflicto armado tiene derecho cuando se encuentre en poder de una Parte en el conflicto y cuando por una u otra razón, esté incapacitada de reclamar un trato más favorable en virtud de los Convenios o del mismo Protocolo.

Este artículo, uno de los más extensos, fue objeto de prolongados debates y laboriosas negociaciones especialmente en lo referente a las garantías que serían acordadas. Cabe señalar que algunas de sus disposiciones reproducen textualmente reglas similares contenidas en el PIDCP de la ONU.

En tal sentido, el presente artículo representa un avance muy importante del DIH al establecer reglas mínimas de protección de los derechos humanos básicos, sobre todo si se considera que en una situación de conflicto armado las disposiciones del DIDH están sujetas a posibles derogaciones.

Respecto de quienes son las personas protegidas, si bien el art. 75 no enuncia directamente los sujetos protegidos, ellos pueden deducirse de su contenido. Así, cuando se produce un conflicto armado, puede ocurrir, en determinadas circunstancias que el estatuto de prisionero de guerra, o de otra categoría de "persona protegida" sea denegado a una persona, por ejemplo, en virtud de las derogaciones del art. 5 (espías), en este caso el art. 75 constituye sin duda un standard mínimo de protección que no puede ser dejado al margen ni sujeto a excepción alguna.

El art. 75 recepta el principio de no discriminación consagrado por el DIDH al disponer su aplicación "sin distinción alguna de carácter desfavorable". Asimismo establece el respeto al honor, convicciones éticas y prácticas religiosas de las personas protegidas. Una disposición similar, el art. 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP) prohíbe que una persona sea privada de su libertad en virtud de sus convicciones o creencias.

Los actos prohibidos por el art. 75 respecto de las personas protegidas sean civiles o militares y en todo tiempo y lugar, son:

El homicidio por acción u omisión, la tortura, la toma de rehenes, las penas colectivas. También prohíbe las amenazas de realizar los actos mencionados; esto es sumamente importante, dado que ella es una precondition para que las otras prohibiciones no se conviertan en letra muerta. En la práctica las amenazas pueden constituir por sí mismas medios de intimidación y socavar así a las otras garantías.

El párrafo 3 de este artículo se refiere a los derechos que tienen las personas protegidas cuando se hallen privadas de libertad por actos relacionados con el conflicto armado. La terminología utilizada es similar a la del PIDCP, art. 9, los "actos" comprenden no sólo delitos, ello en razón de que es común en estas circunstancias que se produzcan detenciones por conductas o actividades consideradas "antipatrióticas", "subversivas", etc.

Las garantías debidas a las personas protegidas establecidas por el párrafo 4 no son otras que las garantías del debido proceso reconocidas en el art. 6 del Protocolo II, en el art. 14 del PIDCP y art. 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH).

El objeto de estas garantías es lograr que las personas que

deben enfrentar la difícil situación de un proceso penal durante un conflicto armado no se vean privadas de la protección mínima humanitaria a la que todo ser humano tiene derecho a través del respeto de principios tales como tribunal competente regular e imparcial, principio de legalidad y no retroactividad, de inocencia, *non bis in idem*, publicidad del proceso y de la sentencia, derecho a recurso contra una condena, etc.

Por otra parte, el art. 75 prevé la separación de las mujeres privadas de libertad del resto de la población detenida, a menos que se trate de preservar la unidad familiar.

Las garantías establecidas por el presente artículo, se extienden hasta después de la finalización del conflicto armado, hasta el momento de la liberación definitiva de la persona protegida, su repatriación o reasentamiento.

Finalmente en su parágrafo 7 el citado artículo se refiere a los principios aplicables al tratamiento de las personas acusadas de crímenes de guerra respecto de su juicio y procesamiento, estableciendo que deberán ser juzgados conforme a las normas del Derecho Internacional, y que cuando no reciban un tratamiento más favorable en virtud de los Convenios o del Protocolo I, recibirán el trato previsto por el art. 75 independientemente de los crímenes de que se la acuse constituyan infracciones graves a los Convenios o al Protocolo. Esto de ningún modo puede entenderse como un obstáculo a la persecución de crímenes de guerra o de lesa humanidad. Simplemente, los redactores de esta norma quisieron asegurar para los criminales de guerra las mismas garantías que las establecidas para las personas protegidas. Ello en virtud de que sería a todas luces lamentable que la represión de tales crímenes tuviera lugar a través de juicios cuestionables que sólo podrían generar repudio de parte de la opinión pública.

III. Las garantías fundamentales en situación de conflicto armado no internacional

a) El art. 3 común de los Convenios de Ginebra de 1949

El art. 3 común es frecuente y correctamente considerado una "miniconvención". Su finalidad es la de integrar al dere-

cho convencional la mayor protección posible que el Derecho pueda otorgar a las víctimas de los conflictos armados no internacionales garantizando un mínimo de trato humano a las personas que no participen en las hostilidades, incluso los miembros de las F.F.AA. que hayan depuesto las armas o que hayan quedado fuera de combate, sin discriminación de ninguna índole.

Del texto del art. 3 surgen como derechos protegidos la vida, la integridad y la dignidad de la persona humana, como así también el derecho a un juicio justo y regular dotado de las garantías del debido proceso.

Su campo de aplicación material está señalado por un límite superior, el conflicto armado internacional en el que se aplican los Convenios de Ginebra y el Protocolo I; y un límite inferior, el de los conflictos armados no internacionales en los que se aplica el Protocolo II. Al respecto conviene señalar la correcta interpretación hecha por el CICR, de que conviene que el Protocolo II y el art. 3 coexistan de manera autónoma ya que si se hubieran ligado, el resultado hubiera sido la restricción del art. 3 común, cuando por el contrario es conveniente que el alcance del mismo permanezca inalterado, pues confiere garantías fundamentales a las víctimas de todos los conflictos armados sin carácter internacional, mientras que el Protocolo II se aplicará solamente a los conflictos que respondan a la calificación del art. 1.

b) El Protocolo Adicional II

El Protocolo II completa y desarrolla el art. 3 común. Su ámbito de aplicación material (art. 1.a) está restringido a aquellos conflictos armados no cubiertos por el Protocolo I y que hubiesen alcanzado un determinado grado de consolidación; los grupos disidentes que luchan contra las fuerzas armadas del Estado deben estar organizados bajo un mando responsable y ejercer el control sobre una parte del territorio que les permita realizar operaciones militares sostenidas y concertadas.

El Título II denominado "Trato humano" confiere garantías fundamentales de trato humano a todas las personas que no participen de las hostilidades o que hayan dejado de hacerlo,

estén o no privadas de libertad. Dichas garantías son las del art. 3 común reafirmadas y desarrolladas a través de los arts. 4, 5, y 6.

En el art. 4 "Garantías fundamentales" se precisa la noción de trato humano al prohibir en forma absoluta y permanente la comisión de ciertos actos, tales como: castigos colectivos, actos de terrorismo, violación y atentado al pudor, esclavitud y pillaje; que no figuraban expresamente en el art. 3. Asimismo, se prohíbe la sola amenaza de la comisión de algunos de los actos enunciados con la importancia que esta prohibición reviste en una interpretación similar a la realizada en el Protocolo I, art. 75.

El principio de no discriminación y la obligación de respetar el honor, las convicciones y prácticas religiosas de las personas protegidas, ha sido expresamente establecido en el párrafo 1 del presente artículo.

Resulta pertinente destacar la última parte del citado párrafo que dispone "queda prohibido que no haya supervivientes". Esta es una de las reglas fundamentales del Derecho de La Haya, y tiene por finalidad evitar que las hostilidades sean conducidas sobre la base del exterminio del enemigo. Claridad respecto de esta regla es muy importante, dado que ella es una precondition que en caso de no ser respetada convierte en letra muerta las demás garantías otorgadas a las personas protegidas.

El art. 4.3 establece las normas especiales de ayuda y protección a los niños que son particularmente vulnerables en comparación con el resto de la población. La lista de obligaciones allí enunciada no es taxativa y no debe interpretarse como en perjuicio de otras medidas más favorables que pudieran ser adoptadas. Al respecto, las autoridades tanto de *iure* como de *facto* en el territorio bajo su control tienen la obligación de proteger a los niños, proveyendo el cuidado y asistencia que ellos requieran, previniendo cualquier daño físico o mental y asegurando que su crecimiento sea tan normal como lo permitan las circunstancias.

El párrafo 3.d fija en los 15 años la edad mínima para poder ser reclutado por las Fuerzas Armadas. Esta disposición debe ser interpretada como una sugerencia y no rigurosamente, dado que biológica y psicológicamente la madurez varía y es impor-

tante no excluir la posibilidad de asistencia si ella fuera requerida para niños mayores de 15 años. Además debe considerarse el caso de los jóvenes, aun cuando sean mayores de 15 años, que se encuentran privados de libertad. Ellos requieren atención especial (tal como raciones extra de comida porque están creciendo). Por otra parte, es deseable y es práctica normal en muchos países que los niños y jóvenes sean mantenidos en lugares de detención separados del resto. Estas consideraciones permiten decir que el hecho de su reclutamiento antes de los 15 años no implique automáticamente la privación de la asistencia requerida en razón de su edad. Con respecto al proceso judicial, la pena de muerte por delitos relacionados con el conflicto no puede ser aplicada a personas menores de 18 años.

La obligación por parte de las autoridades de impartir a los niños una educación acorde con el deseo de sus padres, o de quienes tengan su guarda está estrechamente relacionada con el art. 18.4 del PIDCP y responde al propósito de asegurar la continuidad de la educación de los niños, preservando su identidad cultural y el vínculo con sus raíces; así como eliminar el riesgo de que los niños separados de sus familias puedan ser iniciados en una cultura, código, moral o religión que no sea acorde con el deseo de sus padres o tutores, o bien que puedan ser utilizados políticamente. Por ello, "educación" debe interpretarse en sentido amplio que incluya religión y educación moral.

El mismo artículo en su párrafo 3.b establece la obligación de facilitar la reunión de familias separadas. Encuentra su fuente en el art. 26 del IV Convenio, la autoridad no sólo debe permitir la búsqueda de miembros de familias dispersas, sino que además debe facilitar dicha búsqueda. La Agencia Central de Búsqueda del CICR es un excelente ejemplo de una organización humanitaria especializada en la reunión de familias separadas por el conflicto. Sus tareas principales son la transmisión de mensajes entre familias cuando se han interrumpido los sistemas de comunicación normales; información sobre los lugares de internamiento o detención de personas privadas de libertad y sobre su transferencia, liberación, notificación de muerte; registro de la población civil en caso de evacuación, especialmente de niños, etc.

El art. 5 tiene como propósito asegurar que las condiciones

de detención de las personas privadas de libertad por motivos relacionados con el conflicto sean razonables. Así se establecen obligaciones que implican la adopción de medidas concretas que garanticen un trato humano. De tal modo, consideradas en conjunto las disposiciones del art. 4 y el parágrafo 1 del art. 5 constituyen el "sustrato básico" de derechos al que cualquier persona tiene derecho aun cuando está privada de libertad por motivos relacionados con el conflicto (se excluye a delinquentes comunes) sean civiles o militares.

Siguiendo el ejemplo del art. 3 común, no se otorga un estatuto especial a los miembros de las Fuerzas Armadas o de los grupos armados que hubieren caído en manos del enemigo. Ellos no son legalmente prisioneros de guerra titulares de una protección especial, de allí la importancia de las reglas establecidas en este artículo como garantías mínimas.

Se asegura la protección de heridos y enfermos conforme el art. 7. Asimismo, se establece la obligación de satisfacer las necesidades básicas de estas personas como agua, comida e higiene. La obligación general aquí establecida, variará según las condiciones existentes en el área. En tal sentido, el tipo de subsistencia de la población civil constituye un parámetro adecuado para evaluar la cantidad de comida y agua que pueden recibir estas personas privadas de libertad.

Por otra parte, los detenidos tienen derecho a recibir socorros individuales y colectivos; a practicar su religión y a que se respeten sus convicciones y a recibir asistencia espiritual.

Muchas veces las medidas tendientes a mejorar las condiciones de vida de los detenidos (art. 5.2) no pueden concretarse. La citada disposición deberá ser considerada guía o directriz que podrá ser desarrollada según las circunstancias y la buena voluntad de los responsables del internamiento.

Las medidas aludidas se refieren a la separación de las mujeres, el derecho a enviar y recibir correspondencia; a estar internado o detenido en una zona alejada del combate, el derecho a exámenes médicos y la prohibición a someterlos a experimentos médicos.

Las garantías establecidas en los arts. 4 y 5 son aplicables también a aquellas personas que no están libres pero que tampoco están internadas como por ejemplo, casos de arresto domiciliario.

Respecto de la liberación de prisioneros se dispone que no deberá producirse si no están dadas las condiciones de seguridad necesarias.

El art. 6 (Diligencias penales) se refiere a las garantías judiciales "reconocidas como indispensables por los pueblos civilizados" a que alude el art. 3 común y que no son otras que las garantías del debido proceso.

Ellas tienen por objeto no sólo la defensa del individuo, sino también tienden a la limitación de la escalada de actos de violencia como también de actos de retorsión. Un soldado perteneciente a las Fuerzas Armadas en lucha contra otro país en un conflicto internacional tiene derecho en caso de ser apresado a la protección privilegiada otorgada a un prisionero de guerra. La situación de un combatiente en un conflicto armado no internacional es mucho más precaria, pudiendo ser condenado a muerte por el solo hecho de haber tomado las armas.

Respecto de las ejecuciones, no pudo imponerse el criterio del CICR en el texto definitivo del Protocolo de que ellas sean demoradas hasta el final de las hostilidades en razón de que en esa instancia es posible lograr una amnistía. Sin embargo, se formó consenso para prever que no se dictara pena de muerte contra personas menores de 18 años ni mujeres encintas o madres de niños de corta edad.

IV. El núcleo inderogable

Los derechos humanos constituyen un complejo interdependiente e indivisible. Por su parte, las garantías sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad de un derecho. En tal sentido ha expresado la Corte Interamericana en su opinión consultiva (OC 8/87): "El concepto de derechos y libertades, y por ende el de sus garantías, es inseparable del sistema de valores y principios que lo inspira. En una sociedad democrática, los derechos y libertades inherentes a la persona, sus garantías y el Estado de Derecho, constituyen una tríada, cada uno de cuyos componentes se define, completa y adquiere sentido en función de otros".

Sin embargo, en situaciones excepcionales que pongan en peligro la vida de la nación se pueden suspender o limitar el

ejercicio de ciertos derechos, pero hay otros cuya vigencia nunca jamás puede ser limitada o restringida. Ellos conforman el *núcleo inderogable* y como veremos a continuación la protección es similar tanto en el campo de los derechos humanos como en el DIH. Asimismo, para una mejor comprensión se adjunta un cuadro que establece los distintos artículos que contemplan la protección de estos derechos.

Derecho a la vida: su contenido es idéntico tanto en tiempos de paz como de guerra en el sentido de que no se trata de un derecho absoluto, su limitación es lícita en la medida que entre en conflicto con las exigencias de mantener el orden público, o según se desarrollen las operaciones militares. Si bien es lícito el acto de matar a un personal militar (enemigo) en una situación de conflicto armado, se establece la absoluta prohibición tanto en los Convenios como en los Protocolos de atentar contra la vida de las personas protegidas.

Tortura: su prohibición es absoluta tanto en el DIH como en el DIDH y cubre otros tratos y penas crueles inhumanos y degradantes, entendidos estos términos en el sentido de los instrumentos de la ONU tales como la Convención contra la tortura.

Esclavitud: se prohíbe en todas sus formas, especialmente las prácticas análogas tales como el apartheid y colonialismo, trata de blancas, prostitución, mutilación sexual de niñas, sevidumbre por deudas, tráfico ilícito de trabajadores migrantes, etc.

Personalidad jurídica: este derecho será reconocido como intangible solamente en la CADH. Sin embargo, cabe señalar que en DIH los arts. 14 III Conv., y 80, IV Conv., establecen este derecho respecto de los prisioneros de guerra e internados.

Garantías judiciales: el art. 3 común no contiene una expresa referencia a la irretroactividad de la ley penal, tampoco prevé el reconocimiento de la personalidad jurídica. Sin embargo, ellas pueden interpretarse incluidas en forma implícita a través de la expresión utilizada por el citado artículo que habla de "las garantías judiciales indispensables y reconocidas por los pueblos civilizados. Aquí podemos señalar una diferencia entre las garantías consagradas por los instrumentos de derechos humanos y las del DIH. Así, las garantías consagradas por el DIH como un proceso justo y regular son enun-

ciadas en detalle por los arts. 6 de la DUDH, 14 del PIDCP, y 8 del CADH. Pero estos artículos no integran el grupo "intangible" que no puede ser derogado o suspendido. Sólo la CADH establece en su art. 27.2 la no suspensión de las garantías indispensables para la tutela de los derechos intangibles. Ello nos permitiría decir que en caso de que fueran suspendidas las garantías judiciales en caso de guerra o peligro público excepcional, podría ser de aplicación respecto de las mismas las normas pertinentes del DIH que sí tienen carácter intangible, y la mejor prueba de esto es que ellas se aplican aun a los acusados de haber cometido crímenes de guerra e infracciones graves según el DIH.

Por otra parte, cabe señalar que las garantías judiciales están más detalladas en el Protocolo I (subp. g, h, i) que en el Protocolo II. Sin embargo, la expresión utilizada por el art. 6 sub. 2 comprende el principio de "fair trial" y agrega "en particular" es decir que la enunciación no debe interpretarse en forma restrictiva.

Por su parte, el Protocolo II desarrolla las garantías previstas en el art. 3 común, pero en razón del campo restringido de su aplicación, por lo general ellas son utilizadas en situaciones no cubiertas por el Protocolo II como por ejemplo, los Estados de excepción.

La extensión de las garantías judiciales varía según la naturaleza y gravedad del conflicto. En una situación de Estado de excepción el hecho de que un Estado suspenda las garantías judiciales resulta condenable, sobre todo si se consideran los abusos que en nombre de la seguridad del Estado se han cometido, tales como ejecuciones sumarias y arbitrarias, desapariciones forzadas, etc. En tal sentido, ha sido muy oportuna la opinión consultiva (OC 9/87) sobre Garantías judiciales en estados de emergencia. En dicha opinión, la Corte Interamericana determinó como no suspendibles durante los estados de emergencia aquellas garantías que sean indispensables para la protección de los derechos (arts. 7, 8 y 25 de la CADH).

Desde el punto de vista estrictamente convencional los instrumentos analizados del derecho humanitario, constituyen un paliativo respecto de ciertas lagunas que sobre esta cuestión existen en los instrumentos de derechos humanos.

Ello refleja el grado de complementariedad que existe entre ambos derechos. Dado que en DIH las garantías forman parte del núcleo inderogable, mientras que en derechos humanos sólo el art. 27.2 de la CADH habla de garantías indispensables para hacer valer un derecho.

Finalmente cabe señalar siguiendo la postura mayoritaria en doctrina, que el núcleo de derechos intangibles, el "standard mínimo humanitario", así como las garantías indispensables para la tutela y defensa de estos derechos tienen el rango de normas de *ius cogens* en el sentido del art. 23 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ello en razón de que este conjunto de normas reviste una importancia esencial para la comunidad internacional tanto en tiempos de paz como de guerra.

Estas reglas representan los imperativos de conciencia universal y han sido consideradas como reglas inherentes a la persona humana por diferentes civilizaciones y en diferentes épocas de la historia.

Al respecto señala R. Dupuy que en cierta forma la noción de comunidad internacional se identifica con la de humanidad, "ahora bien, mientras la primera rica en equívocos se reduce a una comunidad de Estados, la segunda abarca los pueblos y los individuos más allá de sus agrupamientos nacionales. Pero sobre todo la humanidad tiene un valor de eternidad, valor claramente expresado en el art. 75 del Protocolo I que emplea en el párrafo 2 el futuro, "son y serán siempre prohibidas". Las reglas del mínimo irreductible tienen como la humanidad un valor de eternidad, si la historia no tuviera que terminar."

V. Conclusiones

El DIDH es un derecho promocional tendiente a garantizar al individuo la posibilidad de desarrollarse como persona para realizar sus objetivos personales, sociales, económicos y políticos amparándolo contra los impedimentos u obstáculos que encuentre en su camino a raíz de la arbitrariedad del Estado.

El DIH, por su parte, es un derecho de "emergencia" es el último derecho tendiente a salvaguardar la integridad de la

persona humana en una situación límite como es la de un conflicto armado.

Sin embargo, si bien ambas ramas del Derecho Internacional tienen una estructura normativa propia, ámbitos de aplicación diferentes, y órganos de control específicos, coinciden en un objeto común, cual es la protección de la persona humana.

En cumplimiento del citado objetivo, ambos derechos establecen un conjunto de normas que consagran a ciertos derechos como intangibles, vigentes en todo tiempo y lugar y respecto de los cuáles los Estados no pueden establecer limitaciones, suspensiones ni derogaciones.

Este núcleo irreductible o standard mínimo humanitario tiene el carácter de *ius cogens* atribuido por la misma comunidad internacional que los consagró.

Si comparamos el catálogo de derechos intangibles consagrado por el DIH con el consagrado por el DIDH comprobamos tanto la similitud de sus contenidos como la posibilidad de que un derecho brinde protección frente a la laguna existente en el otro.

Como bien señala Swinarski: "Ello demuestra la relación complementaria que existe entre ambas ramas del Derecho Internacional desde el punto de vista de la aplicación de las normas de protección de las personas, y el ámbito concurrente bajo el aspecto de los efectos jurídicos que son aptas de proporcionar".

De allí la importancia de la existencia de ambos Derechos no sólo desde el punto de vista formal de las ratificaciones de los instrumentos citados de parte de los Estados, sino desde su plena vigencia efectiva ya que en opinión del autor citado:

"Mientras que en situaciones de conflicto armado o en situaciones análogas los hombres hagan sufrir a otros hombres es importante que haya reglas, procedimientos y mecanismos que permitan al ser humano vivir o sobrevivir sin ninguna discriminación de raza, de religión, de condición social o de credo político que se fundamenten en el respeto de su calidad de miembro de este conjunto al que todos pertenecemos: la humanidad".

LAS GARANTIAS FUNDAMENTALES DE LA PERSONA HUMANA

Normas	Prot. I art.	Art. 3 común Conv. Ginebra art.	Prot. II art.	DUDH art.	PIDCP art.	CADH art.
Derecho a la vida	75.2	3.1	4.2	3	6	4
Tortura	75.2	3.1	4.2	5	7	5
Esclavitud y servidumbre	implicito	implicito	4.2	4	8	6
Experimento médico	75.2	implicito	5.2(e)	-	7	implicito
Prohibición de tomar rehenes	75.2(c)	3.1(b)	4.2(c)	-	-	-
Principios de legalización y no retroactividad	75.4	3.1	6	11	15	9
Reconocimiento de la persona jurídica	-	-	-	6	16	3
Garantías judiciales	75.4	3.1	6.(1/5)	8/10	14	8
Libertad de pensamiento, conciencia y religión	75.1	implicito	4.1 y 5	18	18	12 y 13
Derecho político	-	-	-	21	25	23
Derecho de la mujer	75.5	-	5	implicito	implicito	implicito
Derecho del niño	77	-	4.3	25.2	24	19
Derecho al nombre	-	-	-	-	24.1	18
Derecho a una nacionalidad	-	-	-	15	24.3	20

Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) como órgano del Derecho Internacional Humanitario en el seno del movimiento de la Cruz Roja

Nicolás Borsinger

Delegado, Delegación Regional del Comité Internacional
de la Cruz Roja

I. Significado de la Cruz Roja

Cuando se habla de la Cruz Roja, generalmente se asocia este vocablo a un sentido de servicio, de alguna ayuda o asistencia, de algo médico, y se lo vincula, desde luego, con un concepto de servicio al hombre.

Así, el significado de la Cruz Roja, en su percepción más común y corriente, ya asocia el concepto a la noción de un servicio de carácter humanitario.

Sin embargo, el vocablo "Cruz Roja" encierra una realidad bastante más compleja, a nivel internacional y nacional, y corresponde a un conjunto de entidades, cada una con su propio cometido y su propia estructura.

Se trata de un movimiento, hoy en día, casi universal que reúne a más de 250.000.000 de seres humanos y tiene una multitud de funciones y competencias a raíz de varias gestiones nacionales e internacionales.

Conforman este movimiento tres elementos, a saber: el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR), ente fundador de toda la Cruz Roja; las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja y su Federación Internacional, la Liga de las Sociedades de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja.

La complejidad de la estructura del Movimiento de la Cruz Roja se debe al desarrollo del propio Movimiento, el cual no se concibió como una entidad en una sola vez, sino que se desarrolló paulatinamente a través de 125 años de su existencia, en función de las necesidades de su desempeño a favor de las personas, que necesitaban asistencia y protección.

Esta evolución tuvo un carácter pragmático y, frecuentemente, se han levantado las estructuras del Movimiento, antes de que se le haya definido su perfil jurídico por las actas de la comunidad internacioal o nacional.

Este pragmatismo del desarrollo de la Cruz Roja, corresponde a la propia naturaleza del Movimiento que ha de adaptarse a las dinámicas y variables circunstancias, que generan nuevas categorías de personas necesitadas del amparo de la Cruz Roja.

En esta índole, como en la de todo el desarrollo de la normativa internacional humanitaria, el hecho casi siempre precede al derecho. Es, quizá, la principal razón para que parezca la estructura de la Cruz Roja tan compleja, hasta causar múltiples confusiones sobre las respectivas competencias de sus distintos componentes.

La Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, es el órgano superior y principal, que se reúne, en principio, cada cuatro años. Participan de esta Conferencia las Sociedades Nacionales debidamente reconocidas (149 actualmente), cada una con un voto; la Liga de las Sociedades de la Cruz Roja y la Media Luna Roja, con un voto; el Comité Internacional de la Cruz Roja, con un voto, y todos los Estados Partes en los Convenios de Ginebra, cada uno con un voto; de tal manera que se trata al mismo tiempo de la más alta autoridad deliberante del movimiento y de un órgano que supera —por su integración gubernamental— el marco del movimiento mismo, constituyéndose en una reunión internacional, *sui generis* en los anales del desarrollo de las instituciones internacionales.

Cabe poner de relieve que con 166 Estados Partes en los Convenios de Ginebra habilitados para participar en la Conferencia Internacional, disponen los últimos, en el seno de la Conferencia, de una mayoría absoluta de voto; ninguna decisión de este órgano se puede adoptar sin el apoyo de, por lo menos, una importante parte de ellos.

La participación gubernamental confiere a todas las actas y documentos jurídicos de la Conferencia un carácter particular, situándolos, en la jerarquía jurídica, por encima de las propias reglas de la Cruz Roja, al nivel de los análogos instrumentos adoptados por los órganos internacionales gubernamentales, con todos los efectos que corresponden.

II. El Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR)

En el sistema de implementación del proceso de la puesta en marcha de las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario y de la acción internacional humanitaria, la Institución a quien incumben tareas específicas es el Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR).

Elemento fundador de todo el Movimiento de la Cruz Roja, creado en 1863, esta Institución fue inicialmente un organismo de beneficencia privado, establecido en Ginebra por cinco ciudadanos suizos, con fines de dar cuerpo a las generosas ideas de Henry Dunant.

Fue el Comité, ya en 1864, el que instrumentó la convocatoria por el Gobierno suizo de la Conferencia diplomática en Ginebra para aprobar el primer sistema universal de protección jurídica internacional de las víctimas de conflicto armado: el Convenio de Ginebra del 22 de agosto de 1864.

A partir de este primer instrumento de la normativa internacional multilateral se atribuyeron al CICR tareas internacionales cada vez más amplias, abarcando nuevas categorías de víctimas y extendiendo continuamente el campo de acción, de protección y de asistencia.

Hoy, es posible distinguir, al respecto, las siguientes competencias del Comité Internacional de la Cruz Roja:

1. La de agente de implementación de los tratados de Ginebra.
2. La de custodio del Derecho Internacional Humanitario y de los principios de la Cruz Roja.
3. La de promotor y de propagador del DIH.
4. La de actor de la acción humanitaria por su propia iniciativa.
5. La de gestor de las actividades humanitarias por encargo de la comunidad internacional.
6. La de componente y elemento fundador del movimiento de la Cruz Roja.

Estas diversas funciones de la Institución, configuran una situación jurídica *sui generis* en toda la historia de las relaciones internacionales y constituyen la personería jurídica de la entidad, permitiéndole entrar en relaciones directas con los Estados en el desempeño de su particular cometido.

Al desempeñar sus funciones, el CICR puede aparecer asumiendo tareas que corresponden a la vez, a varias órbitas de su competencia.

De este modo la actuación de la Institución reúne casi siempre diversos aspectos de su cometido, por lo que la precedente clasificación de las mencionadas competencias, no puede considerarse rígida o dividida en compartimientos estancos.

Sumario de discusión ¹

Segunda sesión

Metodología

Durante esta sesión, a cargo del Comité Internacional de la Cruz Roja se llevó a cabo una actividad de trabajo en grupos en la que cada uno debía resolver el caso adjunto mediante la aplicación de las normas del Derecho Internacional Humanitario y de los instrumentos de protección de derechos humanos que les fueron distribuidos. Luego el relator de cada grupo expuso la solución, al tiempo que los expositores destacaban los aspectos salientes y efectuaban las correcciones pertinentes.

1) Los tres grupos coincidieron en calificar la situación expuesta como un caso de disturbios interiores.

El delegado regional del CICR señaló que las categorías de hechos de violencia armada no son determinadas de manera teóricamente "pura". La definición es la siguiente: sin que haya conflicto armado no internacional propiamente dicho, con el cumplimiento del artículo 1 del Protocolo II se reflejan actos de violencia de diferentes grados, pero la diferencia no es tajantemente clara.

2) Respecto de las normas del DIH aplicables a la situación descrita, dos grupos coincidieron en afirmar que era pertinente invocar el artículo 3 común a los Convenios de Ginebra atento que habían sido vulnerados el derecho a la vida, a la integridad, a la libertad de expresión, el principio de legalidad y las garantías judiciales; contraviniendo las disposiciones de la citada norma. El tercer grupo, por su parte, aplicó a la situación directamente el Protocolo II. El representante del CICR explicó entonces que el art. 1, inciso 2 del

¹ Participaron en esta actividad: Ch. Swinarski (delegado regional del CICR), N. Borsinger (delegado CICR) y S. Fraidenraij (consultora CICR).

mencionado instrumento determina el límite de su aplicación excluyendo expresamente a las situaciones de disturbios interiores y tensiones internas. Asimismo agregó, que si se amplía de manera abrasiva el ámbito de aplicación de los instrumentos de protección de la persona humana, se estaría contra la vigencia de éstos.

3) Todos los grupos respondieron señalando que el CICR podía actuar en el caso planteado amparado por las disposiciones del art. 3 común, segunda parte, en ejercicio de su derecho de iniciativa humanitaria, establecido también en sus propios Estatutos, y en el mandato que le ha conferido el Movimiento Internacional de la Cruz Roja.

4) Los grupos concluyeron que las normas de derechos humanos aplicables eran las del art. 4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas y el art. 27 del Pacto de San José de Costa Rica.

El representante del CICR destacó dentro de los derechos intangibles establecidos en el sistema interamericano el derecho a casarse y a formar una familia, expresando que la personalidad jurídica se distingue del individuo, constituyendo un tema autónomo.

Derecho Internacional Humanitario Caso

- En un país de América Latina, debido a la existencia de una situación de violencia generalizada, el Gobierno impuso, mediante un decreto, el Estado de emergencia.
- La oposición encabezada por un partido proscrito por el mismo decreto, denominado Movimiento de Liberación Popular (MLP) lleva a cabo esporádicos enfrentamientos contra las fuerzas de seguridad.
- Por otra parte, se organizan manifestaciones públicas de protesta contra el régimen. A consecuencia de las mismas, se producen arrestos en masa y un elevado número de detenidos políticos respecto de los cuales existen alegaciones de tortura, malos tratos y desapariciones forzadas.
- En este contexto, en el mes de marzo, cuatro personas jó-

- venes , de origen rural, atacan una comisaría. Como resultado del enfrentamiento, dos policías y uno de los atacantes, resultan heridos. Este último moriría tiempo después.
- Los tres restantes, confinados en prisión, confesaron su culpabilidad y fueron juzgados dos meses más tarde por un Tribunal constituido al efecto, por el Poder Ejecutivo, conforme a un decreto del 2 de abril. El proceso de sustanciación en secreto y los acusados, fueron condenados a 10 años de prisión por asociación subversiva y traición a la Patria.
 - Meses después, uno de los jóvenes, solicitó autorización para contraer matrimonio en prisión. El permiso le fue denegado.
 - Según información procedente de fuentes nacionales e internacionales, la muerte del cuarto joven, se produjo porque el funcionario policial a cargo se negó a proveerle la atención médica requerida, aduciendo que él no iba a ayudar a “traidores que asesinaban policías”. Asimismo se informó que las confesiones de culpabilidad de los tres restantes fueron obtenidas bajo tortura.
 - El Estado en cuestión es Parte de los Convenios de Ginebra de 1949 y sus Protocolos Adicionales, así como del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo de Naciones Unidas de 1966, y de la CADH o Pacto de San José de Costa Rica.
1. ¿Cómo calificaría usted, en el ámbito del Derecho Internacional Humanitario, la situación del país en cuestión? Explíquelo.
 2. ¿Cuáles serían las normas del DIH cuyo respeto podría reclamarse ante el Estado donde ocurrieron los hechos?
 3. ¿Cuál podría ser la actuación del Comité Internacional de la Cruz Roja y sobre qué base legal?
 4. ¿Qué normas previstas en los instrumentos de derechos humanos podrían tener aplicación?

Tercera sesión

Cláusulas de cesación y de exclusión del Estatuto de Refugiado

Jaime Ruiz de Santiago
Jefe de la Oficina del ACNUR en Brasil

El estatuto de refugiado denota la existencia de una situación transitoria, que debe cesar en un determinado momento (al menos es lo deseable). Pero existen también, circunstancias que hacen imposible su aparición: tal es precisamente el tema de las cláusulas de cesación y exclusión. Son mencionadas, al igual que la definición de refugiado, en el artículo 1 de la Convención, pero aparecen en el apartado C —cláusulas de cesación— y en los apartados D, E y F —cláusulas de exclusión—, respectivamente.

El artículo 1, C dice lo siguiente: "En los casos que se enumeran a continuación, esta Convención cesará de ser aplicable a toda persona comprendida en las disposiciones de la sección A precedente:

1. Si se ha acogido de nuevo, voluntariamente, a la protección del país de su nacionalidad; o
2. Si habiendo perdido su nacionalidad, la ha recobrado voluntariamente; o
3. Si ha adquirido una nueva nacionalidad y disfruta de la protección del país de su nueva nacionalidad; o
4. Si voluntariamente se ha establecido de nuevo en el país que había abandonado o fuera del cual había permanecido por temor de ser perseguida; o
5. Si, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, no puede continuar negándose a acogerse a la protección del país de su nacionalidad.

Queda entendido, sin embargo, que las disposiciones del presente párrafo no se aplicarán a los refugiados comprendidos en el párrafo 1 de la sección A del presente artículo que puedan invocar, para negarse a acogerse a la protección del

país de su nacionalidad, razones imperiosas derivadas de persecuciones anteriores;

6. Si se trata de una persona que no tiene nacionalidad y, por haber desaparecido las circunstancias en virtud de las cuales fue reconocida como refugiada, está en condiciones de regresar al país donde antes tenía su residencia habitual.

Es decir que estas cláusulas de cesación se aplican cuando ha desaparecido el carácter objetivo o fundado del temor de persecución. Pero la aplicación de estas cláusulas suele plantear diversas dificultades, de las que uno debe ser consciente. Como es habitual, se puede decir que estas cláusulas de cesación marcan grandes líneas, dentro de las cuales no se incluyen todos los casos que se pueden presentar.

Tomemos, por ejemplo, la cláusula 1: puede decirse que normalmente una prueba de que la persona se ha acogido voluntariamente a la protección del país de su nacionalidad está dada por el hecho de haberse presentado ante la representación diplomática de su país para solicitar determinados documentos administrativos —documento de identidad, certificados de estudio, etc.—, para solicitar la renovación de su pasaporte o la expedición de uno nuevo. Y, sin embargo, la experiencia prueba que, en múltiples ocasiones, la persona puede solicitar todos esos documentos, y el Estado al que pertenece se los suele entregar (es cierto, mediante determinadas sumas de dinero que suelen ser considerables) sin que dejen de existir razones que fundamenten lo objetivo del temor de persecución. En caso extremo se puede inclusive poder obtener los anteriores documentos sabiendo con certeza que el Estado de origen prohibirá cualquier posible retorno.

La adquisición de una nueva nacionalidad, cláusula 3, debe hacer entrar en juego todos los criterios existentes a nivel de Derecho Internacional relacionados con la materia. E inclusive así, no cesan los problemas. Estos se pueden hacer presentes, por ejemplo, cuando se plantea la posibilidad de incluir o no a una persona en un programa de repatriación.

La repatriación voluntaria, en principio, sólo puede beneficiar a quienes son refugiados —como tales reconocidos o simplemente “de facto”— y no a quienes, por haber adquirido una nueva nacionalidad, han dejado de serlo. Pero, ¿qué

sucedirá en el caso de una persona que, habiendo dejado su país de origen (Estado A) y viviendo en un país diferente (Estado B) ha optado por solicitar la nacionalidad a la que le da derecho aquélla de sus padres (Estado C) tan sólo para resolver problemas administrativos que se le presentan en el país donde reside (Estado B) y sin que existan lazos permanentes, estables, afectivos y efectivos con el país a cuya nacionalidad acude (Estado C)?, ¿tiene o no derecho a beneficiarse del programa de repatriación que le permita volver a su país de origen (Estado A), pues, además de distante físicamente del país de la nueva nacionalidad adquirida (Estado C) no tiene absolutamente ningún interés en volver a él?

El problema es más grave si la persona, perteneciendo por origen al Estado A, ha adquirido una nueva nacionalidad y ésta significa un vínculo efectivo y estable, ¿tiene derecho a beneficiarse de un programa de repatriación (al Estado A)? La respuesta parece, en principio, negativa. Pero lo que se afirma "en principio", ¿se mantendrá inflexible? El ACNUR no puede olvidar el carácter humanitario de su misión... y la experiencia prueba que el "principio" no ha dejado de experimentar excepciones (que, sin embargo, no constituyen nunca regla general).

De igual modo la cláusula 4 debe mirarse con atención, siendo de relevancia el hecho de que la vuelta al país, además de su carácter voluntario, debe haber sido con el fin de establecerse en él. Sólo así podrá operar la cláusula. Ello significa que un refugiado puede retornar a su país de origen en rápidas visitas y sólo por circunstancias excepcionales y sin que este retorno represente *ipso facto* la cesación de su estatuto de refugiado. Pero, ¿qué significa "en rápidas visitas y sólo por circunstancias excepcionales"? Será necesario estudiar cada caso en particular. ¿Retorno obligado por la enfermedad o fallecimiento de un pariente cercano, para solucionar un problema particularmente grave, estancia por unos días, unas semanas, unos meses?

Es interesante destacar, en este sentido, que en numerosas ocasiones el ACNUR ha organizado, de acuerdo con el país de origen y con el país de refugio, el "retorno" de cierto número de refugiados para que vean las nuevas circunstancias existentes en el país de origen (sin que esto automática-

mente signifique que las mismas implican un cambio de autoridades), y vuelvan al país de refugio sin haber perdido su estatuto de refugiados, describiendo a sus compañeros de refugio lo que han podido percibir *in situ*.

Esto es, sin duda, diferente al caso de la persona que, habiendo vuelto para establecerse a su país de origen, y por ello haber perdido el estatuto de refugiada, vuelve a experimentar y sufrir temores fundados de persecución que le volverán a obligar nuevamente a abandonar su país y buscar protección en un país diferente.

Respecto a la cláusula 5, lo esencial es que hayan desaparecido las circunstancias que fundaron el reconocimiento del refugio. Esto normalmente aparece ante el hecho de un cambio de gobierno, pero... no siempre sucede así. Puede acaecer que, sin que exista un cambio de autoridades, sí se produzca un cambio de actitudes que permitan hablar de la desaparición de las circunstancias en virtud de las cuales una persona fue reconocida como refugiada. También puede suceder, por el contrario, que sólo cambien ciertas autoridades y no todas, o que las disposiciones de las nuevas autoridades no cambien con relación a los motivos que fundan lo razonable de un temor de persecución. Por ello, el párrafo segundo de esta cláusula 5 es importante.

La cláusula 6, por su parte, se refiere a la situación del apátrida y debe interpretarse a la luz de lo que antes hemos dicho.

Las cláusulas de exclusión se mencionan en tres apartados.

El primero, el D, establece que la Convención no es aplicable "a las personas que reciben actualmente protección o asistencia de un órgano u organismo de las Naciones Unidas distinto del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados".

Esta exclusión tenía en mente la protección o asistencia que proporcionaba anteriormente el organismo de las Naciones Unidas para la reconstrucción de Corea y actualmente el organismo de Obras Públicas y Socorro de las Naciones Unidas para los refugiados de Palestina en el Cercano Oriente (OOPS), pudiendo haber situaciones similares en el futuro.

Cabe señalar que el OOPS está presente sólo en algunas zonas del Medio Oriente y que sólo ahí proporciona protección o asistencia. En caso de que un refugiado de Palestina

se encuentre fuera de esas zonas, su estatuto debe ser determinado de acuerdo a la Convención de 1951 y normalmente debería ser suficiente darse cuenta de que las circunstancias que interesaban al OOPS no han desaparecido y que no se aplican las cláusulas de cesación ni otras de exclusión, de modo que continúa siendo refugiado.

El apartado E habla de personas no necesitadas de protección internacional porque las autoridades competentes del país donde residen reconocen "los derechos y obligaciones inherentes a la posesión de la nacionalidad de tal país".

Los redactores de la Convención, al establecer esta cláusula, tenían en vista básicamente los refugiados de origen alemán llegados a la República Federal de Alemania donde les fueron reconocidos los derechos y obligaciones que implica la nacionalidad alemana. Escrita esta cláusula hace 40 años, ha vuelto a cobrar actualidad el día de hoy.

El apartado F, por último, es más complejo. De acuerdo al mismo "Las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan motivos fundados para considerar:

a) que ha cometido un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos;

b) que ha cometido un grave delito común, fuera del país de refugio, antes de ser admitida en él como refugiado;

c) que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas".

De nuevo para entender estas disposiciones es necesario tener en cuenta lo ocurrido en Europa tras la Segunda Guerra Mundial y los juicios a los grandes criminales de guerra que le siguieron.

La explicación de estas cláusulas es estricta, siendo necesario determinar si existen "motivos fundados para considerar" que se ha cometido alguno de los actos señalados.

Los delitos contra la paz son aquellos definidos por la Carta del Tribunal Militar Internacional e incluyen la planeación, preparación o inicio de una guerra de agresión o de una guerra en violación de tratados internacionales o la participación en una conspiración para cualquiera de las ya existentes.

Los crímenes de guerra están representados por violaciones a las leyes o costumbres de la guerra, incluyendo "asesinato, maltrato o deportación para trabajo de esclavitud o para cualquier otro propósito de una población civil o, si se está en territorio ocupado, asesinato o maltrato de prisioneros de guerra o personas en el mar, asesinato de rehenes, destrucción de propiedad pública o privada, destrucción de ciudades, pueblos o caseríos, o una destrucción no justificada por necesidades militares".

Para la cabal comprensión de esta disposición deben tenerse en cuenta los graves atentados descriptos en las Convenciones de Ginebra de 1949 para protección de víctimas de guerra y que comprenden asesinatos, tratamientos inhumanos, incluyendo experimentos biológicos y que voluntariamente causen grandes sufrimientos o heridas serias al cuerpo o a la salud.

Lo anterior ha sido la base que tuvo en cuenta el Comité Jurídico de Expertos cuando elaboró el documento jurídico de la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA) sobre "Principios y Criterios para la Protección y Asistencia de los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina", cuyo parágrafo 30 trata del carácter civil del concepto de refugiado. Ahí se dice que "el concepto de refugiado consagrado en la Declaración de Cartagena, como otras definiciones, se basa en la presunción de que las personas en cuestión son civiles. El término refugiado, tanto en el sentido ordinario como jurídico, se refiere a personas que no toman parte en las hostilidades, siendo esta condición *sine qua non* para ser refugiado. En otras palabras, los combatientes, sean miembros de fuerzas regulares o irregulares, no son refugiados. No obstante lo anterior, otras personas como los ex combatientes, pueden ser considerados como refugiados en tanto llenen los criterios de la definición.

Esto tuvo enorme relevancia al juzgar conflictos ocurridos en Centroamérica.

En cuanto a los crímenes contra la humanidad, la Carta del Tribunal Militar Internacional incluye los asesinatos, el exterminio, la esclavitud, deportación y otros actos inhumanos cometidos contra la población civil, antes o durante la

guerra, al igual que la persecución por motivos políticos, raciales o religiosos ejecutados en conexión con cualquiera de los delitos que caen bajo la jurisdicción del Tribunal.

Crímenes contra la humanidad han sido considerados también, el genocidio (de acuerdo a la Convención de 1948 sobre la materia) y el apartheid (conforme a la Convención para la Supresión y Castigo del Delito de Apartheid).

El documento jurídico de CIREFCA recuerda estas exclusiones en el parágrafo 36, y aclara que "estas disposiciones son de capital importancia al considerar solicitudes para establecer la condición de refugiados de ex combatientes. Dichas solicitudes serán denegadas en caso de que los solicitantes hayan cometido actos atroces u otras graves violaciones de derechos humanos. En lo que concierne a los mercenarios, se les negará también el estatuto de refugiado, puesto que sus actividades son contrarias a los principios fundamentales del Derecho Internacional".

La cláusula b) considera, como factor de exclusión del estatuto de refugiado, la comisión de un "grave delito común", fuera del país de refugio y antes de ser admitido en él.

De nuevo se plantea el problema de si el delito es "común" o "político", lo que, como ya sabemos, debe tomar en consideración su naturaleza (elemento objetivo) y finalidad (elemento subjetivo). Debe existir una relación de causalidad directa entre el delito cometido y la finalidad y el objetivo político invocados, debiendo el elemento político predominar sobre su carácter de delito de derecho común. Además de causalidad directa se requiere también proporcionalidad y ausencia de comisión de actos atroces.

Existen dificultades con la interpretación del carácter "grave" del delito cometido, pero en general se supone que la infracción debe ser sancionada con la pena de muerte o con penas sumamente severas. También se debe considerar la relación de equilibrio entre la naturaleza del delito y el grado de persecución. Y al calificar la naturaleza del delito, todas las circunstancias pertinentes —atenuantes y agravantes— deben ser tomadas en consideración.

Caso diferente lo plantea la comisión de un delito en el país de refugio: en este supuesto el refugiado debe ser juzgado y sancionado conforme a las leyes internas del país que lo

ha admitido como refugiado, y sin que esto le haga perder su condición.

Por último, la cláusula c) repite en parte la a), pero en forma más general. Las finalidades y principios de las Naciones Unidas aparecen en el preámbulo y en los dos primeros artículos de la Carta de las Naciones Unidas, de cuyo contexto se sigue que una persona que haya cometido un acto contrario a estos principios debe haber detentado un puesto de autoridad en un Estado Miembro y haber jugado papel determinante de la infracción, por su Estado, de esos principios.

Entre las finalidades y principios de las Naciones Unidas se cuenta el cuidado por la paz y seguridad internacional, el respeto por la igualdad de derechos y la auto determinación de los pueblos, la cooperación internacional en materias económicas, culturales y humanitarias y la promoción de los derechos humanos.

De todo lo anterior se comprende la importancia de manejar con gran cautela tanto las cláusulas de cesación como las de exclusión y que la presencia y opinión del ACNUR juegan en ello, predominante papel. Se trata, a fin de cuentas, de brindar eficaz protección a la persona que la merece.

Relaciones entre el asilo y el refugio

Jaime Ruiz de Santiago

Jefe de la Oficina del ACNUR en Brasil

Asilo y refugio pueden ser considerados como instituciones protectoras de la persona humana enfrentada al terrible hecho de la persecución. Esta consideración es totalmente válida, siendo incluso posible afirmar que el asilo, a nivel universal, puede ser considerado como un instituto dentro del cual aparecen otros dos que son diferentes: el asilo propio de la tradición latinoamericana y el refugio que posee carácter universal.

Sin embargo las diferencias que existen, entre el asilo latinoamericano y el refugio de carácter universal son tales que, más bien parece pertinente fijarse en tal perspectiva. El orgullo que con razón manifiesta la tradición del asilo latinoamericano permite afirmar las notas que lo distinguen del instituto del refugio. Al celebrarse importantes aniversarios de sus respectivos nacimientos —en 1989 se celebró el centenario del asilo como instituto convencional latinoamericano; en 1991 se conmemora el 40º Aniversario de la Convención de Ginebra sobre el Estatuto de los Refugiados— resulta imprescindible fijar las notas que, distinguiendo las figuras, permiten hablar de deseable complementariedad, de fecunda conjugación.

Vale la pena recordar que el asilo latinoamericano fue regulado por vez primera a nivel convencional en el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo (1889), que recogió una venerable costumbre de gran riqueza e inmemorial cuño, pero que en el siglo XIX se encontraba en franca decadencia en Europa y en Estados Unidos. Conservó por el contrario su lozanía en América Latina, quizá debido a las luchas independentistas que causaron tantas y tan vivas persecuciones, y ahí se sintió la necesidad de regularlo a través de tratados o convenciones adecuadas.

Debe subrayarse que el Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889 carece de antecedentes conven-

cionales y que su formulación convencional fue sugerida por esos dos grandes juristas latinoamericanos que fueron Andrés Bello y Carlos Calvo.

Al reunirse la comisión para elaborar el futuro Tratado de Derecho Penal Internacional, la delegación argentina subrayó el deseo de unir el tratamiento jurídico de la extradición —que ya había sido objeto de normas convencionales anteriores— a aquel del asilo, lo que permitió dedicar todo un apartado (el título II, que cuenta con tres artículos) a la regulación del asilo, que se inscribe en la órbita del apartado destinado a la regulación de la extradición (título III).

En el momento en que los gobiernos de Argentina, Bolivia, Paraguay, Perú y Uruguay firmaron el tratado el 23 de enero de 1889, colocaron las bases firmes de una figura convencional que después conocería dimensiones continentales gracias a las convenciones que precisarían la fisonomía del asilo como institución protectora de derechos humanos fundamentales. Se inició así, un movimiento fecundo que después fue ahondado y clarificado por la Convención sobre Asilo de 1928 (La Habana), la Convención sobre Asilo Político de 1933 (Montevideo), el Tratado sobre Asilo y Refugio Políticos de 1939 (Montevideo), el Tratado de Derecho Penal Internacional de 1940 (Montevideo), las Convenciones sobre Asilo Territorial y Asilo Diplomático de 1954 (Caracas), y las precisiones que al respecto contiene la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (San José, Costa Rica).

En esa evolución que va desde 1889 a 1969, se experimentó un lento e importante proceso de clarificación de figuras y de palabras, tal como se muestra en recientes estudios.

Entre tanto, Europa conoció los horrores de las dos Guerras Mundiales que produjeron como consecuencia el desplazamiento de numerosas personas que fueron obligadas a abandonar sus países de origen y que requirieron ser atendidas para solucionar sus múltiples problemas. De ese modo Fridtjof Nansen recibió en 1919 el mandato de la naciente Sociedad de Naciones de atender a esas personas refugiadas y buscar salida a su situación, lo que logró a través de su integración en los países en donde se encontraban o por medio de su repatriación voluntaria, cuando era posible.

La benemérita obra de Nansen —auténtico Primer Alto Co-

misionado para los Refugiados— tuvo necesidad de ser proseguida, en 1943, por la Administración de las Naciones Unidas para el Auxilio y la Rehabilitación (UNRRA), cuyas operaciones habían de prolongarse hasta 1947, fecha en que inició sus labores la Organización Internacional para Refugiados (OIR), con sede en Ginebra, y que tenía como principales tareas las de identificar a los refugiados, expedirles documentos, asistirlos en sus diversas necesidades, atender las peticiones de repatriación, ayudar a los refugiados a lograr una adecuada integración local y, cuando fuere necesario, intervenir para obtener su reasentamiento en un tercer país.

Aunque la OIR fue creada con un carácter provisional, pronto la ONU vio la necesidad de crear una institución que le sucediese y que prosiguiese sus ingentes tareas. El obstáculo mayor lo constituía el que, para enfrentar eficazmente el reto planteado por la existencia de los refugiados, se requerían criterios universalmente aceptados a su respecto.

A resolver esta espinosa cuestión ayudó decisivamente la Declaración Universal de Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General el 10 de diciembre de 1948, que proclama en su artículo 14 que “cada persona tiene derecho a buscar y gozar de asilo en otros países si sufre persecución”.

El 3 de diciembre de 1949 la Asamblea General resolvió designar un Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, y un año después, el 14 de diciembre de 1950, aprobó el Estatuto que normaría sus actividades.

Es interesante observar que al establecerse la naturaleza propia del refugiado, aparece la llamada “limitación temporal” que afecta las tareas del Alto Comisionado, pues se dice que éste tendrá competencia respecto de “cualquier persona que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951, y debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad u opinión política, se encuentre fuera del país de su nacionalidad...” (6.A.i.i).

El 1º de enero de 1951 comenzó a funcionar la oficina del ACNUR con mandato por tres años, y dotado de un instrumento convencional, sancionado por la comunidad internacional, tendiente a facilitar la realización de sus tareas. Fue así como, el 28 de julio de 1951, la Asamblea General de la

ONU aprobó la Convención Relativa al Estatuto de los Refugiados, que constituye, por así decirlo, la Carta Magna de este instituto.

Es interesante marcar que esta Convención, a pesar de su indudable grandeza, está marcada por sus orígenes históricos, pues apareció antes que nada como remedio a la situación existente en Europa tras la Segunda Guerra Mundial y en medio de una guerra fría que dificultada las relaciones entre las grandes potencias.

Tal origen se percibe en la "limitación temporal" y en la llamada "reserva geográfica", por la cual sólo se reconoce como refugiado a las personas que hayan dejado su país de origen, con fundado temor de persecución, por acontecimientos ocurridos en Europa. Los refugiados, por tal limitación, eran de origen europeo.

La "limitación temporal" quedó superada gracias al Protocolo sobre el Estatuto de los Refugiados que, después de ser examinado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, quedó abierto a la adhesión de los Estados el 31 de enero de 1967 y entró en vigor el 4 de octubre del mismo año.

Es interesante notar que en un principio los países del continente americano consideraron que tales instrumentos internacionales tenían validez fundamentalmente para los refugiados europeos, de manera que al dar su adhesión a los mismos solían conservar la "reserva geográfica". Se pensaba que los problemas regionales podían hallar adecuada solución en los instrumentos elaborados en la propia región y que hacían del asilo una de las instituciones convencionales más ricas y típicas producidas en esta parte del mundo. En este sentido Leonardo Franco ha escrito ¹ que "entre 1951 y 1967 los países que ratificaron la Convención de 1951 fueron por orden cronológico: Ecuador el 7 de agosto de 1955; Brasil el 16 de noviembre de 1960; Colombia el 10 de octubre de 1961; Argentina el 15 de noviembre de 1961 y Perú el 21 de diciembre de 1984. Sólo Colombia ratificó la Convención de 1951 sin reserva geográfica; Ecuador y Perú levanta-

¹ *Problemas en la protección de los refugiados en América Latina* (Anuario jurídico Interamericano, OEA, Washington, 1983).

ron la reserva geográfica el 1º de febrero de 1972 y el 8 de diciembre de 1980 respectivamente; Argentina lo hizo el 23 de octubre de 1984” y Brasil lo llevó a cabo el 19 de diciembre de 1989. A ello habría que añadir que incluso cuando Paraguay se adhirió a la Convención de 1951 y al Protocolo el 1º de abril de 1970, mantuvo la reserva geográfica y que sólo hace muy poco tiempo la acaba de levantar.

A la luz de lo expuesto en este tema se puede establecer una comparación ente la institución regional (el asilo) y la universal (el refugio), señalando las notas que las distinguen, y los aspectos que hacen semejantes a ambas figuras.

Para comenzar con las notas que representan reales diferencias, y, sin pretender establecer una enumeración exhaustiva, habría que señalar las siguientes:

— El asilo representa una institución convencional regional, establecida en el mundo latinoamericano, en tanto el refugio es una institución convencional universal;

— La resolución que concede asilo a un peticionante posee un carácter propiamente declarativo, abriéndose en consecuencia la posibilidad de los refugiados “de facto” que tanta importancia tiene para algunos capítulos del derecho de los refugiados, como lo es todo lo pertinente a la repatriación voluntaria, de incalculables consecuencias en el caso de repatriados latinoamericanos de origen uruguayo, argentino y actualmente chileno o paraguayo. La existencia de refugiados “de facto” constituye igualmente, punto importante en el tratamiento del problema de los refugiados en América Central. Todo esto, sin detrimento de aquellas doctrinas que consideran como derecho de la persona aquél de buscar y gozar del asilo.

— El asilo puede ser concedido en el propio país de origen del peticionante, en tanto para el refugio es condición esencial que la persona se encuentre fuera de su país de origen. Es interesante en este aspecto recordar los orígenes del asilo, que de alguna manera se hacen transparentes actualmente en el asilo diplomático, superada por otra parte la doctrina que intenta explicarlo usando la llamada teoría de la extraterritorialidad.

— Lo anterior permite afirmar que el asilo representa el ejercicio de un acto soberano propio de los Estados y respecto del cual no existe ningún organismo encargado de su

cumplimiento. Así se comprende el artículo I de la Convención sobre Asilo Territorial de Caracas (1954), que dice: "Todo Estado tiene derecho, en ejercicio de su soberanía, a admitir dentro de su territorio a las personas que juzgue conveniente, sin que por el ejercicio de este derecho ningún otro Estado pueda hacer reclamo alguno", al igual que el artículo II de la Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas (1954), que dice: "Todo Estado tiene derecho de conceder asilo, pero no está obligado a otorgarlo ni a declarar porqué lo niega". Si se trata del refugio, los Estados se encuentran ligados al respecto de esta institución y es a un organismo internacional, el ACNUR, a quien se ha encomendado su vigilancia. De este modo se comprende el artículo I del Estatuto que creó la oficina del ACNUR el 14 de diciembre de 1951, en el cual se especifica: "El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para Refugiados, actuando bajo la autoridad de la Asamblea General, asumirá la función de proporcionar protección internacional, bajo los auspicios de las Naciones Unidas, a los refugiados que reúnan las condiciones previstas en el presente Estatuto". Se trata, en consecuencia, de una serie de notas —condiciones— que constituyen a una persona en la calidad de refugiado, calidad que debe ser juzgada y reconocida por los Estados. En este sentido, la propuesta que suele sostener el ACNUR es la de que debe ser una institución creada por el propio Estado —y de la que el ACNUR regularmente forme parte— la que reciba, analice y decida las peticiones tendientes al reconocimiento de la condición de refugiado.

— El asilo es una institución que nació como protección frente a una persecución, la que debe ser actual y presente, contra una persona, lo que se refleja en el artículo II de la Convención sobre Asilo Territorial de Caracas (1954): "El respeto, que según el Derecho Internacional se debe a la jurisdicción de cada Estado sobre los habitantes de su territorio se debe igualmente, sin ninguna restricción, a la que tiene sobre las personas que ingresan con procedencia de un Estado en donde sean perseguidas". Lo mismo el artículo I de la Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas, del mismo año: "El asilo otorgado en legaciones, navíos de guerra y campamentos o aeronaves militares, a personas perseguidas..."

El refugio, por el contrario, es menos riguroso, al respecto,

pues no requiere de una actual y efectiva persecución y le es suficiente “el fundado temor de persecución”. Esto significa que el refugio resulta del encuentro de un doble elemento, uno subjetivo —el temor— y otro objetivo —la persecución—, siendo el segundo el que funda o explica al primero, lo que quizá es más patente en la versión en inglés de la Convención de 1951, la que habla de *well founded fear*, lo mismo que la versión francesa, que dice: *craignant avec raison d'être persécutée*. Por ello el refugio, al ser analizado en los casos concretos, requiere una actividad humanitaria de extrema prudencia, pues es necesario considerar todos los elementos que puedan explicar lo “fundado” —bien fundamentado— del temor que pueda sentir una persona ante una actual o potencial persecución. Como todos aquellos casos en los que se encuentra en juego la justicia (valor que explícitamente es mencionado en el artículo 1.1 de la Carta fundacional de la ONU, al igual que en el primer considerando de la Declaración Universal de los Derechos Humanos), el tomar en cuenta estas circunstancias es fundamental para decidir, ya que pueden ser circunstancias que excluyan lo fundado del temor o por el contrario, lo hagan totalmente justificado.

— Las causas que explican la concesión del asilo son más limitadas que aquellas que dan lugar al refugio. El Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo (1889) establece, al igual que muchos otros referentes a la materia, que “El asilo es inviolable para los perseguidos por delitos políticos”, sabiendo que, “la calificación de la delincuencia política corresponde al Estado que presta el asilo” (artículo 2 de la Convención sobre Asilo Político de Montevideo, 1933). Más amplio es el artículo II de la Convención sobre Asilo Territorial de Caracas (1954), que habla del asilo respecto de aquellas personas “que ingresan con procedencia de un Estado en donde sean perseguidas por sus creencias políticas, opiniones o filiación política, o por actos que puedan ser considerados como delitos políticos”. De igual modo la Convención sobre Asilo Diplomático de Caracas (1954) habla en su artículo 1 de “personas perseguidas por motivos o delitos políticos”.

La Convención de Ginebra de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, que en este aspecto es incluso más amplio que el propio Estatuto que funda la oficina del ACNUR, aplica el tér-

mino de refugiado a toda persona que posee “fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas”.

— Constituye también una diferencia interesante la que consiste en que, al decidir un Estado si concede o no el asilo, no le interesa para nada que el perseguido haya actuado en contra de las finalidades y principios de la ONU, en tanto esto constituye un punto de exclusión para el reconocimiento del refugio. En efecto, la sección F, letra c), del artículo 1 de la Convención de 1951 precisa que “las disposiciones de esta Convención no serán aplicables a persona alguna respecto de la cual existan fundados temores para considerar... que se ha hecho culpable de actos contrarios a las finalidades y a los principios de las Naciones Unidas”. Estas “finalidades y principios” de la ONU constituyen objeto del capítulo I, artículo 1, de la Carta fundacional de la ONU. Esta cláusula de exclusión debe interpretarse en relación con el párrafo a) de la misma sección F del artículo 1, que habla de la comisión de “un delito contra la paz, un delito de guerra o un delito contra la humanidad, de los definidos en los instrumentos internacionales elaborados para adoptar disposiciones respecto de tales delitos”.

Señaladas así algunas diferencias que aparecen entre el asilo y el refugio, es necesario precisar que con alguna frecuencia los autores o los funcionarios de algunos Estados manejan criterios de diferencia que en verdad no lo son y que por ello pueden resultar en grave perjuicio para aquellas personas necesitadas de protección. El manejo de estas “seudo diferencias” ha sido frecuente en algunas regiones del continente americano.

Se ha llegado a sostener, de manera indebida, que es un criterio de carácter económico el que distingue al “merecedor” del asilo de quien es un refugiado. De acuerdo a esta “seudo diferencia”, los refugiados serían personas de origen rural y de limitados recursos económicos, en tanto los aspirantes al asilo serían personas de origen urbano y que posean mayores recursos económicos. De acuerdo a esta distinción no habrían sido refugiados, por ejemplo, grandes cantidades de personas uruguayas o argentinas de extracción urbana y buena situación económica que abandonaron sus países de origen durante los regímenes militares dictatoria-

les y sólo lo serían, por ejemplo, los campesinos que han sufrido persecución bajo regímenes despóticos y que por ello se encuentran fuera de sus países de origen.

De igual modo se ha llegado a sostener que aquello que distingue a los "asilados" de los "refugiados" es el nivel de educación que detenten o la "relevancia" política que posea la persona en su país de origen. De este modo, personas que hubiesen tenido notoriedad política en su país o denotasen una educación superior no deberían calificar como refugiados y sólo podrían aspirar al asilo.

Estos criterios erróneos parecen poder tener alguna explicación —lo que no significa justificación— en momentos históricos conocidos en diversos países latinoamericanos. Es cierto que en muchos países del continente el asilo ha coincidido en distintas ocasiones con la aceptación de personas perseguidas políticamente en sus países y que en él habían tenido una buena situación económica, liderazgo político y una buena preparación intelectual (tales fueron, por ejemplo, algunas de las características de los "exiliados" españoles recibidos en México como consecuencia de la guerra civil española), al igual que el refugio en los países centroamericanos parece caracterizarse por componerse de personas de extracción rural y con bajos niveles de educación.

Para completar las reflexiones anteriores, parece adecuado referirse a algunas notas que son semejantes entre el asilo y el refugio y cuya mención tampoco pretende ser exhaustiva:

— Ambas instituciones coinciden en su carácter humanitario, lo que explícitamente se menciona, con relación al asilo, en el artículo 3 de la Convención sobre Asilo Político de Montevideo (1933): "El asilo político, por su carácter de institución humanitaria, no está sujeto a reciprocidad".

Y el capítulo 1, párrafo 2, del Estatuto de la oficina del ACNUR, dice que "la labor del Alto Comisionado tendrá carácter enteramente apolítico: será humanitaria y social", al igual que el Preámbulo de la Convención de 1951 en el considerando quinto.

— Ambas instituciones humanitarias existen para brindar protección a las personas. Así la Convención sobre Asilo Político de Montevideo (1933) señala en su artículo 3 que "todos los

hombres pueden estar bajo su protección” y el Estatuto de la oficina del ACNUR dispone en su artículo 1 que “el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados, actuando bajo la autoridad de la Asamblea General, asumirá la función de proporcionar protección internacional... a los refugiados”.

Igualmente importante es que en ambas instituciones se excluye la posibilidad de la extradición, lo que constituye aspecto destacado ya desde el Tratado sobre Derecho Penal Internacional de Montevideo (1889) y en donde el tratamiento del asilo antecede al régimen de la extradición, y se entiende incluido en lo dispuesto por los artículos 32 y 33 de la Convención de 1951.

En todo caso, el instituto del asilo fue el utilizado mayoritariamente por los países latinoamericanos hasta fines de los años 60, y si los servicios del ACNUR eran requeridos lo eran tan solo para colaborar en la tarea de recepción e integración de los refugiados europeos, muchos de los cuales constituyen todavía importantes grupos protegidos en algunos países latinoamericanos, como en el caso de Chile, Brasil y Argentina.

La situación cambió en los años posteriores, de tal manera que el día de hoy ambos institutos coexisten y se complementan armónicamente, siendo un ejemplo para la comunidad internacional de figuras que responden a la preocupación de dar eficaz protección a la persona en peligro.

Evolución del concepto de refugiado. La Declaración de Cartagena y el problema de flujos masivos de refugiados

Teresa Tirado
Asesora Jurídico Regional de la Oficina del ACNUR
para América del Sur

Introducción

La promoción de los principios del Derecho Internacional de los Refugiados es una de las funciones más importantes del ACNUR. Esta promoción debe hacerse, como en este caso, con las autoridades civiles y militares de Gobierno. Dentro de este contexto se expresó que el ACNUR tiene previsto realizar seminarios y talleres con las autoridades del gobierno de Bolivia, a fin de intercambiar información, capacitar y posibilitar la búsqueda y logro de soluciones durables para los refugiados.

1. Antecedentes

1.1 El concepto universal de refugiado de la Convención de 1951, basado en el "temor fundado de persecución" no contempla las situaciones particulares de afluencia masiva de personas que se ven obligadas a dejar su país de origen.

1.2 La salida masiva de personas de su país de origen, huyendo de la violencia fue prevista en la Convención de la Unidad Africana de 1969, llamada Convención de la OUA. Este instrumento jurídico ratificado por los países africanos, estipula que "el término refugiado se aplicará 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 del país de origen... esté obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio..."

1.3 Consciente de la situación que vivía Centroamérica a consecuencia de los conflictos que sufrían algunos países de esa región, el ACNUR propició y convocó a un Coloquio realizado en Cartagena de Indias, en 1984, que culminó con la adopción de la llamada *Declaración de Cartagena*.

2. La Declaración de Cartagena

Este documento, en su origen de carácter regional, constituye un esfuerzo en beneficio de la paz para la convulsionada región centroamericana. Los temas principales que contempla son: promoción de la Convención y del Protocolo; *ampliación del concepto de refugiado*; reafirma la naturaleza pacífica y apolítica del asilo y el principio de no devolución; propicia el establecimiento de un régimen sobre tratamiento mínimo humanitario; hace un llamado para que se aplique la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 para los asilados y refugiados; reitera el carácter voluntario e individual de la repatriación voluntaria, etc.

2.1 Concepto ampliado del refugiado contenido en la Conclusión Tercera de la Declaración de Cartagena

En la Conclusión Tercera se considera también como refugiados a "las personas que han huído de sus países porque su vida, seguridad o 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".

Esta definición ampliada constituye una respuesta a la flagrante realidad centroamericana de la década del 80. Significa también una respuesta a la necesidad de tener pautas jurídicas y humanitarias para el tratamiento conjunto de los problemas existentes. Si bien es cierto no es un instrumento legal, tiene un valor de consenso, revitalizador de la tradición de asilo de América Latina.

2.1.1 Derechos protegidos y elementos de la definición ampliada

Esta definición requiere que las personas afectadas reúnan dos características, es decir que exista una amenaza a la vida, seguridad o libertad y que dicha amenaza sea el resultado de uno de los cinco elementos enumerados en la definición ampliada.

Los derechos protegidos son:

- el derecho a la vida
- el derecho a la seguridad
- el derecho a la libertad

En la definición se precisan cinco elementos que corresponden tanto al derecho humanitario como a los derechos humanos.

Son elementos del derecho humanitario:

- la violencia generalizada
- la agresión extranjera
- los conflictos internos
- otras circunstancias que perturben seriamente el orden público.

El quinto elemento relativo a los derechos humanos se refiere a la violación masiva de los derechos humanos.

2.1.2 Aspectos objetivos de la situación. Técnicas para el reconocimiento:

La definición ampliada contempla la situación objetiva existente en el país de origen. Por esta razón los aspectos relacionados con la protección consular y diplomática del país de origen de los refugiados puede resultar irrelevante.

Generalmente la identificación o reconocimiento de los beneficiarios de la protección se hace usualmente de manera colectiva y utilizando la técnica *prima facie*.

2.2 Casos de afluencia masiva de refugiados y su protección inmediata:

Sobre la base del carácter pacífico, humanitario y apolítico del asilo y de la protección internacional de los refugiados, la

Declaración de Cartagena propicia el respeto de principios fundamentales, así como el establecimiento de las normas mínimas siguientes:

- “Non-refoulement”, que incluye el rechazo en frontera.
- Asilo temporal, que asegura la integridad física.
- Respeto a los derechos fundamentales y a condiciones de vida básicos:
 - a) libertad de movimiento (campamentos, asentamientos) alejamiento de las fronteras del país de origen;
 - b) acceso a la asistencia de vivienda, alimentación, salud;
 - c) posibilidad de ser documentado y evitar la marginalidad legal;
 - d) acceso a la administración y a los tribunales del país de asilo;
 - e) protección a la familia;
 - f) posibilidad de lograr soluciones durables: repatriación voluntaria, integración y reasentamiento en tercer país.

2.3 La experiencia centroamericana en casos de afluencia masiva de refugiados

Los grupos masivos de refugiados salvadoreños, guatemaltecos y nicaragüenses, ocurridos sobre todo en los primeros años de la década del 80, debido a los conflictos en cada uno de sus países de origen, tuvieron algunas características comunes que deben mencionarse. Así, por ejemplo:

- a) población de extracción rural;
- b) población organizada en forma comunitaria;
- c) población de un mismo grupo étnico;
- d) población constituida por un porcentaje alto de mujeres y niños;
- e) población que fue ubicada en campamentos y asentamientos.

Debe señalarse que algunos grupos importantes de esta población —casos de salvadoreños y nicaragüenses— se están repatriando voluntariamente a sus países de origen.

2.3.1 Planes de contingencia

Debe precisarse que el ACNUR prepara planes de contin-

gencia para los casos de afluencia masiva de refugiados, coordinando todas las acciones con las autoridades del Gobierno del país de asilo, así como con los Organismos No Gubernamentales e iglesias.

Un plan de contingencia tiene como objetivos primordiales asegurar la integridad física de los refugiados, posibilitando el acceso al país de asilo y evitando cualquier riesgo de rechazo en frontera. Al mismo tiempo debe asegurar sobre la base de un plan diseñado en etapas la recepción y atención de las necesidades básicas de la población que se refugia.

2.3.2 La solidaridad internacional: Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA)

Teniendo en cuenta que la situación de refugio crea problemas tanto a los países productores de refugiados como a los receptores, la solidaridad internacional es la única forma para hacer frente a los requerimientos imperiosos de cubrir las necesidades básicas de estas personas.

En este contexto, el ACNUR, consciente de la magnitud de los problemas propició la celebración de esta Conferencia Internacional que se llevó a cabo en Guatemala en 1989. Se debe mencionar en forma especial la Declaración y Plan de Acción apoyados por los gobiernos de los Estados representados, con el fin de dar solución a los problemas de refugiados, repatriados y desplazados. Se debe precisar igualmente que en esta Conferencia se presentó el documento "Principios y Criterios para la Protección y Asistencia a los Refugiados, Repatriados y Desplazados Centroamericanos en América Latina", conocido como "Documento Jurídico", que constituye una fuente de información y de orientación para los Estados interesados.

Anexo

Glosario

Categorías de personas

1. Refugiados (reconocidos o no, identificados o no)

Personas que se encuentran fuera de su país por los motivos señalados en la Convención de 1951 y el Protocolo de 1967, el mandato del ACNUR o la Declaración de Cartagena.

Debido al carácter declarativo del reconocimiento de la condición de refugiado, éstos pueden ser reconocidos o identificados, o no reconocidos o no identificados. No debe confundirse la categoría de no reconocidos con aquellas personas o grupos que después de haber sido examinados han sido objeto de rechazo o decisión negativa.

Toda persona o grupo en esta categoría se encuentra bajo mandato del ACNUR.

2. Repatriados

Personas que regresan a su país de origen después de haberse encontrado en el exterior, en condición de refugiados, o habiéndose beneficiado de alguna forma de asilo.

En virtud de resoluciones de la Asamblea General, o de acuerdos especiales, estas personas se encuentran bajo el mandato ampliado del ACNUR.

3. Indocumentados ("desplazados externos")

Personas que se encuentran fuera de su país careciendo de legalidad o documentación que autorice su estancia. Generalmente, se han visto obligados a abandonar su país por razones que no son claramente especificadas, entre las que se mezclan

los motivos de orden económico, con las consecuencias no inmediatas de los conflictos y la violencia generalizada.

Esta clasificación incluye diferentes categorías de extranjeros en distintas situaciones previstas en el Derecho Internacional.

Solamente en caso de que los indocumentados se encuadren en las categorías 1 y 2, se les considera bajo mandato del ACNUR.

4. Desplazados

Personas que se han visto obligadas a abandonar sus hogares o sus actividades económicas habituales, manteniéndose en el interior de sus países, porque su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada o los conflictos prevalecientes.

A veces se incluye dentro de esta categoría a los desplazados por desastre natural, aunque generalmente se les denomina damnificados.

Las personas que se definen dentro de esta categoría se encuentran fuera del mandato del ACNUR.

5. Migrantes económicos

Personas que salen de su país o de su lugar de residencia habitual dentro de su país por razones predominantemente personales, de trabajo o de mejoramiento de vida, pudiendo distinguirse entre los que lo hacen por temporada y los que, de hecho, permanecen indefinidamente fuera de su país. En caso de carecer de legalidad o documentación que autorice su estancia en el país donde se encuentran, van a engrosar las filas de los indocumentados, sin que en este caso presenten similitud con la situación de refugiados.

Esta categoría de personas se encuentra fuera del mandato del ACNUR.

La definición del refugiado de acuerdo a la Convención de 1951: cláusulas de inclusión

Richard A. Stainsby
Asesor Jurídico Regional de la Oficina
del ACNUR para Venezuela y el Caribe

Me complace mucho estar aquí en este seminario.

Fue un placer para mí conocer a ustedes, los participantes, así como a los organizadores.

Conforme el tiempo acordado para tratar el tema de la definición del refugiado de acuerdo a la Convención de 1951, especialmente las cláusulas de inclusión.

Propondría que hiciéramos tres cosas:

Primero: ubicar la definición dentro de una perspectiva histórica;

Segundo: recibir de ustedes sus ideas sobre qué es un refugiado;

Tercero: recoger y discutir los elementos fundamentales de las cláusulas de inclusión de la definición de un refugiado en la Convención de 1951.

La perspectiva histórica

Para empezar quisiera describir, en pocas palabras, el contexto internacional en el cual se encuentra la Convención de 1951 y su definición sobre el refugiado. Creo que eso facilitará la comprensión de la definición y también encaminará otras discusiones hoy, por ejemplo, sobre la Declaración de Cartagena.

A principios del siglo XX, el problema de los refugiados empezó a suscitar el interés de la comunidad internacional que, por razones humanitarias, fue asumiendo la tarea de proteger a los refugiados. La Sociedad de Naciones adoptó varios acuerdos en beneficio de los refugiados. Estos primeros instrumentos contenían una definición por categorías de refugiados (es decir, una persona de Rusia, una persona de Alemania, etc.).

Fue después de la Segunda Guerra Mundial, no obstante, que la comunidad internacional realmente creó, un sistema global para proteger a los refugiados. En tal sentido, adoptó un nuevo instrumento internacional que definiera la condición jurídica de los refugiados y estableció una organización internacional para protegerlos.

La Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada en el marco de las Naciones Unidas, contiene la definición clásica de un refugiado.

Además, hay disposiciones sobre los derechos y las obligaciones de los refugiados. La Convención tiene una fecha límite, 1º de enero de 1951. También es posible para los Estados, limitar sus obligaciones geográficamente a los refugiados en Europa.

Pero la comunidad internacional también sentía la necesidad de establecer una organización para proteger a los refugiados. Así, la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) fue establecida desde el 1º de enero de 1951, mediante una resolución de la Asamblea General de las Naciones Unidas. El Estatuto de la oficina contiene una definición de refugiado casi idéntica a la de la Convención de 1951.

Las funciones de ACNUR, contenidas en el Estatuto, son de proporcionar protección internacional y de buscar soluciones duraderas. El Alto Comisionado es competente en lo que concierne a los refugiados prescindiendo de toda fecha límite o limitación geográfica. Entonces, ACNUR los protege quienesquiera que sean y dondequiera que estén en países partes de la Convención o Protocolo como en países que no son integrantes, como, por ejemplo, en Pakistán donde hay unos 3 millones de refugiados afganos. ACNUR tiene oficinas regionales en América del Sur en Buenos Aires y Caracas, con sub-oficinas en Brasilia, Santiago y Paramaribo. La oficina vigila la situación de los refugiados en la región y, ayuda a los Gobiernos a tratar los problemas de los solicitantes de asilo y los refugiados.

Desgraciadamente, el problema de los refugiados continuó después de 1951. Entonces, fue necesario elaborar el Protocolo de 1967. Este instrumento incorpora las disposiciones de la Convención de 1951, incluso la definición de refugiado, pe-

ro sin fecha límite. Hoy en día, hay 107 Estados Partes en la Convención, en el Protocolo, o en ambos instrumentos.

Ha habido también, una evolución en las características de los refugiados. Durante los años sesenta y setenta, en Africa y en Asia en particular, hubo situaciones de éxodo masivos no por razones de persecución individual sino a causa, por ejemplo, de conflictos internos o agresión externa. Estas personas también necesitaban protección internacional porque era peligroso regresar a su país. Por ello, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó varias resoluciones pidiéndole al Alto Comisionado que los ayudara y, al mismo tiempo, ampliando su mandato y la definición de refugiado.

A nivel mundial, por el lado de los instrumentos internacionales, no encontramos una evolución semejante. Pero, a nivel regional hay progreso parecido. En Africa, la Convención sobre los Refugiados de la Organización de la Unidad Africana de 1969 tiene una definición amplia. También, la Declaración de Cartagena de 1984, que vamos a discutir más adelante, contiene una definición de refugiado más amplia.

Las disposiciones de la Convención de 1951 por las que se define quién es refugiado, se divide en tres partes, a las que se ha llamado cláusulas de "inclusión", "cesación" y "exclusión", respectivamente.

Las cláusulas de "inclusión" establecen los criterios a que debe responder una persona para ser considerada como refugiado. Constituyen la base positiva en cuanto a la determinación de la condición de refugiados. Las cláusulas de cesación y exclusión, que trataremos más adelante, tienen un significado negativo.

Vamos a discutir ahora las cláusulas de inclusión:

La definición que se encuentra en el art. 1 de la Convención de 1951 establece que:

"El término 'refugiado' se aplicará a toda persona que, como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y debido a fundados temores de ser perseguidos por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país..."

Hay cinco elementos fundamentales en la definición de un refugiado, es decir en las cláusulas de inclusión. Ellos son los siguientes:

1. Fuera del país de origen
2. Temores
3. Persecución
4. Fundados
5. Motivos de: raza, religión, nacionalidad, grupo social, opiniones políticas.

1. Fuera del país de origen

Esto está claro.

2. Temores

Hay tres puntos importantes a retener aquí.

a) El *elemento subjetivo* de la definición. En algunos casos, los hechos registrados bastarán para probar su autenticidad. En otros, es preciso evaluar la personalidad y la credibilidad del solicitante.

b) Por eso, es necesario entrevistar a la persona para saber *en detalle su situación* en el país de origen, en otras palabras, cuanto pueda servir para indicar que el motivo predominante de su solicitud es el temor;

c) El término "temor" no se refiere sólo a las personas que de hecho ya han sido perseguidas, sino también a las que desean evitar una situación que entraña un riesgo de persecución. Entonces, hay un elemento de perspectiva en el término.

3. Persecución

Los temores deben guardar relación con la persecución. Las personas que tienen miedo al hambre y a los desastres naturales no son refugiados, a menos, desde luego, que tengan también temores fundados de ser perseguidos.

a) La persecución no se define en la Convención de 1951, ni en ningún otro instrumento internacional.

Hemos visto, no obstante, que básicamente, la persecución es una violación grave de derechos humanos.

b) Los derechos enunciados en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, forman, como quien dice, una escala empezando con el derecho a la vida, de no ser sometido a torturas, la libertad, la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión y pasando a los derechos al trabajo, al descanso, a un nivel de vida adecuado, a circular libremente, etc.

La violación de los derechos humanos fundamentales —como la vida— se considera siempre como la persecución. El que otras amenazas o acciones lesivas equivalen a persecución dependerán de las circunstancias de cada caso.

c) Los solicitantes podrían haber sufrido varias formas de *discriminación* que repercuten en su posición social y económica. Aunque los diversos elementos no equivalen a persecución individualmente, pueden, considerarlos en conjunto, haber producido en la mente del solicitante efectos que justifiquen adecuadamente, *por motivos concurrentes*, el alegado de fundados temores de su perseguido.

d) La persecución va normalmente asociada a actos de las autoridades de un país. Puede también emanar, sin embargo, de sectores de la población, por ejemplo de escuadrones de la muerte. Ese es el concepto de los *agentes de la persecución*, cuando el Gobierno no puede o no quiere proporcionar una protección eficaz.

e) El temor de la persecución puede surgir después de la salida del país de origen, una persona se convierte en un *refugiado "Sur Place"* en virtud de circunstancias que hayan sufrido en su país durante su ausencia o como resultado de sus propias actividades, como por ejemplo, expresando sus opiniones políticas en su país de residencia.

4. Fundados

Los temores de persecución deben estar fundados.

a) Eso es el *elemento objetivo* de la definición.

Las declaraciones del solicitante se deben evaluar en el contexto de la situación existente. El conocimiento de la situación imperante en el país de origen es absolutamente necesario para evaluar su credibilidad y el fundamento de su solicitud.

b) En general, los temores del solicitante pueden considerarse fundados si puede demostrar, *en medida razonable*, que su permanencia en su país de origen se le ha hecho intolerable.

c) Es casi imposible que un refugiado "pruebe" en todos sus puntos los hechos expuestos. Por lo tanto, es posible que existan dudas en algunos casos.

En esos casos si las declaraciones del solicitante son coherentes y verosímiles, y no están en contradicción con los hechos conocidos, se concede al solicitante *el beneficio de la duda*.

5. Motivos

Para ser considerado como refugiado, una persona debe mostrar fundados temores de ser perseguido por uno de estos cinco motivos: raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un determinado grupo social u opiniones políticas. Frecuentemente estos elementos se combinan.

Si bien estos motivos son elocuentes por sí mismos, sólo quisiera agregar que, respecto a la pertenencia a determinado grupo social, *la familia* es considerada como un *grupo social*. Acerca del motivo de opiniones políticas, es importante tener en cuenta que las opiniones pueden ser reales o *atribuidas*.

Estas son las cláusulas de inclusión en la definición del refugiado en la Convención de 1951.

Sumario de discusión ¹

Tercera sesión

Metodología

Los representantes del ACNUR a cargo de esta jornada abrieron un debate con los participantes luego de finalizadas sus respectivas exposiciones.

La primera pregunta fue referida a las diferencias existentes entre las funciones de la OIM (Organización Internacional para las Migraciones) y el ACNUR.

El representante de ACNUR señaló que mientras este organismo pertenece al sistema de Naciones Unidas, la OIM —ex CIM— carece de tal carácter. A su vez, la competencia de ACNUR como su propio nombre lo indica está referida a los refugiados, mientras que la OIM se encarga del fenómeno de las migraciones, cualquiera sea el motivo que las produzca (económico, fugas de cerebros, colaboración interestatal, etc.). En tal sentido, es muy importante tener claras las diferencias, dado que los migrantes económicos no son refugiados, y en consecuencia, ACNUR carece de competencia alguna sobre ellos. Sin embargo, en ciertos casos, por ejemplo a fin de instrumentar programas de repatriación de refugiados, el ACNUR solicita apoyo logístico a la OIM y éste se concreta mediante un acuerdo. Así, hoy existe un acuerdo tripartito entre la OIM, el ACNUR y el gobierno de Chile, para concretar la repatriación de refugiados oriundos de dicho país.

Otro participante preguntó cómo se financia el ACNUR para poder llevar a cabo sus programas de asistencia a los refugiados.

El funcionario de ACNUR respondió que los fondos provienen de contribuciones voluntarias de los Estados miembros

¹ Participaron de esta actividad: J. Ruiz de Santiago, T. Tirado y R. Stainsby, funcionarios de ACNUR; y Ch. Swinarski (CICR)

de Naciones Unidas. Asimismo, señaló que en 1990 se estipuló un presupuesto de 500 millones de dólares, pero debido a un faltante de 46 millones, no sería posible cumplir con la asistencia programada en todos los países. Esta cuestión es muy seria, atento que más allá de un problema financiero, ya implica privar de asistencia a un importante número de refugiados. Asimismo señaló que para cierto tipo de proyectos se hacen llamamientos especiales, por ejemplo en el caso de la repatriación de refugiados nicaragüenses el Secretario General de la ONU convocó a los Estados para que contribuyan con este proyecto.

Seguidamente se preguntó a los representantes de ACNUR en qué medida se estimaba necesaria la actuación de dicho organismo considerando que el refugiado puede adquirir la nacionalidad del país que lo protege.

En la respuesta se explicó que la oficina del Alto Comisionado fue creada con carácter transitorio en el entendimiento de que el refugio era un problema transitorio. Sin embargo, la realidad histórica ha demostrado lo contrario, es prueba de ello que el número de refugiados hoy, es muy superior al registrado después de la Segunda Guerra Mundial. En tal sentido, lo ideal sería que no existiera el ACNUR, porque ello implicaría obviamente, la desaparición del problema de los refugiados. Por otra parte, compete a las legislaciones de cada Estado establecer las características y condiciones requeridas para que una persona adquiriera la nacionalidad. Ahora, cuando una persona se convierte en nacional del país que lo ha acogido, pierde su condición de refugiado. Incluso, hay posibilidades de coexistencia de doble nacionalidad; ello depende de la legislación del país protector.

Otro participante preguntó qué actitud adopta ACNUR respecto de un país que hubiere repatriado a un refugiado contra su voluntad.

El funcionario de ACNUR respondió que este organismo fue creado por las Naciones Unidas con el objeto de que asista a los propios Estados con el problema de los refugiados, así como para brindar protección internacional a las personas que tienen tal condición, dado que ellas carecen de protección nacional. Por lo tanto, el ACNUR interviene cada vez que se produce un problema relacionado con el tratamiento del refu-

giado. De modo que, si hay un refugiado que ha sido forzosamente repatriado a su país de origen en violación del principio de No Devolución, ACNUR debe intervenir.

A continuación se preguntó sobre la política seguida por el ACNUR respecto del grupo familiar del refugiado.

El representante de ACNUR manifestó que en esta materia existe un principio fundamental, cual es la protección de la unidad familiar. Entonces, suele ocurrir que las personas que se refugian cruzan solos la frontera por razones de seguridad o porque el cónyuge o los hijos se dispersan en el momento de cruzarla. Se produce así la división de la familia, unos quedan en el país de origen, otros logran llegar al país de asilo, o son ubicados en diferentes zonas, etc. En tal sentido, ACNUR pone todo su empeño en facilitar la reunión del grupo familiar.

Otro participante manifestó interés en conocer cómo actúa el ACNUR en casos de repatriación de heridos, enfermos, y personas discapacitadas física o mentalmente.

El funcionario de ACNUR expresó que la repatriación voluntaria es la solución durable por excelencia al problema de los refugiados, que dicho organismo propicia y faculta, preferentemente al país de origen o de última residencia. La manifestación de voluntad de regresar es directa —no se puede otorgar por delegación— libre e individual. El carácter voluntario es fundamental para que la repatriación pueda concretarse.

Cuando personas en situación vulnerable, tales como enfermos, minusválidos, menores no acompañados, etc. solicitan ser repatriados, esto se concreta en el marco de una estrecha coordinación entre el país de asilo, el país de origen y el ACNUR, y se asegura la recepción de estas personas en su país de origen.

Luego, otro participante expresó que en algunas regiones como la zona andina de América Latina se impone la necesidad de ampliar el concepto de refugiado a la luz de conflictos sociales, políticos, pero también de carácter delictivo como los originados por el narcotráfico.

El representante de ACNUR señaló que en julio de 1990 se celebró una reunión en Honduras, auspiciada por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en la que se

planteó la necesidad de revisar en el marco de un foro internacional la aplicación de la Declaración de Cartagena y, por supuesto, estudiar las nuevas situaciones que se están produciendo en el ámbito latinoamericano.

Respecto del narcotráfico, ésta es indudablemente una situación nueva en América del Sur; es un tema que se está discutiendo internamente en el ACNUR. De todos modos, que si la situación ha llegado a un punto tal, que las autoridades no pueden prestar la atención debida a cada ciudadano de su país y éstos no tienen otra opción que cruzar la frontera huyendo para salvar su vida y la de su familia de una situación de violencia, ellos reúnen las condiciones para ser refugiados.

Finalmente el Delegado Regional del CICR explicó a los participantes cuál es la posición y competencia de este organismo respecto de los refugiados.

En primer lugar, expresó que los refugiados son personas protegidas por el CICR en su calidad de víctimas de una situación cubierta por los Convenios de Ginebra, o por la iniciativa extraconvencional. La causa que originó el refugio, o su condición de refugiado, es irrelevante para el CICR que lo considerará objeto de protección en la medida en que su refugio resulte de una situación de conflicto armado. En tal sentido, es factible que en un país afectado por un conflicto armado, una misma persona esté protegida por las disposiciones del Derecho Internacional Humanitario, (actuará el CICR) y por el Derecho Internacional de los Refugiados (actuará el ACNUR). Ello revela la complementariedad entre ambos sistemas de protección de la persona humana.

Por otra parte, las relaciones entre ACNUR y CICR son muy estrechas, a tal punto que desde 1981 hay una línea de conducta, adoptada en el marco de la Conferencia Internacional de la Cruz Roja celebrada ese año en Manila, que demarca las respectivas competencias de ambas instituciones en materia de refugiados, correspondiendo al ACNUR, obviamente un rol primordial y al CICR un papel complementario, pero de suma importancia. Así, por ejemplo, el CICR otorga un título de viaje que creó después de la Segunda Guerra Mundial, a fin de posibilitar a personas que carecían de documentación y de la posibilidad de obtenerla, recobrar su identidad. Este documento, que en su origen fue una improvisación

SUMARIO DE DISCUSION

carente de base legal, hoy es reconocido y aceptado por la comunidad internacional, aun cuando no esté contemplado a nivel convencional. Esto es muy importante, porque cuando un indocumentado tiene posibilidad de establecerse en un país, y tiene visa de entrada, carece de un documento que le permita salir de su país, hacer escalas, regresar, etc. El CICR proporciona tal documento que debe ser devuelto una vez utilizado. Y, es frecuente que ACNUR lo solicite al CICR para posibilitar el traslado de refugiados que de otro modo no podrían llegar al país de asilo. Tal ha sido, en años recientes, el caso de muchos chilenos con posibilidad de obtener refugio en Suecia, Estados Unidos o Canadá, viajando desde Argentina, Uruguay o Brasil; viajaban con este documento, y la esperanza renovada de poder rehacer su vida en el país de acogida.

Cuarta sesión

Las exigencias del orden público y el problema de los indocumentados

Edgar Montaña Pardo

Presidente de la Corte Superior de Justicia de La Paz

Introducción

En el ejercicio de su soberanía, todo Estado es libre para reglamentar la entrada de extranjeros en su territorio. Una forma de hacer uso de esta prerrogativa es exigiendo un visado a los naturales de algunos países, otra es la de hacer responsables a las compañías aéreas en conformidad con las reglas de la IATA por la devolución de los pasajeros a quienes se ha negado la entrada a un país hasta su punto de embarque en el avión de la compañía, o a cualquier otro lugar donde sean susceptibles de ser admitidos.

Mientras que la soberanía no es, pues, un tema en discusión, los Estados han asumido, sin embargo, la responsabilidad a título colectivo o individual de la protección de los refugiados y de la búsqueda de soluciones a sus problemas.

Así, la resolución 428, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, del 14 de diciembre de 1950, que instituyó la creación del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los refugiados, invita a los Gobiernos para cooperar con el ACNUR especialmente, "admitiendo en su territorio a los refugiados, sin excluir aquellos que pertenecen a las categorías más indigentes".

Es motivo de fuerte preocupación constatar que cada vez más Estados se esfuerzan en impedir la entrada de refugiados en su territorio, imponiendo visados obligatorios a los naturales de algunos países, sin tener en cuenta aquellos que necesitan asilo y protección. Por otra parte, la práctica adoptada por varios Estados de imponer sanciones y otras penas a las compañías aéreas que transportan a los refugiados y a los solicitantes de asilo indocumentados, o aquellos que viajan con documentación falsa o incompleta, puede im-

plicar para los refugiados el riesgo de verse privados de toda posibilidad de alcanzar un país de asilo.

Si bien es lamentable que numerosos refugiados y solicitantes de asilo utilicen hoy documentaciones incompletas, es conveniente, sin embargo, tener en cuenta su situación particular. El temor a la persecución en su propio país de origen significa a menudo, que no pueden partir en conformidad con los reglamentos en vigor. Sucede lo mismo con aquéllos que después de haber encontrado asilo en otro país, deben dejarlo súbitamente por temor a ser perseguidos o porque su seguridad física o libertad están amenazados.

La protección plena y total de los refugiados exige que cada caso sea examinado escrupulosamente. El sistema internacional para la protección de los refugiados está basado sobre el principio de la solidaridad internacional y la cooperación para tratar sus problemas.

La situación en Bolivia

El asilo adquiere categoría jurídica en América Latina a raíz del Tratado de Montevideo de 1889 que consagra justamente el llamado derecho de asilo. Bolivia ratificó este Tratado por una ley dictada en el año 1904, durante el gobierno del Gral. José Manuel Pando. Posteriormente en 1911, en el Convenio surgido en materia de extradición en el Congreso Bolivariano de Caracas, el art. 18 reconoce el derecho de asilo político conforme prácticas y usos de derecho internacional.

Corresponde en este punto, realizar una breve comparación entre el Tratado de Derecho Penal Internacional aprobado el 23 de enero de 1889, que contiene los primeros preceptos sobre el asilo y el texto de las disposiciones contenidas en el Tratado sobre Asilo y Refugio Político, aprobado el 4 de agosto de 1939.

El primero en forma todavía incipiente, ya señala las características del asilo, el segundo manifiesta que debe concederse el mismo sin distinción de nacionalidad y sin perjuicio de los derechos y de las obligaciones de protección que incumben al Estado al que pertenezcan los asilados. Ambos

concuerdan en el hecho de que este principio es inviolable para los perseguidos por delitos políticos, el segundo señala que éste sólo puede concederse en embajadas, legaciones, buques de guerra, campamentos o aeronaves militares. Este último tratado, también establece que no se concederá asilo político a quienes hubiesen sido juzgados por delitos comunes y condenados por tribunales ordinarios, correspondiendo la calificación de las circunstancias que motivan el asilo, al Estado que concede esta facultad.

El tratado de 1939, ya se refiere al refugio en territorio extranjero. Sostiene que el mismo cuando es concedido en territorio de las Altas Partes Contratantes y ejercido de acuerdo al Convenio, es inviolable para el perseguido debiendo impedir en todos los casos el Estado, que los refugiados cometan en su territorio actos que pongan en peligro la paz pública. Al igual que el asilo, la calificación de los casos que promueven el refugio corresponde al Estado receptor.

Este Tratado de 1939, también fue firmado por Bolivia a través de sus representantes: Rubén Terrazas y Jorge Valdez.

El Primer Código Penal boliviano de 1834, conocido como Código de Santa Cruz, contiene admirablemente el primer concepto universal sobre asilo y refugio, habiendo sido objeto de comentarios elogiosos en la época por lo adelantado al mismo.

El primer Código boliviano, contiene preceptos sumamente importantes para su época, así por ejemplo precautela la honra y propiedad de los extranjeros, domiciliados o transeúntes en el país, castigando a los autores de algún delito, como si delinquieran contra los propios bolivianos; esta disposición alcanzaba aun a los extranjeros con cuyo país de origen se había declarado la guerra. Este conjunto de normas, también declaraba que el territorio boliviano constituía un asilo inviolable para los esclavos, los cuales desde el momento de pisar territorio nacional eran declarados libres; asimismo establecía que cualquier funcionario público que entregaba a otro Gobierno a un extranjero residente en Bolivia, era pasible a una privación de libertad de uno a cuatro años, si en forma previa no cumplía con los requisitos establecidos en tratados previamente existentes. Tampoco podía entregarse a otro Gobierno

o un particular a un esclavo asilado en Bolivia, conducta que era castigada hasta con cuatro años de prisión.

Los funcionarios públicos que confiscaban o secuestraban la propiedad particular de un extranjero residente o no residente en Bolivia, aunque sea a título de represalia en tiempo de guerra con la nación respectiva, eran suspendidos del empleo y al pago de una multa equivalente de uno a tres años. Los que introducían en esa época esclavos por mar o tierra, sufrían una condena de dos a cuatro años de reclusión. Como se ha analizado en forma somera, en esa época el Código boliviano ya contenía preceptos que protegían al extranjero y especialmente al esclavo.

Después de 1834, todas las constituciones políticas del Estado, consagran plenamente la institución del asilo y el refugio en territorio boliviano. Bolivia es signataria de la Convención y Protocolo Adicional sobre el Estatuto de los Refugiados en 1951 y 1967 respectivamente, lo que motivó el decreto supremo nº 19.639 del 4 de julio de 1983, mediante el cual se creó la Comisión Nacional de Refugiados, "con la finalidad de poner en práctica los compromisos asumidos por el país en materia de asilo y refugio", cuya Presidencia la ejerce el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto y está integrada por un representante del Ministerio del Interior, la Iglesia, la Asamblea Permanente de Derechos Humanos y CESEM (oficina especializada que presenta al ACNUR en Bolivia).

Después de varios intentos, el 19 de abril de 1986, se presenta el "Proyecto de Ley Boliviano sobre Refugiados, que merece elogiosos comentarios, siendo su proyectista el H. Diputado Nacional, Dr. Reynaldo Peters Arzabe, quien plasma las ideas fundamentales elaboradas por un selecto cuerpo de asesores, abogados, y es presentado como ponencia boliviana, ante el 1º seminario sobre "Derecho de Refugiados", que bajo los auspicios del ACNUR, se llevó a cabo en la ciudad de Buenos Aires del 16 al 19 de junio de 1987, siendo considerado por todos los asistentes, como la más completa en su género, y mereciendo la felicitación unánime para el proyectista y el equipo asesor.

Lamentablemente, y por una serie de factores, hasta el presente dicha ley no fue aprobada en el H. Congreso Nacional.

Efectos de reconocimiento de la condición de refugiado y documentos personales

En forma previa a considerar la condición de refugiados y de los indocumentados, veamos algunas definiciones:

El texto de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951, aplica este término a toda persona que: "haya sido considerada como refugiada en virtud de los arreglos del 12 de mayo de 1926 y del 30 de junio de 1928, o de las Convenciones del 28 de octubre de 1933 y del 10 de febrero de 1938 del Protocolo del 14 de setiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados".

Que como resultado de acontecimientos ocurridos antes del 1º de enero de 1951 y por motivos de raza, nacionalidad, por pertenecer a determinado grupo social o por opinión política, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda por esos temores acogerse a la protección de su propio país, o por carecer de nacionalidad no pueda fijar un domicilio conocido.

Pero en forma más clara y concisa el Estatuto del Refugiado, define el concepto de refugiado en los siguientes términos:

"Se conceptúa como refugiado a cualquier persona que debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera de su país de nacionalidad y no pueda, o a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; asimismo, a la persona que careciendo de nacionalidad o hallándose a consecuencia de tales acontecimientos fuera del país donde antes tuviere su residencia habitual, no pueda, o a causa de dichos temores, no quiera regresar a él. Esta, por supuesto, es una definición más completa de lo que se debe entender por refugiado.

El artículo primero de este Proyecto de Ley boliviano que comentaremos, en concordancia con los principios fundamentales de la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuando en su primera norma señala que "todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros", determina que, toda persona

natural sin ninguna distinción, goza de la protección del Estado a sus derechos, a la vida y libertad constituyendo el territorio boliviano un refugio y asilo inviolable para todo extranjero que se encuentre dentro del mismo. El artículo segundo, define al refugiado, en concordancia con las normas de carácter internacional a las que aludimos anteriormente.

El "Proyecto de Ley Boliviano sobre Refugiados", en su capítulo 4º define estos aspectos al señalar en el art. 32: La persona, que tenga la condición reconocida por otro Estado, o no tenga tal calidad recibirá al ingresar al país, un documento mediante el cual se lo acredita como refugiado en instancia revisable, el mismo que le permitirá desplazarse en territorio nacional. Dicho documento será expedido por la autoridad política fronteriza y tendrá validez de diez días, plazo dentro del cual deberá presentarse ante las autoridades de CONARE, a fin de regularizar su situación.

Este Proyecto de Ley define al derecho de refugio como a la facultad que tiene el Estado boliviano de recibir dentro del territorio nacional a una persona perseguida injustificadamente o que tenga temores fundados de ser perseguida dentro del territorio de su nacionalidad o domicilio. En resumen, se entiende como derecho al refugio aquél que tiene el individuo para buscar y decidir refugio en el territorio nacional, el mismo que nace como inmanente de su condición humana y que se adecua a la persona, que como hemos visto en líneas anteriores se encuentra como refugiado.

Este conjunto de normas, señala también que la persona que tenga la condición reconocida de refugiado, recibirá al ingresar al país, un documento mediante el cual se lo acredite como "refugiado en instancia revisable", el que le permitirá transitar libremente por territorio nacional. Este documento, sostiene el proyecto, será expedido por la autoridad política fronteriza y tendrá validez de diez días, plazo dentro del cual deberá presentarse ante las autoridades de CONARE a fin de regularizar su situación. Corresponde la aclaración de que dentro del capítulo de jurisdicción y competencia del mencionado proyecto se crea el Consejo Nacional de Refugiado (CONARE), como organismo autónomo a quien se encomienda y delega las funciones estatales para cumplir fundamentalmente las finalidades siguientes:

- a) Cumplir y reconocer la condición y estatuto de refugiado.
- b) Delinear políticas para desarrollar programas específicos, con la finalidad de lograr la integración de los refugiados con el proceso económico y social del país.
- c) Mantener un registro permanente y actualizado.
- d) Implementar y ejecutar programas de asistencia en favor de los refugiados.
- e) Velar por el cumplimiento de las leyes y convenios internacionales en esta materia.
- f) Recibir informes sobre utilización de fondos que suministren las Naciones Unidas a través de ACNUR, y otras donaciones.
- g) Determinar la cesación o suspensión de refugiado dentro del territorio.

Como sosteníamos antes, una vez que se ha reconocido la condición de refugiado, el órgano que la concede, notificará al interesado, a los organismos estatales especializados, para que se facilite a éste su integración y la de su familia en todo el territorio nacional; con la condición de refugiado que goza de todas las garantías constitucionales; estando obligado el individuo a cumplir con los deberes y obligaciones que señala la Carta Fundamental.

Una vez que se obtiene la condición de refugiado, CONARE otorgará el documento de refugiado, el mismo que deberá ser canjeado ante las autoridades del Ministerio del Interior, con un documento de identificación. Este documento además de contener las especificaciones necesarias básicas para determinar la identidad de la persona, será el mismo que se otorgue a los extranjeros residentes en el país y no contendrá mención alguna a la condición de refugiado. En el caso en que el refugiado no portare documento de viaje alguno, CONARE, conjuntamente con las autoridades de migración otorgará un documento de viaje conforme a la Convención del 25 de julio de 1951.

Finalmente debemos manifestar que el refugiado está obligado a someterse a las leyes bolivianas y cumplir con los siguientes deberes fundamentales:

— Acatar y cumplir la Constitución así como las leyes. Trabajar según su capacidad y posibilidad en actividades socialmente útiles. Contribuir económicamente al sostenimiento de la economía del Estado. Asistir y alimentar a sus hijos.

Prestar servicios civiles. Cooperar con los Organos del Estado. Proteger el bien colectivo. A no participar en política interna ni sindical.

La Constitución Política boliviana en vigencia, en concordancia con el artículo séptimo de la Declaración Universal de Derechos Humanos del 10 de diciembre de 1948, sostiene que todo ser humano posee personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes. Gozando de los derechos, libertades y garantías reconocidas por la Carta Magna, sin distinción de raza, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social, u otra cualquiera. Siendo inviolables la libertad y dignidad de las personas, debiendo el Estado respetar y protegerlas en forma primordial. Todos estos conceptos se aplican a los estantes y habitantes de esta nación, sin distinción alguna.

Personas que cuentan con el status de refugiados en Bolivia a octubre de 1990

Sector urbano	Casos	Personas
Chilenos	21	65
Cubanos	2	7
Peruanos	6	20
Iraníes	10	38
Rusos	4	15
Libios	1	1
Húngaros	1	1
Chinos	1	1
Yugoslavos	1	1
Polacos	2	5
Sector rural		
Guatemaltecos	25	105
Salvadoreños	10	23
Totales	74	282

Conceptualización del indocumentado y su caracterización migratoria

Willy Sandoval Morón

Asesor del Ministerio del Interior, Justicia, Migración
y Defensa Social

Indocumentado

“Es un ser humano, cuando no puede probar su nombre y su nacionalidad, que carece de documento alguno que tenga validez legal en la jurisdicción del Estado en que habita”. Vemos que el indocumentado no es otra cosa que una persona esencialmente desprotegida, que carece de amparo diplomático y consular de su país de origen, cuando se encuentra en el extranjero. Es decir, es aquel ser humano que en el país receptor está en calidad de *subjudice*.

La indocumentación en Bolivia

La sociedad civil boliviana confronta un grave problema con la indocumentación. Según datos obtenidos por investigaciones propias, de los 6.405.000 habitantes que se estima hay en Bolivia, no han sido emitidas más de 2.800.000 Cédulas de Identidad, que es el documento llamado por ley para nuestra identificación (excepcionalmente para los varones la libreta del servicio militar), lo que nos revela un porcentaje superior al 50% de la población boliviana sin este documento de ley.

Durante los períodos de elecciones, se autoriza la inscripción de estas personas en los registros electorales; empero, pasadas las elecciones, la cédula electoral que sirve para votar, carece de valor como documento de identificación personal. Desde hace un cuarto de siglo, a raíz de reiteradas denuncias de fraude electoral, los partidos políticos y los gobiernos de turno, han manifestado su preocupación porque todas las personas en edad de votar, acrediten su identificación mediante la Cédula de Identidad.

Hasta el presente la ausencia de una voluntad política definida, impide satisfacer una demanda a todas luces justa. Para tramitar la C.I. es imprescindible presentar el certificado de nacimiento, la pérdida por lo menos de una mañana en la filiación, y luego debe volverse a los 2 ó 3 días a recoger el documento. Para las personas que viven y trabajan en el campo, además de los pagos correspondientes, deben viajar hasta donde exista una oficina de identificación (normalmente en capital de departamento) y la pérdida de tiempo puede llegar a una semana con todos los perjuicios y gastos que ello ocasiona. Personas muy pobres tanto de la ciudad como del campo, no disponen de recursos para documentarse.

Muy someramente, analizaremos otros dos casos de indocumentación: el primero se refiere a personas perseguidas por sus actividades políticas, y el segundo, a víctimas de la prepotencia y falta de idoneidad de funcionarios pertenecientes a organismos represivos.

Ocurre muchas veces, que personas detenidas en reuniones o en actos públicos de protesta política, son despojados de todos sus documentos. Las víctimas durante meses o años permanecen indocumentadas por temor a ser nuevamente arrestados (obvio es aclarar, que esto ha ocurrido durante Gobiernos surgidos de fuerza). El caso de indocumentados por la acción arbitraria de funcionarios públicos.

Es frecuente en nuestro medio, que a personas humildes y campesinos que han cometido alguna falta o contravención mínima se les despoje de sus documentos de identidad, como garantía para su presentación en una nueva actuación policial o administrativa, o hasta que paguen una multa. Las víctimas de estos abusos permanecen indocumentados durante algún tiempo.

Estas arbitrariedades demuestran su eficacia coercitiva porque muchos particulares, admiten como prenda de garantía la Cédula de Identidad o la Libreta del servicio militar, por las dificultades que entraña una nueva tramitación legal, si no es recuperado el documento oportunamente.

Causas de la indocumentación

Las causas por las cuales gran número de personas per-

manecen indocumentados durante espacios de tiempo indeterminados, son varias. Me permito señalar algunas:

— Las grandes migraciones causadas por persecuciones políticas, religiosas, raciales, étnicas, guerras internacionales y guerras civiles.

— El despotismo totalitario de algunos funcionarios de Gobierno.

— La emigración ilegal de miles de personas, a Estados en los cuales esperan encontrar trabajo o mejores condiciones de vida.

— El atraso, la pobreza y la deficiente estructura jurídica y legal de algunos Estados.

Consecuencias de la indocumentación

Como consecuencia de la indocumentación, las personas no pueden ejercer libremente sus derechos civiles y políticos, al no participar en las elecciones como electores ni tampoco ser elegibles.

No pueden viajar al exterior.

No pueden viajar dentro de su propio país durante la vigencia de los Estados de sitio.

No pueden realizar actos jurídicos que requieren con carácter previo la identificación personal, ejemplo: como suscribir instrumentos públicos, iniciar demandas judiciales, alquilar viviendas, alojarse en hoteles, etc.

Pueden ser arrestados en los casos en que las autoridades policiales exijan la exhibición de documentos de identidad y el individuo no los posea.

Por todas estas consideraciones, a todas luces se ve que el aspecto de la documentación es lo que más afecta moral y materialmente al indocumentado, pues incide negativamente en conseguir sus medios de sustentación. En el caso de los refugiados, también encarar esa situación al comienzo fue difícil hasta la concurrencia de ACNUR, que les otorga documentos de identidad, certificado de viaje, derecho al trabajo, educación, seguro social, alojamiento, les facilita la reunificación familiar, la repatriación y en algunos casos reinstalación en su país de origen como una solución duradera a la amarga situación del refugiado.

En cambio el indocumentado no posee estas facilidades a pesar de la vigencia del Decreto Supremo del 31 de diciembre de 1927, que en su articulado principal dispone: "Los extranjeros que ingresen al país, están en la obligación de recabar su carnet de identidad en el término de 30 días".

Legislación boliviana

Bolivia tiene una legislación favorable al inmigrante, refugiado y al asilado, y se expresa en claras limitaciones a la No extradición y también favorables disposiciones legales a la inmigración.

La ley del 24 de mayo de 1826 dictada por el mariscal Antonio José de Sucre disponía que "los hombres de todos los pueblos y naciones son invitados a venir a Bolivia, donde su libertad civil tiene todas las garantías que dan las leyes bolivianas".

Nuestro país ha adoptado como Ley de la República el *Código Bustamante*, vigente en la actualidad, en el que se señala "que los extranjeros que pertenecen a cualquiera de los estados contratantes gozan, en el territorio de los demás, de los mismos derechos civiles que se conceden a los nacionales".

La ley del 27 de diciembre de 1926, autoriza la otorgación de tierras a los inmigrantes que —dicho sea de paso pueden ser: los refugiados, asilados e indocumentados—, estableciendo en su artículo 1º: "Se considera inmigrante a todo extranjero, obrero, agricultor o industrial que teniendo menos de sesenta años y comprobada su moral y aptitudes, quiera establecerse en el territorio de la República".

El decreto supremo del 28 de enero de 1937, del gobierno de David Toro, establece los deberes y obligaciones de los inmigrantes, que igualmente pueden corresponder a los asilados, refugiados e indocumentados y que en su parte sustancial indica que deben observar una conducta intachable y abstenerse de intervenir en cuestiones políticas internas, pudiendo gozar de los derechos y obligaciones de las leyes bolivianas.

Pero la consagración más categórica de los derechos de los estantes y habitantes del país —nacionales o extranjeros— se establece en la Constitución Política del Estado que declara

en su título primero, Derechos y deberes fundamentales de las personas artículo 6º “Todo ser humano —nótese la universalidad del término, pues no sólo limita el beneficio a los bolivianos— tiene personalidad y capacidad jurídica con arreglo a las leyes, goza de los derechos, libertades y garantías reconocidas por esta Constitución, sin distinción de raza, religión, sexo, idioma, opinión política o de otra índole, origen, condición económica o social u otra cualquiera. La dignidad y la libertad de las personas son inviolables y protegerlas es deber primordial del Estado”.

En el título 3º de la Constitución Política del Estado sobre nacionalidad y ciudadanía, se otorga a los extranjeros —entre los que debe presumirse se encuentran asilados, indocumentados y refugiados— una amplia facultad para optar la ciudadanía boliviana al expresar en su artículo 37:

1. “Son ciudadanos bolivianos: Los españoles y latinoamericanos que adquieran la nacionalidad boliviana, sin hacer renuncia a la de su origen, cuando existan a título de reciprocidad convenios de nacionalidad plural con sus Gobiernos respectivos”.

2. “Los extranjeros que habiendo residido 2 años en la República declaren su voluntad de adquirir la nacionalidad boliviana y obtengan carta de naturalización conforme a ley”. Paradójicamente existen otras leyes secundarias y subordinadas a nuestra Carta Magna, que no expresan el espíritu mismo de la Constitución y tienen un carácter cohercitivo y punitivo. Seguramente algunos juristas entendidos en la materia, encontrarían alguna contradicción, por ejemplo con la Ley de residencia del 18 de enero de 1911 y el decreto supremo del 28 de enero de 1937, que indican claramente sobre causas y procesos de expulsión en sus articulados principales.

Pero en el fondo, observamos que existe en la legislación boliviana una gran *protección* para el inmigrante. En la vida cotidiana, tenemos que hacer extensiva esta protección al indocumentado y debe consistir primordialmente en velar por la aplicación del principio consagrado universalmente de *No devolución*, procurando regularizar su condición migratoria y protegerlos contra la detención abusiva e inconstitucional y su posterior expulsión del territorio nacional.

Situación del indocumentado en los campos familiar y laboral

En el campo familiar, el trauma generado por el impacto de su relación familiar, es sin duda el más doloroso y significativo; la separación familiar define en la mayoría de los casos una situación irreparable de desequilibrio y desquiciamiento. El indocumentado, se emplazó a adaptarse a un ambiente completamente extraño y la familia a una nueva situación, que altera su ritmo de vida y cohesión. Para los hijos, cuando han tenido la suerte de vencer las barreras sociales y la diferencia de idioma, en su empeño por la sobrevivencia, es decir en adaptarse, los lleva irremediamente a una casi completa alienación de sus patrones nativos, constituyéndose así, frecuentemente en capital humano irrecuperable para el país de origen. El desarraigo es completo.

En el campo laboral

La situación no es menos preocupante, en Bolivia el trabajo es por encima de todo, un medio de subsistencia difícil de conseguir y mantener, las altas tasas de desempleo y el bajo nivel de sueldos, hace que la desocupación en Bolivia éste rondando la escalofriante cifra del 25%, sobretodo en el sector informal no asalariado. La población económicamente activa que se encuentra asalariada es más o menos del 18%, y la proporción de ciudadanos en edad de trabajar está por encima del 73%.

Hasta 1988 (la situación no ha mejorado), los sueldos en moneda nacional se distribuían de la siguiente manera:

Bs	0 a	100	22%
Bs	101 a	250	38%
Bs	251 a	450	23%
Bs	451 a	850	5%

Estos niveles infrahumanos de ingresos en gente documentada, nos trae otra suerte de problemas sumamente inquietantes, pues la gente indocumentada (la mayoría), carecen de calificación y especialización. De tal modo, sus posibilidades

de empleo son mínimas o inexistentes, sobreviven, apenas amparados por la caridad de sus compañeros más afortunados, que han superado el requisito de residencia y permanencia legal. En otros casos la desesperante situación da lugar al abuso y la especulación de patrones, que enfrentan esta mano de obra barata con la mano de obra nacional, sujeta a niveles salariales mayores. Esta situación genera un clima adverso al indocumentado por que viene a competir sin proponérselo y sólo por necesidad con el trabajador local. Esta situación provoca un cambio total de actitudes como su desclasamiento y abandono de su combatividad e ideales.

Recomendaciones

A modo de un esbozo de perfil jurídico, planteo para esclarecer y contribuir a la solución de los problemas del indocumentado:

1. La creación de una Comisión de alto nivel, para que en un término perentorio elabore las recomendaciones sobre la urgencia de crear mecanismos administrativos y jurisdiccionales que sean la norma legal del indocumentado en Bolivia.

2. Creación del Departamento del indocumentado. En todas las capitales de departamento y conformado por los Ministerios del Interior, Salud, Educación, Trabajo y Vivienda, más la cooperación de un representante de organismos internacionales humanitarios, como ser: ACNUR, Cruz Roja Regional, Asamblea Permanente de Derechos Humanos, etc.

Este departamento debe encargarse de calificar al indocumentado dotándolo del documento que acredite su status, facilidades y medios para su subsistencia y necesidades vitales.

3. Fundamentar un pedido al Gobierno boliviano, para que adopte disposiciones legales y reglamentarias a fin de que todos los nacidos, residentes, indocumentados, refugiados y asilados en el territorio nacional dispongan de un documento oficial de identificación.

4. Solicitar al Gobierno boliviano, que adopte disposiciones legales y reglamentarias para conceder refugio o asilo político a todas las personas que estén legalmente habilitadas para ser beneficiadas con este status, más las facilidades correspondientes a un Estado humanitario y democrático.

5. Requerir del gobierno boliviano todas las facilidades para que los residentes, asilados, refugiados e indocumentados —cuando corresponda— puedan obtener un pasaporte, para así ellos poder ejercer su derecho de libre tránsito por el mundo.

6. Fundamentar un pedido al gobierno boliviano, para que derogue todas las leyes y reglamentos que restringen los derechos humanos fundamentales, contraviniendo provisiones de nuestra propia Constitución Política del Estado.

7. Solicitar al gobierno nacional, realizar esfuerzos y dedicar recursos a fin de documentar a todos los ciudadanos nacionales que se encuentran dentro de su propia patria sin documentos.

8. Incluir la categoría de indocumentado (en el caso del ciudadano extranjero) con todos sus derechos y obligaciones en nuestra legislación migratoria.

Lamentablemente, la experiencia boliviana nos ha demostrado, que al no contar con organismos de esta naturaleza, se pueden repetir vergonzosos hechos como en el pasado, cuando refugiados de otros países que buscaron protección en el nuestro, ante el riesgo de sus vidas, fueron entregados a las autoridades de su país de origen, sin constancia legal y al margen de principios fundamentales de la Declaración de Derechos Humanos y de la Convención de 1951, dando origen a que se presente el grave problema de los desaparecidos políticos. El procedimiento inverso, también se produjo en la década de los '70, en que imperaban en Sudamérica regímenes de fuerza. El principio de no devolución o *Non-Defoulement*, ha sido violado innumerables veces y de haber existido organismos y legislación como la que proponemos para los indocumentados,

se hubieran evitado las violaciones denunciadas, por lo menos en gran medida.

Sabemos que éste es un buen momento para el país y América latina en su conjunto, para iniciar esta ardua tarea de cambio, la vigencia casi total en América latina de regímenes democráticos, conforma un marco positivo, para modificar las limitaciones de las normas legales actuales en beneficio de los indocumentados y es a estos Gobiernos, que corresponde plantear ante los organismos internacionales la sanción de nuevos y adecuados instrumentos.

Conclusiones

Para terminar, señoras y señores, me permito también sugerir cuatro conclusiones, para su consideración, análisis y posterior aprobación si se diera el caso.

1. Afirmar el derecho del indocumentado a ser tratado como refugiado, asilado o inmigrante a través de una legislación moderna, ágil y dinámica.

2. Solicitar a los organismos internacionales competentes, la inclusión en cláusula aparte del Estatuto del Indocumentado en:

— La Convención de las Naciones Unidas de 1951.

— El Protocolo de 1967 sobre el Estatuto del Refugiado.

— En la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969 (Pacto de San José de Costa Rica).

3. Reafirmar que la *No devolución*, constituye un principio imperativo del Derecho Internacional que incluye la prohibición de devolución o expulsión a otro país, sea o no de origen.

4. Propiciar ante el Gobierno nacional que el derecho de admisión en frontera, puerto o aeropuerto de cualquier ciudadano extranjero, cuyo derecho a la vida, al sustento y a la libertad personal esté en riesgo, no puede tener negativa. Y por último, propiciar las expresiones de solidaridad más efusivas, para cada indocumentado que busque refugio en Bolivia, así como para sus familiares.

Bibliografía

- Paquete informativo (INFOPAQ), *La población boliviana*. CONAPO, Consejo Nacional de Población, Min. Planeamiento, La Paz.
- Bolivia en cifras*, Instituto Nacional de Estadísticas INE, La Paz, 1989.
- Legislación Migratoria boliviana de 1911 a la fecha*.
- Salto al futuro, La Población objeto y sujeto de desarrollo*. Proyectos Políticas de Migración, Min. Planeamiento. UNFPA, La Paz, 1985.
- Tras Nuevas Raíces*, Migraciones Internas y Colonización en Bolivia, Proyecto: *Políticas de Población*; Min. Planeamiento, La Paz, 1984, UNFPA.
- Bolivia en el día de los 5.000 millones de habitantes*, La Paz, 1987. Min. Planeamiento, CONAPO, FNUAP.
- Políticas de Población*, Seminario de alto nivel para Ejecutivos de la prensa, La Paz, 1986, CONAPO, FNUAP - UNESCO.
- Encuesta Nacional Población y Vivienda*, La Paz, 1989, ENPV. Instituto Nacional de Estadísticas INE.
- Ultima Hora*, Grandes temas de Ultima Hora, n° 1 País deshabitado. *La Población en Bolivia, América Latina y el Mundo*, La Paz, 1982.
- Asilo Político y situación del refugiado*, Seminario, abril de 1983, Min. RREE y Culto y ACNUR, La Paz.

Convergencia del Derecho Internacional Aplicable (Derechos Humanos, Derecho de Refugiados, Derecho Internacional Humanitario) y régimen boliviano del apátrida y del asilo

Felipe Tredinnick

Profesor de la Universidad Mayor de San Nicolás, La Paz

I. Introducción

Para entender adecuadamente el vasto y complejo campo en que coexisten los Derechos Humanos, el Derecho de Refugiados y el Derecho Internacional Humanitario, debemos analizar su marco general de referencia y luego adentrarnos en sus principios, que exigen un mínimo del sentido de humanidad y van más allá de él.

El Derecho Internacional Público es el conjunto sistematizado de reglas y normas jurídicas que rigen las relaciones de los Estados y de los organismos internacionales. Es decir, que, en este momento, sólo existen dos personas de Derecho Internacional: los Estados y los Organismos Internacionales, a pesar de la creciente corriente doctrinaria, en la que me incluyo, de incorporar a la persona humana como sujeto del Derecho Internacional.

II. Derecho Internacional de los Derechos Humanos

Diremos con Albuquerque Mello que “el propio Derecho Internacional se ha preocupado por el hombre dándole mayor relieve”. Como protagonista obligado de esa lucha, el ser humano adquiere y consigue mayores y mejores posiciones en la comunidad jurídica internacional y en las relaciones internacionales.

En la doctrina existen opiniones no siempre coincidentes respecto de si el ser humano es o no persona de Derecho Internacional. La mayoría de ellas son en sentido afirmativo y

esta posición da validez a una serie de instituciones y normas que tratamos de incorporar definitivamente al Derecho Internacional, y así lo proponemos en esta oportunidad.

En la esfera de la protección, defensa y vigencia de los derechos humanos, el ser humano debe ser considerado sujeto de Derecho Internacional, siguiendo los planteamientos de importantes tratadistas como Accioly, Pallieri, Lauterpacht.

En Ciudad de México, en 1945, durante la Conferencia Interamericana sobre Problemas de la Guerra y de la Paz, los Estados Americanos se pronuncian por primera vez en apoyo de un sistema internacional de protección de los derechos humanos.

La Novena Conferencia Americana se reunió en Bogotá, Colombia, en 1948. En materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, esa Novena Conferencia fue de extraordinaria importancia. En esa oportunidad fueron aprobadas, no sólo la Carta de la OEA, sino la "Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre" (el 2 de mayo de 1948), que antecedió a la "Declaración Universal de Derechos Humanos" de la ONU, suscrita recién el 10 de diciembre de 1948, y la "Carta Interamericana de Garantías Sociales", además de otros instrumentos.

III. Acuerdos posteriores a la "Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre" de 1948

En 1951, la Cuarta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores (Washington) aprobó las resoluciones sobre:

- "Fortalecimiento y ejercicio efectivo de la democracia", y
- "Mejoramiento del nivel social, económico y cultural de los pueblos de América".

La Décima Conferencia Interamericana realizada en Caracas, Venezuela, en marzo de 1954, aprobó, entre otras, dos convenciones sobre asilo (diplomático y territorial).

La Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores efectuada en Santiago, Chile, en 1959, aprobó la "Declaración de Santiago" sobre los principios que deben regir

el sistema democrático. Aprobó igualmente, una resolución que encomendó al Consejo Interamericano de Jurisconsultos el estudio de la relación jurídica entre los derechos humanos y el ejercicio de la democracia representativa, así como la facultad de poner en marcha los organismos disponibles del Sistema Internacional Americano. Por otra parte, aprobó otra resolución que encomienda igualmente al Consejo Interamericano de Jurisconsultos la elaboración de un proyecto de Convención sobre Derechos Humanos tendiente a promover el respeto de esos derechos.

Después de diez años de elaborado el proyecto de Convención sobre Derechos Humanos de 1959, el Consejo de la OEA convocó la Conferencia Especializada Interamericana de 1969, realizada en San José de Costa Rica, la misma aprobó la "Convención Americana sobre Derechos Humanos", conocida también como "Pacto de San José". Dicha Convención entró en vigor el 18 de julio de 1978 al depositar el gobierno de Grenada el onceavo instrumento de ratificación.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos ha creado dos órganos fundamentales sobre la materia: a) La Corte Interamericana de Derechos Humanos; y b) La Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Ambas instituciones se rigen por estatutos propios.

La Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, que precedió a la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969, reconoce el derecho de asilo en su art. XXVII, mientras que la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo hace en su art. 7.

IV. La ONU y los derechos humanos

La Carta de la ONU establece el respeto por los derechos humanos y libertades fundamentales de todos, sin discriminación, y se refiere a ellos en su Preámbulo y en los siguientes artículos: art. 1, numeral 3; art. 13, inciso b; art. 55, inciso c; art. 62, numeral 2; art. 68 y art. 76, inciso c.

En el sistema de la ONU, el Consejo Económico y Social (ECOSOC), es el órgano encargado de velar por el respeto de los derechos humanos. Como tal, el ECOSOC creó en

1946 la Comisión de Derechos Humanos, prevista en el art. 68 de la Carta de la ONU, y en 1948 el ECOSOC presentaba a la Asamblea General de la ONU el proyecto de "Declaración Universal de Derechos Humanos".

V. La "Declaración Universal de Derechos Humanos"

El día 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de la ONU, reunida excepcionalmente en París, Francia, aprobó los 30 artículos de la llamada "Declaración Universal de Derechos Humanos", lo cual marcó un hito de extraordinaria importancia en la difícil y larga lucha por la vigencia de los derechos humanos. La misma fue aprobada por unanimidad, son sólo ocho abstenciones: Arabia Saudita, Bielorrusia, Checoslovaquia, Polonia, República de Sud Africa, Ucrania, URSS y Yugoslavia.

En el art. 14 de la Declaración Universal de Derechos Humanos se lee:

"1. En caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país;

2. Este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas".

El art. 15, numeral 1, aclara que "toda persona tiene derecho a una nacionalidad", en los exactos términos del art. 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Por otra parte, la ONU, tras largos años de negociaciones diplomáticas, elaboró dos convenciones a pactos y un protocolo adicional, a saber:

a) Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de fecha 16 de diciembre de 1966, y

b) Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, de la misma fecha.

c) Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En el citado Protocolo, se establece que el Estado Parte en el Pacto, que ratifique el Protocolo, "reconoce la competencia del Comité (de Derechos Humanos, creado por el Pacto) para

recibir y considerar comunicaciones de personas que se encuentren bajo su jurisdicción”, que sean víctimas de violación de derechos consagrados en el Pacto.

Por otra parte, en el ámbito regional, Europa Occidental ha tenido un excelente adelanto en relación a los derechos humanos y a su protección, sobre todo en el ámbito del Consejo de Europa, que cuenta con una convención multilateral suscrita en 1950; sus órganos de control son la Comisión Europea de Derechos Humanos y la Corte Europea de Derechos Humanos.

VI. El Derecho Internacional Humanitario

Si consideramos la locura o “el crimen de la guerra” (en las palabras de Alberdi), como un hecho real, que se produce independientemente de nuestra voluntad, vemos que no todos los seres humanos la hacen y la acompañan. Existen miles y millones de personas que son víctimas inocentes de los conflictos bélicos de todo tipo y de toda intensidad. En tal sentido, no se trata ya de clasificar —como antiguamente— a una guerra como justa o injusta. El Derecho Internacional Humanitario tiene por objeto la protección de las víctimas de los conflictos armados, sean civiles no combatientes o soldados heridos, enfermos o prisioneros de guerra.

Como plantea Jacques Moreillon, el Derecho Internacional Humanitario “es el punto de equilibrio entre los imperativos militares y las exigencias humanitarias”.

El Derecho Internacional Humanitario o “Derecho de Ginebra”, se basa fundamentalmente en los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 y en los dos Protocolos de 1977.

Los cuatro Convenios de Ginebra de 1949 son:

- a) Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en campaña;
- b) Convenio de Ginebra para aliviar la suerte de los heridos y enfermos de las Fuerzas Armadas en el mar;
- c) Convenio de Ginebra sobre el trato de los prisioneros de guerra;
- d) Convenio de Ginebra sobre protección de civiles en tiempo de guerra.

Los referidos Convenios de Ginebra cuentan con alrededor

de 400 artículos en total, y constituyen un verdadero monumento jurídico. Dichos Convenios de Ginebra y sus Protocolos de 1977 buscan la protección de las innumerables víctimas de guerras y guerrillas de toda clase y tendencia. Su alcance es universal ya que prácticamente todos los Estados miembros de la comunidad internacional son parte en ellos.

En febrero de 1974, el Gobierno Federal Suizo, depositario de los cuatro Convenios de Ginebra de 1949, resolvió convocar, a sugerencia del CICR, a una Conferencia Diplomática encargada de deliberar sobre dos proyectos de Protocolos adicionales o complementarios, elaborados por el citado organismo. En la Conferencia Diplomática sobre la reafirmación y el desarrollo del Derecho Internacional Humanitario aplicado a los conflictos armados, se reunieron 155 países y luego de largas sesiones, aprobaron los 102 artículos del Protocolo I, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, y los 28 artículos del Protocolo II, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados no internacionales.

Si hablamos en términos comparativos, nos inclinamos a afirmar la realidad objetiva de la generalidad del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, cuyos titulares son "todas las personas físicas, en todas las situaciones", como apunta Gross Espiell.

El Derecho Internacional Humanitario, en cambio, tiene una aplicación menos generalizada y más específica, como en los conflictos armados internacionales o no internacionales o situaciones previstas en los Convenios de Ginebra de 1949 y Protocolos de Ginebra de 1977 (enfermos, náufragos, prisioneros de guerra, heridos, poblaciones civiles, refugiados, apátridas, etc.).

Por otra parte, es conveniente subrayar que en casos de conflicto armado la aplicación específica del Derecho Internacional Humanitario no significa el olvido de las normas generales del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Al contrario, en el ámbito de uno u otro, el Estado tiene el deber de respetar básicamente el derecho a la vida; tiene la obligación de no aplicar torturas, penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes; de no permitir la esclavitud o la servidumbre. Todo Estado tiene además, la obligación de re-

conocer a todo ser humano su personalidad jurídica. “Estos derechos —en palabras de Gross Espiell— son fundamentales e inderogables, que deben respetarse siempre, en cualquier situación o circunstancia, y constituyen el núcleo esencial del respeto de los derechos humanos”. Y agrega este autor, “son verdaderos casos, en el mundo actual, de *jus cogens*, es decir, normas imperativas aceptadas por la comunidad internacional en su conjunto, cuya violación apareja la nulidad del acto jurídico, cualquiera que sea su naturaleza, que infrinja esas normas imperativas”.

VII. Derecho Internacional de Refugiados

El Derecho Internacional de los Refugiados está constituido por la Convención del 28 de julio de 1951 y el Protocolo del 31 de enero de 1967. Existen, además, otras normas que aparecen en resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas, especialmente en la Resolución 428 (V) del 14 de diciembre de 1950 y en numerosos instrumentos regionales y subregionales.

La Convención y el Protocolo están bajo la supervisión y custodia de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (Art. 35 de la Convención).

Asimismo, el Derecho Internacional de los Refugiados encuentra otros asideros jurídicos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (arts. 13 y 14), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (arts. 12 y 13), en la Convención Europea de Salvaguardia de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (Protocolo nº 4 del 16 de septiembre de 1969, arts. 2, 3 y 4), en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (arts. VIII y XXVII), en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 22), y en la Convención Africana de 1964.

El Derecho Internacional de los Refugiados es parte del Derecho Internacional General. *Latu sensu*, en sentido amplio, puede ser entendido como una rama del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, aunque cuenta con órganos y procedimientos propios.

El Derecho Internacional de los Derechos Humanos tiene

una notoria paternidad en cuanto a los fundamentos del Derecho Internacional de los Refugiados. Uno de los más sólidos principios del Derecho Internacional de los Refugiados es el de *No devolución*. Es de carácter obligatorio, como un verdadero principio de *jus cogens*, principio imperativo, que ha sido reconocido por la comunidad jurídica internacional. El citado principio es aplicable no sólo entre los países partes en la Convención de 1951 o en el Protocolo de 1967, o en ambos instrumentos internacionales, sino que su fuerza obligatoria es *erga homnes*, es decir, para todos los hombres y para todos los Estados, aunque no sean parte en dichos instrumentos.

El Derecho Internacional de los Refugiados se asemeja muchísimo a una antigua institución constitucional y de Derecho Internacional latinoamericano: el *derecho de asilo territorial*.

Esto parece consecuencia de que, al no tener vigencia y ser prácticamente desconocido el derecho de asilo territorial en países no latinoamericanos, y en otros continentes, hubo necesidad de crear esa institución paralela que es el derecho de refugiados, aunque más amplio que el derecho de asilo territorial.

VIII. *El derecho de asilo*

Un concepto moderno y evolucionado sobre el derecho de asilo aporta Diana Borelli de Tredinnick en la siguiente definición: "Contra la violación de los derechos humanos y la persecución injusta, el derecho de asilo es el último amparo que un Estado extranjero concede a los que sufren persecuciones en su propio país o en el país de su residencia".

La característica del derecho de asilo radica en que se trata de un derecho del Estado que lo concede más que el derecho de una persona o el derecho de un Estado que lo niega.

Los principales autores y convenciones suscritas respecto del derecho de asilo, consideran la existencia de dos clases de asilo: el diplomático y el territorial.

El asilo diplomático consiste en el asilo que se concede en los locales de una Misión Diplomática, en los buques de guerra, en las aeronaves militares y en campamentos militares,

exclusivamente a personas perseguidas por causas o por delitos políticos. Tal la definición que ofrece el art. 1 de la Convención Interamericana sobre Asilo Diplomático, suscrita en Caracas en 1954. De acuerdo a la Convención de Viena de 1961 sobre Relaciones Diplomáticas, se entiende por locales de la Misión, estrictamente la sede de la Embajada propiamente dicha y la residencia del jefe de Misión (sea embajador, encargado de negocios con carta de gabinete o permanente, y encargado de negocios interino).

Algunas de las características principales del derecho de asilo diplomático son:

- a) Quien califica el supuesto delito es el Estado asilante.
- b) El Estado extranjero (para el que busca asilo) no tiene obligación alguna de conceder el asilo.
- c) El conceder asilo diplomático no está sujeto a la regla de reciprocidad.
- d) En caso de negación del asilo diplomático, el Estado que lo niega no está obligado a explicar sus razones.
- e) El asilado aceptado como tal, tiene el deber de no mantener contacto con quienquiera que fuese sin la autorización expresa del jefe de Misión.
- f) El asilo diplomático es exclusivo para perseguidos políticos.

En la práctica internacional, el asilo diplomático puede ser concedido en los siguientes locales:

- a) En la sede de toda Misión diplomática ordinaria.
- b) En la residencia del jefe de Misión (de cualquier categoría).
- c) En otros locales, debidamente autorizados por el Estado receptor, en el caso de que la cantidad de asilados exceda la capacidad normal de los locales indicados en los incisos a) y b).
- d) En los buques militares, donde el capitán puede concederlo.
- e) En aviones militares, que pueden ser inclusive de transporte.
- f) En campamentos militares, lo cual puede entenderse como las bases militares de un Estado en territorio de otro Estado.
- g) Los locales consulares ni las sedes de los organismos internacionales son considerados locales de asilo diplomático. Asimismo, los vehículos oficiales de una Misión diplomática tampoco son considerados como locales de asilo.

h) En los locales ocupados por Misiones diplomáticas extraordinarias o especiales, de carácter temporal, no se concede asilo diplomático.

El país asilante a través de su Misión diplomática, capitán de buque militar, comandante de avión militar o comandante de campamento militar, tiene la obligación ineludible de comunicar la concesión del asilo diplomático al Ministerio o Secretaría de Relaciones Exteriores del país receptor, y lo hará por escrito y al mismo tiempo solicitará el correspondiente salvoconducto para que el asilado pueda salir del país de su nacionalidad o de su residencia.

Generalmente, la comunicación y solicitud son formuladas mediante una correspondencia diplomática denominada "nota verbal", cuando el asilado se encuentra directamente a cargo de una Misión diplomática.

De acuerdo a otras determinaciones de la Convención Interamericana de Caracas de 1954 sobre Asilo Diplomático, en el caso de que el asilado abandonase voluntariamente el local de la Misión diplomática, no podría acogerse nuevamente al derecho de asilo en la misma Misión diplomática. Por otra parte, si se tratase de un delincuente común y no político, la Misión diplomática asilante deberá entregarlo a las autoridades del Estado receptor. Asimismo, el asilo no puede o no debería ser ofrecido. De preferencia, el asilado debe presentarse en la Misión diplomática, buque militar, avión militar o campamento militar u otro local de asilo por sus propios medios, sin colaboración de dicha Misión.

Por su parte, el Estado receptor (donde funciona la Misión diplomática o se encuentra el buque militar, avión militar o el campamento militar) tiene los siguientes deberes que en forma resumida, los anotamos a continuación:

a) Conceder el salvoconducto solicitado por la Misión diplomática, capitán de buque militar, comandante de avión militar o comandante de campamento militar, que hubiese concedido el asilo.

b) Ofrecer garantías al asilado para que pueda abandonar el país.

c) Como menciona Diana Borelli de Tredinnick, "como un deber que se desprende del Derecho Internacional General,

podemos agregar que el Estado receptor tiene que proteger a las Misiones diplomáticas que se encuentran en su territorio, para que no sean molestadas por haber concedido asilo a determinadas personas”.

La finalización del asilo diplomático puede suceder por alguna o varias de las siguientes razones:

a) La renuncia al asilo diplomático, que debe producirse en forma absolutamente voluntaria y no como fruto de amenazas, violencias o chantaje.

b) La entrega del perseguido (no aceptado como asilado), por ser, en realidad, un delincuente común.

c) La huida del asilado, sin comunicarlo a los asilantes.

d) La concesión de asilo y la entrega del correspondiente salvoconducto con el que abandona el país que lo persigue.

e) El fallecimiento del asilado (que puede ocurrir con personas enfermas, heridas o de avanzada edad).

IX. Asilo territorial

Es aquél que un Estado concede directamente en su territorio nacional a los perseguidos políticos de otro Estado que hubieran tenido oportunidad de cruzar las fronteras internacionales. Para aclarar aún más sobre esta institución convencional, decimos que toda persona asilada en el local de una Embajada permanente, buque de guerra, avión militar o campamento militar, una vez que abandone el país donde pidió acogerse al derecho de asilo diplomático, pasa a disfrutar del derecho de asilo territorial.

En materia de asilo, están vigentes: la Convención Interamericana sobre Asilo Territorial y la Convención Interamericana sobre Asilo Diplomático, ambas suscritas en Caracas en 1954.

En Bolivia, el derecho de asilo era materia constitucional determinada por el art. 18 de la Constitución anterior de 1961. En la Constitución actual, de 1967, no figura referencia alguna sobre el derecho de asilo, ni diplomático, ni territorial. Si bien es a todas luces lamentable la omisión a nivel constitucional de tan notable conquista jurídico-política, cabe señalar que en Bolivia se sigue respetando el asilo diplomático.

Por otra parte, no existe en la nueva Constitución referencia alguna sobre el problema de la apatridia y del problema de los indocumentados, asuntos regulados, casi siempre, por vía administrativa, que algunas veces se excede en materia de extradición sin tratado y de expulsión de bolivianos, sin amparo legal alguno, merced a extrañas "decisiones políticas" que nos hacen recordar viejas dictaduras y nuevas vocaciones totalitarias.

Para finalizar, queremos enfatizar que, en materia del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, del Derecho Internacional del Refugiado, del Derecho de Asilo Diplomático y Territorial y de los problemas de los apátridas e indocumentados, Bolivia tiene que recurrir obligadamente a las convenciones y convenios internacionales felizmente suscritos y ratificados por vía legislativa, que son suficientes para garantizar ese mínimo de humanidad por el que luchamos todos nosotros, porque, de lo contrario, tendríamos que desconfiar del futuro. Ojalá que triunfe definitivamente, al menos, ese mínimo de humanidad.

Acto de clausura

El día 15 de noviembre tuvo lugar el acto de clausura del Seminario bajo la presidencia del sr. subsecretario de Migración, Dr. Luis Paredes, que habló en representación del excelentísimo Sr. Ministro del Interior, Migración y Justicia, Lic. Guillermo Capobianco Rivera.

Hicieron uso de la palabra los señores representantes de las entidades organizadoras, agradeciendo a las Autoridades Nacionales su calurosa hospitalidad y contribución al éxito del evento.

En nombre de los participantes, la Dra. Mary Luna expresó la gratitud a los organizadores por haber dedicado, por primera vez, la atención a un problema tan candente de la realidad del país, aprovechando la oportunidad para tratar los sistemas internacionales de protección de la persona humana de manera interdisciplinaria.

Lista de participantes

Tcnl. DESP ¹ Gustavo Rojas Flores
Tcnl. DEAP ² René Zavala Mendieta
My. Humberto Girona Vargas
Tecn. DEAP ² José Luis Medina Claros
Cnl. DESP ¹ Alfredo Pereira Vergara
Tcnl. DEAP ² Tito Párraga Espinoza
My. Héctor Frías Cardozo
Tcnl. DEAP ² Gonzalo Ramírez Cárdenas
My. Alberto Castillo Costa
Cnl. DESP ¹ Fortunato Nallar Gareca
My. Raúl Benavente Peñaranda
Tcnl. DEAP ² Gastón Quevedo Perales
CF DEMN ³ José Guillermo Hurtado Ribert
CF DEMN ³ Juan José López Montaña
CF DEMN ³ Carlos Andrade Mallea
CF DEMN ³ René Sánchez Maese
CF DEMN ³ Alberto Monasterio Martins
CC DEMN ⁴ Gustavo Zalles Medrano
Cnl. Inf. Dr. Mario Saavedra López
Cap. Ing. Jorge Canedo Cardozo
Dr. Filiberto Terán Oblitas
Dra. Marusia Hinojosa Saavedra
Dr. José W. Frías Flores
Dr. Eduardo Viscarra Meneces
Dr. José Luis Paredes
Dra. Martha Patricia Díaz Romero
Teniente Ronald A. Gutiérrez Crespo
Lic. Humberto Arratia Loroño
Lic. Ismael Quiroz Torrez
Dr. Abel Peña y Lillo
Sra. Elsa Zuna Orlandini

¹ DESP: Diplomado Escuela Superior de Policía

² DEAP: Diplomado Escuela de Aplicación Policial

³ CF DEMN: Capitán de Fragata Diplomado Estado Mayor Naval

⁴ CC DEMN: Capitán de Corbeta Diplomado Estado Mayor Naval

LISTA DE PARTICIPANTES

Dr. Edgar Montaña Pardo
Dr. Gonzalo Cordero Palacios
Dr. René Saavedra Arce
Dr. Luis Milton Gómez Argota
Dra. Mary Luna Angulo
Dr. Luis Burgoa
Dra. Sonia Cárdenas de Cordero
Dra. Ana María Clavel Ferrer
Dra. Nancy Romero Berríos
Dra. Olga Murillo
Dra. Nora Grandy de Collao
Dr. Eusebio Moreira Torrez
Dr. Alberto Costa Obregón
Dra. Alicia Prieto
Dr. José J. Antezana Daleney
Lic. Jorge A. Valverde Bravo
Cnl. Dr. Freddy Chávez Saavedra
Cnl. DESP¹ Guillermo Valverde C.
María del Carmen Ballivian Ascarrunz
Ximena Behoteguy Terrazas
José Carlos Burzuri Romero
Irving Delfín Quiroga
Orieta Flores Vega
Jorge Mauricio Galindo Canedo
Francis Kuljis Santos
Nicolás Ribera Cardozo
Jorge Adolfo Rocha Méndez
Alvaro Tapia Claros
Wilson Villarroel

Indice

Discurso inaugural 7

Primera sesión

- Los derechos humanos: apuntes sobre el concepto, la historia y los mecanismos universales de protección, Oscar Schiappa-Pietra Cubas 13
- Administración de justicia y derechos humanos, Luis Edgar Martínez Lozada 35
- Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos: visión general, Jorge Salazar Cussiánovich 49
- Sumario de discusión 57

Segunda sesión

- Derecho Internacional Humanitario. Sistema de protección de la persona humana, Christophe Swinarski 65
- Las garantías fundamentales de la persona humana en el Derecho Internacional Humanitario, Susana Fraidenraij 87
- Comité Internacional de la Cruz Roja (CICR) como órgano del Derecho Internacional Humanitario en el seno del Movimiento de la Cruz Roja, Nicolás Borsinger 103
- Sumario de discusión 107

Tercera sesión

- Cláusulas de cesación y de exclusión del Estatuto de Refugiado, Jaime Ruiz de Santiago 113
- Relaciones entre el asilo y el refugio, Jaime Ruiz de Santiago 121
- Evolución del concepto de refugiado. La Declaración de

INDICE

Cartagena y el problema de flujos masivos de refugiados,
Teresa Tirado 131
La definición del refugiado de acuerdo a la Convención de
1951: cláusulas de inclusión, Richard A. Stainsby 139
Sumario de discusión 145

Cuarta sesión

Las exigencias del orden público y el problema de los indocu-
mentados, Edgar Montaña Pardo 153
Conceptualización del indocumentado y su caracterización
migratoria, Willy Sandoval Morón 161
Convergencia del Derecho Internacional Aplicable (Derechos
Humanos, Derecho de Refugiados, Derecho Internacional
Humanitario) y régimen boliviano del apátrida y del asilo,
Felipe Tredinnick 171

Acto de clausura 183

Lista de participantes 185

Indice 187

La presente edición
se terminó de imprimir
en el mes de junio de 1991
en los Talleres Gráficos de
LA PRENSA MEDICA ARGENTINA,
Junín 845, Buenos Aires,
Argentina.