

# REFLEXIONES SOBRE LA GUERRA INTERNA Y EL DESPLAZAMIENTO FORZADO DE POBLACIONES

*Oscar Schiappa-Pietra Cubas*

*Peruano, miembro de la Comisión Andina de Juristas, Lima*

## 1. Introducción

Mediante el presente ensayo se intenta plantear un conjunto de reflexiones sobre el encuadramiento institucional y jurídico-normativo del desplazamiento forzado de poblaciones<sup>1</sup>. Para tal propósito se hace refe-

---

<sup>1</sup> En el presente ensayo denominamos a los desplazamientos forzosos de poblaciones (o desplazamientos internos, según la denominación usualmente empleada en diversos foros internacionales), simplemente como desplazamientos.

Aún cuando en ciertas ocasiones pueda resultar difícil distinguir entre quienes migran empujados por la pobreza absoluta y quienes lo hacen debido a la violencia armada, nos referimos básicamente a estos últimos.

"Aunque no existe una definición generalmente aceptada, se ha considerado desplazados a las personas que han sido obligadas a abandonar sus hogares o actividades económicas habituales debido a que su vida, seguridad o libertad han sido amenazadas por la violencia generalizada o el conflicto prevaleciente, pero que han permanecido dentro de sus países".

(Definición incluida en el Anexo I del Informe del Grupo de Consulta sobre las Posibles Soluciones a los Problemas de los Refugiados Centroamericanos. Ciudad de Guatemala, Reunión preparatoria de la CIREFCA, 27 - 28 de abril de 1988).

Fuente: Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA). Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina. S.p.i., abril de 1989; p. 15. párr. 67.

rencia al fenómeno de la guerra desde la perspectiva de su regulación legal, en tanto aquella constituye el factor causal del desplazamiento. Obviamente, esta referencia está encuadrada dentro de objetivos estrictamente académicos y no entraña de consiguiente juicios de valor sobre realidades globales o específicas.

Este ensayo fundamenta la hipótesis de la inadecuación relativa que caracteriza a los distintos universos normativos aplicables en situaciones de guerra interna<sup>2</sup> y de consiguientes desplazamientos. Resulta evidente que los supuestos de hecho en función de los cuales adquieren competencia regulatoria tales universos normativos, no concuerdan cabalmente con la especificidad propia de las situaciones que vienen aconteciendo en distintas latitudes del Tercer Mundo.

Luego de efectuar una somera revisión crítica de las expresiones más relevantes de tales inadecuaciones, se formulan algunas propuestas orientadas a fomentar una más eficaz atención al fenómeno del desplazamiento.

Dado que este fenómeno recién está siendo estudiado, el presente ensayo sólo pretende plantear algunas reflexiones iniciales.

## 2. La regulación de la guerra dentro del derecho internacional general

*"Nos dice la Guerra: «Yo soy la madre de todas las cosas, la gran fuerza que arrastra y transforma a las sociedades; soy su más poderoso medio de expresión. Soy tribunal de la Historia y sopeso, juzgo y moldeo el mundo; hago a los dioses y a los reyes, a los amos y a los esclavos. Fascino a los hombres, y la propia Paz vive sujeta a mi fascinación. . . No hay año ni lugar en los que no haya aparecido. Pero ¿cómo reconocerme? Porque, como el dios Proteo, cambio constantemente de voz y de rostro»"*<sup>3</sup>.

La conflictividad es un rasgo consustancial a la especie humana. La guerra, como expresión omnicompreensiva de aquélla, ha acompañado desde siempre a las distintas sociedades, hasta constituirse en expresión esencial del dialéctico devenir de la humanidad. En su arrolladora facticidad, la guerra resume las dimensiones más contradictorias y negativas del ser humano.

2 En el presente ensayo denominamos guerra interna a todas las situaciones que se adecúan a la definición clásica de *guerra civil*: "un estado de lucha dirigido por una organización establecida de hecho contra una organización establecida de derecho" (Berezowski).

3 Bouthoul, Gaston y Carrere, René.- El desafío de la guerra. Madrid, EDAF, 1977, pp. 27-28.

Precisamente tal carácter esencial explica la notoriedad que en todos los contextos espaciotemporales ha tenido la guerra como desafío temático para los *intelectuales*. Admitiendo la inevitabilidad de su desencadenamiento, desde antiguo se intentó limitar sus alcances y restringir el ámbito de legitimidad en su ejecución. En tal pretensión conviven dialécticamente la sensibilidad humanizadora y la racionalidad histórica.

*"Si Aristóteles, Cicerón y muchos simpatizantes abogaban por la restricción en la guerra, de todos modos consideraban la coerción civil y el conflicto armado como una actividad natural"*<sup>4</sup>.

Desde los inicios se buscó delimitar la frontera ética de separación entre la justificación y la descalificación de la acción bélica. Suele asumirse que Aristóteles acuñó el concepto de *guerra justa*, y éste alcanzó a convertirse en la consigna que cautivó a juristas y a filósofos desde los días de Grecia.

Las entidades religiosas, en tanto instancias hegemónicas de poder temporal y moral en la antigüedad, prestaron particular atención al tema de la guerra. Para el naciente cristianismo, ello implicó intentar el sincretismo entre la tradición grecorromana de guerra justa, la prevalencia de los métodos no violentos y el pacifismo acorde con las enseñanzas de Jesús, y la doctrina de Guerra Santa desarrollada en el Antiguo Testamento. Ya en el medioevo, Santo Tomás y otros exponentes de las corrientes moderadas, si bien no prestaron significativa atención a la cuestión de restringir los márgenes de legitimidad en la realización de la guerra, desarrollaron el principio de la inmunidad del no combatiente, ya implícito en los escritos de San Agustín. Este principio había alcanzado para entonces un esbozo primario en otro contexto espaciotemporal: El Código de Manú, adoptado en la India antes de iniciarse la era actual, se refería al respeto del herido durante la guerra<sup>5</sup>.

El siglo XVII representó un hito fundamental en la evolución de las relaciones internacionales y en su regulación jurídica. En la Europa de entonces, centro indiscutible del universo, se liquidó el orden medieval y la hegemonía de los dos pilares trasnacionales sobre los que aquél se asentaba: el *statu-quo* institucional dentro del que había ido regulándose la limitación y la humanización del uso de la fuerza bélica. Si bien ello devolvió a

4 Little, David.- "La guerra justa y la búsqueda de la paz", en: La lucha por la paz. Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano SRL. 1986, p. 27.

5 Valencia Corominas, Jorge.- Derechos humanos del niño. Lima, Instituto Peruano de Derechos Humanos. 1990; p. 22.

las naciones al "estado de naturaleza", reafirmó las convicciones de moderación que habían ido gestándose ambiguamente dentro del pensamiento cristiano occidental. No por ello desapareció el culto a la Guerra Santa, redivivo en nuevas aventuras colonizadoras<sup>6</sup>.

La importancia del tema de la guerra, determinó que ocupase un sitio privilegiado también dentro del Derecho de Gentes, desde que éste adquirió existencia<sup>7</sup>. Más aún, el reconocimiento de un Estado como ente soberano estuvo tradicionalmente condicionado a la demostración de su capacidad para guerrear<sup>8</sup>.

En todo ese andar fue cristalizándose lo que hoy conocemos como derecho de guerra, inspirado en el pensamiento cristiano y en las reglas de caballería aplicadas en los conflictos del siglo XVII. La progresiva uniformización en el contenido de los reglamentos militares y los convenios bilaterales concertados entre comandantes de Estados enemigos, fue generando derecho consuetudinario.

La progresiva integración capitalista de Europa —entonces eje geopolítico del mundo— desde mediados del siglo XVIII, fue tornando a la guerra en un medio disfuncional para solucionar las controversias. Amén de consideraciones humanitarias, ella afectaba sustancialmente la infraestructura productiva y los procesos de intercambio económico. Fue necesario entonces trascender la mera sanción político-moral. "Hasta el año 1920, el derecho de un Estado a recurrir a la guerra como última forma de autoayuda o autodefensa, cuando los otros medios de obtener reparación por ofensas alegadas habían resultado infructuosos, ocupó un lugar aceptado y reconocido en el derecho internacional"<sup>9</sup>.

6 Little, David.- Ob. cit.

7 Grocio, reconocido como fundador del Derecho Internacional Público, terminó en 1625 su texto *De jure belli ac pacis*, en el que confiere especial atención al tema de la guerra y anota: "En todo el mundo cristiano observé una falta de restricción para hacer la guerra, de la que hasta los pueblos bárbaros se avergonzarían; [observé] hombres recurriendo a las armas por motivos triviales o sin causa alguna, y cuando se han tomado las armas ya no hay ningún respeto por la ley humana o divina, tal como si un mero decreto hubiese dado curso al desquiciamiento para perpetrar toda suerte de crímenes" (Prolegomena, 28).

Brierly, J.L., *The law of nations*. Londres, Oxford, 1930; p. 21, traducción del autor.

8 Fenwick, Charles.- *Derecho Internacional*, Buenos Aires, Bibliográfica Omeba. 1963, p. 42.

9 Fenwick, Charles.- Ob. cit., p. 616.

Acabada la Primera Guerra Mundial, con el derrumbe del tradicional sistema de estados europeos y la constitución de la Sociedad de Naciones, se estableció un régimen de prohibición parcial y de compromiso negativo frente al recurso de la guerra. Pero la endeblez de todo este andamiaje se hizo patente con prontitud. Luego, en 1928, al margen de la fallida Sociedad de Naciones, se suscribió el Pacto Briand-Kellogg, mediante el cual se condenó a la guerra como medio para el arreglo de conflictos interestatales y llegó a calificársela frontalmente como delito internacional. Empero, en nada limitó ello el ejercicio de acciones bélicas por parte de las potencias colonizadoras contra los territorios sojuzgados.

Sólo al término de la Segunda Guerra Mundial, con la constitución de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), "...se pasó de la prohibición absoluta de la guerra de 1928 a la prohibición absoluta de la violencia como instrumento de las relaciones internacionales"<sup>10</sup>. La Carta de la ONU es categórica al respecto<sup>11</sup>.

Tal es, expresado en pinceladas gruesas, el proceso evolutivo que ha seguido la regulación jurídica de la guerra internacional. Si bien esta modalidad bélica ha cumplido una función paradigmática en la regulación de los conflictos *intranacionales*, conviene referirse al proceso de diferenciación histórica que han seguido ambos tipos de conflicto armado.

Desde antiguo, la rebelión y el tiranicidio también merecieron la atención de pensadores y juristas. Consensualmente se reconoció justificación a la resistencia popular frente a la opresión del monarca<sup>12</sup>. Pero el surgimiento del Derecho de Gentes fundado en el dogma de la soberanía estatal, creó la diferenciación irremontable entre conflicto interestatal y conflicto interno. Mientras el primero quedó sujeto a la regulación del Derecho Internacional, el otro quedó inscrito dentro de la competencia exclusiva del Estado afectado.

10 Orozco Abad, Iván.- "La democracia y el tratamiento del enemigo interior", en: *Análisis Político*, Nº 6, Bogotá, Instituto de Estudios Políticos y Relaciones Internacionales, 1989, p. 57.

11 Parte preambular; art. 1.2; art. 2.4; etc.

12 "Efectivamente, con la aparición de las pretensiones de libertad e igualdad, como derechos innatos del hombre, la categoría de legitimidad [del poder estatal se funda en los pactos políticos entre el pueblo y su gobernante. Así pues, si el poder se justifica social y políticamente en dichos pactos, quiere decir que la misma base de legitimación del poder constituye la base legitimadora de la oposición. Esta es la fuente de interpretación de la relación dialéctica entre el poder y la oposición. . .".

Landa Arroyo, César.- *Derecho Político del Gobierno y la oposición democrática*, Lima, Fondo Editorial PUCP, 1990; p. 15.

Resulta revelador que esta diferenciación haya subsistido en lo fundamental hasta el presente, sin verse afectada por la polarización ideológica que sí se apoderó de otras provincias jurídicas. Según Tunkin, uno de los más caracterizados publicistas soviéticos: "El Derecho Internacional no reglamenta en principio las cuestiones relacionadas con las guerras civiles, ya que estas guerras son una lucha interna en un Estado. . ."<sup>13</sup>.

No obstante tal diferenciación entre esferas normativas —Derecho Internacional Público para la guerra interestatal, Derecho Público nacional para la guerra interna— se ha ido universalizando una misma racionalidad para enfrentar los distintos tipos de situaciones bélicas.

*"Hoy, a la sombra de la prohibición absoluta de la guerra y de la violencia proclamada por la ONU parecería no poder hablarse, tanto en el caso de las guerras internacionales como en el de las guerras civiles, más que de delitos. . . cabe repetir aquí la pregunta sobre la idoneidad de imponer a nivel internacional una concepción puramente policíva y criminalizante de la guerra, propia de un universo altamente pacificado en un pluriverso, en el cual la guerra, tanto la internacional como la civil, constituye una realidad cotidiana"*<sup>14</sup>.

Precisamente tal diferenciación de esferas normativas abre un amplio margen para legitimar la voluntad represiva del Gobierno constituido, esto es, precisamente de aquél sujeto colectivo a quien se pretende impugnar mediante el recurso de la confrontación bélica. De allí que en situaciones de guerra interna prevalece la racionalidad criminalizante orientada teleológicamente hacia la preservación del *statu quo*, superponiéndose al carácter político implicado en toda confrontación social armada.

De cara a esa realidad, cabe preguntarse por la conveniencia de admitir la asimetría jurídica entre las partes en combate, tal como lo postula aquella racionalidad criminalizante. Legitimar la aplicación de regulaciones diferenciadas entre los combatientes implica necesariamente atribuir grados de responsabilidad no homogéneos entre quienes fácticamente comparten la causalidad de una misma situación.

Este tipo de racionalidad, importada desde el Derecho Internacional Público, ha demostrado en variados contextos su inadecuación política y su insuficiencia regulativa. Acaso ello ha coadyuvado al desarrollo paralelo de formas atroces de *control social informal*, de lo cual dan testimonio las desapariciones forzadas, las ejecuciones extrajudiciales, y diversas otras prácticas. Estas, tanto como la propia guerra interna y el desplazamiento, permanecen aún relativamente desprovistas de regulación.

13 Tunkin G.- Curso de Derecho Internacional. Moscú, Progreso, 1980, t. II, p. 300.

14 Orozco Abad, Iván.- Ob. cit., p. 58.

### 3. La guerra interna como objeto de regulación por los derechos humanos y por el derecho internacional humanitario

Existe ya consenso en sostener que los derechos humanos tienen un marco regulatorio relativamente idóneo para situaciones de relativa normalidad, pero que dicho marco resulta inadecuado en contextos de conflicto bélico.

*"El defecto esencial en la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos a situaciones de conflicto armado radica en que, no obstante su vigencia teórica durante tales situaciones, en la práctica, su ámbito fundamental de aplicabilidad tiene lugar en tiempo de paz y, por consiguiente, no contiene ninguna norma que regule los métodos y medios de combate.*

*También, durante situaciones legítimas de emergencia, tales como hostilidades internas o externas, los gobiernos de estados partes de los principales tratados en materia de derechos humanos pueden legalmente derogar la gran mayoría de los derechos consagrados en estos instrumentos, incluyendo la prohibición de arresto arbitrario y un gran número de las garantías de un juicio justo*<sup>15</sup>.

Robert K. Goldman, notable experto en Derecho Internacional Humanitario, a quien acabamos de citar, señala críticamente la falta de reciprocidad que caracteriza a la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos, en contextos de conflicto armado interno. Según la conceptualización ortodoxa de éstos,

*"... en general, dirigen y restringen solamente las acciones u omisiones ilegales de una de las partes en conflicto, la del gobierno y sus agentes. De acuerdo con la regla de que solamente los estados pueden ratificar tratados en materia de derechos humanos, únicamente los gobiernos de tales estados poseen la personería necesaria para perpetrar violaciones a los derechos humanos reconocidos en esos instrumentos y, consecuentemente, sólo ellos pueden tener responsabilidad a nivel internacional por dichas violaciones. Por el contrario, abusos parecidos que se cometen por actores no gubernamentales, tales como rebeldes y otros disidentes armados, no pueden ser considerados violaciones de derechos humanos, sino infracciones de leyes domésticas. A la luz de estas insuficiencias en las normas de derechos humanos, Americas Watch y otras organizaciones que trabajan en este campo han concluido que el derecho de la guerra, es decir, el derecho internacional humanitario, constituye el fundamento metodológico para resolver el problemático tema de las bajas civiles y juzgar en forma objetiva la conducta de las operaciones militares realizadas por las partes en los conflictos armados en el hemisferio"*<sup>16</sup>.

15 Goldman, Robert.- Algunas reflexiones sobre Derecho Internacional Humanitario y conflictos armados internos. Ponencia presentada en el Segundo Seminario de la Comisión Andina de Juristas Seccional Colombiana sobre la Eficacia de los Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos y Derecho Humanitario en Colombia, Bogotá, 1990 (mimeo), p. 2.

16 Goldman, Robert.- Ob. cit., pp. 2-3.

"Si en un conflicto armado interno los rebeldes están obligados bajo el derecho internacional humanitario a respetar el mismo catálogo o núcleo de derechos inderogables que el gobierno, fundado además en la misma lógica, deberían estar, según mi punto de vista, análogamente obligados en aquellos casos de guerra civil prolongada o extendida, a respetar cabalmente y como mínimo, aquellos derechos inderogables especificados en los tratados de derechos humanos respecto de los cuales el estado es parte"<sup>17</sup>.

En todo caso, el tema es altamente controversial. Para fundamentar jurídicamente el parecer del profesor Goldman, se hace necesario trascender el rígido marco del voluntarismo y de la estatalidad, a efectos de basar la argumentación en la Moral Internacional. De otro lado, ya en algunos foros académicos e interestatales ha empezado a reconocerse que los rebeldes pueden también ser agentes violadores de los derechos humanos<sup>18</sup>.

Ahora bien, el propio derecho internacional humanitario, en su actual estado de desarrollo, resulta aún insuficiente como marco regulatorio de los conflictos armados internos. Es menester tomar en consideración que esta disciplina está aferrada aún en demasía al paradigma de regularidad militar propio de la concepción europea.

El Protocolo II, referido a los conflictos armados no internacionales, siendo uno de los más recientes instrumentos dentro de aquella disciplina, expresa singularmente tal sesgo. Aquél constituye un avance significativo, en relación al art. 3º común y a toda la normatividad precedente, en cuanto extiende la protección humanitaria a los guerrilleros socialrevolucionarios. Pero, al par, la caracterización situacional contenida en su art. 1º, que sirve de base para determinar su aplicabilidad, poca relación guarda con las características usuales de los conflictos de baja intensidad que han venido registrándose en Latinoamérica. Este tratado, al requerir de los rebeldes la determinación de mando responsable, el ejercicio de control territorial sostenido, y la reciprocidad en la aplicación de las normas humanitarias, resulta inaplicable —por ejemplo— en situaciones como las que afrontan

17 Ibid., p. 33-34.

18 Véanse:

- Resolución CDH 1990-75, de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas, aprobada el 7 de marzo, 1990.

- Resolución AG/Res. 1043 (XX-0/90), de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, aprobada el 8 de junio de 1990.

- 1988 Maastricht/Utrecht Statement on the Universal Declaration of Human Rights, ítem. 5, en: Netherlands Quarterly of Human Rights, Vol. 7, N° 1. Utrecht, Netherlands Institute of Human Rights, 1989; p. 157.

Colombia o el Perú. La inclusión de la llamada *Cláusula Martens*<sup>19</sup> en la parte preambular del Protocolo II, poco representa frente a tales escollos.

Por su lado, el art. 3º común de los Convenios de Ginebra de 1949, se aplica genéricamente a todos los conflictos armados de carácter no internacional, pero obviamente sólo cubre una porción bastante limitada de los requerimientos protectivos planteados en una situación bélica. En concreto, se limita a conceder protección a los no combatientes sin proveer protección explícita para la población civil<sup>20</sup>. Tampoco regula el empleo de medios o métodos bélicos ni define cuáles pueden ser objetivos militares.

Entre los que pueden considerarse ámbitos naturales de aplicación de los derechos humanos, por un lado, y del derecho humanitario, por el otro, media un significativo intersticio de incierta regulación. En efecto, los derechos humanos cuentan —insistimos— con un marco normativo idóneo para situaciones de paz y normalidad. El derecho humanitario, a su turno, regula situaciones de conflicto bélico, ¿Qué ocurre en materia de protección de la persona humana dentro de esa vasta franja intermedia de disturbios o tensiones internas? ¿Qué ocurre cuando grupos rebeldes desarrollan acciones militares y actos de terrorismo, simultáneamente dentro de un mismo territorio nacional, o cuando concurren aquéllas y disturbios o tensiones internas de carácter inespecífico? ¿Cuál es el marco normativo aplicable en tales supuestos? A la luz de situaciones concretas, puede resultar complejo dar respuesta a tales interrogantes. Y en ciertos casos será pertinente reconocer vacíos de regulación.

Desde una perspectiva global, para sintetizar, es posible sostener que existe una *relativa carencia de regulación* en lo que toca a las situaciones de conflicto armado interno. Ello acarrea como consecuencia directa la desprotección de las personas y sus bienes frente a la devastación bélica. Y las principales víctimas de tal situación tienden a ser las personas y las poblaciones de mayor vulnerabilidad, es decir, las que viven en una situación de notoria precariedad socioeconómica.

19 Cláusula Martens:

"Recordando que, en los casos no previstos por el derecho vigente, la persona humana queda bajo la salvaguardia de los principios de humanidad y de las exigencias de la conciencia pública".

20 "Aunque éste no provee protección explícita para la población civil ante los ataques y sus efectos, su prohibición de 'violencia a la vida y a la persona' en contra de 'personas que no toman parte activa en las hostilidades' puede ser suficientemente amplia como para incluir ataques contra civiles en territorio controlado por una parte adversaria en un conflicto armado interno".

Goldman, Robert.- Ob. cit., pp. 9-10.

A su turno, la desprotección cataliza los efectos adversos del conflicto armado y es en ese contexto que aparece el fenómeno del desplazamiento forzado de poblaciones. Frente a los abusos inclementes de alguno de los bandos en contienda, y muchas veces ante la concurrencia alternada de ambos, el abandono intempestivo del lugar de domicilio acaba siendo la única posible alternativa de sobrevivencia.

Sin incurrir en simplificaciones mecanicistas, podemos reconocer que los fenómenos jurídicos tienden a proyectarse como reflejo de los universos sociales en los que se desenvuelven. Es decir, existe una interacción dialéctica entre Derecho y realidad social, en la que los fenómenos jurídicos se van moldeando permanentemente. Tal premisa es válida en lo que concierne a los entornos sociales internos de cada país, como lo es también en el ámbito de las relaciones internacionales, con la relatividad propia de cada circunstancia.

Guiados por esa premisa podemos afirmar que la regulación jurídica del sistema internacional tiende a reflejar las asimetrías y hegemonías históricamente dadas en el plano de las relaciones interestatales. El Derecho Internacional es hechura de un mundo básicamente nordocéntrico y colonialista, en el que sólo han variado las formas específicas mediante las que unas pocas naciones han ejercido su dominación sobre la inmensa mayoría restante. Ciertamente es que el avance logrado durante las décadas recientes en cuanto a la afirmación del derecho a la autodeterminación de los pueblos, en algo ha coadyuvado a crear una textura más democrática dentro del escenario internacional, pero, cierto es por igual que ello no ha reemplazado las asimetrías estructurales heredadas en el curso de la historia.

A la luz de esa realidad debemos analizar los distintos ordenamientos jurídicos competentes para regular el fenómeno del desplazamiento. Así, la revisión crítica de la racionalidad que inspira a los derechos humanos debe llevarnos a ir más allá de la constatación sobre su disfuncionalidad dentro de contextos de conflicto armado. En reiteradas circunstancias hemos hecho referencia a cómo la rápida universalización de los derechos humanos guarda correspondencia con la creciente expansión de la asimetría en el plano de las relaciones interestatales. Y es que en la actualidad, la conceptualización *recortada* de los mismos —que privilegia a los derechos civiles y políticos y relega de diversas maneras a los derechos económicos, sociales y culturales— se ha convertido en componente esencial dentro del discurso ideológico hegemónico. Ese tipo de conceptualización, elaborada en el contexto de opulencia que caracteriza al mundo desarrollado, resulta funcional para el desenvolvimiento asimétrico de las relaciones internacionales contemporáneas<sup>21</sup>.

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

En lo que se refiere al derecho humanitario, hemos ya criticado los paradigmas de regularidad bélica sobre los que se asienta, en tanto están demasiado determinados por la hipótesis de guerra internacional europea y son relativamente inadecuados en el contexto de los llamados *conflictos de baja intensidad* propios de los países pobres.

#### 4. Las insuficiencias actuales del derecho internacional de los refugiados

A su turno, el derecho de los refugiados tampoco está libre de condicionamientos nordocéntricos. Si bien se registran diversos antecedentes históricos sobre procesos migratorios y de refugio en distintos puntos del planeta, los esfuerzos de regulación jurídica que sobre la materia hemos heredado, se originaron en Europa durante el presente siglo. El proceso formativo de los estados nacionales y las dos guerras totales que se desencadenaron en tal escenario, generaron significativos flujos migratorios y asentamientos de grupos étnicos con requerimientos de protección. Así, las primeras acciones institucionales en favor de los refugiados, desarrolladas entre 1922 y 1945, estuvieron referidas a naciones específicas y fueron resultado de la capacidad de negociación de los estados afectados. Por razones políticas y financieras, la designación y elegibilidad de refugiados sólo tuvo carácter nominal, esto es, que los nueve acuerdos internacionales que fueron adoptados durante aquél período sobre la materia prescindieron de definiciones generales y de aplicación universal, y se limitaron a brindar protección a grupos específicos de migrantes.

*"Las definiciones nominales, en lugar de las abstractas [sic], favorecieron la indicación tanto del país de origen como del marco de tiempo, como las condiciones y los límites de la elegibilidad.*

*En 1951, la Convención de las Naciones Unidas Relativas a la Condición de los Refugiados [sic] creó para el derecho internacional una definición abstracta [sic] y universalmente aplicable de refugiado, teniendo en cuenta no sólo factores externos, tales como raza o nacionalidad, que habían sido una base para determinaciones anteriores, sino también elementos subjetivos como las percepciones de una persona y la evidencia para demostrar que su temor de la persecución estaba bien fundado"*<sup>22</sup>.

La Convención de 1951 representó un significativo avance, luego complementado por instrumentos tales como el Protocolo 428(v) de la Asamblea General de la ONU. En virtud de esta última se confirió mandato

22 Scheinman, Ronald.- "Justicia social y migración", en: La lucha por la paz, Buenos Aires, Grupo Editor Latinoamericano, 1986, pp. 103-104.

universal al Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), posibilitando su actuación respecto de todos los Estados, independientemente que sean o no partes de la Convención o del Protocolo.

Empero, aún permanecen sustantivamente excluidas del Derecho Internacional de los Refugiados y de las competencias funcionales del ACNUR, realidades migratorias principalmente evidenciadas en los países pobres. Nos referimos en concreto a los llamados *migrantes económicos* y a los desplazados. En cuanto a los primeros, hoy Europa siente más directamente el impacto del fenómeno debido al creciente flujo de personas que abandonan las empobrecidas naciones del Este para acogerse a la opulencia del Occidente desarrollado.

De otro lado, "hemos nutrido un mito de que el problema del refugiado, que es parte de la cuestión más amplia de la migración forzosa, es temporario; esto se adecúa a nuestro *desco* de que sea temporario. En consecuencia, no nos hemos organizado sobre una base permanente para ocuparnos de los refugiados y de otros migrantes forzosos. . ."<sup>23</sup>

De igual manera, en la medida que la Convención y el Protocolo se amoldan a la regulación *programática* de los derechos económicos, sociales y culturales, es válido afirmar que el Derecho Internacional de los Refugiados reproduce la priorización protectora en favor de los derechos civiles y políticos, que es común a la concepción hegemónica dentro del universo de los derechos humanos.

##### 5. Implicancias jurídicas del fenómeno del desplazamiento

Valga la insistencia: desde sus inicios, el Derecho Internacional ha estado determinado por el dogma de la soberanía estatal. Todo el andamiaje doctrinario de esa disciplina ancló de consiguiente sus fundamentos en la premisa máxima de la voluntad soberana de los Estados y en la negación de cualquier atisbo de supranacionalidad.

Sólo en décadas recientes, dentro del marco institucional de las Naciones Unidas y en medio de los sustantivos cambios que han ido aconteciendo en las relaciones internacionales, tal estructura conceptual ha ido rebajando sus rígidos perfiles. Vivimos aún determinados por la interestatalidad, pero al lado de ella han ganado carta de ciudadanía nuevos actores internacionales, el dogma de la soberanía estatal ha dejado de ser una regla absoluta, y al par, la supranacionalidad se ha abierto paso.

La universalización de los derechos humanos es a no dudarlo un factor que ha gravitado significativamente para que tal evolución opere. En síntesis, se ha relativizado el impacto del estatalismo dentro del derecho internacional, transformando en ese proceso aspectos sustanciales de esta disciplina. Estimamos que por ese camino llegará a quedar contradicha la cuestión del protagonismo estatal.

La noción de soberanía estatal, en esencia excluyente de toda forma de injerencia externa en los *asuntos internos*, encuentra en la institución de las fronteras estatales una expresiva representación. Aquella constituye el punto formal y real de diferenciación entre lo interno y lo internacional<sup>24</sup>. Para Jellinek, el elemento territorial tiene una significación jurídica negativa, en tanto excluye a todo poder ajeno de ejercer funciones de autoridad dentro de aquél sin autorización del Estado competente.

Así, diversos fenómenos prueban su relevancia para las disciplinas jurídicointernacionales a través de su carácter transfronterizo: tal es el caso, por igual, del comercio internacional como de los refugiados. Visto desde otro ángulo, las disciplinas que regulan a estos fenómenos fundan su competencia regulatoria en el carácter transfronterizo de los mismos.

Pero tal diferenciación entre lo interno y lo externo, como dos continentes avicinados y a la vez poco integrados,<sup>25</sup> es el producto político-jurídico de un escenario internacional cuya textura ya ha perdido coloración. La civilización está en los días actuales atravesando por una mutación cualitativa: luego de haber tocado los límites de la irracionalidad en la experimentación destructiva, empieza ya a revalorar la significación de la dignidad humana, de la cooperación y de la integración entre los pueblos. De allí surge la fuerza histórica que, como gota de agua sobre la piedra, va progresivamente horadando el sentido rígido y excluyente de la soberanía estatal, y que va literalmente trayendo por tierra los límites fronterizos.

No obstante, como en todo proceso dialéctico, surge el compromiso entre lo nuevo y lo viejo, por lo que se mantienen en rozagante vigencia la

24 "El territorio, además de ser un objeto del poder público, es uno de los atributos más característicos de su Estado. El Estado tiene su cualificación física en su ámbito territorial; en él se individualiza realmente el Estado. Por esa razón, el Estado y el territorio son cosas inseparables, y el derecho a determinado ámbito territorial estatal es uno de los elementos a tener en cuenta en la determinación del organismo individual de un Estado".

Von Gerber, C.F., en: Kelsen, Hans.- Teoría general del Estado. México D.F., Editora Nacional, 1979, p. 499.

25 La teoría *dualista* del Derecho Internacional ha constituido la expresión más acabada de esta conceptualización mutuamente excluyente.

23 Scheinman, Ronald.- Ob. cit., pp. 98-99.

estatalidad y la calificación transfronteriza. A su turno, el Derecho Internacional de los Refugiados permanece casi anclado en las aguas de la estatalidad sin lograr aún ingresar a los mares de la nueva era. Y ello no comporta reproche al ACNUR, cuyos funcionarios bregan con tenacidad en medio de circunstancias riesgosas, en los lugares de mayor potencialidad conflictiva dentro del planeta. Antes bien, es un cuestionamiento a la falta de voluntad política de los Estados y al poco avance doctrinario, gestores —cada cual en lo suyo— de toda la institucionalidad de alcance universal. Dentro de un sistema internacional fundado en el voluntarismo estatal, corresponde a aquéllos crear los mecanismos y aprobar las normas reguladoras de su quehacer.

Felizmente, hemos ya despertado de la pesadilla bipolar que obnubiló las perspectivas de convivencia planetaria. Ahora es posible y necesario concentrar energías cooperativas en el campo del Derecho de Refugiados, a efectos que éste —y el ACNUR, como instancia aplicadora— asuma mayor competencia frente a realidades contemporáneas como la migración económica y el desplazamiento. No dudamos que ello implica hacer frente a desafíos de elevada monta, pero recae sobre nosotros un mandato de humanización en las relaciones internacionales al cual no podemos rehuir.

Se trata en resumida cuenta que fenómenos como el desplazamiento no queden relegados a la competencia exclusiva y excluyente de cada Estado afectado. Siguiendo la huella trazada por los sistemas abocados a la protección global de los derechos humanos, el ACNUR y el Derecho de Refugiados deben también ocuparse del desplazamiento, sin paralizarse frente a la constatación que estos migrantes no alcanzan a cruzar fronteras nacionales. Ello resulta urgente, a la luz de realidades como las que afrontan diversas naciones pobres, donde aquellas personas son víctimas de violaciones generalizadas a los derechos humanos.

Existen situaciones en que el desplazamiento se encuentra enmarcado dentro de un contexto signado por otras variables de internacionalidad. Expliquémonos con un ejemplo de la realidad. En el conflicto de Centroamérica, junto con los desplazados hubo migrantes transfronterizos que alcanzaron a quedar amparados por el Derecho de Refugiados; hubo también significativa injerencia militar de una potencia ajena a la región; y, de igual modo, casos de graves violaciones a los derechos humanos. Todos esos elementos *internacionalizaron* el conflicto hasta el grado de dar una significación distinta al problema del desplazamiento. La atención de ACNUR a este problema encontró entonces legitimidad dentro del contexto global de la situación regional.

Salvo el caso excepcional de Centroamérica, en el Derecho Internacional predomina la variable de internacionalidad transfronteriza que venimos aludiendo. Caso aparte, cuya complejidad jurídica amerita estudios particulares, es el de los ciudadanos de Cuba que ingresaron a la Embajada de Perú en 1980. Basta decir en esta oportunidad que en aquella ocasión quedó demostrada la estrechez del marco legal que regula las actividades del ACNUR.

En la experiencia de Centroamérica, la regulación de procesos migratorios forzados ha tomado por paradigma el molde de los refugiados. Precisamente por ello, cada Estado es el responsable primario de garantizar el pleno respeto de los derechos fundamentales de los desplazados.

*"Las personas desplazadas tienen derecho a ser protegidas por sus autoridades nacionales y, en particular, deben gozar de los derechos humanos fundamentales como el derecho a la vida, seguridad y libertad, protección contra la tortura, y otros"*<sup>26</sup>.

Además,

*"... están [los desplazados] protegidos por las disposiciones del artículo 3 Común de las cuatro Convenciones de Ginebra, el cual prohíbe expresamente la violencia contra la vida y la persona, sobre todo homicidio de todo tipo, mutilación, tratamiento cruel y tortura, toma de rehenes, ultrajes a la dignidad personal, en especial trato humillante y degradante, así como la adopción de sentencias y las ejecuciones sin juicio previo emitido por un tribunal regularmente constituido, provisto de garantías judiciales reconocidas por los pueblos civilizados"*<sup>27</sup>.

De igual forma, esos y otros derechos forman parte del denominado núcleo inderogable de derechos humanos, esto es, que la vigencia de los mismos no puede ser suspendida aún cuando se produzcan situaciones de excepción.

La responsabilidad de garantizar la observancia de estas normas corresponde —reiteramos— primariamente a cada Estado afectado, a la luz del actual nivel evolutivo del Derecho Internacional. Ello no es en sí objetable, pues la realidad indica que seguirá siendo la estatalidad un elemento medular dentro del sistema internacional del futuro.

26 Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA).- Principios y criterios para la protección y asistencia a los refugiados, repatriados y desplazados centroamericanos en América Latina. S.p.i., abril de 1989, p. 15. párr. 68.

27 Comité Jurídico para la Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos.- Principios y criterios para la protección y asistencia de los refugiados, repatriados y personas desplazadas. Primer borrador. Ginebra, ACNUR, 1988, p. 27, párr. 69. Véase además: Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos.- Ob. cit., p. 15, par. 68.

Preocupa, no obstante, que se carezca de normas expresamente referidas a la realidad de los desplazados, en los diversos universos normativos vinculados al contexto de la guerra interna. Ni el Derecho Internacional Público general, ni el *ius in bello*, ni los derechos humanos, ni el Derecho Internacional Humanitario, así como tampoco el Derecho de los Refugiados, contienen normas expresas ni procedimientos específicos sobre la materia. Ello ocurre a contramarcha de la gran vulnerabilidad que suele caracterizar a estos segmentos poblacionales, víctimas potenciales de sufrir la violación generalizada de sus derechos humanos debido a la marginalidad extrema que los caracteriza.

Por lo antedicho, en lo que toca a la protección de los derechos humanos, debe mantenerse para los desplazados el mismo axioma que rige para el común de las personas: la responsabilidad primaria de brindar la debida protección para el respeto de los derechos fundamentales corresponde al Estado dentro de cuyo territorio se encuentra el individuo. Obviamente que cada Estado debe concordar su regulación y su actuación a las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales de derechos humanos.

Lo que aquí interesa subrayar es que toda la acción internacional sobre la materia tiene un mero carácter complementario respecto de las competencias internas de cada Estado afectado. La expresión procesal de tal cuestión está en el requisito de agotar los recursos internos para poder accionar ante los mecanismos internacionales.

Ahora bien, resulta obvio que en el ejercicio de tales competencias, el Estado tiene que concordar sus políticas, las regulaciones legales internas y la actuación de sus funcionarios, a los estándares mínimos de derechos humanos. Tal concordancia no es un mero acto discrecional, en tanto existen categóricas obligaciones internacionales —*de orden público*, convencionales y consuetudinarias, así como de Moral Internacional— que así lo imponen.

Conviene empero diferenciar la dimensión protectora de la asistencial, pues en lo tocante a esta segunda existe un margen bastante mayor para la coordinación de acciones entre el Estado afectado y las entidades internacionales, sean éstas públicas o no-gubernamentales. En el contexto del conflicto que afectó a Centroamérica durante la década reciente, estas cuestiones quedaron sometidas al examen impuesto por las circunstancias, bajo la sombra de internacionalidad que caracterizó a dicho conflicto:

*“Si bien los principios y criterios para la protección de los desplazados son así establecidos por el derecho internacional y la práctica, las cuestiones relativas a la asis-*

*tencia han sido menos claramente definidas. Si bien las autoridades nacionales tienen la responsabilidad primaria para asistir a las personas desplazadas, las posibilidades de aquellas para hacer frente a las necesidades de éstas pueden ser extremadamente limitadas. El Movimiento Internacional de la Cruz Roja (. . .) [\*], así como varias agencias del sistema de las Naciones Unidas pueden, según las circunstancias, tener un papel complementario para ese efecto. El ACNUR puede y debe proporcionar asistencia a las personas desplazadas en el contexto de la asistencia a los repatriados (. . .) [\*\*]”<sup>28</sup>.*

Cabe dejar constancia que el Comité Internacional de la Cruz Roja presta asistencia humanitaria a los desplazados, aunque en forma limitada, invocando para el efecto su *derecho de iniciativa*<sup>29</sup>.

A la luz de los planteamientos recién citados, se hace necesario avanzar en variadas direcciones. El objetivo perseguido resulta claro: de manera general, enfrentar los diversos factores que afectan la vigencia de los derechos humanos entre los desplazados; y, en forma específica, brindar atención primaria a los requerimientos de alimentación, salud, vivienda, educación y trabajo, creando al par condiciones que posibiliten la reemigración voluntaria o —en defecto de ésta— la inserción social en condiciones de autosuficiencia y de no-discriminación, en beneficio de aquellas personas.

## 6. Propuestas de acción internacional en favor de los desplazados

Entre las alternativas de acción que sugerimos considerar, dentro del marco del sistema de Naciones Unidas, proponemos:

- La ampliación del mandato del ACNUR, a efecto de dotarlo de competencia para atender en forma sustantiva las acciones de asistencia humanitaria;
- El establecimiento, dentro del ECOSOC, de una Relatoría Especial con mandato para evaluar las implicancias globales del problema y proponer

28 Comité Jurídico ob. cit. (borrador), p. 27, para. 70.

[\*] Resolución de Manila de 1981.

[\*\*] Informe del Grupo de Consulta sobre Posibles Soluciones al Problema de los Refugiados Centroamericanos, para. 7.

Véase además: Conferencia Internacional sobre Refugiados Centroamericanos (CIREFCA).- ob. cit., p. 16, pár. 69.

29 “El derecho de iniciativa humanitaria tiene por base legal las disposiciones del art. 3 común a los Convenios de Ginebra, y los párrafos 5 y 6 del artículo VI de los Estatutos de la Cruz Roja Internacional.

medios adecuados a efectos de garantizar la debida protección internacional de los derechos humanos en favor de estos pobladores;

- El planeamiento concertado de acciones de asistencia, entre el ACNUR y cada Estado afectado, suscribiendo para su ejecución los convenios y acuerdos que resulten pertinentes;
- La convocatoria y realización, a cargo del Secretario General de las Naciones Unidas, de una reunión técnica internacional para el estudio del problema y la propuesta de acciones a desarrollar.

Por su lado, sujeto a propiciar la complementación de esfuerzos y no la duplicación, proponemos que la OEA se aboque a la adopción de iniciativas concretas en relación al problema que nos ocupa. Al ratificarnos en las críticas que hemos formulado frente a la virtual inoperancia de la OEA<sup>30</sup>, tenemos que admitir que la urgencia del problema que nos ocupa hace imperativo actuar *ahora*. Para ello no debe aguardarse las reformas institucionales que reclamamos, referidas a otros mecanismos para la protección de los derechos humanos. En tal virtud, se requiere comprometer la voluntad política de todos los Estados del continente en torno a una estrategia básica de atención a los desplazados, debiendo ésta abarcar la dimensión asistencial y también lo tocante a la protección de los derechos humanos.

En cuanto a la dimensión asistencial, resulta fundamental coordinar las iniciativas locales, nacionales, regionales y universales, a efectos de alcanzar la máxima racionalidad posible en el uso de recursos y la mayor eficacia (actuando en base a prioridades consistentemente fijadas).

En lo que concierne a la protección de los derechos humanos, se requiere establecer un mecanismo específico de supervisión, adicional al de carácter jurisdiccional ya existente en el ámbito regional. Creemos que la opción más adecuada al respecto debiera combinar la presentación de informes periódicos por parte de los Estados, con las visitas *in loco* a cargo de la instancia que sea encargada de tal supervisión. Ciertamente que esta función no sería ejercida con carácter inquisitorio, sino por el contrario, de cara a contar con adecuados elementos informativos para brindar debida atención al problema.

En la esfera interna de cada país, deben elaborarse leyes-marco que regulen los diversos aspectos de asistencia y protección implicados en el problema. A la ONU y a la OEA corresponde, coordinadamente, convocar la solidaridad internacional a efectos de aportar los recursos requeridos para hacer eficaces los mecanismos de protección y asistencia en favor de los desplazados.

---

30 Schiappa-Pietra, Oscar.- "Hacia la reforma del sistema interamericano de protección a los derechos humanos: reflexiones preliminares", en: Boletín, N° 26, Lima. Comisión Andina de Juristas, setiembre 1990. pp. 41-59.