

LOS PROBLEMAS MIGRATORIOS DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO*

*Zlata Drnas de Clément***

Si bien el título del tópico que hemos elegido se refiere a “problemas migratorios”, hemos usado esa expresión en sentido amplio, para indicar a personas que se desplazan de un país a otro por variados motivos, abarcando tanto a los migrantes propiamente dichos, como de los refugiados, asilados, apátridas y desplazados. Los grandes problemas de movimientos humanos de estos últimos tiempos se han centrado predominantemente en los flujos masivos de refugiados. En DI “migrante” y “refugiado” no representan conceptos equivalentes, no tienen normativa común, ni son regulados por idénticos organismos internacionales. En primer término, efectuaremos consideraciones terminológicas y conceptuales, para pasar a enunciar los organismos especializados y la normativa aplicable. Como cierre, consideraremos algunas debilidades del sistema jurídico a la hora de hacer frente a los problemas de traslados masivos, especialmente los irregulares y presentaremos algunas reflexiones prospectivas.

Distinciones terminológicas y conceptuales

El “*migrante*” es “*alguien que se traslada, se desplaza, se expatria, voluntariamente a otro país en busca de mejores horizontes para su vida (trabajo, comercio, u otro fin)*”¹. Según la Organización Internacional para las Migraciones (OIM), también cubre a los “migrantes forzados” (por ejemplo, los desplazados por razones políticas, desastres, degradación ecológica, etc., sin embargo, no se trata de personas que se hayan visto forzadas a abandonar sus países de origen o de asentamiento permanente por haber sido perseguidas). Por el contrario, el “*refugiado*”, según el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR), es “*toda persona que se ha visto obligada -por temor fundado a persecución- a abandonar su lugar de residencia habitual*”, sin distinguir entre refugiados (los que salen de su país) y desplazados internos (los que no abandonan el territorio estatal)². Distintos instrumentos internacionales en materia de refugiados brindan distintas conceptualizaciones de refugiado. Así, sólo ejemplificativamente, señalamos la definición del *Convenio sobre el Estatuto del Refugiado de 1951*: “*(persona que) debido a fundados temores de ser perseguida por*

* Conferencia pronunciada el 2 de mayo de 2017 en la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba Argentina.

**Doctora en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba-RA). Profesora Emérita de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Universidad Católica de Córdoba, ambas de la RA. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

¹ La Organización Internacional para las Migraciones se ocupa de la protección de los migrantes. Es una entidad intergubernamental surgida en 1951 con sede en Ginebra-Suiza

² El desplazo podría ser en sentido amplio un migrante. V. ACNUR *La situación de los refugiados en el mundo*, Barcelona 1997, p.55.

motivos de raza, religión, nacionalidad, pertenencia a determinado grupo social u opiniones políticas, se encuentre fuera del país de su nacionalidad y no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; o que, careciendo de nacionalidad y hallándose, a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él”. La Convención de la Organización de la Unidad Africana (OUA) de 1969 amplía el espectro del concepto, ya que no sólo cubre a “*toda persona que, temiendo fundadamente ser perseguida por su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opiniones políticas se encuentre fuera del país cuya nacionalidad posee y no pueda, o por razón de dicho temor no quiera acogerse a ese país, o que, en caso de que no tenga nacionalidad se encuentra fuera del país en que tenía su residencia habitual no pueda, o por razón de dicho temor no quiera volver a él*”, sino que lo extiende a “*cualquier persona, que por el hecho de una agresión, de una ocupación exterior, de una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturban gravemente el orden público en una parte o en la totalidad del país de origen o del país cuya nacionalidad posee, se ve obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país cuya nacionalidad posee*”.

Es frecuente que tanto migrantes como refugiados se transformen en *apátridas*. El refugiado (al igual que el migrantes en ciertas circunstancias) suele transformarse en “*apátrida*”, es decir, persona a la que ningún Estado brinda su protección³.

Debemos tener en cuenta que el concepto de *asilado* varía según el lugar y el tiempo. En el plano internacional universal, no tiene las connotaciones que posee en América Latina (persona que por temor fundado de persecución política solicita la protección diplomática o territorial de otro Estado)⁴. Excepcionalmente, en América Latina, de modo expreso, la Declaración de Tlatelolco de 1999 equiparó los términos asilado y refugiado⁵. En el ámbito universal, especialmente, en el de los derechos humanos la expresión “asilado” se ha aplicado a toda persona perseguida por cualquier causa, usando de modo indistinto los términos asilo y refugio. En cambio, en el ámbito de la Unión Europea (UE), la expresión asilado sólo se emplea en una determinada etapa del proceso de admisión: aquélla en que una persona “aplica”, “solicita” ser admitido como refugiado.

³ V. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de las Naciones Unidas de 1954 y la Convención para reducir los casos de apatridia de 1961.

⁴ V. Tratado de Derecho Penal Internacional de Montevideo de 1889; Convención sobre asilo de La Habana de 1928; Convención sobre asilo político de Montevideo de 1933; convención sobre asilo territorial de Caracas de 1954 y su protocolo de 1961. V. JIMÉNEZ LAMBI, Lascario “Asilo y Refugio en América Latina: ¿Avances o retrocesos?”, en *Saber, Ciencia y Libertad*, Vol. 8, No.1, p- 63 y ss. (<https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5109389.pdf>).

⁵ Declaración de Tlatelolco de 1999: “(6) *El Seminario [Seminario Regional sobre Acciones Prácticas en el Derecho de los Refugiados, reunidos en la Ciudad de México los días 10 y 11 de mayo de 1999] abordó la utilización de los términos "asilo" y "refugio" en América Latina y, en este sentido, señaló que ambos son sinónimos, porque extienden la protección a extranjeros que la ameriten. El asilo es la institución genérica que permite la protección del Estado a las víctimas de persecución, cualquiera que sea el procedimiento, por medio del cual en la práctica se formalice dicha protección, sea el régimen de refugiados según la Convención de 1951 Relativa a el Estatuto de los Refugiados y su Protocolo de 1967 o, el de asilados según los Convenios Interamericanos en la materia*”.

El alto número de migrantes, refugiados / desplazados en el mundo (288 millones⁶, 65, 3 millones⁷⁷ respectivamente), permite comprender el grado de impacto social, económico, ambiental. cultural, religioso, institucional que representan esos movimientos humanos⁸.

Organismos especializados

Migrantes

La Organización Internacional para las Migraciones (OIM), surgida en 1951 en Ginebra-Suiza, tiene sede en esa ciudad y es la entidad central que se ocupa de la protección de los migrantes. Es regida básicamente por la denominada Constitución de la OIM (1953 y sucesivas reformas y ciertas decisiones del Consejo de la OIM, a más de acuerdos interestatales). Es una entidad intergubernamental, que cuenta con 166 Estados Miembros, 8 Estados con estatuto de observadores y oficinas en más de 100 países. Sin embargo, es un organismo internacional ajeno al sistema de las Naciones Unidas, si bien colabora con el sistema de refugiados de Naciones Unidas (ACNUR).

Refugiados

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) es un organismo de las Naciones Unidas creado por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1950 (Res. 428/V) -bajo cuya órbita y la del Consejo Económico y Social se halla-encargado de proteger a los refugiados y desplazados por persecuciones o conflictos, y promover soluciones duraderas a su situación, mediante el reasentamiento voluntario en su país de origen o en el de acogida. Tiene su sede en Ginebra-Suiza. Su antecedente ha sido la OIR o UNRO (Organización Internacional para los Refugiados – United Nations Refugees Organization) creada en 1946. El Comité Ejecutivo del ACNUR (EXCOM según su acrónimo en inglés), actualmente está compuesto por 98 Estados miembros. Se reúne anualmente en Ginebra para examinar y aprobar los programas bianuales y el presupuesto del ACNUR⁸, asesorar sobre la protección internacional y analizar una

⁶ Representan el 3,3 % de la población mundial. V. Estadísticas OIM, (<http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2016/164.asp>) (consulta de 30 de abril de 2017). ⁷ 65,3 millones de personas movilizadas forzosamente hasta el 31 de diciembre de 2015, 21,3 millones eran refugiados (16,1 millones bajo el mandato del ACNUR, 40,8 millones desplazados internos y 3,2 millones solicitantes de asilo). Además, ACNUR calcula que al menos 10 millones de personas eran apátridas a finales de 2015 (<http://www.acnur.org/recursos/estadisticas/>) (consulta de 30 de abril de 2017). ⁸ En estos últimos tiempos, los refugiados mayoritariamente son provenientes de Siria (4,9 millones de personas); Afganistán (con 2,7 millones) y Somalia (1,1 millones) (V. <http://www.acnur.org/recursos/estadisticas/>) (consulta de 16 de diciembre de 2016). En América Latina hay importantes flujos de refugiados y migrantes, particularmente, entre Cuba - EE-UU, Colombia -Venezuela, Haití - República Dominicana, Méjico - EE.UU., El Salvador - Guatemala - Honduras, pero en contexto diferente al internacional actual. Por ejemplo, cerca de 15 millones de mejicanos han migrado a los EE.UU.; Ecuador tiene 51.000 refugiados de Colombia; en 2016 más de 15.000 colombianos han abandonado Venezuela por temor a ser perseguidos y 1.355 han sido directamente deportados por el gobierno de Nicolás Maduro. (Ibidem).

⁷ OIM *Derecho migratorio internacional* (http://www.crmsv.org/documentos/IOM_EMM_Es/v1/V1S06_CM.pdf).

⁸ El 1 de enero de 1951, el ACNUR inició su labor con un equipo de 33 personas y un presupuesto de 300.000 dólares estadounidenses. En 2016 y 2017 respectivamente el presupuesto ha ascendido a 6.546,3 millones de dólares y 6.408,5 millones de dólares respectivamente.

amplia gama de otras cuestiones con el ACNUR y sus socios intergubernamentales y no gubernamentales. El Comité Permanente del Comité Ejecutivo se reúne varias veces al año para continuar el trabajo del Comité entre sesiones plenarias. La oficina del ACNUR en Argentina se estableció en 1965, actualmente es una oficina regional, que está a cargo de las operaciones del ACNUR en Bolivia, Chile, Paraguay, Perú y Uruguay. En Argentina viven cerca de 5.000 refugiados y solicitantes de la condición de refugiado provenientes de diferentes países de América, África, Asia y Europa. La gran mayoría de ellos son originarios de países de América Latina.

Normativa aplicable

Migrantes

No hay un instrumento jurídico general a nivel internacional que establezca el marco regulatorio de las migraciones, ya que determinar quién puede ingresar en el territorio de un país y en qué circunstancias ha sido considerado tradicionalmente uno de los atributos esenciales de la soberanía. En principio, ningún Estado está obligado a admitir extranjeros en su territorio. Sin embargo, hay una serie de normas jurídicas internacionales que ponen límite a la autoridad del Estado en el ámbito de las migraciones, como son las normas de los procesos de integración regional y, particularmente, las que vienen del derecho de los derechos humanos.

Tal como lo señaláramos y lo expresa la OIM⁹⁻¹⁰, históricamente, la migración era sólo regulada a escala nacional¹¹. Con el incremento en la movilidad global, los Estados han comenzado a darse cuenta de que las cuestiones migratorias necesitan de la cooperación regional e internacional sobre el tema y que su accionar puede tener efectos más allá de las fronteras del estado y generar responsabilidad internacional. Entre los principios fundamentales del DIM se cuentan: *respeto a los derechos humanos; * deber de los Estados de aceptar el retorno de sus residentes; * obligación de ofrecer y facilitar acceso consular a los no residentes; *deber de no devolución en ciertos casos (en este momento por obra de los organismos de derechos humanos, deber general); *respetar las normas internacionales/regionales en materia de migración laboral (vg. Convención No. 97 de la OIT relativa a la Migración para Empleo/1949; Convención de la OIT N° 111 relativa a la Discriminación con Respeto al Empleo y Ocupación/1958; Convención de

(<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10198.pdf>) y el número total de puestos estimados en 2017 supera las 10.700 personas, que trabajan en 128 países. Debe tenerse en cuenta que es en 2015 la ONU gastó 17.237 millones en adquisiciones y servicios (alimentación y bebidas, energía, TICs, infraestructuras, logística y almacenaje, transporte y vehículos, edificios prefabricados y banca e inversiones). La ONU está buscando reunir 20.000 millones para fines humanitarios. Uno de los rubros que pesa sobre el ACUR es la aplicación del principio Noblemaire a los emolumentos de sus funcionarios y empleados (los sueldos del personal del cuadro orgánico se fijan en función de una comparación con la administración pública nacional mejor remunerada (generalmente, la estadounidense), aspecto que no es coherente con la dura situación de las personas a quienes esos funcionarios están llamados a auxiliar.

⁹ La ley argentina de migraciones (Ley 25871) regula la admisión, el ingreso, la permanencia y el egreso de personas e *i.a.* determina que la mayoría de los inmigrantes sudamericanos que llegan a la Argentina disponen de un procedimiento migratorio simplificado que les permite acceder a una residencia, lo que los autoriza a trabajar en igualdad de derechos respecto de los nacidos en el país. En Argentina, la población nacida en el extranjero proveniente de países americanos presenta los siguientes porcentajes en 2010: Paraguay 36,0% Uruguay 7,9% Otros 5,0% Perú 10,6% Bolivia 23,5% Brasil 2,8% Chile 13,0% (Fuente: OIM, 2012 http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---americas/---rolima/documents/publication/wcms_502766.pdf)

la OIT No. 118 concerniente a la igualdad del Trato de Nacionales y No Nacionales en Seguridad Social/1962; Convención No. 143 de la OIT relativa a las Migraciones en Condiciones de Abuso y la Promoción de Igualdad de Oportunidades y Trato de los Trabajadores Migrantes/1975; Convención de la OIT No. 157 concerniente al Establecimiento de un Sistema Internacional para el Mantenimiento de los Derechos en Seguridad Social/1982; El Protocolo de 2014 al Convenio de la OIT N° 29 sobre Trabajo Forzoso de 1930 (aplicable también a migrantes y refugiados¹⁰); la Convención Internacional de Naciones Unidas sobre la Protección de los Derechos de todos los trabajadores migrantes y miembros de sus familias/1990 (Res. Asamblea General de Naciones Unidas 45/148, en vigor desde el 2003¹¹⁻¹²⁻¹³; etc.).

Refugiados

Ámbito universal

El Derecho Internacional de los Refugiados está regulado a nivel universal por el *Convenio sobre el Estatuto del Refugiado de 1951*¹⁴ y el *Protocolo de 1967*¹⁵⁻¹⁶⁻¹⁴.

El Convenio de 1951 nace “rico” en derechos para los refugiados (vg. no discriminación, derechos en materia de ejercicio de su religión, adquisición de bienes, derecho de asociación, empleo, trabajo por cuenta propia, profesiones liberales, educación pública, asistencia médica, derecho al trabajo, libertad de circulación, etc.). Debe tenerse en cuenta que el derecho al refugio no se aplica a quien haya cometido un delito contra la

¹⁰ El protocolo ha sido ratificado por Argentina el 9 de noviembre de 2016 y entrará en vigor para el país el 9 de noviembre de 2017.

¹¹ Si bien, solo cuenta con 51 Estados Parte (EP) a marzo de 2017, salvo Brasil, la mayoría de los países de América del Sur, son parte.

¹² Estados Parte (EP).

¹³ Llama la atención que el protocolo tenga más Estados Parte que la Convención. Ello se debe al Art. V del Protocolo que establece: “*Adhesión. El presente Protocolo estará abierto a la adhesión de todos los Estados Partes en la Convención y de cualquier otro Estado Miembro de las Naciones Unidas, miembro de algún organismo especializado o que haya sido invitado por la Asamblea General de las Naciones Unidas a adherirse al mismo (...)*”. Adhirieron al Protocolo, pero no son partes en el Convenio: Cabo Verde, EE.UU. y Venezuela. No adhirieron al Protocolo, pero son partes en el Convenio, Madagascar, St Kitts y Nevis. Esa es la razón por la que el Protocolo tiene un Estado Parte más que su Convención.¹⁶ El Protocolo busca extender el derecho de los refugiados a todos los refugiados, no sólo a los provocados por la Primera y Segunda Guerra Mundial. Es de observar que Turquía formuló reserva al Convenio declarando que interpretaba la expresión “acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951” como a acontecimientos “iniciados” antes de esa fecha pero que “podían continuar” y, al adherir al Protocolo formuló reserva señalando: - que mantenía la limitación geográfica y temporal del Convenio (opción B art.1), es decir acontecimientos ocurridos en Europa antes del 01/01/1951; - que ninguna disposición del Convenio podía interpretarse como garantizando a los refugiados mayores derechos que los reconocidos a los ciudadanos turcos. Al momento de incorporarse al Convenio, a más de Turquía, se inclinaron por la opción B del art. 1 Congo, Madagascar y Mónaco. Todos los demás Estados se vincularon a la Convención sin limitación geográfica alguna a través de la selección de la opción A): “los hechos ocurridos en Europa o en otra parte antes del 1° de enero de 1951”.

¹⁴ Argentina es parte de la Convención de 1951 y del Protocolo de 1967. La ley de reconocimiento refugiados n° 26165 (2006) creó la Comisión Nacional de Refugiados (CONARE), encargada de decidir sobre las solicitudes de asilo y encontrar soluciones duraderas para los refugiados. Argentina también ha adherido a la Convención de 1954 sobre el Estatuto de los Apátridas y a la Convención para reducir los casos de apatridia de 1961.

paz, delito de guerra o delito contra la humanidad; un grave delito común¹⁵; o actos contrarios a los principios y propósitos de las Naciones Unidas.

Debe tenerse en cuenta que el contexto en que ese instrumento se adoptó era muy distinto al actual. El sistema del 1951 se refería a refugiados en el marco de asentamientos durables (nuevo hogar para los refugiados) tras el establecimiento de las nuevas fronteras de postguerra (primera y segunda guerras mundiales) y zonas de interés. El Convenio se estableció sobre la base de acuerdos interestatales de postguerra previos al desplazamiento de personas a los países de destino, en un contexto muy diferente del actual, marcado este último por circunstancias de hecho variables y por la transitoriedad e imprevisibilidad de esas masas humanas en movimiento. Los acuerdos interestatales de post guerra en relación a los cuales se adoptó el Convenio de 1951 no sólo eran los de la II Guerra Mundial sino también los de la I Guerra. Así, el Convenio de 1951 incluyó expresamente a los refugiados cuyo estatuto había sido regulado por convenios específicos, como el de 28 de octubre de 1933 (con base en los acuerdos de 1926 y 1928 sobre “La condición de los refugiados rusos, armenios y asimilables”)¹⁶. Es de recordar, que el Convenio de 1933 reconoció por primera vez la obligación de *non-refoulement*, requiriendo la no devolución del refugiado a su Estado de origen cuando su vida o libertad pudiesen correr peligro, obligación reconfirmada en el art. 33 del Convenio de 1951. Este último convenio también incluyó al de 10 de febrero de 1938 y su protocolo de 1939 sobre refugiados alemanes. En todos los casos se trató de acuerdos sectoriales dirigidos a resolver un problema en concreto y a largo plazo (nuevo lugar de residencia duradera).

El Protocolo Adicional al Convenio de 1951, firmado en 1967, eliminó parcialmente el límite temporal y territorial del Convenio de 1951 (acontecimientos anteriores a 1951 en Europa (a) o en otro lugar (b)). Decimos “parcialmente”, ya que la eliminación era para los nuevos Estados que se incorporaran al Convenio – Protocolo. La riqueza de derechos que en la actualidad se pretende que los Estados de “admisión” otorguen a las masas de refugiados que afluyen desordenadamente a sus fronteras no pueden ser aplicables, ya que importaría la imposición de facto, sin consulta previa al Estado, de un deber de incorporación decidido por entes carentes de autoridad para ello debido a la falta de acuerdos interestatales previos (como fue el caso del Convenio de 1951 para su tiempo). Ello ha llevado a que muchos Estados -como Dinamarca, Austria, Hungría, Noruega y otros, particularmente, RU de Gran Bretaña- se sintieran “invadidos”, forzados a abrir sus fronteras en aras de un humanitarismo mal canalizado. inconsulto y cargar con responsabilidades de y a nombre de la humanidad. Una humanidad que, ni siquiera a través de su sistema institucionalizado, considera responsabilidad propia a la crisis humanitaria de los refugiados. Así, la Organización de las Naciones Unidas (ONU) habla de “cooperar”, “contribuir”, “apoyar” al Estado de “acogida”. Ello porque se sostiene que los Estados de recepción “deben” acoger a esas masas a pesar de que perciben que constituyen una amenaza a su cultura, a su modo de vida, a su seguridad interna, a los derechos de sus nacionales, entre otras visualizaciones negativas. Una especie de

¹⁵ Para el ACNUR “grave delito común” equivale a “crimen capital”, para Canadá, por ejemplo, el que lleva pena mayor de 10 años.

¹⁶ Convenio 1951: “Art. 1 A. 1) Que haya sido considerada como refugiada en virtud de los Arreglos de 17 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 septiembre de 1939 o de la Constitución de la Organización Internacional de Refugiados (...)”.

aceleración forzada, de imposición, de la aún inmadura doctrina de un mundo de fronteras abiertas, de ciudadanía global, de un derecho de todos a asentarse en cualquier parte, la que en sus orígenes tiene corte ideológico-político perfilado¹⁷.

Ámbito regional

En el ámbito regional, la *Convención de la Organización de la Unidad Africana* (OUA) de 1969 por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África es un instrumento que amplía el espectro del concepto de refugiado. Tal como ya lo señaláramos, ha definido al refugiado como “toda persona que, temiendo fundadamente ser perseguida por su raza, religión, nacionalidad, pertenencia a un grupo social u opiniones políticas se encuentre fuera del país cuya nacionalidad posee y no pueda, o por razón de dicho temor no quiera acogerse a ese país, o que, en caso de que no tenga nacionalidad se encuentra fuera del país en que tenía su residencia habitual no pueda, o por razón de dicho temor no quiera volver a él”, y también, “cualquier persona, que por el hecho de una agresión, de una ocupación exterior, de una dominación extranjera, o de acontecimientos que perturban gravemente el orden público en una parte o en la totalidad del país de origen o del país cuya nacionalidad posee, se ve obligada a abandonar su residencia habitual para buscar refugio en otro lugar fuera de su país de origen o del país cuya nacionalidad posee”. La Convención, en su art. 2.3 establece: “Ninguna persona podrá ser sometida por un Estado Miembro a medidas tales como la no admisión en frontera, la devolución o la expulsión que le obliguen a retornar o a permanecer en un territorio donde su vida, su integridad corporal o su libertad estuvieran amenazadas (...)”.

En *América Latina* no hay un convenio general que regule a los refugiados, sin embargo, una serie de instrumentos no vinculantes¹⁸ han buscado fortalecer los derechos del refugiado, si bien no han superado las riquezas de la Convención de la Organización de la Unidad Africana de 1969.

Entre esos instrumentos figura la *Declaración de Cartagena* de 1984 adoptada por países de América Latina y Caribe, que reconoce oficialmente las problemáticas relativas a los movimientos de refugiados a gran escala y sus relaciones con los conflictos armados y los disturbios internos. En conmemoración a Cartagena + 30, se adoptó la *Declaración y Plan de Acción de Brasil 2014*, en la que los Estados se manifiestan dispuestos a trabajar juntos para mantener los estándares de protección más altos a nivel internacional y regional, implementar soluciones innovadoras para las personas refugiadas y desplazadas, y poner fin a la difícil situación que enfrentan las personas apátridas en la región.

La *Declaración y Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina*, adoptada en 2004 en Méjico por 20 países latinoamericanos “(r)econo(ce) el carácter de *jus cogens*¹⁹ del principio de la

¹⁷ V. *infra* la referencia a la sentencia de 25 de noviembre de 2013 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*.

¹⁸ A más de los convenios que refiriéramos *supra* sobre asilo.

¹⁹ Consideramos que el principio de no devolución constituye una norma *erga omnes*, pero no *jus cogens*, ya que la comunidad internacional, al menos en lo que hace al rechazo en frontera, podría por ejemplo mediante pacto establecer un sistema de recepción de refugiados que contemplara casos de rechazo en la

nodevolución (*non-refoulement*), incluyendo el no rechazo en frontera, piedra angular del derecho internacional de los refugiados”.

La *Declaración de Brasilia sobre la Protección de Personas Refugiadas y Apátridas en el Continente Americano* de 2010, adoptada bajo los auspicios del ACNUR, fue suscripta por 18 Estados americanos (entre ellos, Argentina). La Declaración resalta la contribución del continente americano al fortalecimiento de la protección de las víctimas del desplazamiento forzoso y de las personas apátridas a través de la adopción de tratados multilaterales sobre asilo, apatridia y derechos humanos, y reconoce la labor del ACNUR en la promoción del derecho internacional de refugiados y de los lineamientos sobre desplazamiento forzoso y apatridia, así como su responsabilidad de supervisión en la materia.

En el sistema de la *Unión Europea* /UE, los fundamentos jurídicos del “asilo” se hallan en:

- Artículo 67, apartado 2²⁰, y artículo 78²¹ del Tratado de Funcionamiento de la UE; y
- Artículo 18 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²².

Desde la reforma del Tratado de Lisboa (2007) se transformaron en política común las medidas en materia de asilo. Su objetivo es no solo el establecimiento de normas mínimas,

frontera para mejor proveer. De alguna manera, la Convención de Dublin y la “declaración” (que obra como acuerdo) de la UE con Turquía ponen de manifiesto que no se trata de una norma de *jus cogens*.

²⁰ Artículo 67 (antiguo artículo 61 TCE y antiguo artículo 29 TUE). “2. Garantizará la ausencia de controles de las personas en las fronteras interiores y desarrollará una política común de asilo, inmigración y control de las fronteras exteriores que esté basada en la solidaridad entre Estados miembros y sea equitativa respecto de los nacionales de terceros países. A efectos del presente título, los apátridas se asimilarán a los nacionales de terceros países”.

²¹ Artículo 78 (antiguos artículos 63, puntos 1 y 2, y 64, apartado 2, TCE) “1. La Unión desarrollará una política común en materia de asilo, protección subsidiaria y protección temporal destinada a ofrecer un estatuto apropiado a todo nacional de un tercer país que necesite protección internacional y a garantizar el respeto del principio de no devolución. Esta política deberá ajustarse a la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y al Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados, así como a los demás tratados pertinentes. 2. A efectos del apartado 1, el Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas relativas a un sistema europeo común de asilo que incluya: a) un estatuto uniforme de asilo para nacionales de terceros países, válido en toda la Unión; b) un estatuto uniforme de protección subsidiaria para los nacionales de terceros países que, sin obtener el asilo europeo, necesiten protección internacional; c) un sistema común para la protección temporal de las personas desplazadas, en caso de afluencia masiva; d) procedimientos comunes para conceder o retirar el estatuto uniforme de asilo o de protección subsidiaria; e) criterios y mecanismos para determinar el Estado miembro responsable de examinar una solicitud de asilo o de protección subsidiaria; f) normas relativas a las condiciones de acogida de los solicitantes de asilo o de protección subsidiaria; g) la asociación y la cooperación con terceros países para gestionar los flujos de personas que solicitan asilo o una protección subsidiaria o temporal. 3. Si uno o varios Estados miembros se enfrentan a una situación de emergencia caracterizada por la afluencia repentina de nacionales de terceros países, el Consejo podrá adoptar, a propuesta de la Comisión, medidas provisionales en beneficio de los Estados miembros afectados. El Consejo se pronunciará previa consulta al Parlamento Europeo”.

²² Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. “Artículo 18 Derecho de asilo Se garantiza el derecho de asilo dentro del respeto de las normas de la Convención de Ginebra de 28 de julio de 1951 y del Protocolo de 31 de enero de 1967 sobre el Estatuto de los Refugiados y de conformidad con el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea”.

sino también la creación de un sistema común que incluye estatutos y procedimientos uniformes aplicables en el espacio de Schengen (1995). La Convención de Dublin (1990, reemplazada en 2003 por Dublin II, y en 2013 Dublin III) establece que un solicitante de asilo debe ser devuelto al país donde entró por primera vez al espacio de Schengen. Otro de los objetivos de esta política es evitar que el solicitante de asilo en órbita (solicitante de asilo que se traslada de un Estado a otro de la Unión sin que ninguno esté dispuesto a concederle el asilo). La *Declaración de Bratislava* de 16 de septiembre de 2016, en su “Hoja de ruta”, tras el diagnóstico “general y objetivos”, en primer término, se ocupa de las migraciones en sentido amplio²³ y de las fronteras exteriores y expresa:

II Migración y fronteras exteriores

Objetivo • No permitir nunca que vuelvan a producirse los flujos incontrolados del año pasado y seguir reduciendo el número de migrantes irregulares. • Garantizar el pleno control de nuestras fronteras exteriores y restablecer Schengen • Ampliar el consenso existente en la UE respecto a la política migratoria a largo plazo y aplicar los principios de responsabilidad y solidaridad. **Medidas concretas:** a) compromiso pleno de aplicar la declaración UE-Turquía y de seguir apoyando a los países de los Balcanes Occidentales; b) compromiso de una serie de Estados miembros, en el día de hoy, de ofrecer asistencia inmediata para reforzar la protección de la frontera de Bulgaria con Turquía, y de seguir prestando apoyo a otros Estados de primera línea; c) antes de que termine el año, plena capacidad en materia de reacción rápida por parte de la Guardia Europea de Fronteras y Costas; d) pactos sobre migración para la cooperación y el diálogo con terceros países con objeto de reducir los flujos de migración ilegal y aumentar las tasas de retorno de migrantes, que deberá evaluar el Consejo Europeo de diciembre; e) continuación de la labor para ampliar el consenso de la UE en relación con la política migratoria a largo plazo, también en lo relativo al modo de aplicar en el futuro los principios de responsabilidad y solidaridad”²⁴.

²³ No sólo abarca a los migrantes sino también a los refugiados ya que hace referencia a los “flujos incontrolados del año pasado [2015]”.

²⁴ El Acuerdo entre UE y Turquía se ha realizado en nombre de la UE por los “miembros del Consejo Europeo”, según dice el Comunicado oficial. Se ha presentado como una “Declaración UE-Turquía” (publicada el 18.3.2016 a través del Comunicado de Prensa 144/16), según la cual las dos partes han “acordado” unas “líneas de actuación adicionales” al Plan de Acción Conjunto puesto en marcha el 29 de noviembre de 2015 y al acuerdo de 7 de marzo de 2016 por el que Turquía convino “aceptar el retorno rápido de todos los migrantes que no precisen protección internacional y que hayan pasado de Turquía a Grecia, y en aceptar a todos los migrantes irregulares interceptados en aguas turcas”. (Compensación 6.000 millones de euros). Señala el Comunicado que “la UE y Turquía han decidido (...) poner término a la migración irregular desde Turquía a la UE”, para cuyo objetivo se han acordado las líneas de actuación adicionales en que consiste el pacto entre UE y Turquía. Son, en resumen, las siguientes:

- 1.- Retorno de migrantes irregulares a Turquía.
- 2.- Por cada sirio retornado a Turquía desde las islas griegas se reasentará a otro sirio procedente de Turquía a la UE.
- 3.- Evitar que se abran nuevas rutas marítimas o terrestres de migración ilegal desde Turquía a la UE.
- 4.- Régimen voluntario de admisión humanitaria.
- 5.- Liberalización de visados.
- 6.- Desembolso de 3.000 millones de euros de la UE a Turquía, y financiación adicional de otros 3.000 millones hasta finales de 2018.
- 7.- Perfeccionamiento de la Unión Aduanera.
- 8.- Compromiso de revigorizar el proceso de adhesión de Turquía a la UE.
- 9.- Colaboración de UE y los Estados miembros con Turquía para mejorar las condiciones humanitarias en Siria. Aparentemente, todos estos acuerdos entre UE (los “miembros del Consejo Europeo”) y Turquía no han seguido el procedimiento para la celebración de “acuerdos internacionales” previsto en los artículos 216 y siguientes del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Formalmente, se la considera “Declaración” de naturaleza política.

Otros sistemas jurídicos internacionales que se ocupan de los migrantes y refugiados

Las grandes masas de refugiados y migrantes en busca de un lugar donde asentarse ponen en juego varios sistemas jurídicos internacionales: a más del Derecho de los Refugiados (y del Derecho de los Migrantes), al Derecho de los Derechos Humanos (DD.HH.), al Derecho Internacional Humanitario (DIH), al Derecho Penal Internacional (DPI) y al sistema de seguridad colectiva de las Naciones Unidas.

Es de observar que todos los derechos violados pueden tener una doble direccionalidad: a) la de la autoridad de origen, que obligó a sus nacionales o residentes a salir del país, y b) la del país de “recepción”, que se niega a acoger o que habiendo recibido a los refugiados formalmente, de hecho, fuerza su salida o la condiciona inapropiadamente.

Derecho de los Derechos Humanos (DD.HH.)

El propio Convenio sobre el Estatuto del Refugiado de 1951, en su art. 5, señala que ninguna disposición de la Convención podrá interpretarse en menoscabo de otros derechos y beneficios independientes de la Convención. Entre ellos, están los consagrados en el sistema de protección de los derechos humanos.

Todos los convenios universales y regionales generales de derechos humanos contienen como derechos de base a la no discriminación y a la igualdad.

El art. 14 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* 1948 consagra el derecho a “buscar” asilo y “disfrutar” de él²⁵.

El *Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos*, en su art. 14, establece que el extranjero que se halle legalmente en el territorio de un Estado Parte en el presente Pacto sólo podrá ser expulsado de él en cumplimiento de una decisión adoptada conforme a la ley y, a menos que razones imperiosas de seguridad nacional se opongan a ello, se permitirá a tal extranjero exponer las razones que lo asistan en contra de su expulsión, así como someter su caso a revisión ante la autoridad competente²⁶.

El art. 3 del Protocolo n° 4 de 1963 al *Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales*, establece que nadie podrá ser

²⁵ Algunos doctrinarios han criticado a la Declaración por no señalar el derecho a “recibir” asilo. Por nuestra parte, consideramos que no hay falencia alguna en el texto ya que “disfrutar” del asilo presupone la recepción.

²⁶ Se suele señalar que el sistema del Pacto es el más adecuado para defenderse contra el *refoulement* en caso de que un Estado no sea parte en el Convenio de 1951 o no haya ratificado el Protocolo de 67 y continúe con la limitación geográfica (Europa) y temporal del Convenio (acontecimientos ocurridos antes del 1 de enero de 1951 o como resultado de ellos). V. nuestro trabajo “El principio de *non-refoulement* a 50 años de la adopción de los Pactos internacionales de derechos humanos de las Naciones Unidas”, *Cuaderno de Derecho Internacional* (2016), Instituto de derecho Internacional Público y Derecho de la Integración de la Academia Nacional de derecho y Ciencias Sociales, Advocatus, Córdoba, 2017 (en prensa, obtenible en www.acaderc.org.ar).

expulsado en virtud de una medida individual o colectiva del territorio del Estado del cual sea nacional, ni verse privado del derecho a entrar en el territorio del Estado del cual sea nacional.

La *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre* -que antecede en 6 meses a la Declaración universal-, en el art. 27, establece el derecho a “buscar y recibir asilo” en caso de persecución no motivada en delitos comunes de acuerdo con la legislación del país y los convenios internacionales.

La *Convención Americana sobre Derechos Humanos* de 1969 consagra el derecho de no expulsión, el derecho de buscar y recibir asilo. En el art. 22.8. dispone que, en ningún caso, el extranjero puede ser expulsado o devuelto a otro país, sea o no el de origen, donde su derecho a la vida o a la libertad personal esté en riesgo de violación a causa de su raza, religión, nacionalidad, condición social o de sus opiniones políticas. El art. 22.9 prohíbe la expulsión colectiva de extranjeros. El art. 22.3 establece que el ejercicio de los derechos no puede ser restringido sino en virtud de una ley, en la medida indispensable en una sociedad democrática, para prevenir infracciones penales o para proteger la seguridad nacional, la seguridad o el orden públicos, la moral o la salud públicas o los derechos y libertades de los demás.

La *Carta Africana de Derechos del Hombre y de los Pueblos* de 1981 pone el acento en la no discriminación y descansa en materia de refugiados en el acuerdo alcanzado con anterioridad: la *Convención sobre aspectos específicos de los problemas de los refugiados en África* de 1969, a la que ya nos refiriéramos al tratar de precisar el concepto de refugiado.

La *Convención contra la tortura y otros tratos y penas crueles, inhumanos o degradantes* de 1984 consagra en su art. 3.1, de modo absoluto, sin condicionamientos, el *non-refoulement*, a diferencia de los acuerdos regionales, que exigen que la protección esté ligada al temor de persecución por razones de raza, religión, nacionalidad, pertenencia de una persona a determinado grupo social o de sus opiniones políticas. Además, no contiene causa alguna de suspensión o no aplicación de la obligación de no devolución (vg. Comisión de crímenes o delitos graves).

La *Convención sobre los Derechos del Niño* de 1990, en la que son partes casi todos los Estados del mundo, se aplica a todos los niños sin discriminación, incluidos los niños refugiados y solicitantes de asilo. La Convención estipula específicamente que cada niño que solicita la condición de refugiado debe beneficiarse de protección y asistencia humanitaria en el disfrute de los derechos enunciados en esta Convención y en otros tratados en el que el Estado es parte.

El sistema de derechos humanos ha ido desarrollado y ampliando significativa e inusualmente los derechos de los refugiados y de los migrantes a través de actos jurisdiccionales o cuasi-jurisdiccionales de los distintos organismos especializados.

Así, La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CteIDH) trató el tema de los Refugiados y Migrantes en varias oportunidades. Por ejemplo:

*-La *OC 18/03 sobre Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados* de 17 de septiembre de 2003, la *i.a.* señala que “las políticas migratorias deben ejecutarse con el respeto y la garantía de los derechos humanos”; que “las distinciones que los Estados establezcan deben ser objetivas, proporcionales y razonables”. Asimismo, observa que “existen también prejuicios culturales acerca de los migrantes, que permiten la reproducción de las condiciones de vulnerabilidad, tales como los prejuicios étnicos, la xenofobia y el racismo, que dificultan la integración de los migrantes a la sociedad y llevan a la impunidad de las violaciones de derechos humanos cometidas en su contra”. Agrega que la calidad migratoria de una persona no puede constituir, de manera alguna, una justificación para privarla del goce y ejercicio de sus derechos humanos, entre ellos los de carácter laboral, si bien reconoce que no hay obligación de brindar trabajo a los migrantes indocumentados.

*-La *Opinión Consultiva OC-21/14. Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, de 19 de agosto de 2014, señala que el asilo asumió la figura del refugiado, implicando un cambio para la tradición latinoamericana. La Corte concuerda con el Comité de los Derechos del Niño en cuanto a que el retorno al país de origen sólo podrá contemplarse, en principio, si redundan en el “interés superior” del niño, por lo que se encuentra prohibido cuando produce un ‘riesgo razonable’ de traducirse en la violación de los derechos humanos fundamentales del niño. Debe tenerse en cuenta que, a ese derecho del niño, se agrega el derecho a la reunificación familiar, etc.

*-El Caso contencioso *Vélez Loor vs. Panamá. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 23 de noviembre de 2010, en el que la Corte establece que los Estados tienen facultad de fijar políticas migratorias, pero deben respetar los derechos humanos. Más adelante señala que “sus políticas migratorias, los objetivos perseguidos por las mismas deben respetar los derechos humanos de las personas migrantes”. Debe tenerse en cuenta que el alcance de los derechos humanos es el que los propios organismos establecen al interpretar los convenios, es decir, son mutantes, evolutivos, no regresibles.

*-El Caso contencioso *Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 25 de noviembre de 2013, en el que la Corte establece que la prohibición de devolución constituye la piedra angular de la protección internacional de las personas refugiadas o asiladas y de las personas solicitantes de asilo y que ese principio constituye norma consuetudinaria de Derecho Internacional. Llama a revitalizar la ejecución de los programas "fronteras solidarias", "ciudades solidarias" y "reasantamiento solidario" del Plan de Acción de México para Fortalecer la Protección Internacional de los Refugiados en América Latina de 2004, con el apoyo de la comunidad internacional.

*-El Caso contencioso de *Personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 28 de agosto de 2014, en el que la Corte establece que “el

deber de respetar y garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación es independiente del estatus migratorio de una persona en un Estado. Es decir, los Estados tienen la obligación de garantizar este principio fundamental a sus ciudadanos y a toda persona extranjera que se encuentre en su territorio, sin discriminación alguna por su estancia regular o irregular, su nacionalidad, raza, género o cualquier otra causa”²⁷.

Por su parte, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), el Comité de Derechos Humanos del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (CDH), el Comité contra la Tortura (CCT), en numerosos casos se pronunciaron en el tema. Por razones de espacio, sólo ejemplificativamente señalaremos unos pocos dictámenes: *- Gran Sala del TEDH en el caso “*Hirsi Jamaa et autres v. Italie*” (23/2/2012). La prohibición de las expulsiones colectivas se aplica a cualquier medida que tenga el efecto de impedir que los migrantes lleguen a las fronteras de los Estados o de empujarlos hacia otro Estado”, lo cual “incluiría medidas de interdicción adoptadas por un Estado, incluso en forma extraterritorial, para impedir que las personas lleguen a sus fronteras cuando esto tenga por efecto evitar que presenten una solicitud de asilo o no devolución”^{28_29_30}.

*-El CCT, en el asunto *Ahmed Agiza c. Suecia*, y el CDH en el asunto *Mohammed Al-zheri (al-Zari) c. Suecia*, respectivamente, asuntos conexos por el hecho, consideraron que la entrega por parte de las autoridades suecas de esos dos presuntos integristas islámicos a agentes estadounidenses y egipcios en el aeropuerto de Bromma, para su deportación a Egipto, donde diversos indicios permitían suponer que podían ser sometidos a malos tratos a pesar de las garantías ofrecidas por las autoridades egipcias, suponía una violación del principio de no devolución por parte de Suecia. El carácter absoluto del principio de no devolución (propio de la Convención contra la Tortura) ha sido sostenido por el CDH en varias oportunidades³¹. Ello, incluso, en los casos de terroristas.

²⁷ V. asimismo, *Migrantes*. Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos N° 2 (<http://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/migrantes4.pdf>).

²⁸ V. UNHCR *The Case Law of the European Regional Courts: The Court of Justice of the European Union and the European Court of Human Rights Refugees, asylum-seekers, and stateless persons*, June 2015, 1st edition (<http://www.refworld.org/pdfid/558803c44.pdf>).

²⁹ El 21 de junio de 2011, la *Asamblea parlamentaria del Consejo de Europa adoptó la Resolución 1821 (2011)* sobre la intercepción y salvataje en el mar de los solicitantes de asilo, refugio y migrantes en situación irregular, considerando deber moral y jurídico el salvataje, entendiéndose que los deberes frente a migrantes y refugiados debían aplicarse en alta mar, ya que el alta mar no es una zona en la cual los Estados están exentos de sus obligaciones jurídicas, lo que comprende sus obligaciones conforme el DI, el DD.HH y el DR.

³⁰ Los Estados apelan también a medidas de rechazo, de disuasión, de “deterrence” para evitar que los refugiados lleguen o se queden en su territorio. Entre esas medidas figuran, la exigencia de país de origen seguro o tercer país seguro; controles antes de que lleguen al país (controles migratorios por agentes particulares contratados en aeropuertos, estaciones de transporte, rutas de otros países, con amenazas de sanción a los transportistas; la interdicción en aguas internacionales; negociación con terceros Estados para que reciban refugiados a cambio de dinero, etc.).

³¹ V. *i.a. Observaciones finales del Comité de Derechos Humanos: Canadá*, 7-IV-1999, CCPR/C/79/Add.105, § 13. Com.CCPR, Dictamen de 15-VI-2004, *Ahani c. Canadá*, § 10.10 (*Mansour Ahani v. Canada*, Communication No. 1051/2002, U.N.Doc.CCPR/C/80/D/1051/2002 (2004) (<http://hrlibrary.umn.edu/undocs/html/1051-2002.html>)).

*-El CDH en el caso *Roger Judge v. Canada*, Communication No. 829/1998, U.N. Doc. CCPR/C/78/D/829/1998 (2003) consideró que “Canadá, como Estado Parte que ha abolido la pena de muerte, con independencia de si ha ratificado o no el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto destinado a abolir la pena de muerte, violó el derecho del autor a la vida en virtud del artículo 6, apartado 1, al expulsarlo a los Estados Unidos, donde es condenado a muerte, sin asegurarse de que la pena de muerte no se llevaría a cabo. El Comité reconoció que Canadá no impuso por sí la pena de muerte al autor, pero al deportarlo a un país en el que fue condenado a muerte, aportó el eslabón decisivo en la cadena causal que hizo posible la ejecución del autor”. Roger Judge había sido juzgado por dos cargos de asesinato en primer grado, por el Tribunal de lo Penal de Filadelfia, Pensilvania (EE.UU.). El 12 de junio de 1987, había sido condenado a muerte, en la silla eléctrica, pero logró escapar y huir a Canadá. Canadá en base al acuerdo de extradición con EE.UU. deportó a Judge a EE.UU.

*-El CDH en el Caso *Mansour Ahani v. Canada*, Communication No.1051/2002. U.N. Doc. CCPR/C/80/D/1051/2002 (2004) dictaminó que Canadá no había proporcionado al autor las garantías procesales, basándose en que al autor no justificó el riesgo de daño a su vida, integridad física o libertad. Dictaminó también la obligación de proporcionarle un recurso efectivo e incluso una indemnización, por no haber determinado si había riesgo de tortura cuando lo expulsó, especialmente, para el caso de que llegue a salir a la luz más tarde que realmente sufrió tortura tras la expulsión. Se trataba de un ciudadano de la República islámica de Irán, que en el momento de la comunicación al CDH estaba detenido en Hamilton Wintworth, Ontario, en espera de la conclusión del procedimiento tramitado ante el TS del Canadá sobre su expulsión. Había llegado a Canadá desde Irán, solicitando protección conforme la Convención sobre los refugiados y su protocolo sobre la base de sus opiniones políticas y pertenencia a grupo social. Argüía *i.a.* haber sido golpeado por miembros del Comité Revolucionario Islámico en Irán por estar borracho; que su regreso a Irán ponía en peligro su vida, atento a que había adquirido conocimiento de operaciones en calidad de recluta forzado en la selección de asesinatos en el extranjero del MRE. En 1992 la Junta de inmigración lo consideró refugiado en el marco de la Convención, pero en 1993 el Fiscal General y el Ministerio de Empleo e Inmigración tras examinar los informes del servicio de seguridad entendieron que no podía ser admitido como refugiado ya que había recibido instrucción como asesino del Ministerio de Inteligencia y Seguridad Iraní, y había motivos razonables para creer que participaría en actos de terrorismo ya que era miembro de una organización terrorista y ya había participado en actos de ese tipo.

Si bien, tal como lo señalan todos los organismos especializados y la propia CIJ en el Caso Ahmadou Sadio Diallo, los Estados en ejercicio de su soberanía tienen derecho a regular la entrada de extranjeros, esa facultad debe respetar el derecho de los derechos humanos y el derecho internacional, con lo que, en la práctica (atento a que los convenios deben aplicarse conforme la interpretación de sus organismos especializados en permanente evolución y concesión progresiva de derechos más amplios) el “derecho a entrar” se ha transformado en una regla.

Derecho Internacional Humanitario

El Derecho Internacional Humanitario confiere protección a los refugiados en situaciones de conflicto armado internacional o no internacional. El núcleo de esta área del derecho son los cuatro convenios de Ginebra de 1949 y los dos Protocolos de 1977. Los cuatro convenios, cada uno con 196 Estados parte, son representativos de la *opinio juris* de la comunidad internacional en su conjunto³². Los compromisos de los Convenios son considerados el prototipo de normas consuetudinarias de carácter general *erga omnes*, cuya violación da lugar a una “responsabilidad agravada”, en tanto afecta valores y preocupaciones de la comunidad internacional como un todo. Varias de esas normas son derecho imperativo, *jus cogens*, si bien, los Convenios se refieren a ellas con la expresión “infracciones graves”.

El IV Convenio de Ginebra de 1949 sobre Protección de los civiles en tiempo de guerra se detiene en la protección de los refugiados en los artículos 27 (trato con humanidad), 44 (no trato de extranjeros enemigos) y 45.4 (no transferencia cuando hay riesgo de persecución)³³ y en el Protocolo I de 1977 en los arts. 73 (refugiados y apátridas personas protegidas) y 74 (reunión de familias dispersas)³⁴. El art. 149 de la Convención IV, considera entre las “infracciones graves” (crímenes) a los hechos de causar deliberadamente grandes sufrimientos, de atentar gravemente contra la integridad física o salud de las personas, la deportación o el traslado ilegal, todas ellas figuras receptadas en el Derecho Penal Internacional.

Es de observar que los Estados parte se han comprometido en los cuatro Convenios de Ginebra a tomar las medidas necesarias para que cesen los actos contrarios a los Convenios y a adoptar las medidas legislativas necesarias para fijar las adecuadas sanciones penales que hayan de aplicarse a las personas que cometan o den orden de cometer cualquiera de las infracciones graves contempladas en los convenios. Además, los Estados parte se han obligado a buscar a las personas acusadas de haber cometido o mandado cometer ese tipo de infracciones, y a hacerlas comparecer ante sus propios

³² El protocolo I tiene 174 EP y el Protocolo II 168 EP.

³³ IV Convenio de Ginebra de 1949. Art. 27: “Las personas protegidas tienen derecho, en cualquier circunstancia, al respeto a su persona, a su honor, a sus derechos familiares, a sus convicciones y prácticas religiosas, a sus hábitos y a sus costumbres. Deberán ser tratadas en todo momento, con humanidad y especialmente protegidas contra cualquier acto de violencia o intimidación (...)”. Art. 44: “Al tomar las medidas de custodia previstas en el presente Convenio, la Potencia (ocupante) en cuyo poder se encuentren las personas protegidas no habrá de tratar como extranjeros enemigos, exclusivamente en base a su pertenencia jurídica a un Estado enemigo, a los refugiados que, de hecho, no disfruten de la protección de ningún gobierno”. Art. 45.4 “En ningún caso podrá transferirse a persona protegida alguna a otro país donde pueda tener persecuciones por razón de sus opiniones políticas o religiosas.

³⁴ Protocolo I de 1977 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales. Art. 73: “Refugiados y apátridas. Las personas que antes del comienzo de las hostilidades fueren consideradas como apátridas o refugiadas en el sentido de los instrumentos internacionales pertinentes aceptados por las Partes interesadas o por la legislación nacional del Estado que las haya acogido o en el que residan, lo serán, en todas las circunstancias y sin ninguna distinción de índole desfavorable, como personas protegidas en el sentido de los Títulos I y III del IV Convenio” (art. 27)”. Artículo 74: “Reunión de familias dispersas. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto facilitarán en toda la medida de lo posible la reunión de las familias que estén dispersas a consecuencia de conflictos armados y alentarán en particular la labor de las organizaciones humanitarias que se dediquen a esta tarea conforme a las disposiciones de los Convenios y del presente Protocolo y de conformidad con sus respectivas normas de seguridad”. Este Protocolo cuenta con 174 Estados parte.

tribunales para juzgarlas (o entregarlas para ser juzgadas en otro ámbito), independientemente de su nacionalidad y del lugar de la comisión de los hechos (jurisdicción universal).

Derecho Penal Internacional

El Derecho Penal Internacional -que se ocupa de la responsabilidad penal de los individuos en caso de crímenes de derecho internacional- en materia de refugiados tiene su eje en los desplazamientos forzados y la persecución, situaciones que pueden darse en cualquiera de los crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional (CPI) excepto el de agresión, si bien, resultan más difíciles de probar en el caso del genocidio dada la necesidad de probar la intencionalidad³⁵. Particularmente, se da en los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

El art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI)³⁶ establece que se entenderá por “crimen de lesa humanidad” cualquiera de los actos que enumera cuando se cometan como parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil y con conocimiento de dicho ataque. En el inciso 1. d) hace referencia a la deportación o traslado forzoso de población, aclarando que por “deportación o traslado forzoso de población” se entiende el desplazamiento forzoso de las personas afectadas ya sea por expulsión u otros actos coactivos de la zona en que estén legítimamente presentes, sin motivos autorizados por el derecho internacional; y en el 1. g) aclara que por “persecución” se entiende la privación intencional y grave de derechos fundamentales en contravención del derecho internacional en razón de la identidad del grupo o de la colectividad³⁷.

El art. 8.1 del ECPI establece que la Corte tendrá competencia respecto de los crímenes de guerra, en particular, cuando se cometan como parte de un plan o política o como parte de la comisión en gran escala de tales crímenes. En el punto siguiente, entre los “crímenes de guerra”, enuncia: “a) Infracciones graves de los Convenios de Ginebra de 12 de agosto de 1949, a saber: (...) el hecho de causar deliberadamente grandes

³⁵ *Genocidio: ECPI art. 6* A los efectos del presente Estatuto, se entenderá por “genocidio” cualquiera de los actos mencionados a continuación, perpetrados con la intención de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial o religioso como tal: “(...) e) Traslado por la fuerza de niños del grupo a otro grupo”. Eventualmente, ese traslado podría ser transfronterizo.

³⁶ El Estatuto cuenta con 124 EP a abril de 2017. Siria no es parte en el Estatuto, tampoco lo son Palestina, Irán, Irak, Haití, Somalia, Turquía, EE.UU., Rusia, China, India. Afganistán es parte desde 2003. Reino Unido, Italia, Francia, España son partes. Citamos unos pocos Estados a modo ejemplificativo.

³⁷ Esta percepción se ha extendido a los desplazados. Así, en el caso *Procurador c. Krnojelac*, Caso TPIY No. IT-97-25-A, Sentencia, 17 de septiembre de 2003, párrafos 217-218 (‘Krnojelac, Sentencia de Apelación’) <http://www.icty.org/x/cases/kjnojelac/acjug/en/krn-aj030917e.pdf> Párr. 217 de la sentencia: (b) *Acts of displacement that can be characterised as persecution (a crime against humanity) 217. The Appeals Chamber holds that, in order to do this and contrary to what the Prosecution claims, it is not necessary to define deportation as “an umbrella term that covers acts of forcible displacement, whether internal or cross-border” (so as to consider whether these acts were such as to constitute the crime of persecution). P. 218: The forced character of displacement and the forced uprooting of the inhabitants of a territory entail the criminal responsibility of the perpetrator, not the destination to which these inhabitants are sent.* Además, antes de este fallo, se separaba el derecho del refugiado del DIH por considerarse que el refugio se basaba en la sensación subjetiva (estado mental) de perseguido del individuo, distinto de la “situación bélica, de conflicto armado” (como se había expresado en *Procurador c. Kupreškić et al.*, Caso No. IT-95-16-T, sentencia, 14 de enero de 2000).

sufrimientos o de atentar gravemente contra la integridad física o la salud; (...); vii) La deportación o el traslado ilegal o el confinamiento ilegal; viii) El traslado, directa o indirectamente, por la Potencia ocupante de parte de su población civil al territorio que ocupa o la deportación o el traslado de la totalidad o parte de la población del territorio ocupado, dentro o fuera de ese territorio.

Por nuestra parte, y a diferencia de la mayoría de los doctrinarios, consideramos que la CPI tiene competencia para juzgar hechos cometidos por terroristas bajo la figura del crimen de lesa humanidad. El terrorismo no es “un” crimen, una figura comportativa única. Además, no es su objetivo (causar terror) lo que lo hace crimen sino los actos delictivos cometidos enunciados en el crimen de lesa humanidad como son el asesinato, la tortura física y espiritual, los actos inhumanos que causan intencionalmente grandes sufrimientos o atentan gravemente contra la integridad física o la salud mental o física, entre otros. Esos actos se enmarcan en el crimen de lesa humanidad en tanto se cometen como parte de ataques sistemáticos, metódicos, orgánicos, tácticos contra la población civil. En realidad, todos los actos delictivos de los crímenes de lesa humanidad buscan condicionar a grupos y gobiernos a hacer o dejar de hacer algo (objetivos políticos, sociales, religiosos), no siendo privativos del terrorismo. No nos parece atinada la idea de crear un Tribunal especial para juzgar únicamente los delitos de terrorismo (propuesta de José Manuel García Margallo presentada por España ante la ONU el 27/09/2015). Si se sigue agregando burocracia, complejos tipos delictivos y elementos del crimen, nombrando jueces, fiscales, edificando tribunales y gastando en sus equipamientos y funcionarios, etc., tendremos muchas instituciones, muchos funcionarios bien remunerados pero pocos criminales sancionados y poca uniformidad a la hora de construir normas consuetudinarias de carácter general en un ámbito tan sensible para la comunidad internacional y su supervivencia. Recuerdo que, cuando se creó el Comité contra la Tortura, pregunté a un juez de la CteIDH para qué se creaba un nuevo ente si ya funcionaban la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la CteIDH, el TEDH, el CDH y tantos otros competentes en materia de tortura. Me dijo: “Hoy por ti mañana por mí”, refiriéndose a los nuevos cargos que se distribuirían.

El 27 de enero de 2016, la Sala de Cuestiones Preliminares I de la Corte Penal Internacional (CPI) autorizó a la fiscal Fatou Bensouda a abrir investigación sobre el conflicto armado entre Georgia y Rusia en 2008 (instancia de *motu proprio* de la Fiscalía de la Corte) por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en el contexto del conflicto armado en el período comprendido entre el 1 de julio y el 10 de octubre de 2008 en y alrededor de Osetia del Sur. Entre esos crímenes se hallan situaciones relativas a refugiados. El 27 de noviembre de 2016 el Presidente Putin firmó una orden para “poner fin a la participación de su país en el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI) en La Haya”. Debe tenerse en cuenta que Rusia suscribió el tratado en septiembre del año 2000 pero nunca lo ratificó³⁸.

Además, recientemente, se ha reiterado el pedido del legislador australiano Andrew Wilkie al Fiscal de la CPI para que incrimine al Primer Ministro australiano y otros funcionarios del gobierno por crímenes arguyendo la deprivación de la libertad personal de refugiados, la transferencia ilícita de los mismos, la causación de sufrimientos

³⁸ En 2016 manifestaron que se retiraban del Convenio Sudáfrica, Gambia y Burundi, sin embargo, los dos primeros Estados retiraron esa manifestación en 2017.

graves, el rechazo a recibir en “su” territorio a los refugiados sino pactar por dinero acuerdos de recepción-transferencia con otros Estados (vg. Malasia).

El ECPI, en el párrafo tercero de su parte preambular, reconoce que “esos graves crímenes constituyen una amenaza para la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”, situaciones que, conforme a la Carta de las Naciones Unidas y resoluciones del Consejo de Seguridad (CdeS) ponen en movimiento el Capítulo VII de la Carta y la acción del Consejo.

Sistema de Seguridad de las Naciones Unidas

Consejo de Seguridad

El CdeS, en varias de sus resoluciones (vg. 827/1993, 955/1994 entre otras), ha determinado que las “violaciones generalizadas y flagrantes del derecho internacional humanitario” -en este caso, las relacionadas con los expulsados/refugiados- constituyen una “amenaza para la paz y seguridad internacionales”, o son “susceptibles” de serlo, y ha enmarcado a esas resoluciones en el Cap. VII de la Carta.

Bien sabemos que los Miembros de Naciones Unidas -a fin de asegurar acción rápida y eficaz- han “conferido” al Consejo de Seguridad la “responsabilidad primordial” de mantener la paz y la seguridad internacionales, y reconocen que el Consejo de Seguridad actúa a nombre de ellos al desempeñar las funciones que le impone aquella responsabilidad (art. 24 de la Carta de la ONU). Destacamos la palabra “conferido” que indica que los Miembros le han “asignado”, “encomendado” al Consejo una misión, pero no han renunciado a su favor sus propios derechos como Miembros. También resaltamos la expresión “responsabilidad primordial” para recordar que no se trata de una prerrogativa o un monopolio -como a veces se señala- sino de mera primacía funcional (no exclusividad) con calidad de deber. Esta percepción se fortalece cuando se tiene en cuenta que el art. 39 de la Carta de la ONU, titulado “Acción en caso de amenazas a la paz, quebrantamientos de la paz o actos de agresión”, impone de modo terminante obligaciones al Consejo. Así, expresa: “El Consejo de Seguridad determinará”. La formulación no es facultativa como se observa en los Arts. 40, 41, 42 en que se habla de “podrá”. Además, la formulación del Art. 39 dispone que el Consejo determinará “*toda* amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o acto de agresión”, significando ello que en todo caso en el que hubiese una situación de esa naturaleza, “deberá” intervenir.

Generalmente, las primeras resoluciones en un caso de amenaza a la paz, quebrantamiento de la paz o agresión se limitan a enunciar la endonorma en una situación dada o condenar de modo genérico hechos de los gobiernos que cometen graves violaciones de derechos humanos o de derecho internacional humanitario, a terceros Estados y, a veces, a grupos rebeldes³⁹. Por ejemplo, la primera resolución del CdeS en el conflicto sirio fue la Resolución 2042/2012) y expresa: “Condenando las violaciones

³⁹ V. nuestro trabajo “Alcance y Sentido de la determinación de una Amenaza a la Paz, un Quebrantamiento de la Paz o un Acto de Agresión”, en *XXX Curso de Derecho Internacional*, Comité Jurídico Interamericano Secretaría de la OEA, Washington, 2004. (Obtenible en file:///C:/Users/Usuario/Downloads/artamenazadepaz.pdf).

generalizadas de los derechos humanos por las autoridades sirias, así como los abusos de los derechos humanos por parte de grupos armados”⁴⁰⁻⁴¹.

La acción del CdeS -al igual que la de la Asamblea General (AG)- suele llegar tarde, permitiendo agravamientos progresivos de la situación sin adoptar una acción efectiva que asegure la paz y el cese de las violaciones.

En el caso de Siria –situación representativa de la más grave crisis humanitaria tras la Segunda Guerra Mundial-, el conflicto se inició en 2011. Tras varias resoluciones inconducentes, la Resolución 2268 (febrero 2016), se limita a reconocer los esfuerzos del Secretario General, le pide nuevos informes, se congratula de la labor del Grupo Internacional de apoyo a Siria, decide seguir ocupándose activamente de la cuestión. La resolución que le precedió, Resolución 2258 (diciembre de 2015), declara “afligido” al CdeS por los más de 13,5 millones de personas en Siria en grave situación humanitaria, de las que 6,5 millones son desplazados internos, 4,5 millones, refugiados, 393.700 civiles atrapados en zonas asediadas; se muestra gravemente “preocupado” porque las partes en el conflicto interno de Siria no aplican sus resoluciones, porque hay zonas de Siria bajo control del Estado Islámico en el Iraq y el Levante y el Frente Al-Nusra. A pesar de ello sólo decide “seguir ocupándose activamente de la cuestión”. Similar debilidad presenta la Resolución 2336 (diciembre 2016). Más aún, el CdeS muchas veces ha autorizado medidas bélicas en ciertos sectores del planeta (Afganistán, Irak, etc.) dando origen a refugiados, desplazados, etc. por sus propias medidas de acción, pero no ha previsto respuesta acorde para esos flujos masivos de población que su propia decisión causó.

Asamblea General

La Asamblea General de Naciones Unidas (AG) posee funciones amplias, generales, subsidiarias y concurrentes con relación a las del CdeS, con la precisa limitación del Art. 12 (mientras el CdeS se ocupa de una “controversia o situación”). Si el CdeS se ve trabado por falta de consenso entre sus Miembros Permanentes⁴², la AG de conformidad a la Res. 377/V- puede actuar, llegando incluso a recomendar el uso de la fuerza armada, si bien, debe “referir” toda cuestión que requiera acción al CdeS, ya que éste puede en cualquier momento retomar eficazmente su “responsabilidad primordial” funcional en el sistema. La Res. 377/V de la AG fue aplicada en más de una decena de situaciones.

⁴⁰ Las graves violaciones comenzaron con la violenta represión de personas que manifestaban contra el gobierno de Bashar al-Assad en Damasco, Deraa y Homs en 2011 (entre otras localidades). La sociedad siria incluye a una mayoría sunita y una minoría étnica alawita (que se desprende de los chiitas), ocupando esta última los cargos de poder. También existen grupos cristianos y kurdos dentro de la sociedad siria.

⁴¹ ACHIUME, E. Tendayi. “Syria, Cost-sharing, and the Responsibility to Protect Refugees”, *100 Minn. L. Rev.* 687 2015-2016. El autor recuerda que en agosto de 2012 el Secretario General de Naciones Unidas había advertido al CdeS sobre los peligros que entrañaban los éxodos desde Siria pero que no se habían adoptado medidas adecuadas.

⁴² Algunos doctrinarios como Mireya Reyes Milka, señala que es hora de cuestionar el rol del Consejo de Seguridad y promover medidas de *accountability* (*responsabilización*). Ello se refiere a la obligación que tienen los funcionarios-órganos administrativos y de representación de dar cuenta de sus actos conforme a derecho y a su rol en materia de paz y seguridad. Debe tenerse en cuenta que, si bien, el CdeS es un órgano político, debe proceder de acuerdo con los Propósitos y Principios de las Naciones Unidas.

A pesar de esa herramienta y de estar transcurriendo su sexto año la cruel crisis siria, la AG en resolución adoptada el 21 de abril de 2016 (A/70/59), referida a la reunión convocada para el 19 de septiembre de 2016, tibiamente expresa: “Aunque los grandes desplazamientos de refugiados y migrantes no son ningún fenómeno nuevo las imágenes de los últimos años han sacudido la conciencia mundial (...)”; “no hemos sido capaces de planificar para el caso de un desplazamiento a más largo plazo” o de “prestar el apoyo suficiente a las comunidades de acogida”⁴³. Más adelante, ingenua y superficialmente señala: “Hay que fomentar la cooperación (...); todos los miembros de la comunidad internacional deben poner mucho más empeño”. Recién en diciembre de 2016 adoptó la Resolución 71/248. “Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Ayudar en la Investigación y el Enjuiciamiento de los Responsables de los Delitos de Derecho Internacional Más Graves Cometidos en la República Árabe Siria desde Marzo de 2011”⁴⁴, en el punto 4 resolutivo: “*Decide establecer el Mecanismo Internacional, Imparcial e Independiente para Ayudar en la Investigación y el Enjuiciamiento de los Responsables de los Delitos de Derecho Internacional Más Graves Cometidos en la República Árabe Siria desde Marzo de 2011 bajo los auspicios de las Naciones Unidas para cooperar estrechamente con la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria con miras a recabar, consolidar, preservar y analizar las pruebas de violaciones del derecho internacional humanitario y de violaciones y abusos de los derechos humanos y a preparar los expedientes para facilitar y acelerar un proceso penal justo e independiente de conformidad con las normas del derecho internacional, en las cortes o los tribunales nacionales, regionales o internacionales que tengan o puedan tener jurisdicción en el futuro sobre esos delitos, de conformidad con el derecho internacional*”.

Corte Internacional de Justicia

La misma CIJ en los casos con vinculación a refugiados que le tocó intervenir recientemente, evitó precisar responsabilidades, adjudicar compensaciones, lo que se ha observado en las sentencias en los casos de la *Aplicación del Art. IX de la Convención para prevenir y sancionar el genocidio (Bosnia Herzegovina vs. Serbia*, sentencia de

⁴³ Merece una severa crítica ese “apoyo” reclamado, ya que la relación debiera ser a la inversa: al centro institucional organizado –es decir, las Naciones Unidas y en particular en CdeS y AG- es a quien le cabe la carga de la responsabilidad frente a los éxodos forzados por violaciones graves al DIH y a los DD.HH. inatendidas por defectos funcionales de la entidad; y a los Estados apoyar a la entidad en la medida en que son solicitados institucional, ordenada y equitativamente.

⁴⁴ La resolución S-17/1 del Consejo de Derechos Humanos, de 23 de agosto de 2011, estableció la Comisión Internacional Independiente de Investigación sobre la República Árabe Siria.

2007)⁴⁵⁻⁴⁶ y la *Aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación (Georgia v. Federación de Rusia, sentencia de 2010)*⁴⁷. En esos casos la Corte se detuvo en formalidades no acordes con la gravedad de las violaciones de *jus cogens* que se ventilaban. Ello, a pesar de que en el *Caso Ahmadou Sadio Diallo (República de Guinea vs. República Democrática de Congo)*, sentencia de 2010, en la que se consideró la expulsión-deportación del empresario guineano residente en el Congo por 32 años, la CIJ recordó que la legislación nacional debía ser compatible con los instrumentos internacionales, no pudiendo ser arbitraria (parr. 65). Más aún, señaló que la propia Corte, aunque no está obligada en el ejercicio de sus funciones judiciales a ajustar su interpretación a convenios de derechos humanos o a la práctica de sus órganos, debía dar “gran consideración a la interpretación adoptada por esos organismos

⁴⁵ ICJ Reports 2007 case concerning application of the Convention on the prevention and punishment of the crime of genocide (*Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro*) judgment of 26 february 2007. Para. 471. “(...) 5. Finds that Serbia has violated the obligation to prevent genocide, under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide, in respect of the genocide that occurred in Srebrenica in July 1995”; “6 Finds that Serbia has violated its obligations under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide by having failed to transfer Ratko Mladic’, indicted for genocide and complicity in genocide, for trial by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, and thus having failed fully to co-operate with that Tribunal; 7. Finds that Serbia has violated its obligation to comply with the provisional measures ordered by the Court on 8 April and 13 September 1993 in this case, inasmuch as it failed to take all measures within its power to prevent genocide in Srebrenica in July 1995. 8 Decides that Serbia shall immediately take effective steps to ensure full compliance with its obligation under the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide to punish acts of genocide as defined by Article II of the Convention, or any of the other acts proscribed by Article III of the Convention, and to transfer individuals accused of genocide or any of those other acts for trial by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, and to co-operate fully with that Tribunal; 9 Finds that, as regards the breaches by Serbia of the obligations referred to in subparagraphs (5) and (7) above, the Court’s findings in those paragraphs constitute appropriate satisfaction, and that the case is not one in which an order for payment of compensation, or, in respect of the violation referred to in subparagraph (5), a direction to provide assurances and guarantees of non-repetition, would be appropriate”.

⁴⁶ Actualmente, las comunidades agredidas de Bosnia-Herzegovina se hallan impedidas de apelar la sentencia de la CIJ y reclamar compensación en tanto la nueva Bosnia Herzegovina es una federación conformada por Bosnia-Herzegovina, por la República de Srbska y Brčko (estado tapón de mayoría croata ubicado al norte entre los dos sectores separados de la República de Srbska). Cuando el Estado de la federación denominado Bosnia-Herzegovina presentó apelación a la CIJ, el Presidente de la misma Rony Abraham mediante declaración de marzo de 2017 rechazó la apelación por considerar que la misma no fue formulada por el nuevo sujeto internacional Bosnia Herzegovina en condición de Federación tripartida. Es de suponer que la República de Srbska (de Serbia), jamás habrá de prestar acuerdo a una apelación que obraría en su contra y contra Serbia. La reclamación inicial fue presentada por Bosnia Herzegovina antes de la nueva estructura del Estado. El bloqueo que la situación presenta recuerda al injusto y formalista pronunciamiento de la Corte en el caso *South West Africa Cases (Ethiopia v. South Africa; Liberia v. South Africa)* second phase (sentencia de 18 de julio de 1966), según la cual Namibia por siempre debía continuar bajo la dominación de Sudáfrica por haber desaparecido la Sociedad de Naciones y por no haber en el marco de Naciones Unidas un Estado legitimado o con interés jurídico suficiente para reclamar por el estatus de Namibia.

⁴⁷ En el caso designado *Case concerning application of the international convention on the elimination of all forms of racial discrimination (Georgia v. Russian Federation)* preliminary objections, sentencia de 1 de abril de 2011, la Corte se mostró formalista, algo impropio de la aplicación de los derechos humanos. Expresó: 116. La esencia de [...] [la segunda objeción preliminar] es que el artículo 22 de la CEDR -única base jurisdiccional invocada por Georgia para fundar la competencia de la Corte- contiene dos condiciones previas de procedimiento, a saber, las negociaciones y la remisión a los procedimientos expresamente previstos en la CEDR, las que deben haberse cumplido antes de recurrir a la Corte. La FR sostiene que, en

independientes, creados especialmente para supervisar la aplicación de los tratados de DH” (parr. 66).

III.- Debilidades e inconsistencias de los sistemas de protección de los refugiados

Entre las ellas observamos:

1.-Un *Estado de expulsión* de nacionales, generalmente -salvo excepciones-, Estado en desarrollo, poco o nada democrático, que -una vez producidos los daños- ni siquiera suele hallarse en condiciones de reparar los daños e injurias causadas. Las más de las veces el Estado causante de los flujos masivos no cuenta con los medios para responder por los daños provocados. Por su parte, la sanción penal a las personas criminales que provocaron los éxodos conforme al sistema penal local o internacional, no puede dar satisfacción integral a las violaciones cometidas (daños materiales, morales, restauración del *statu quo* pre conflicto)⁵¹.

2.- Uno o varios *actores de alimentación*, generalmente, Estados desarrollados o grupos que facilitan armamento y sustentan el conflicto y, frecuentemente, aportan logística bélica. Permanecen en las sombras y fogonean el conflicto para sus mayores réditos materiales o políticos.

3.-Grandes *masas de seres humanos*, que sufren variados tipos de coacción, persecución e indefensión, violación de derechos humanos y/o de derecho internacional humanitario, viéndose obligadas a dejar su país de origen o residencia habitual y a buscar refugio en otros, en los que muchas veces no son bienvenidos por la limitada capacidad institucional y económica del Estado de acogida o por temor de éste frente a las posibles consecuencias del ingreso masivo de extranjeros⁴⁸.

4.-Un mal denominado *Estado “anfitrión”* o de “*acogida*”. Decimos “mal llamado”, ya que, en muchos casos, debería ser considerado Estado “agredido”, “invadido” puesto que, ante flujos masivos, es presionado para recibirlos a pesar de que esos ingresos masivos implican una forzada expulsión y desplazamiento en los hechos de su propia población, conllevando ello la violación de varios derechos humanos de sus propios nacionales⁴⁹. El sistema internacional le asigna la responsabilidad no sólo de

⁴⁸ Uno de los grandes problemas es que muchos refugiados se quedan en los llamados países de “acogida” pero no desean integrarse a esas comunidades nacionales. Por el contrario, evitan integrarse, alimentan resentimientos hacia el país que los recibió, no respetan su derecho interno, tienen reacciones violentas, se transforman en algunos casos en instrumentos del terrorismo o bien, siendo terroristas se camuflan entre los refugiados. Esas situaciones han dado lugar a que los Estados comiencen a negar la validez de los documentos del ACNUR, incumplir sentencias y dictámenes de tribunales de derechos humanos, albergar una especie de rechazo (mal llamado xenofobia) hacia los refugiados. Para observar esos rechazos, basta ver la barrera fronteriza entre Grecia y Turquía construida en 2012 (4 m de altura 10, 3 km) (proseguida por Bulgaria en su frontera con Turquía), la valla entre Hungría y Serbia construida en 2015 (4 m de altura, 175 km), la nueva barrera de Eslovenia y otras formas de freno a la entrada masiva de refugiados. Se suele señalar que el “Brexit” británico, en parte, ha sido causado por los desentendimientos entre los países miembros de la UE con relación a los refugiados. El aforismo británico pone en evidencia la situación: “Votamos *leave* y es hora de que te vayas”.

⁴⁹ Incluso, Líbano y Jordania, los dos de los países con mayor número de refugiados sirios, tuvieron que cerrar sus fronteras invocando el “estado de necesidad” para proteger la seguridad y el orden público en su país.

recibirlos y no devolverlos, asegurarles el goce de derechos humanos, sino, además, garantizar la seguridad en los campamentos de refugiados y en las zonas habitadas por refugiados, incluyendo la identificación y la separación de los elementos armados, algo que la sociedad organizada *in totum* no ha estado en condiciones de hacer en prolongadas violaciones graves de obligaciones *erga omnes*, a las que observa sin adoptar medidas eficientes para evitar las causas de las expulsiones o los daños al “anfitrión”.

5.-Una *situación de graves violaciones a los derechos humanos* extendida en el tiempo a pesar de haberse comprometido los Estados violadores a respetar derechos humanos en los ámbitos bajo su jurisdicción (quien expulsa y quien acoge).

6.- Una *situación de violación al derecho internacional humanitario* impone a pesar de la vigencia universal de normas vinculantes *erga omnes* convencionales y consuetudinarias para Estados, grupos beligerantes, e individuos y del compromiso de la sociedad internacional organizada de aplicar la jurisdicción internacional frente a “infracciones graves” al DIH.

7.-Una *organización internacional (ONU)*, que se ha creado y existe para un propósito principal que es “mantener la paz y la seguridad internacionales, y con tal fin: tomar medidas colectivas eficaces para prevenir y eliminar amenazas a la paz, y para suprimir actos de agresión u otros quebrantamientos de la paz; realizar la cooperación internacional en la solución de problemas internacionales de carácter económico, social, cultural o humanitario, y en el desarrollo y estímulo del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”⁵⁰, propósitos incumplidos desde sus órganos principales. El Consejo de Seguridad, tal como lo señaláramos, con responsabilidad primordial de asegurar una acción rápida y eficaz para asegurar la paz y seguridad internacionales en el marco del Cap. VII de la Carta de la ONU, a pesar de lamentarse de que sus resoluciones no se cumplen, no aplica los art. 41 y 42 de la Carta que tiene a su disposición a pesar de que los actos que se cometen en Siria -por ejemplo- constituyen una amenaza a la paz y seguridad internacionales. Con su pasividad permite (generalmente, neutralizada por el derecho de veto de los 5 Grandes) que los efectos nefastos de su inacción se expandan a otros países o continentes. Una Asamblea General que teniendo capacidad de subrogar al Consejo recién –tras más de cinco años de conflicto- convocó a reunión la reunión sobre el problema de los refugiados sirios para el 19 de septiembre de 2016, cuyo fruto se relejó en la extensa (28 páginas) Declaración de Nueva York (Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes)⁵¹.

⁵⁰ Art. 1 de la Carta de Naciones Unidas.

⁵¹ Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. “4. Al aprobar hace un año la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, reconocimos claramente la contribución positiva de los migrantes al crecimiento inclusivo y al desarrollo sostenible. Nuestro mundo es un mundo mejor gracias a esa contribución. Los beneficios y las oportunidades que ofrece la migración segura, ordenada y regular son considerables y a menudo se subestiman. En cambio, el desplazamiento forzoso y la migración irregular de personas en grandes movimientos suelen plantear problemas complejos. 16. En la Agenda 2030 se plantea claramente, entre otras cosas, que facilitaremos la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas. 21 (...) En el anexo I de la presente declaración figura un marco de respuesta integral para los refugiados y se esbozan los pasos necesarios para concertar en 2018 un pacto mundial sobre la cuestión de los refugiados, mientras que en el anexo II se establecen medidas para concertar en 2018 un pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular. 43. Nos comprometemos a atacar los factores que provocan

9.-Una *Corte Penal Internacional* cuyo Estatuto en el preámbulo ha entendido que los crímenes de competencia de la Corte “constituyen una amenaza a la paz, la seguridad y el bienestar de la humanidad”, siendo competente en los actos criminales que provocan los flujos de refugiados y que se llevan a cabo en distintas partes del Mundo, tiene escasa posibilidad de iniciativa y capacidad para perseguir de oficio a los criminales.

10.-Unos *Estados* inactivos y remisos a cumplir sus obligaciones. Independientemente de sus capacidades conforme a la Carta de Naciones Unidas, de acuerdo a lo establecido en los Convenios de Ginebra de 1949 para las “infracciones graves” tienen deberes que no atienden. Los Convenios establecen: “Las Altas Partes Contratantes se comprometen a tomar todas las oportunas medidas legislativas para determinar las adecuadas sanciones penales que se han de aplicar a las personas que hayan cometido, o dado orden de cometer, una cualquiera de las infracciones graves contra el presente Convenio Cada una de las Partes Contratantes tendrá la obligación de buscar a las personas acusadas de haber cometido, u ordenado cometer, una cualquiera de las infracciones graves, y deberá hacerlas comparecer ante los propios tribunales, sea cual fuere su nacionalidad”.

A todo lo señalado se agrega un *derecho evolutivo de los refugiados*, con concepción de derechos humanos, que se centra en profundizar las obligaciones de terceros Estados inocentes con relación a los actos criminales de otro Estado que es el que provoca los éxodos. Bajo un presunto humanitarismo impone a los Estados a cuyas puertas llaman los refugiados la obligación de recibir y no devolverlos con todas las obligaciones concomitantes -las que generalmente implican la violación de derechos humanos de las personas bajo su jurisdicción: *i.a.* derecho. a la vida, la propiedad, al trabajo, a la salud, al medioambiente sano, etc.- aun sabiendo que esas obligaciones son de toda la sociedad organizada y no de un Estado atento a la condición de las obligaciones: “*erga omnes*”.

¿Cómo podría un tercer Estado inocente en un conflicto transformarse en violador de normas *erga omnes*, por hechos frente a los que debe responder la comunidad internacional? ¿Por qué debe cargar con una responsabilidad que es de la comunidad internacional y del Estado violador de los DD. HH. y del DIH que ha provocado los flujos masivos? Según esta tendencia solidarista y generosa a la hora de querer distribuir lo ajeno, el Estado “invadido” debe asumir la carga de recibir a los refugiados y hacerse responsable de proteger los derechos humanos (vida, bienes, orden público etc.) de las personas bajo su jurisdicción y las de los miles o centenares de miles de refugiados que lleguen a sus fronteras. ¿Cómo podría cumplir esas obligaciones si los ingresantes -en número que podrían transformarse en número infinito bajo el criterio solidarista amplio-

o exacerban los grandes desplazamientos. Analizaremos los factores que provocan o agravan los grandes desplazamientos y responderemos a ellos, incluso en los países de origen. Cooperaremos para crear condiciones que permitan a las comunidades y las personas vivir en paz y prosperidad en su patria. La migración debe ser una opción, no una necesidad. 48. Instamos a los Estados que no lo hayan hecho a que consideren la posibilidad de ratificar o adherirá a la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (AG 70/298 Anexo). Anexo II 1. Este año iniciaremos un proceso de negociaciones intergubernamentales que culminarán con la aprobación de un pacto mundial para la migración segura, ordenada y regular”. (V. <http://www.un.org/es/comun/docs/?symbol=A/71/L.1>)

arrasarán sus propiedades, usurparán sus espacios y bienes adquiridos, transformarán en erial sus campos, praderas y bosques, desplazarán a los ciudadanos y habitantes del Estado inocente, etc.? En resumen, una invasión modelo siglo XXI. ¿Por qué el Estado de recepción “inocente” debe vulnerar los derechos humanos de sus nacionales y personas bajo su responsabilidad jurisdiccional para privilegiar a los que masivamente huyen porque su Estado violó sus derechos al máximo grado forzándolos a escapar?

Reflexiones finales prospectivas

El sistema de protección de los Refugiados, el DD.HH., el DIH, el sistema penal internacional, el sistema de seguridad de las Naciones Unidas, operan *ex post* una vez cometidos los actos criminales y las violaciones de derechos humanos, después que los acontecimientos han sumado centenares de miles de muertos, millones de refugiados, han sembrado la destrucción de porciones importantes de uno o más países, han afectado a terceros Estados con masas de refugiados que no están en condiciones de recibir.

Los éxodos masivos a causa de violaciones graves de derechos humanos, discriminación, conflictos bélicos o conmociones internas nos llevan a preguntarnos sobre la necesidad de determinar cómo canalizar la responsabilidad de la sociedad internacional y su obligación de no observar pasivamente las dramáticas relaciones entre conflicto y éxodos por no usar las vías necesarias -y de las que dispone- para frenar esos actos en sus inicios. Ello lleva a considerar las “intervenciones por razones de humanidad” (deber de proteger) un deber-derecho no sólo *ex post* sino *ex ante*.

Recién en estos últimos tiempos la Asamblea General y otros organismos de Naciones Unidas se han comenzado a preocupar por la posible adopción y planificación de medidas preventivas.

Por nuestra parte creemos que falta en el sistema actual un mecanismo para suprimir las causas que producen o generan los éxodos desde su “primera chispa”. De no actuarse en ese momento, siempre se llegará tarde, cuando miles o cientos de miles hayan muerto, millones se haya visto obligados de perder sus hogares. Generalmente, los problemas surgen por razones raciales, religiosas, de nacionalidad, de pertenencia a grupos sociales u de opinión política, es decir, generalmente, por problemas de minorías. Decimos de “minorías” ya que esos grupos -aun pudiendo ser mayoritarios numéricamente- constituyen “minorías” por no estar en el gobierno o no tener poder de decisión. Esos desentendimientos con minorías suelen ser los desencadenantes de conflictos a mayor escala y frecuentemente la principal causa de los éxodos masivos.

Debe recordarse que después de la Segunda Guerra Mundial, por considerarse que el sistema de protección internacional de los derechos humanos daba suficiente cobertura a todas las situaciones se eliminó el *mecanismo de protección de las minorías* que se había implantado durante la Sociedad de Naciones.

En el Sistema de la Sociedad de Naciones (SdeN) para todas las cuestiones de minorías se previó un órgano competente: el Consejo de la Sociedad de Naciones (art. 16 del Pacto de la Liga). De hecho, se constituyó un órgano extraconstitucional: el *Comité de los Tres*, conformada por el Presidente del Consejo de la Sociedad de Naciones y dos miembros más del Consejo. Todo Miembro de la SdeN podría llevar ante el Consejo un

problema de minoría, pero además se reconocía un derecho de petición a los interesados (personas físicas o jurídicas), el que más que un recurso de queja era una vía de información de situación acompañada de petición. Por esta vía se atendieron cerca de 450 peticiones de las que sólo 15 fueron examinadas directamente por el Consejo y las demás por el Comité de los Tres. Generalmente, los casos versaban sobre tipo de cuestiones idénticas a los que hoy encienden las chipas de los grandes conflictos al interior de los Estados y que provocan los grandes flujos de refugiados. El Consejo de la SdN las más de las veces lograba desactivar los desentendimientos desde su origen, preventivamente, garantizando los derechos humanos de las minorías, aunque en ese tiempo no recibieran esa designación (derecho a la lengua, a la religión, a la educación, al trabajo, igualdad de hecho, etc.). El derecho de peticionar era irrenunciable y el derecho del Consejo a intervenir al interior del Estado violador de derechos de las minorías reconfirmaba la calidad de normas *erga omnes* (incluso cuando ese término no formaba parte de la jerga internacional) que tenían los derechos-obligaciones que protegían a las minorías. La entidad internacional había tomado a nombre de la sociedad internacional responsabilidades conforme la naturaleza de las normas *erga omnes* del derecho de las minorías. Lo hacía en el momento oportuno, con la primera chispa, mecanismo de prevención del que la sociedad internacional actual carece, haciéndose sentir esa falencia.

Creemos que un mecanismo del tipo del de la SdeN debería reimplantarse adecuado a los requerimientos de la sociedad internacional actual. De ese modo, la discriminación por causa racial, religiosa, de nacionalidad, de pertenencia a grupo social u opinión política tendría canalización vía internacional antes de la escalada de las grandes violaciones y los masivos éxodos.

Continuar con la línea de acción actual, importa legitimar la expulsión de nacionales, la limpieza étnica, la liberación de territorios, facilitar la realización de los objetivos del violador del DIH y de los DD.HH., permitir de modo encubierto -bajo un aparente solidarismo internacional- el incumplimiento de los deberes de la comunidad internacional y de los terceros Estados frente a la violación de normas imperativas del derecho internacional general (*jus cogens*).