

REFUGIADOS Y OBLIGACIONES “ERGA OMNES”

*Zlata Drnas de Clément**

I.- Introducción

El problema de los éxodos masivos de población a los que asistimos con pesar en estos tiempos: torrentes de personas sufrientes forzadas a abandonar sus zonas de residencia y prácticamente “invadir” a otros Estados, mayoritariamente, debido a violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario en sus países de origen, han llevado a esta reflexión, ya que se trata de una cuestión grave en la que se observan debilidades institucionales -particularmente a nivel internacional- incompatibilidades y grandes esfuerzos desaprovechados. La gravedad de esas debilidades institucionales salta a la vista cuando altas fuentes institucionales de Naciones Unidas especializadas en el tema de refugiados señalan que en este momento hay 65 millones de refugiados en el Mundo y que se espera que esa cifra “ascienda” el próximo año a 125 millones, verdadera manifestación anticipada de su fracaso.

A modo introductorio, recordamos que el “*refugiado*” ha sido definido en un sentido genérico y amplio por el propio ACNUR¹ como “toda persona que se ha visto obligada -por temor fundado a persecución- a abandonar su lugar de residencia habitual” (sin distinguir entre refugiados y desplazados internos²). La Convención de la Organización de la Unidad Africana OUA por la que se regulan los aspectos específicos de problemas de los refugiados en África de 1969 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 referencia a “*asilado*” en el plano internacional universal no tiene las connotaciones que posee en América Latina³, aplicándose a toda persona perseguida por cualquier causa pero sólo en una

*Doctora en Derecho y Ciencias Sociales. Profesora Emérita de la Universidad Nacional de Córdoba y de la Universidad Católica de Córdoba. Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba-Argentina.

¹ 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), 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 (Organización Internacional para los Refugiados) creada en 1946.

² Los “desplazados internos”, a diferencia de los refugiados, no salen de las fronteras de su país. V. ACNUR *La situación de los refugiados en el mundo*, Barcelona 1997, p.55.

³ Persona que por temor fundado de persecución política solicita la protección diplomática o territorial de otro Estado.

determinada etapa: aquélla en que una persona “aplica”, “solicita” ser admitido como refugiado⁴. El “migrante” es alguien que se traslada, se desplaza, se expatria, a otro país en busca de mejores horizontes para su vida⁵.

Las masas de refugiados (por ejemplo, 5 millones provenientes de Siria desde que se inició el conflicto en 2011, 6.5 millones de desplazados, según el propio Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas (CdeS)⁶ -sin hablar de afganos, somalíes, iraquíes, sur sudaneses y tantos otros)-, ponen en juego varios sistemas internacionales: a más del denominado Derecho de los Refugiados, 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. Por ello, en primer término y muy brevemente nos referiremos a esos sistemas para luego considerar las incoherencias entre ellos y las debilidades que presentan frente a la crisis humanitaria a la que nos enfrentamos.

Es de observar que todos los derechos violados pueden tener una doble dimensión: la de la autoridad originaria que obligó a sus nacionales o residentes a salir del país y la del país de “acogida” que se niega a acoger o que habiendo recibido a los refugiados formalmente o de hecho fuerza su salida o la condiciona de modo inhumano.

II.- Sistemas internacionales que se ocupan de los refugiados

Derecho de los Refugiados

El Derecho de los Refugiados está regulado básicamente por el *Convenio sobre el Estatuto del Refugiado de 1951* y el *Protocolo de 1967*. 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.), si bien, el derecho al refugio no se aplica a quien haya cometido un delito contra la paz, delito de guerra o delito contra la humanidad; un grave delito común⁷; 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 y zonas de interés. El Convenio se estableció sobre la base de acuerdos interestatales de postguerra previos, contexto diferente del actual, que está marcado por circunstancias de hecho 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

⁴ El refugiado (incluso el migrante) suele transformarse en “apátrida”, es decir, persona a la que ningún Estado brinda su protección. V. Convención sobre el Estatuto de los Apátridas de las Naciones Unidas, Nueva York 1954.

⁵ 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.

⁶ Res. del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas N° 2258 (2015).

⁷ Para el ACNUR “grave delito común” equivale a “crimen capital”, para Canadá, por ejemplo, el que lleva pena mayor de 10 años.

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”). 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. 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 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- se sientan “invadidos”, forzados a abrir sus fronteras en aras de un humanitarismo abierto e 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” recibir 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 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, de corte ideológico-político perfilado⁸.

En América Latina⁹, una serie de instrumentos no vinculantes 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

⁸ 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*.

⁹ En América Latina hay grandes 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 y 1.355 han sido directamente deportados por el gobierno de Nicolás Maduro.

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*¹⁰ del principio de la no-devolución (*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.

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.

El art. 14 de la *Declaración Universal de los Derechos Humanos* 1948 consagra el derecho a “buscar” asilo y “disfrutar” de él¹¹.

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.

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

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

¹⁰ 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 mediante pacto establecer un sistema de recepción de refugiados que contemplara casos de rechazo en la frontera para mejor proveer.

¹¹ 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.

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 competente. 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).

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 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 *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 demás¹².

¹² La Corte Interamericana de Derechos Humanos (CteIDH) trató el tema de los Refugiados y Migrantes en varias oportunidades. Así, la *OC 18/03 sobre Condición jurídica y derechos de los migrantes indocumentados* de 17 de septiembre de 2003, a más de consagrar los derechos de igualdad y no discriminación, establece 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. Varios casos contenciosos se ocupan del tema, vg: *Caso 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”. En el *Caso Familia Pacheco Tineo vs. Estado plurinacional de Bolivia. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 25 de noviembre de 2013, 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

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, 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 (...)”.

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 de la obligación de no devolución.

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 parte¹³.

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. Los cuatro convenios, cada uno con 196 Estados parte, son representativos de la *opinio juris* de la comunidad internacional en su conjunto. 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 concernencias 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

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 de personas dominicanas y haitianas expulsadas vs. República Dominicana. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, sentencia de 28 de agosto de 2014, consagra la igualdad tanto para el migrante legal como para el ilegal.

¹³ V. *supra* la *Opinión Consultiva OC-21/14* de la CteIDH *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.

persecución)¹⁴ y en el Protocolo I de 1977 en los arts. 73 (refugiados y apátridas personas protegidas) y 74 (reunión de familias dispersas)¹⁵. 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 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) (a excepción de la agresión), si bien, resultan más difíciles de probar en el caso del genocidio dada la necesidad de probar la intencionalidad¹⁶. Particularmente, se da en los crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra.

¹⁴ 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ *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.

El art. 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional (ECPI) 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 colectividad¹⁷.

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 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 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

¹⁷ 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/krnjelac/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 visto en *Procurador c. Kupreškić et al.*, Caso No. IT-95-16-T, sentencia, 14 de enero de 2000).

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 supervivencia¹⁸. 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 y la CteIDH, ambas competentes en materia de tortura. Me dijo: “Hoy por ti mañana por mí”.

La CPI¹⁹ está considerando en este momento el caso de Georgia instado *motu proprio* por la Fiscalía de la Corte. El caso es por crímenes de lesa humanidad y crímenes de guerra cometidos en el contexto del conflicto armado 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. Además, en este momento, 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 atento la privación de la libertad personal de refugiados, la transferencia ilícita de los mismos, por causarles sufrimientos graves, por no querer 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, ponen en movimiento el Capítulo VII de la Carta y la acción del Consejo de Seguridad.

Sistema de Seguridad de las Naciones Unidas

Consejo de Seguridad

El Consejo de Seguridad (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

¹⁸No debemos olvidar que el presupuesto para 2016-2017 de la ONU es de 5.400 millones de dólares para gastos de mero funcionamiento, cerca de 8.500 millones de dólares para las fuerzas de paz. 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). Busca la ONU reunir 20.000 millones para fines humanitarios. 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 (<http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2015/10198.pdf>) y el número total de puestos estimados para 2016 es de 10.481 personas. Al aplicar el 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

¹⁹ El Estatuto cuenta con 124 EP a agosto de 2016. 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.

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). 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 rebeldes²⁰. Por ejemplo, la primera resolución del CdeS en el conflicto sirio fue la Resolución 2042/2012) y expresa: “Condenando las violaciones generalizadas de los derechos humanos por las autoridades sirias así como los abusos de los derechos humanos por parte de grupos armados”^{21,22}.

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

²⁰ 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

²¹ 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.

²² 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.

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. 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 su propia medida de acción, pero no ha previsto respuesta acorde para esos flujos masivos de población que su propia decisión causó.

Asamblea General

Bien sabemos que 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 Permanentes²³, 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.

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”²⁴ o de “prestar el apoyo suficiente a las comunidades de acogida”²⁵. Más adelante, ingenuamente señala: “Hay que

²³ 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.

²⁴ Las soluciones permanentes para los refugiados -tal vez como los acuerdos que precedieron a la Convención de 51 y a los tratados de post guerras- hoy constituyen una forma de legitimar la expulsión de nacionales y dejar territorios “limpios”, facilitando la realización de los objetivos del violador del DIH y de los DD.HH. de sus nacionales, infringiendo así de modo encubierto -bajo un aparente solidarismo internacional- los deberes de terceros Estados y de la comunidad internacional frente a la violación de normas imperativas del derecho internacional general (*jus cogens*).

²⁵ 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.

fomentar la cooperación (...); todos los miembros de la comunidad internacional deben poner mucho más empeño”.

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 2007)* y la *Aplicación de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación (Georgia v. Federación de Rusia, sentencia de 2010)*. En esos casos la Corte se detuvo en formalismos 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 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 inconsistencias observamos:

1.-Un *Estado de expulsión*, 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 internacional, no puede dar satisfacción integral a las violaciones cometidas (daños materiales, morales, restauración del *statu quo* pre conflicto).

2.- Un *actor de alimentación*, generalmente, un Estado desarrollado o grupos que facilitan armamento y sustentan el conflicto y, frecuentemente, aportan logística bélica. Permanecen en las sombras y foguean 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 escasa capacidad institucional y económica del Estado de acogida o por temor de éste frente a las posibles consecuencias del ingreso masivo de extranjeros.

4.-Un mal denominado *Estado “anfitrión”* o de *“acogida”*. Decimos “mal llamado”, ya que debería ser considerado Estado “agredido”, “invadido” puesto que ante flujos masivos es forzado muchas veces inconsultamente a 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 de sus derechos humanos de sus propios nacionales²⁶. El sistema internacional le asigna la responsabilidad no sólo de 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 se ha animado a afrontar ante 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”²⁷.

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.

6.- Una *situación de violación al derecho internacional humanitario* impune 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.

²⁶ 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.

²⁷ 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 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”. 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.). El Reglamento de Dublín, oficialmente Reglamento N° 604/2013 de la UE, también conocido como Reglamento Dublín III (Dublín I de 1990, Dublín II de 2003, Dublín III de 2013), es norma de la UE y de los Estados del Acuerdo de Schengen. Establece el sistema «Eurodac», que constituye una base central informatizada para la comparación de datos dactiloscópicos o huellas dactilares de los solicitantes de protección internacional en la UE. La solicitud de protección internacional es examinada por un solo Estado miembro o país asociado. Permite a un Estado la restitución de un solicitante de asilo al primer Estado miembro donde ha transitado. Esto se llama readmisión. Esta disposición se estableció para espolear a los Estados fronterizos a obrar responsablemente en sus controles de frontera.

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”²⁸, 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 que sus efectos nefastos de la acción internacional se expandan a otros continentes. Una Asamblea General que teniendo capacidad de subrogar al Consejo recién –tras más de cinco años de conflicto- se dedica a planificar la reunión sobre el problema de los refugiados sirios (de una sola jornada) prevista para el 19 de septiembre de 2016.

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 iniciativa y disposición 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* 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, etc.- aun sabiendo que esas obligaciones son de sociedad organizada y no de un Estado atento a la condición de las obligaciones violadas: “*erga omnes*”.

²⁸ Art. 1 de la Carta de Naciones Unidas.

¿Cómo podría un tercer estado inocente en un conflicto transformarse en violador de normas *erga omnes*, o sea, por hechos que son de incumbencia de 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 masivos²⁹? Según esta tendencia solidarista y generosa al 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. ¿Cómo podría cumplir esas obligaciones si los ingresantes -en número que podrían transformarse en número infinito bajo el criterio solidarista amplio- 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. ¿Por qué el Estado “inocente” de recepción 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

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, después que las violaciones han sumado centenares de miles de muertos, millones de refugiados, han sembrado la destrucción de porciones importantes de uno o más países.

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 humanitarias” (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 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

²⁹ A fines del siglo pasado, Wladislaw Czaplinski, en un trabajo en el Anuario Francés de Derecho Internacional, titulado *La responsabilité des États pour le flux de réfugiés qu'ils ont provoqués*, se cuestiona sobre quién debe cargar con la responsabilidad por todo el daño que causa un Estado al provocar éxodos masivos forzados, daños que caen sobre los que se ven obligados a buscar refugio en otros Estados y sobre los países de admisión, refugio, asilo, concluyendo que ese comportamiento constituye un delito que genera responsabilidad. Sin embargo, el propio autor reconoce que los Estados de expulsión (en sentido genérico) suelen ser países pobres, cuya capacidad de reparar es casi nula.

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, por problemas de minorías. Decimos de “minorías” ya que esos grupos -aun pudiendo ser mayoritarios numéricamente- constituyen “minorías” por no estar en el gobierno. 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 idénticos 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.

Creemos que un mecanismo del tipo del de la SdeN debería reimplantarse adecuando 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.

Sólo así, las palabras adoptadas en el primer párrafo del Estatuto de la Corte Penal Internacional por los Estados en 1998 pueden tener anclaje en la realidad: “todos los pueblos, están unidos por estrechos lazos”; sus culturas son un “patrimonio común”, debiendo ser preocupación de todos que ese “delicado mosaico” no se rompa.

